La Actuación de la Defensa Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ministerio Público de la Defensa

2008 Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Av. Callao 970 - (1023)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: (54 11) 4814-8423
defgralnac@mpd.gov.ar
www.mpd.gov.ar

Diseño y Diagramación:
Departamento de Comunicación Institucional
Defensoría General de la Nación

Ministerio Público de la Defensa

Defensora General de la Nación
Dra. Stella Maris Martínez

Coordinación General:
Mariana Grasso
(Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N°1 de Rosario)

Coautores:
Gabriel I. Anitua, Mariela A. Barresi,
M. Verónica Carzolio, Juan L. Finkelstein Nappi,
Mariana Grasso, Sebastián L. Velo

Presentación de la obra

Es motivo de especial complacencia poner en conocimiento de los lectores interesados esta publicación, que concentra casos tramitados ante la máxima instancia judicial del país, en virtud de la intervención de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en supuestos de recursos *in pauperis* y en procesos de extradición.

No se trata de una elección antojadiza, sino de poner de resaltar las dos formas de acceso ante esos estrados por parte del Defensor Oficial habilitado para abogar en dicho nivel superior de la organización jurisdiccional.

Cualquier defensor (sea público o privado y sin importar si la competencia es nacional, provincial o federal) puede acceder al máximo Tribunal por vía de recurso extraordinario y de queja por denegación de aquél. Los casos que generan la intervención de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito penal se circunscriben, pues, a aquellas presentaciones denominadas «in pauperis»[1] (que incluyen, a su vez, recursos de queja por extraordinario denegado y las denominadas «presentaciones varias», así caratuladas por la CSJN) y a los recursos ordinarios de apelación contra las resoluciones que deniegan o conceden extradiciones.

La selección de los casos que integran este trabajo comienza con mi designación como Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que ocupé desde el 20 de junio de 2001 hasta el 7 de julio de 2006.

El equipo de trabajo formado en esa época y ampliado luego de mi asunción como Defensora General de la Nación, bajo la coordinación de quien se desempeñara como Secretaria Letrada de la Defensoría (actualmente Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal Nº 1 de Rosario), Dra. Mariana Grasso, ha llevado adelante la tarea de sistematización de los casos y efectuado algunas reflexiones puntuales en relación a la jurisprudencia sentada en cada uno de ellos.

El presente trabajo aspira a colocar a disposición de todos nuestros colegas, tanto federales como provinciales, los dictámenes emitidos en ejercicio de la asistencia técnica en materia penal, por considerarlos un valioso material claramente enderezado a garantizar una defensa técnica eficaz.

Ha motivado esta decisión la circunstancia de que, a diferencia de lo que ocurre con los dictámenes de la Procuración General de la Nación, las presentaciones del Ministerio Público de la Defensa no se incluyen en la Colección de Fallos del máximo Tribunal, ni aún en aquellos casos en los que

[1] Bajo esta denominación no sólo se incluyen los recursos informales de personas privadas de libertad sino también de justiciables que gozan de ella a lo largo del proceso. Si bien el máximo Tribunal venía reconociendo esa posibilidad, la identificación de ambos grupos de casos fue expresamente reconocida a partir del precedente V. 146. XXXIX «Villarroel Rodríguez, Oscar» publicado en Fallos, 327:3824.

el Defensor emite opinión en su rol de asesor pupilar.

Esperamos, con este nuevo aporte, colaborar en la construcción de un sistema de administración de justicia profundamente respetuoso de las garantías de todos los ciudadanos.

Buenos Aires, 15 de abril de 2008.

DRA. STELLA MARIS MARTÍNEZ
Defensora General de la Nación

Índice Temático

Reposición ante CSJN

Por exigencia depósito: Pérez Vizarrez, Percy

Por reenvío a casación: López, Néstor Ángel

Derecho de defensa

Exigencia de asesoramiento técnico para perfeccionar el desistimiento: Cardinal, Ricardo; Duque Salazar, Francisco Javier; Aranciaga, Matías Ariel.

Exigencia de asesoramiento técnico para perfeccionar la queja. Depósito: Pérez Vizarrez, Percy.

Defensa Técnica ineficaz: Núñez, López Néstor Ángel, Moreyra Margarita; Catrilaf, Ricardo; Alcaraz, Oscar Antonio; Noriega, Manuel; Reinoso, José Luis; Munson, Gregory; Ibañez, Sara del Pilar.

Intereses contrapuestos: A.L.M. (en queja)

Ejecutabilidad y firmeza de las sentencias

Martínez, Alfredo Luis (Vildoza)

C.F.

Olariaga, Marcelo Andrés (ejecutabilidad y firmeza en queja)

Plazo de prescripción de la acción: Díaz Daniel Alberto

S.J.P.T. (la queja in pauperis fue presentada con la imputada rebelde).

Incongruencia

Ciuffo Javier (acusación- sentencia)

Incorporación de agravios

En Queja: Mercado, Elvio Rodolfo; Munson, Gregory

En audiencia de Casación/término de oficina: Catrilaf, Ricardo; Baldivieso, César Alejandro

En memorial –recurso ordinario-: Andréev Andrey; Soriano José Luis; Rodríguez Pizarro, Mario.

Reincidencia ficta

Mercado, Elvio Rodolfo (arbitraria determinación)

Reincidencia no aplicable como agravante

Silva, José Manuel

Doble instancia

Propiamente dicha: Salazar Sergio Rubén (procedimiento policial fraguado); Flores, Claudio Alberto (derecho de defensa en la instancia intermedia).

Mensuración de la pena: R.L.A., Martínez Areco, Ernesto; Silva, José Manuel

Ejecución de pena privativa de la libertad

Tratamiento tutelar: L.L.A.; D.N.;

Computo privilegiado: Olariaga, Marcelo Andrés (hasta cuándo se proyecta)

Inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 24390: Véliz, Linda Cristina

Determinación pena

Propiamente dicha: Garrone, Ángel Bernardo; Manzini, José Alberto; Silva, José Manuel

Audiencia 41 CP: Garrone, Ángel Bernardo

Valoración antecedentes-Reincidencia: Garrone, Ángel Bernardo (no era antecedente), Silva, José Manuel (doble valoración)

Peligrosidad: Garrone, Ángel Bernardo

Computo de la pena

Propiamente dicha: Rosales, Roberto Felipe

Prisión y reclusión: Gorosito Ibáñez (considerando 8 de Fallos, 328:137 en mayoría)

Cosa Juzgada: Rosales, Roberto Felipe (violación al derecho de propiedad)

Cómputo de plazo de detención: Olariaga, Marcelo Andrés

Doctrina Pauperis

Notificación personal: Morel Cristian; Moreyra, Margarita; Vildoza, Jorge Ernesto; C.F..

Plazo en autoridades penitenciarias: Carrizo Carlos y Palacios Roque (queja por R.E.F. denegado)

Obligación de brindar defensor: Reinoso, José Luis; Montenegro, Raúl Alberto.

Privación de justicia: Rodríguez Díaz, Ángel Ernesto y Rodríguez Díaz, Diego Hernán.

Plazo razonable

Prisión Preventiva: Rodríguez Díaz, Ángel Ernesto y Rodríguez Díaz, Diego Hernán.

Arbitrariedad

A.L.M.

Ramos Rocha, Graciela Beatriz (conf. dictamen del procurador, en minoría).

Falta de acusación fiscal

En juicio: A.L.M.; González, Gabriel Ramón.

Cosa juzgada
Ne bis in idem: Alcaraz, Oscar Antonio; Duque Salazar (Dina Dercan, Gloria)
Cómputo de pena: Rosales, Roberto Felipe

Extranjeros
Asistencia consular: R.S.W.M.
Interprete: Munson, Gregory
Trámite de refugiado: Hernández Fernández, Mario Ezequiel

Efecto extensivo del recurso (en queja)
Duque Salazar, Francisco Javier

Extradición
Extradición (tráfico de estupefacientes): Duque Salazar (Dina Dercan, Gloria)
Igualdad de armas: D'Amico, Rodolfo Daniel; Borelina, Rosana.
Solicitud de garantías al estado requirente: Hernández Fernández, Mario Ezequiel; Arganciaga, Matías Ariel, Carro Córdoba, Cristian Ramón
Requisito de que el pedido sea formulado por un organo jurisdiccional: Andréev Andrey
Monto mínimo requerimiento: Soriano, José Luis; Rodríguez Pizarro, Mario.
Doble subsunción: Hernández Fernández, Mario Ezequiel.
Uruguay: Hernández Fernández, Mario Ezequiel
Italia: D'Amico, Rodolfo Daniel
Perú: Borelina, Rosana.
EEUU: Duque Salazar (Dina Dercan, Gloria)
Paraguay: Aranciaga, Matías Ariel; Carro Córdoba, Cristian Ramón;
Rusia: Andréev Andrey
Guatemala: Soriano, José Luis
Chile: Rodríguez Pizarro, Mario.

Cárceles
Borelina, Rosana (disidencia Zaffaroni).

Trámite refugiado
Hernández, Mario Ezequiel

Extensiones de doctrinas en otros ámbitos
Munson, Gregory (Quiroga, mayoría)

Garantía contra la autoincriminación
Baldivieso, Cesar Alejandro

Cuestiones de Género
Ibañez, Sara del Pilar

Ley 24390 y sus proyecciones
Tratamiento tutelar: L.L.A.; D.N.
Computo privilegiado: Olariaga, Marcelo Andrés (hasta cuándo se proyecta)
Inconstitucionalidad del art. 10: Véliz, Linda Cristina

Índice por nombre

A.L.M. *227*

Alcaraz, Oscar Antonio *287*

Andreév, Andrey *475*

Aranciaga, Matías Ariel *455*

Baldivieso, Cesar Alejandro *601*

Borelina, Rosana *411*

Cardinal, Ricardo *59*

C.F. *73*

Carrizo Carlos y Palacios Roque *215*

Carro Córdoba, Cristian Ramón *473*

Catrilaf, Ricardo *201*

Ciuffo, Javier Daniel *81*

D'Amico, Rodolfo Daniel *401*

Díaz, Daniel Alberto *325*

D.N. *153*

Duque Salazar, Francisco Javier (Dina Dercan, Gloria) *395*

Duque Salazar, Francisco Javier *421*

Flores, Claudio Alberto *595*

Garrone, Ángel Bernardo *175*

Gorosito Ibáñez *511*

Hernández Fernández, Mario Ezequiel *429; 442*

Ibáñez, Sara del Pilar *655*

L.L.A. *135*

López, Néstor Ángel *55*

Manzini, José Alberto *613*

Martínez, Alfredo Luis (Vildoza) *71*

Martínez Areco, Ernesto *163*

Mercado, Elvio Rodolfo *93*

Montenegro, Raúl Alberto *373*

Morel, Cristian *23*

Moreyra, Margarita *61*

Munson, Gregory *539*

Noriega, Manuel *361*

Núñez, Ricardo Alberto *37*

Olariaga, Marcelo Andrés *311*

Peralta Cano, Mauricio Esteban *557*

Pérez Vizarrez, Percy *53*

Ramos Rocha, Graciela Beatriz *645*

Reinoso, José Luis *369*

R.L.A. *107*

Rodríguez Díaz, Ángel Ernesto *377*

Rodríguez Díaz, Diego Hernán *377*

Rodríguez Pizarro, Mario *503*

Rosales, Roberto Felipe *189*

R.S.W.M. *327*

Salazar, Sergio Rubén *519*

S.J.P.T. *347*

Silva, José Manuel *575*

Soriano, José Luis *491*

Véliz, Linda Cristina *631*

Indice de normas constitucionales y convencionales citadas

Constitución Nacional

Artículo 1: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»; «Silva»; «Manzini», «R.L.A.».

Artículo 14: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»; «Rodríguez Pizarro»

Artículo 14 bis: «Ramos Rocha»

Artículo 16: «C.F.»; «Mercado»; «Véliz»; «A.L.M.»; «Olariaga»; «R.S.W.M.»; «L.L.A.»; «Ibañez».

Artículo 17: «Rosales, Roberto Felipe»;

Artículo 18: «Núñez, Ricardo»; «Percy Pérez»; «López, Néstor»; «Cardinal»; «Moreyra, Margarita»; «C.F.»; «Ciuffo»; «Mercado»; «R.L.A.»; «L.L.A.»; «Garrone, Angel»; «Catrilaf, Ricardo»; «Carrizo y Palacios»; «A.L.M.»; «Alcaraz»; «Olariaga»; «R.S.W.M.»; «S.J.P.T.»; «Noriega»; «Reinoso, José Luis»; «Montenegro»; «Borelina»; «Aranciaga»; «Andrey Andréev»; «Salazar, Sergio Rubén»; «Munson»; «Peralta Cano, Mauricio Esteban»; «Silva»; «Baldivieso»; «Manzini»; «Ramos Rocha»; «Ibañez».

Artículo 19: «Mercado»; «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Peralta Cano, Mauricio Esteban»; «Silva»; «Manzini»; «Véliz».

Artículo 20: «Andrey Andréev»

Artículo 27: «Andrey Andréev»

Artículo 28: «Rodríguez Díaz»; «Manzini»

Artículo 31: «Andrey Andréev»

Artículo 33: «Alcaraz»; «Silva»

Artículo 120: «A.L.M.»; «S.J.P.T»; «Munson».

Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 1: «Véliz»; «Ibañez».

Artículo 1. 1: «Hernández Fernández»; «Aranciaga»

Artículo 2: «Véliz»

Artículo 4: «Andrey Andréev»

Artículo 5: «Manzini»

Artículo 5. 2: «R.L.A.»; «Aranciaga»; «Andrey Andréev»; «Hernández Fernández» (a)

Artículo 5. 5: «R.L.A.»; «A.L.M.»

Artículo 5. 6: «R.L.A.»; «Andrey Andréev»; «Silva»

Artículo 7: «Manzini»

Artículo 7. 1: «Rodríguez Díaz»

Artículo 7. 2: «R.L.A.»; «Rodríguez Díaz»; «Munson»;

Artículo 7. 3: «Véliz»

Artículo 7. 5: «C.F.»; «Rosales, Roberto Felipe»; «Olariaga»; «Rodríguez Díaz»; «Véliz»

Artículo 7. 6: «Rodríguez Díaz»

Artículo 7. 8: «Rodríguez Díaz»

Artículo 8: «Ibañez»

Artículo 8. 1: «C.F.»; «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Rodríguez Díaz»; «D'Amico»; «Borelina»; «Aranciaga»; «Munson»

Artículo 8. 2: «C.F.»; «R.S.W.M.»; «Ibañez»

Artículo 8. 2. c: «Munson»

Artículo 8. 2. d: «Aranciaga»; «Munson»; «Ibañez»

Artículo 8. 2. e: «Alcaraz»; «Reinoso, José Luis»; «Montenegro»; «D'Amico»; «Munson»; «Ibañez»

Artículo 8. 2. f: «Carrizo y Palacios»; «R.S.W.M.»; «Noriega»; «Aranciaga»; «Munson»

Artículo 8. 2. g: «Aranciaga»; «Munson»; «Baldivieso»

Artículo 8. 2. h: «Morel»; «Moreyra, Margarita»; «Ciuffo»; «Mercado»; «R.L.A.»; «L.L.A.»; «Martínez Areco»; «Garrone, Angel»; «Catrilaf, Ricardo»; «Carrizo y Palacios»; «R.S.W.M.»; «Noriega»; «Reinoso, José Luis»; «Gorosito Ibáñez»; «Salazar, Sergio Rubén»; «Munson»; «Silva»; «Flores, Claudio»; «Ibañez»

Artículo 8. 3: «Munson»

Artículo 8. 4: «Alcaraz»; «Duque Salazar» («Dina Dercan»)

Artículo 9: «Morel»; «Mercado»; «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Munson»; «Silva»

Artículo 11. 1: «Munson»

Artículo 11. 2: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Artículo 11. 3: «Munson»; «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Artículo 19: «R.L.A.»

Artículo 25: «Ibañez»

Artículo 27.2: «Ibañez»

Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos

Artículo 2. 1: «Hernández Fernández» (a); «Aranciaga»; «Ibañez»

Artículo 2. 7: «Hernández Fernández» (a); «Aranciaga»

Artículo 6. 2: «Andrey Andréev»

Artículo 9: «R.S.W.M.»

Artículo 9. 1: «Rodríguez Díaz»

Artículo 9. 3: «Olariaga»; «Rodríguez Díaz»; «D'Amico»; «Borelina»

Artículo 10. 3: «R.L.A.»; «A.L.M.»; «Silva»

Artículo 12. 3: «D'Amico»; «Borelina»

Artículo 14: «Ibañez»

Artículo 14. 1: «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Rodríguez Díaz»; «D'Amico»; «Borelina»; «Aranciaga»; «Véliz»

Artículo 14. 2: «R.S.W.M.»; «Rodríguez Díaz»; «Ibañez»

Artículo 14. 2. b: «Munson»; «Ibañez»

Artículo 14. 2. d: «Munson»; «Ibañez»

Artículo 14. 3: «Núñez»; «Carrizo y Palacios»; «Olariaga»; «Munson»

Artículo 14. 3. b: «D'Amico»

Artículo 14. 3. c: «Rodríguez Díaz»

Artículo 14. 3. d: «Alcaraz»; «Reinoso, José Luis»; «Montenegro»; «Aranciaga»

Artículo 14. 3. e: «R.S.W.M.»; «Noriega»; «Aranciaga»

Artículo 14. 3. g: «Aranciaga»; «Baldivieso»

Artículo 14. 5: «Morel»; «Moreyra, Margarita»; «Ciuffo»; «Mercado»; «R.L.A.»; «L.L.A.»; «Martínez Areco»; «Garrone, Angel»; «Catrilaf, Ricardo»; «Carrizo y Palacios»; «R.S.W.M.»; «Noriega»; «Reinoso, José Luis»; «Gorosito Ibáñez»; «Salazar, Sergio Rubén»; «Munson»; «Silva»; «Flores, Claudio»

Artículo 14. 7: «Alcaraz»; «Duque Salazar» («Dina Dercan»); «Silva»

Artículo 15: «A.L.M.»

Artículo 15. 1: «Morel»; «A.L.M.»

Artículo 17. 1: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Artículo 17. 2: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Artículo 24: «R.L.A.»

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10: «Ramos Rocha»

Artículo 11: «Ramos Rocha»

Declaración Americana de Derechos Humanos

Artículo 5: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Artículo 6: «Ramos Rocha»

Artículo 7: «Ramos Rocha»

Artículo 21: «R.S.W.M.»

Artículo 25: «Olariaga»

Artículo 26: «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Ibañez»

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 7: «Mercado»

Artículo 8: «Ibañez»

Artículo 10: «A.L.M.»; «R.S.W.M.»; «Ibañez»

Artículo 11: «A.L.M.»; «Ibañez»

Artículo 11. 1: «Olariaga»; «R.S.W.M.»; «Ibañez»

Artículo 11. 2: «A.L.M.»; «Silva»

Artículo 12: «Peralta Cano, Mauricio Esteban»

Convención sobre los Derechos del Niño
Artículo 1: «Manzini»
Artículo 3: «S.J.P.T»; «Ramos Rocha»
Artículo 19: «S.J.P.T»
Artículo 20: «S.J.P.T»
Artículo 25: «S.J.P.T»
Artículo 37. a: «R.L.A.»; «S.J.P.T»
Artículo 37. b: «R.L.A.»
Artículo 37. d: «R.L.A.»; «S.J.P.T»
Artículo 40. 1: «D.N.»; «S.J.P.T»
Artículo 40. 2: «R.L.A.»
Artículo 40. 2. b. 3: «D.N.»
Artículo 40. 3. b: «S.J.P.T»
Artículo 40. 4: «S.J.P.T»

Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes
Artículo 3: «Hernández Fernández» (b); «Soriano»
Artículo 3. 1: «Hernández Fernández» (a); «Aranciaga»; Andrey Andréev»
Artículo 3. 2: «Hernández Fernández» (a); «Aranciaga»

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
Artículo 26: «Véliz»; «Rodríguez Pizarro»
Artículo 27: «Véliz»; «Rodríguez Pizarro»
Artículo 31: «R.L.A.»

Convención de Naciones Unidas sobre sustancias psicotrópicas
Artículo 1. c: «Baldivieso»
Artículo 2: «Baldivieso»

Tratado de Montevideo de 1889
Artículo 19. 3: «Hernández Fernández» (a)
Artículo 19. 4: «Hernández Fernández» (a)
Artículo 30. 1: «Hernández Fernández» (a)
Artículo 34: «Borelina»
Artículo 35: «Borelina»
Artículo 36: «Hernández Fernández» (a)

Tratado de Montevideo de 1933
Artículo 1. b: «Rodríguez Pizarro»

Artículo 2: «Soriano»
Artículo 3. a: «Rodríguez Pizarro»
Artículo 5. b: «Soriano»

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 1, 2 inc. c, «d» e inc. e: «Ibañez»

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

Artículo 4: «Ibañez»

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Artículo 2: «Ibañez»
Artículo 7: «Ibañez»

I. Introducción

Si bien el relevamiento de casos es contemporáneo con la asunción de la Dra. Martínez como Defensora Oficial ante la Corte Suprema, el lector podrá advertir que debieron pasar tres años hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) comenzara a restablecer algunos de los estándares constitucionales que supo fijar en materia penal a partir del año 1983.

Con la nueva integración y ampliación a nueve miembros de la CSJN se registró un franco retroceso en materia de garantías constitucionales en el ámbito penal. Esto ocurría, paradójicamente y en forma contemporánea, con el proceso de jerarquización de los instrumentos de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional a través de la norma de reenvío del art. 75, inc. 22, por la que el Estado Argentino se comprometía ante la comunidad internacional a respetar y fomentar los derechos humanos básicos.

En estos años no solo no se registró el proceso de profundización inherente al tránsito hacia un derecho penal convencional (en particular, la idea de no regresividad en materia de estándares de reconocimiento de Derechos Humanos) sino que comenzó a perfilarse toda una elaboración jurisprudencial en la que la tradición liberal del máximo Tribunal perdió buena parte de su impronta al punto de que, como se verá, en este período se concentró un alto porcentaje de las denuncias presentadas contra el Estado Argentino desde el Programa de Aplicación de Tratados de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los primeros hitos que marcó esta tendencia fue al abandono de la doctrina de los precedentes «Bazterrica» y «Capalbo», ambos del 29/8/1986 (Fallos, 308:1392), a partir del caso «Montalvo» (Fallos, 313:1333) del 11 de diciembre de 1990.

En el conocido caso «Bramajo» (Fallos, 319:1840, del 12/9/96) la Corte no solo resolvió en forma contraria al derecho invocado sino que abrevó, al efecto, en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que había sido superado y literalmente abandonado –por especificidad- en el Informe 12/96 (11.245, de fecha 1° de marzo de 1996).

En Fallos, 320:1717 (caso «Zambrana Daza») la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva fue lisa y llanamente desconocida.

La misma dinámica se verificó en el caso «Fernandez Prieto» (Fallos, 321:2937) del 12 de noviembre de 1998 en el que la Corte se apartó de la doctrina constitucional sentada en el caso «Daray» (Fallos, 317:1985) para adoptar una tendencia inversa que mantuvo en al menos dos importantes precedentes posteriores (Casos «Tumbeiro» –Fallos, 325:2485 del 3/10/2002-, y «Szmilowsky» –Fallos, 326:41- del 6/2/2003-)[2], asentada, entre otros conceptos, en una

[2] Tanto el caso «Fernández Prieto» como «Tumbeiro» fueron denunciados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y han sido unificados para su tratamiento conjunto.

interpretación falsificada de distintos precedentes de la Corte norteamericana.

Hacia el año 2000 adquirieron firmeza dos sentencias provenientes de juzgados de menores en las que se impusieron penas de prisión perpetua a niños, en contravención con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño.[3] En ambos casos, la Corte hizo uso del art. 280 CPCCN.

El 15 de agosto de 2002, la Corte abandonaría la jurisprudencia del caso «Tarifeño» y, pocos meses después, en Fallos, 325:2777 («Arla Pita») -sentencia del 31 de octubre de 2002-, dejó atrás toda una tradición histórica que inhibía la extradición cuando, en simultáneo, conductas sustancialmente análogas hubieran sido objeto de juzgamiento en nuestro territorio. En el caso, la confluencia de conductas de tráfico de estupefacientes juzgadas en la República Argentina y la pretensión de los Estados Unidos de Norteamérica de requerir la extradición de los justiciables en función de la figura de «conspiracy», es decir, la punición de un acto preparatorio de tráfico a ese país, dio lugar a una ilegítima duplicación de procesos en torno a un mismo supuesto de hecho.

La actual integración del máximo Tribunal trajo consigo una incipiente recomposición de la plataforma heredada de la Corte que asumiera en el año 1983 que, pese a su innegable valor, permanece inconclusa.

Esto, como se señaló, no solo obedece a la falta de abordaje de temáticas ya tratadas y resueltas (en particular, advertimos la necesidad del restablecimiento de la tradicionalmente amplia protección de la inviolabilidad del domicilio o la profusa elaboración jurisprudencial que caracterizaba el tratamiento de la prisión preventiva como mecanismo de coerción excepcional) sino a la imperiosa necesidad de avanzar en estándares de convencionalidad.

En particular, observamos la falta de un régimen penal juvenil acorde con los postulados de la CDN; la necesidad de activación de mecanismos protectivos en supuestos de prisión preventiva o la búsqueda de contenido al principio de igualdad de armas en un procedimiento que mantiene rasgos inquisitivos que se han visto incluso ampliado en los últimos tiempos.

[3] Esos casos y tres sentencias posteriores del mismo tenor se encuentran actualmente a estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de la denuncia presentada contra el Estado Argentino por violación de lo dispuesto en el art. 37, apartados «a» y «b» de la CDN.

II. Metodología

Toda vez que la presente publicación incluye los recursos efectuados ante la CSJN no se reseñarán los antecedentes de los casos, suficientemente desarrollados en los recursos que se incluyen.

Salvo en aquellos supuestos en los cuales los recaudos formales hayan dado lugar a jurisprudencia constitucional de la Corte, no hemos transcripto la parte introductoria de los recursos.

Es importante recordar que, con el dictado de la Acordada 4/2007, la confección de los recursos debe hoy atenerse a sus postulados, de modo que las presentaciones aquí publicadas ya no responden a la forma de confección exigida actualmente por la Corte Suprema.

Con esta salvedad, los casos se presentarán a partir de sus núcleos problemáticos seguidos de la presentación oficial ante la CSJN, un breviario de lo resuelto por ese Tribunal y, en algunos casos, aquellas proyecciones que entendemos asociadas en determinadas materias.

Sobre el final del presente trabajo se incluyen casos aún no resueltos por el máximo Tribunal y, finalmente, otros dos adicionales que, aunque resueltos desfavorablemente (uno por la diferencia mínima y el otro por unanimidad), invitan a reflexionar sobre múltiples institutos procesales y principios constitucionales.

III. Presentación de los casos

1) M. 1666. XXXIX, «Recurso de Hecho deducido por Cristian Leonardo MOREL en los autos MOREL, Cristian Leonardo s/ causa N° 3858» (sentencia del 20/12/2005, publicada en Fallos, 328:4580).

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

Me limitaré a detallar los que se relacionen en forma directa con las cuestiones que se formulan, atento la naturaleza eminentemente técnica de este recurso.

III. 1. Sentencia condenatoria

A fs. 603/625 de los autos principales obra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 de la Capital Federal, en la que se resolvió condenar (en lo que a esta presentación importa) a Cristian Leonardo MOREL como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra en concurso material con homicidio «criminis causae» en grado de tentativa -los dos últimos a título de autor- a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, todo ello según los artículos 45, 55, 80 inc. 7º, 166 inciso 2º y 189 bis, 4° párrafo CP.

El Tribunal de sentencia tuvo por acreditado que «*...el día 24 de diciembre de 2000, siendo aproximadamente las 16.00 horas, en la farmacia «Obras» sita en la*

Avenida del Libertador 7446 de esta ciudad, Cristian Leonardo Morel y Matías Damián Pioli contando con la colaboración del fallecido Diego Rodríguez arribaron a las puertas del citado local a bordo del automóvil VW Pointer dominio colocado ANE 278 y mientras Rodríguez aguardaba en el interior del vehículo, los dos primeros ingresaron a la farmacia exhibiendo armas y reduciendo a los allí presentes, a quienes exigieron la entrega del dinero existente en el lugar. Es así como trasladaron a las víctimas a la parte trasera del local, apoderándose de un bolsito de pequeñas dimensiones, color azul, en el cual se encontraba una suma dineraria, sustrayendo también lo existente en la caja registradora, un teléfono celular Nextel y un anillo de oro trenzado. También se encuentra recreado que cuando los nombrados se retiraban del comercio, uno de los empleados del comercio avisó mediante señas al Sargento Víctor Hugo Rojas -policía adicional destinado a la farmacia- quien se identificó como tal e impartió a quienes huían la voz de alto. Ante ello, los epigrafiados no acataron la misma y exhibieron sus armas, respondiendo Rojas la agresión con disparos que habrían provocado heridas en los mentados. No obstante ello, los epigrafiados juntamente con Rodríguez continuaron su fuga en el rodado en el que habían llegado, seguidos por el Sargento Rojas a bordo del taxímetro marca Renault 9 dominio AMY 015 conducido por Claudio Giambuzi, hasta la intersección de Avda. del Libertador y Campos Salles, oportunidad en la que Morel y Pioli, intentaron retirar del vehículo a su conductor Diego Rodríguez, quien había fallecido- y ante una nueva voz de alto impartida por Rojas, los incusados volvieron a resistirse, disparando Morel con su arma y generando un nuevo enfrentamiento con el preventor, cubriendo de esa manera su huida por la calle Guayra. Finalmente, Morel y Pioli ascendieron a un taxímetro marca Peugeot 504, aunque no lograron alejarse del lugar ya que aquel vehículo vio detenida su marcha en un embotellamiento de tránsito en Libertador y Quesada, donde fueron detenidos, comprobándose que el segundo de los nombrados se hallaba herido con un impacto de bala. Cabe destacar que en poder de Cristian Morel se secuestró un anillo de metal amarillo y un reloj marca «Mistral»; del lugar donde fuera abandonado el cuerpo sin vida de Diego Rodríguez se incautó un revolver calibre 38 nro. 122286 marca «Tanque» con seis cartuchos de bala intactos, un bolsito color azul con dinero -trescientos veinticuatro pesos ($324) sueltos, otros seiscientos pesos ($600) en billetes y veinte pesos ($20) en monedas en su interior, un teléfono celular Nextel, documentación del rodado y alhajas. Debe afirmarse que, el 25 de diciembre de 2000, a las 16.25 horas, fue secuestrada del interior del jardín de la vivienda de Arribeños 2918 una pistola calibre 9 mm. con inscripción «Fábrica Militar de Armas Portátiles DM Rosario» con un cargador conteniendo cuatro proyectiles a bala intactos con inscripción 9 mm y un proyectil mismo calibre intacto en el interior de la recámara, encontrándose el arma montada al momento del secuestro, con el martillo ubicado en el segundo descanso.» (conf. fs. 608vta./609vta.).

La defensa particular de MOREL cuestionó la atribución del arma de guerra, secuestrada un día después del evento a su pupilo, al tiempo que afirmó que la valoración de las pruebas desembocaba en un solo hecho delictivo que debía calificarse como robo con armas en grado de tentativa, esgrimiendo argumentos y antecedentes que avalaban el grado de conato que solicitaba. Por otra parte sostuvo que en modo alguno formaba parte del plan criminal el homicidio tentado atribuido, sino que se trataba exclusivamente de un robo con armas que carecía de los elementos subjetivos distintos del dolo que exige la figura del Art. 80, inciso 7° CP. La defensa concluyó por afirmar que la conducta reprochada resultaba constitutiva de un hecho único, en el que, concedía, pudo generarse un riesgo, mas debía aplicarse la figura más favorable que era la de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y resistencia a la autoridad.

La disparidad entre la adecuación típica que reclamara la defensa y la finalmente adoptada por los sentenciantes, así como las consecuencias penales que ello acarrea, constituyó el núcleo medular de la pretensión recursiva que interpuso, en legal tiempo y forma, la defensa particular de MOREL.

III. 2. Recurso de casación. Su rechazo

A fs. 630/632 se agregó el recurso interpuesto, fundado en la causal regulada en el inciso 1° del Art. 456 CPPN.

El letrado de confianza alegó, en primer término, que la sentencia causaba un gravamen irreparable generado por una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto el suceso reseñado en el segundo tramo del *iter criminis* debía ser interpretado en forma unívoca y global, en el marco del robo a mano armada que se desarrollara y tuviera como escenario principal la farmacia «Obras».

Destacó, en ese orden, que la secuencia de disparos asentada en el informe confeccionado por la División Balística de la Policía Federal Argentina denotaba que MOREL y su consorte de causa trataban de frustrar la orden de arresto impartida por el preventor, luego de que éste impidiera la culminación del atraco a la farmacia.

En abono a su portura recordó lo señalado por la Sala IIIa. de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional (c. 3.652 Gayosa, Desiderio) donde se sostuvo que *«la agravante del art. 166, inc. 2do. del C.P. se da cuando el uso de arma conlleva alguna de las finalidades que están establecidas por el art. 164 del C.P., de modo que el uso posterior, a los efectos de lograr impunidad, también tipifica la calificante dentro de nuestro sistema legal»*. Mencionó en igual sentido lo resuelto en la causa 27.760 por la Sala VI del mentado órgano jurisdiccional, que señalara que *«quien emplea un arma en cualquiera de los tres momentos en que la violencia convierte el apoderamiento en robo -antes del robo para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad- comete robo calificado en la forma prevista por el art. 166, inc. 2do. del C.P.»*

Refutó la defensa la adecuación típica de homicidio «criminis causae» en grado de tentativa endilgada, por cuanto no se tuvo plenamente probado el aspecto subjetivo de esa figura como un medio necesario o simplemente conveniente para otra finalidad delictiva, agregando que la conexión de los hechos fue ocasional y no final y que no existieron, a su criterio, elementos valorables y concluyentes sobre la conexión ideológica entre ambas figuras por lo que enfatiza que no hubo finalidad de dar muerte al preventor por parte de MOREL, sino que su designio era meramente ejecutar un robo a mano armada y, en definitiva, la utilización del arma, en tanto fuera disparada, obedeció a la procura de impunidad de cara al hecho inicial y principal. Solicitó, finalmente, la concesión del recurso, la revocación de la sentencia y que se condene a MOREL a una pena que no exceda del mínimo legal del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con tenencia de arma de guerra sin la debida autorización en concurso material con el delito de resistencia a la autoridad.

Con fecha 21 de noviembre de 2002 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 rechazó el remedio intentado por estimarlo insuficientemente fundado, caracterizándolo como un intento de volver a instalar la discusión sobre los elementos de prueba (fs. 633/4).

III. 3. Del recurso de queja por casación denegada. Su rechazo

A fs. 770 MOREL interpuso recurso de queja *in forma pauperis,* presentación dotada de fundamentos técnicos por el Sr. Defensor Oficial ante los Tribunales

Orales Dr. Santiago García Berro a fs. 821/839.

Cabe aclarar que a fs. 840 obra un escrito rubricado por el justiciable, quien manifiesta expresamente su pretensión recursiva; esta manifestación resulta de importancia para poner de relieve que recién en ese momento mi actual asistido toma conocimiento de la resolución recaída en el expediente puesto que, hasta ese entonces, sólo reclamaba un defensor que lo impusiese, precisamente, del estado de las actuaciones. Para asegurar la procedencia temporal de la queja el Sr. Defensor Oficial solicita expresamente que el escrito de MOREL sea tenido como parte integrante del recurso.

El Sr. Defensor Oficial sostuvo que el rechazo del recurso de casación, originariamente intentado por la defensa particular de MOREL, había sido notificado por cédula y de manera exclusiva en el domicilio del letrado que lo interpusiera, omitiéndose toda notificación al interesado. Agregó que MOREL no había constituido domicilio en el de su letrado y que la cédula enviada al asistente técnico no fue acompañada de copias que informaran los fundamentos de la denegatoria.

Dicha falencia devino ostensible con la comparecencia -el 6 de marzo de 2003- de la concubina de MOREL, Stella Maris Perona, ante los estrados del Tribunal Oral en lo Criminal N° 20, para solicitar que se tuviera por separado de la defensa de su pareja al letrado particular y se le brindara asistencia técnica oficial (fs. 642). Al día siguiente MOREL fue trasladado ante el Tribunal, oportunidad en la cual ratificó tal voluntad y fue notificado del cómputo de pena (fs. 645). El Defensor Oficial Dr. Santiago García Berro fue notificado de su designación y de la aprobación del cómputo mediante cédula recibida en la Oficina de Notificaciones el 11 de marzo de 2003 y diligenciada el mismo día (fs. 651).

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al planteo en razón de la extemporaneidad que a su criterio el mismo denotaba.

Para ello valoró que MOREL había conocido el fracaso de la impugnación casatoria impulsada por su anterior defensa el 7 de marzo de 2003, fecha en la que se lo notificó personalmente del cómputo de pena, no manifestando voluntad recursiva alguna; que en esa oportunidad revocó el mandato de su defensor particular designándose al Oficial quien, en fecha 11 de marzo, aceptó el cargo y prestó conformidad con el cómputo (fs. 650 vta.) La Sala estimó que a partir de esta última fecha debía contarse el término de tres días para interponer el recurso de queja y que, toda vez que la presentación *in pauperis* había sido ingresada en fecha 24 de marzo (fs. 770), la misma devenía extemporánea.

III. 3. Recurso extraordinario. Su rechazo

A fs. 928/963 obra el recurso extraordinario interpuesto por el Dr. Santiago Garcia Berro.

La defensa se agravió de la decisión del Tribunal por la que se denegara la queja por recurso de casación no admitido y consideró que la resolución debía ser tachada de contradictoria y arbitraria.

En relación al requisito de temporaneidad argumentó que tener por cierta la fecha 11 de marzo de 2003 como aquella en la que la parte interesada tomaba cabal conocimiento del fracaso del intento casatorio carecía de todo fundamento en la medida en que para entonces MOREL aún no había sido fehaciente y/o personalmente notificado de los motivos de tal rechazo.

Textualmente, el señor Defensor que me precediera indicó que: *«ello implica necesariamente desconocer las limitaciones naturales de una persona carente de*

conocimientos jurídicos, máxime que, al 7 de marzo de 2003, en rigor de verdad, MOREL tan sólo había designado al suscripto como su defensor oficial…» (conf. fs. 654).

Ahora bien, tener por cierto que la notificación personal al inculpado, carente de conocimientos jurídicos y privado de libertad, del cómputo de pena importa –implícitamente- ponerlo en conocimiento de que la sentencia ha quedado firme por agotamiento de las vías recursivas posibles, roza lo absurdo.

Considérese que MOREL concurrió al Tribunal no para notificarse de auto o cómputo alguno sino a proveer a su defensa legal toda vez que había perdido contacto, desde la audiencia de debate, con su otrora abogado de confianza.

Así, mi defendido ve frustrado su derecho a recurrir merced a una construcción lógica poblada de ficciones. Nunca se lo notifica personalmente de los motivos por los que fue rechazado el recurso de casación ni tan siquiera de que el mismo ha sido rechazado; en evidente estado de indefensión se le comunica el cómputo y se asienta que lo consiente, antes de designarle letrado de oficio.

Finalmente se le designa defensor oficial el que es notificado por cédula y personalmente de tal nombramiento y del cómputo, induciéndolo, de tal suerte, a una inevitable confusión: pensar que si era notificado del cómputo era lógico presumir que la sentencia estaba firme.

Vale acotar que la Sala IV reconoció el estado de indefensión de mi pupilo en el momento de ser notificado del cómputo, pero entendió que el término debía correr a partir de la notificación al Defensor Oficial quien, con este alambicado sistema de notificaciones cruzadas, mal podía sospechar que todavía existía un plazo apto para recurrir pendiente.

Con ello quiero decir, en total coincidencia con el Dr. García Berro, que la notificación *«velada»* por parte del Tribunal de mérito, que se consolida con la irreductible negativa de intervención en carácter de segunda instancia por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal, al considerar aquella actividad (notificación del cómputo) como la que formalmente pusiera punto final a la causa y desde la que debe iniciarse el conteo del plazo para la interposición de un eventual recurso de queja, resulta ya no solo cuestionable sino que importa una afrenta a la inviolabilidad de la defensa en juicio.

El Sr. Defensor Oficial reputó adecuadamente de contradictorio el razonamiento seguido por la Sala IV y, por ende, arbitraria su decisión puesto que, si se tuvo por válida la fecha del 11 de marzo de 2003, en la que se le notificara su designación y el cómputo de su defendido, como aquella a partir de la cual comenzó el plazo para interponer la queja, debió entenderse, a partir de tal razonamiento lógico, que MOREL también tomó conocimiento del rechazo del recurso de casación con la notificación que en su oportunidad se le efectuara al anterior defensor -por cédula y exclusivamente en el domicilio del letrado, aunque, recuérdese, sin copias- con fecha 16 de diciembre de 2002, con lo que la sentencia se hubiera encontrado firme desde el 19 de diciembre de 2002.

La fecha que debe consecuentemente considerarse como aquella en la que MOREL tomara real conocimiento de las circunstancias que rodeaban su situación procesal es la que luce a fs. 815, cuando el nombrado presentara *«in pauperis forma»* el recurso de queja, posteriormente fundado técnicamente por la defensa oficial, esto es, el 24 de marzo de 2003. Recién allí se puede afirmar que MOREL tuvo un acabado conocimiento de su situación procesal, de la suerte obtenida por el recurso de casación intentado por quien fuera su letrado hasta la audiencia de debate y de la no interposición de la respectiva queja, resultados, defensas y recursos que, pese a ser inherentes a su condición de sujeto en juicio, hasta ese momento MOREL desconocía.

El Sr. Defensor Oficial advierte una segunda contradicción que emerge de la circunstancia de que la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que el Presidente del Tribunal Oral ordena la confección del cómputo «en virtud de la firmeza de la sentencia» (en fecha 13 de febrero, fs. 641) y, posteriormente, establece que debe considerarse a partir del 11 de marzo el inicio del plazo para interponer el recurso de queja. Por un lado, se sostiene que la sentencia estaba firme y, por otro, que era susceptible de ser recurrida por vía de queja.

Subrayó la cuestión con la siguiente cita de Lino E. Palacio: *«se hallan comprendidos en esta hipótesis /autocontradicción/ los pronunciamientos judiciales que, al margen de la lógica declaran simultáneamente la aplicabilidad e inaplicabilidad de una misma norma, extraen conclusiones opuestas respecto de un mismo hecho o exhiben incongruencia entre la conclusión y los fundamentos que la preceden» («El Recurso Extraordinario Federal, Teoría y Técnica», Editorial Abeledo-Perrot, pág. 258)».*

Continuó el recurrente en la senda de tachar de arbitraria la decisión del *«a quo»*, en la medida en que el excesivo rigor formal puesto de manifiesto en la valoración de los plazos, más allá de menospreciar el derecho de defensa en juicio en tanto veda el acceso a la revisión de la condena por un Tribunal superior, se aleja de la doctrina ya sentada por V.E. en los precedentes *Andueza, Albarenque, Giroldi* y *Scilingo*, entre otros.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en fecha 29 de agosto de 2003, reeditó los fundamentos de su primera resolución y resolvió declarar inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por el Dr. García Berro.

En esta resolución, no menos contradictoria o arbitraria que la anterior, se sostiene -dicen los firmantes- en el hecho de que, a contrario de lo manifestado por la defensa, se analizó en oportunidad de rechazarse la queja (por extemporánea) la viabilidad del recurso a la luz de las especiales circunstancias del legajo, de la situación de privación de libertad de MOREL, de la revocación de la defensa de confianza y posterior designación de la Defensa Oficial, todo lo cual fue detallado en aquella oportunidad.

Debo poner de relieve que detallar no significa controvertir, contestar o argumentar en favor de una idea, doctrina o dogma ni, mucho menos, enervar la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Nación, como omiten considerar los Sres. Jueces de Casación quienes, para rechazar el recurso extraordinario, se limitan a reproducir las mismas razones arbitrarias y empapadas de excesivo rigor formal que ya utilizaran sin contestar ninguno de los argumentos, puntualmente detallados por la defensa, refutándolas.

Es también la defensa de la formalidad el argumento central que enarbola la Cámara Nacional de Casación Penal para rechazar la pretensión de la doble instancia jurisdiccional, en tanto aduce que esta garantía, si bien reconocida constitucionalmente y asumida internacionalmente por el Estado Nacional, debe limitarse en su ejercicio a la reglamentación según legislación interna (se citan precedentes de la propia Sala).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. 1. Privación de la doble instancia judicial

Como ya señaláramos, el 29 de agosto de 2003 la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, declaró inadmisible el recurso extraordinario federal articulado (v. resolución registro N° 5137, obrante a fs. 969/970). Sostuvo que: *«...Debe tenerse*

en cuenta que el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior que asiste a toda persona inculpada de un delito no impone condiciones de procedibilidad para los recursos, ni establece cuáles deben ser éstos. Ello, por cuanto dichas cuestiones que implican reglamentar el ejercicio de tal garantía en el ámbito nacional se mantienen sujetas a la legislación interna de cada país signatario de la norma internacional constitucionalizada que la reconoce (v. de esta Sala, causa n° 1819, «DAHER, Aníbal s/recurso de queja», Reg. Nro. 2277.4, rta. el 6/12/99; causa Nro. 1962, «CARACCIOLO, Juan Eduardo s/recurso de queja», Reg. Nro. 2671.4, rta. el 29/6/00, entre otras).»

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable.

La resolución en crisis, lejos de responder a la problemática constitucional introducida, se limitó a exponer su particular visión de los alcances de la garantía de revisión del fallo condenatorio, ignorando las argumentaciones esgrimidas por la defensa preactuante.

La omisión de tratamiento en torno a los variados cuestionamientos opuestos resulta objetable a la luz del deber de fundamentación inherente a decisiones jurisdiccionales como la que se analiza; los escasos fundamentos brindados, a poco que se los confronte con la rica jurisprudencia que, sobre la materia, ha desarrollado V.E. a partir del precedente *«Giroldi»*, terminan por confirmar la viabilidad de la presente queja,

De acuerdo con la tesis de la Sala, las previsiones de los incisos 1° y 2° del Art. 456 CPPN, constituyen reglamentaciones razonables de la garantía acuñada en el Art. 8, inc. 2, ap. «h» CADH. Sin embargo, en lo que el *a quo* no ha ahondado es en las razones por las cuales, en el caso puntual, no se procedió a la revisión del fallo condenatorio cuando, como quedó expuesto, la defensa había recurrido la sentencia ateniéndose, precisamente, a esas pautas reglamentarias. Y es que, vale recordar, la plataforma donde se apoyaran los fundamentos del agravio en el recurso original radicó en el cuestionamiento de la subsunción legal escogida, sin adentrarse ni controvertir los elementos de hecho ni la valoración de las pruebas colectadas.

Téngase presente que en el recurso de casación interpuesto por la entonces defensa privada de MOREL se invocó el primer inciso del Art. 456 del Código adjetivo en la medida en que lo que se cuestionaba era una errónea aplicación de la ley de fondo. Se requería, sin atacar probanza alguna, la discusión en segunda instancia de una cuestión estrictamente jurídica con idéntica plataforma fáctica a la valorada por el tribunal de grado.

El agravio a la garantía de acceso a la doble instancia se perfeccionó con el primigenio rechazo de la pretensión recursiva por motivos ajenos y hasta opuestos a los presentados por la defensa. El tribunal de mérito descartó la presentación sosteniendo que se trataba de un intento de *«introducir en esta etapa procesal una nueva discusión sobre la apreciación de los elementos de convicción producidos durante el debate…»* (cfr. fs. 634), afirmación completamente divorciada de las fundamentaciones esgrimidas por la defensa al tiempo de presentar el recurso, donde claramente se observa un reclamo de recta aplicación de la ley sustantiva.

Esta vulneración a las prerrogativas del justiciable no resulta en modo alguno secundaria si tenemos presente que, llamado a establecer la compatibilidad de previsiones similares a las de nuestro Art. 456 CPPN, con el precepto convencional del Art. 14.5 PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que el régimen recursivo español resultaba incompatible con la garantía examinada: *«11.1 El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que*

el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho de revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.» (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 69ª período de sesiones, celebrado entre el 10 y el 28 de julio de 2000, referido a la denuncia presentada contra el Reino de España por Cesario Gómez Vázquez).

La arbitrariedad que importa cercenar el derecho a recurrir, en la que cae la decisión en crisis se advierte así, sin necesidad de abundar en mayores consideraciones sobre el punto, tanto más si tenemos en cuenta que la jurisprudencia constante de V.E. y los informes y jurisprudencia emanados de los organismos de protección de los derechos humanos en el ámbito regional, se han enrolado decisivamente en la línea de razonamiento precedentemente citada.

En este aspecto, basta citar la doctrina del caso Maqueda, y el Informe de la Comisión Interamericana referido a Juan Carlos Abella (N° 11137, del 18 de noviembre de 1997).

En el primero, el recurso fue conceptualizado como *«...un medio establecido a favor del inculpado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de la garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.»* (CIDH, Informe 17 del 9/2/94, citado por Daniel Rafecas en «*El recurso extraordinario federal y su influencia sobre el recurso de casación. Panorama frente al cambio de siglo»,* publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Casación, N° 1, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 177).

Fue precisamente a través de los agravios introducidos en la interposición del recurso que se procuró una nueva *«oportunidad»* procesal para ejercer la defensa, para *«controlar»* y *«criticar»* la sentencia; instancias, todas estas, que no se ajustan al procedimiento adoptado en el caso, a todas luces contrario al sendero trazado por la Comisión.

Reafirmando la tesis sostenida por esta parte, se expidió la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 230, del 9 de diciembre de 2002, al señalar: «*La resolución de la cuestión suscitada requiere traer a colación la doctrina sentada en el Pleno de este tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de setiembre (FF JJ 9 y 19; reiterada posteriormente en las STC 197/2002, 198/2002 y 200/2002 de 28 de octubre y 212/2001, de 11 de noviembre) sobre la exigencia de respetar, en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal.»*

La posición sustentada por el *a quo* termina completamente descalificada, al recordar el análisis llevado a cabo por la Comisión Interamericana en el caso Abella, ya citado, en el que se trazó idéntica correspondencia a la que realizara el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto del sistema español: *«...Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales... El debido proceso legal carecería de*

eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa (cons. Nro. 252)». Y más adelante: *«...La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insalvable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas»* (parágrafo 261) Asimismo, ha considerado que por ser el recurso de casación *«...una institución jurídica que... permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h. de la Convención en tanto no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso.»* (Informe 24/92, 2/ 10/92; Informe 55/97 del 18/11/97).

En reciente jurisprudencia, V.E. reconoció la existencia de cuestión federal y la necesidad de revocar el pronunciamiento impugnado, por encontrarse en juego la vigencia de la garantía de la doble instancia jurisdiccional. En el dictamen del Sr. Procurador General, al que adhirió V.E., se reconoció que el derecho a la doble instancia supone *«...la posibilidad de acceder a una revisión plena del acto jurisdiccional* (tal como se reconociera en) *la doctrina desarrollada por V.E. en Fallos 318:514; 320:2145; 322:2488 y F. 787. XXXVI. In re «Felicetti, Roberto y otros s/ revisión – causa N° 2813-» (sentencia del 21 de diciembre de 2000).»* para concluir que el: «...*apartamiento de tan claros precedentes del Tribunal, sin jurisdicción expresa, se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660, 1821; 321:2294 y 3201). Tal circunstancia basta para descalificar el pronunciamiento apelado, pues la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial referida, importa una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional válido (F. 127. XXXIV. In re «Fiscal c/García, Sixto Fernando», resuelta el 30 de junio de 2000), tornándola en arbitraria... Por otro lado, la actitud adoptada desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso (en el caso, de casación) no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal, examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (Informe 24/92, «Costa Rica», del 2 de octubre de 1992, en especial parágrafo 30)»* (C. 1566. XXXVI RECURSO DE HECHO Caric Petrovic, Pedro; Fernández de Caric, María; Caric Fernández, Andrés Alejandro; Sargenti, Alejandro José y Durán Acevedo, Valeria Alicia c/ Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Ángel», rta. 28/5/2002).

Así también, en el precedente *«Tabarez, Roberto Germán»* de fecha 17/03/98 (Fallos, 321:494) se consideró *«Que en esa medida queda restringido el principio según el cual la determinación de los límites de la competencia de los tribunales de alzada, cuando conocen por vía de recursos concedidos para ante ellos,*

compromete sólo cuestiones de derecho procesal y es por ello materia ajena a la instancia extraordinaria de la Corte... Pues los referidos compromisos internacionales de la Nación obligan, en lo que es relevante para el caso, a extremar la atención sobre el modo mediante el que se niega el acceso a la Cámara de Casación por la vía de un recurso del acusado contra la sentencia de condena. En otras palabras, ha de asegurarse, en ese caso, un margen más amplio para el examen de las posibles arbitrariedades.» (Voto de los Sres. Ministros Dr. Carlos S. Fayt y Dr. Enrique Santiago Petrachi, citado por Augusto MORELLO en *«El Recurso Extraordinario»,* Ed. Abeledo Perrot, 2da. Edición, cita de la pág. 263).

Por los argumentos expuestos, estimo que el excesivo rigor formal con que se interrumpieron las vías de acceso a un derecho dotado de jerarquía constitucional, no sólo importa una nueva violación al derecho a la doble instancia jurisdiccional sino, un claro supuesto de arbitrariedad, atento a la falta de contestación expresa a las alegaciones vertidas por quienes me antecedieran en la defensa de MOREL. El contraste de estos principios y desarrollos teóricos con la posición sustentada por los Tribunales preactuantes reafirma la viabilidad de la presente queja.

Se ha cuestionado hasta aquí la irreductible postura del tribunal de grado al rechazar la vía casatoria y la consecuente afectación de derechos propios e inherentes de todo sujeto en juicio que con tal decisorio se ha producido.

Corresponde, seguidamente, controvertir el excesivo rigor formal utilizado por el Tribunal intermedio -en el caso la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal- tanto para negar la intervención que legalmente le compete, requerida por vía de queja, como para vedar la vía extraordinaria federal, intentada con motivo de aquella denegatoria.

IV. 2. Sobre la temporaneidad del recurso *in pauperis*

Sin desconocer la existencia del precedente *«Albarenque, Sixto Omar»*, se renueva aquí la discusión que diera origen al antecedente *«Scilingo»*, de manera que, tal como lo hiciera en el Expte. Letra: «M», N° 720, Libro XXXVII, Año 2001, *«RECURSO DE HECHO deducido por Estela María MARTIN en los autos «Suárez, José Eduardo y MARTÍN, Estela Maria s/ inf. Art. 5°, inc. «c», ley 23.737,* Causa N° 17/2000 y en varios otros, procederé, con nuevos argumentos, a justificar la orientación jurisprudencial que entiendo correcta.

Vale aclarar que, hasta el momento, los cuestionamientos efectuados a la doctrina del fallo *«Albarenque»* no fueron respondidos, manteniendo plena vigencia el criterio restrictivo que de allí dimana.

V.E., por mayoría, en el mencionado caso *«Albarenque»* (Fallos, 322:1329 – 30/6/1999), consideró «*que notificada la defensa del condenado del rechazo del recurso de queja por haberse declarado inadmisible el recurso de casación, deviene inadmisible el recurso extraordinario federal basado en la supuesta violación de la garantía de la defensa en juicio por haberse omitido notificar al condenado aquella resolución*» (del voto de la mayoría integrada por los Sres. Ministros Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez).

En ese mismo pronunciamiento se aseveró, en relación al rechazo del recurso extraordinario federal, que ello se adecua a las pautas fijadas por la misma Corte, al establecer que «*notificada la defensa de la denegatoria del recurso extraordinario, la posterior notificación al procesado de la misma providencia resulta irrelevante para el cómputo del plazo para la interposición de la queja (Fallos 311:2057; C.434 XXXIV «Cárdenas Díaz, Viviana Marcela y otro s/ homicidio en concurso real con hurto –causa N° 180/97- resuelta el 27 de diciembre de 1998).»*

Vale aclarar que el precedente *«Cárdenas Díaz»*, que no se encuentra publicado, importa el primer abandono de la preclara doctrina sentada por la mayoría, integrada por los Sres. Ministros Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, en el antecedente *«Scilingo»* , de fecha 6 de mayo de 1997 (Fallos, 320:857). En este último decisorio se afirma: *«Que.. de las constancias sumariales reseñadas resulta con certeza que Scilingo no fue notificado fehaciente y oportunamente del fallo del que se agravia, conclusión que importa un desconocimiento de la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual el plazo para deducir recurso extraordinario debe computarse, en los casos de sentencia condenatoria en causa criminal, a partir de la notificación personal al procesado exigida por el art. 42 del Reglamento para la Justicia Nacional, con el fin de que tal clase de sentencias no quede firme por la sola conformidad del defensor (Fallos: 255:91; 291:572; 302:1276: 304:1179, 305:122, considerando 2°, entre muchas otras). Y ello es así porque la facultad de impugnación es propia del encausado, en cuyo beneficio ha sido establecida, de modo tal que la inactividad de su defensor no puede perjudicar su derecho a recurrir de las sentencias condenatorias por expiración del plazo legal (Fallos:305:883, considerando 2°)...»* (Considerando 3°).

El fallo *«C. 434. XXXIV RECURSO DE HECHO Cárdenas Díaz, Viviana Marcela y otro s/ homicidio en concurso real con hurto – causa N° 180/97-.»,* en realidad de fecha 22 de diciembre de 1998, no aporta elemento alguno que justifique la nueva postura, pese a que se encuentra firmado por los Sres. Ministros Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Bossert y Vázquez, tres de los cuales contradicen lo sostenido en *«Scilingo»* . El fallo se compone de los dos párrafos que a continuación transcribo: *«Autos y Vistos; Considerando: Que este Tribunal tiene establecido que notificada la defensa del rechazo del recurso extraordinario es irrelevante, a los efectos del comienzo del cómputo del plazo para la interposición de la queja, la posterior notificación del procesado. Por ello, se desestima la revocatoria deducida a fs. 135/136. Hágase saber y estése a lo resuelto a fs. 133.»*

Así las cosas, los precedentes favorables a su postura fueron invocados por la defensa de *«Albarenque»*, pero la mayoría estimó que los casos trataban de «...*sentencias condenatorias del procedimiento escrito provenientes de las cámaras de apelaciones y por ello no es de aplicación al caso*».

Sin embargo, la inteligencia asignada al Art. 42 del Reglamento para la Justicia Nacional no se circunscribe a la notificación de la sentencia emanada del Tribunal de mérito, sino que se hace extensiva a toda resolución que ocasione gravamen insusceptible de reparación ulterior, como bien queda señalado en el mentado fallo *«Scilingo».*

No se puede perder de vista que, de cara al recurso extraordinario federal, resulta indiferente a qué régimen procesal responde la pretensión del justiciable, pues, tanto en el sistema de la Ley 2372, como en el vigente (Ley 23.984), la vía recursiva en la instancia extraordinaria se tramita por escrito.

Esta aclaración resulta importante pues, a diferencia de lo que ocurre en la etapa oral del sistema procesal (en cuyo marco el conocimiento de la sentencia de mérito por las partes se reputa perfeccionado mediante su lectura pública efectuada por el Tribunal en audiencia convocada al efecto), las instancias posteriores no incorporan variables susceptibles de modificar la doctrina cuya reinstauración reclamo.

La crítica a la interpretación que en *«Albarenque»* se otorga a los alcances del Art. 42 del Reglamento para la Justicia Nacional, se encuentra impecablemente desarrollada en los votos en disidencia de los Sres. Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi (que retoma la posición sustentada en *«Scilingo»*) y Antonio Boggiano,

quienes advierten que *«...tal interpretación no sólo resulta contraria al texto y al sistema de la ley, sino que provoca, además, una inaceptable lesión al derecho de defensa desde el punto de vista del contenido material que corresponde asignar a esa garantía...»* (Considerando 5° del voto del Dr. Petracchi) y reafirman el punto medular de la cuestión: *«La posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de recursos procesales fue, y sigue siendo, una facultad del imputado, concebida como un derecho privativo de éste y no como una potestad técnica del defensor.»* (Considerando 6° del mismo voto).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Reino de España ha resuelto: *«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y que ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento del órgano judicial.»* (TC S 130/1987 17 jul). Para agregar que *«Pese a que el cómputo de plazos procesales sea materia de legalidad ordinaria, cuando su interpretación se fundamente en error patente y produzca la pérdida de algún recurso legal o de un trámite procesal determinante de indefensión, adquiere relevancia constitucional porque causa lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto del derecho a los recursos establecidos o a no sufrir indefensión.»* (TC S 155/1991).

El correcto entendimiento del derecho al recurso como una prerrogativa establecida a favor del imputado - lo que conlleva la necesidad de su notificación personal, para que esa facultad no quede en letra muerta - encuentra su consagración en el ámbito de protección interamericano de derechos humanos.

Así, la CADH dispone en su Art. 46.1. b) que la petición ante la Comisión Interamericana debe presentarse *«dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva»*, y, en el mismo sentido, el nuevo Reglamento de ese órgano indica en su Art. 32.1. que *«La Comisión considerará las peticiones presentadas dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos».*

En el precedente *«Giroldi»* (Fallos, 318:514) se afirmó que la *«jerarquía constitucional»* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente y que, para la Corte Interamericana *«garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1. de la Convención».*

Precisamente, para que la potestad reconocida en el Art. 8.2.h) de la CADH: *«derecho del inculpado de delito de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior»* quede suficientemente garantizada, es menester que el imputado sea notificado personalmente de la resolución que le causa agravio.

En virtud de los argumentos expuestos, habiéndose modificado la composición de ese Alto Tribunal, solicito expresamente que V.E. se aboque nuevamente al estudio de la cuestión, con el objeto de que se restablezca la doctrina sostenida por la minoría en *«Albarenque»*, en tanto resulta la única compatible con la plena vigencia del derecho de defensa en juicio y del derecho a recurrir contra toda sentencia de condena (Art. 18 CN; Art. 75 inc. 22 CN; Art. 8 inc. 2, ap. «h» y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 14.5 y 15.1 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De conformidad con lo expuesto, esta defensa afirma que la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que dispuso el rechazo del recurso de queja deducido «in pauperis forma» por MOREL y fundado técnicamente por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Santiago García Berro, debe ser revocada toda vez que el decisorio del tribunal de grado (Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de la Capital Federal) que denegara la concesión del recurso de casación no se encontraba firme al momento de la resolución que aquí se cuestiona, en tanto mi ahora asistido - privado de su libertad en un establecimiento penitenciario - no había sido notificado ni personalmente ni en la unidad de alojamiento y, mucho menos, contó con copias de tal resolución. Por ende, aquella presentación debe ser tenida por temporánea.

Habida cuenta de que las alegaciones involucraban, insisto, la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, del debido proceso penal, de revisión del fallo condenatorio y del principio de legalidad, nos encontramos ante la primera causal de arbitrariedad –conforme la sistematización de Genaro R. y Alejandro D. Carrió en *«El Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema»*, que puede incluso catalogarse –cuando, como en el caso, un tribunal se abstiene de pronunciarse sobre puntos conducentes para la efectividad de los derechos controvertidos- como un supuesto de privación de justicia. (v. Fallos, 212:561 citados por Carrió, op. cit. T. I, Tercera Edición actualizada, Tercera Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 65 y ss.).

Por lo expuesto, a la luz de la sabia doctrina de V.E. que afirma que: *«Existe cuestión federal, si se ha cuestionado la inteligencia de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas»* (Fallos: 324:975), solicito haga lugar a la presente queja y ordene a la Cámara Nacional de Casación Penal el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

1. B. Sentencia de Corte

El máximo Tribunal hizo excepción al principio según el cual la «*aplicación de las normas de derecho procesal constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa»* sobre la base de la excepción reconocida a la luz de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

En esa línea puntualizó que la sentencia impugnada «...*no garantizó el pleno ejercicio del derecho de defensa, al desestimar por extemporáneo el recurso pese a la inexistencia de alguna constancia que reflejara que Morel hubiera sido enterado del rechazo del de casación o de que la vía no estaba agotada completamente. Esta situación llevaría a adoptar como la fecha en que el imputado conoció los alcances de la determinación que acarreó la –provisoria- firmeza de la sentencia condenatoria, el día en que presentó la queja por casación denegada in forma pauperis.*»

1. C. Proyecciones

El precedente «Morel» constituye un hito importante en el restablecimiento de una encomiable tradición jurisprudencial del máximo Tribunal en materia de asistencia sustancial que encontró en el caso «Scilingo» (Fallos, 320:854) uno de

sus más completos desarrollos.

El fallo fue dictado luego de que la Corte restableciera en el caso «Dubrá» (Fallos, 327:3802) la indispensable notificación al acusado de todo acto que pueda ocasionarle perjuicio como recaudo de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La importancia del caso «Morel» radica en que no basta con la mera notificación formal al justiciable para entender satisfecha la garantía de defensa en juicio; antes al contrario, en aquellos casos en los que, por renuncia, apartamiento o falta de comunicación del asistente técnico a su defendido, puede establecerse que éste desconoce los pormenores de lo actuado, será indispensable que la notificación esté acompañada de un auténtico anoticiamiento de las implicancias del acto que es puesto en su conocimiento.

No en vano se entiende que, en su naturaleza jurídica, los recursos *in pauperis* son auténticas «denuncias de indefensión».

Esta dimensión de esas presentaciones abre amplias perspectivas para el asistente técnico designado y esto es consistente con la intervención efectiva en el proceso. De lo contrario, la mera designación formal no cumpliría ninguna función material sino que se limitaría a satisfacer un rito vacío.

El hecho de que la Corte se refiera al «conocimiento de los alcances» del acto procesal que es objeto de notificación viene a restablecer el estándar sentado en «Scilingo» sobre el punto.

Por lo demás, es importante remarcar que –según lo dispuesto en este fallo- no basta a los efectos de anoticiar al justiciable de una decisión de fondo adversa -pretendidamente firme- con la mera notificación del cómputo de pena (v., *in extenso*, el texto de la presentación arriba transcripta).

2) N. 19. XXXIX, «PRESENTACIONES VARIAS NUÑEZ RICARDO ALBERTO SOBRE SUS RECURSOS DE QUEJA CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO» (sentencia del 16 de noviembre de 2004, publicada en Fallos, 327:5095)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II.1. Requisitos comunes y formales (leyes 48 y 4055)

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente para cumplir con el recaudo respectivo, aún cuando serán relevados sólo aquellos que se relacionen directamente con este planteo, por entender que el remedio federal al que se aspira es de naturaleza eminentemente técnica.

III. 1. La sentencia condenatoria

A los dos días del mes de agosto de dos mil uno se dio lectura a la sentencia N° 20 de la Cámara Quinta en lo Criminal de la Provincia de Córdoba (v. fs. 336/350 vta.). En esa oportunidad se tuvo por probado que *«en horas de la noche del 12 de Mayo de 2.000 Cabrera concurrió al Bar de Blanco, en la localidad de La Calera, junto con las mujeres nombradas* (Lidia Esther Lazcano, por entonces novia de Cabrera y María Elena Sosa) *y Rubén Iriarte, (a.) «Gato», pareja de la Sosa; que Cabrera jugó al pool contra Barreto (apodado «For») y Monje (apodado «Caballo»),... que aproximadamente a las 03.30, se generó un incidente entre Barreto y Cabrera, desafiándose ambos a pelear afuera del bar; que advertidos por el dueño del bar que allí no podrían hacerlo, decidieron trasladarse a un sitio ubicado a escasa distancia denominado «la piedra blanca», comenzando Cabrera a dirigirse al sitio, siendo acompañado por su novia Lidia Lazcano la cual pretendía*

hacerlo desistir; que en ese momento, arribó al bar en un automóvil remis el imputado Núñez, apodado «Corcho», que tiene una lejana vinculación parental con el dueño del Bar, juntamente con un sujeto conocido por el apodo de «pitufo» o «Piturro» que sería de apellido Fernández; que al advertir Núñez lo que estaba sucediendo, decide impedir la pelea –que según expresó, a su criterio perjudicaba la reputación del bar- dirigiéndose hacia donde estaba Cabrera aguardando a Barreto, tratando de disuadirlo de la pelea; pero Cabrera se mantuvo empecinado en pelear con Barreto, por lo que entonces Núñez le dijo «¿te la aguantás, y al serle respondido afirmativamente por Cabrera, sacó un arma de fuego, se la colocó en el abdomen y le efectuó un disparo...».

En tal virtud el tribunal de mérito condenó a mi defendido como autor del delito de lesiones graves, a la pena de seis años de prisión, con adicionales de ley, declaración de reincidencia y costas. En el punto II del resolutorio dictó «*sentencia única en relación al nombrado, unificando la presente con lo que le restaba por cumplir de la pena de diez años de prisión que le había impuesto la Cámara Novena del Crimen de esta capital con fecha 13/12/1993 –tres años, tres meses y veintinueve días- en la única de nueve años de prisión, con adicionales de ley, declaración de reincidencia, revocación de la libertad condicional que se le había otorgado con fecha 8/11/1999, y costas (art. 9, 12, 15, 40, 41, 50, y 58 C.P. y 550 y 551 CPP)*».

III. 2. El recurso de casación y su tratamiento

Con fecha 21 de agosto de 2001 Ricardo Alberto NÚÑEZ interpuso, por derecho propio, recurso de casación contra la sentencia (fs. 351/7) alegando errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de fundamentación. Postuló la nulidad del decisorio en tanto le adjudicó al Tribunal de mérito haber inobservado las reglas de la sana crítica y el sistema de libres convicciones, al momento de determinar el autor material del ilícito. Argumentó que la conducta que se le endilga sólo podía reprochársele a título culposo, se agravió por la mensuración de la pena efectuada, en tanto adujo que el único motivo esgrimido para incrementarla fue la existencia de una condena anterior y ello configura la imposición de una nueva sanción por el mismo hecho, violatoria del principio *ne bis in idem*.

Asimismo invocó errónea aplicación de la ley sustantiva respecto de los Arts. 90, 40 y 41 CP (siguiendo al efecto los cuestionamientos referenciados más arriba) así como del artículo 58 del mismo cuerpo de leyes. En este último sentido solicitó que se case la sentencia y que se le imponga una pena única que permita computar en su favor el encierro ya sufrido (v. fs. 361vta.).

Por último hizo reserva del caso federal y solicitó se dé intervención a un Asesor Letrado a fin de que otorgue fundamento jurídico a su presentación. A fs. 359/361 se agregó la fundamentación técnica del recurso informal de mi asistido; en esa presentación la asistente técnica designada se limitó a transcribir parcialmente los contenidos de la manifestación informal de NÚÑEZ y a ratificar todos y cada uno de los motivos invocados por el nombrado, solicitando se deje sin efecto la sentencia recurrida. La letrada reservó el caso federal.

A fs. 362/vta., por auto interlocutorio N° 63, la Cámara Quinta en lo Criminal resolvió conceder el recurso y elevar los autos al Tribunal Superior de Justicia, órgano jurisdiccional que, a fs. 367/72vta. por auto N° 283, resolvió declarar formalmente inadmisible el recurso de casación deducido por el imputado, excepto en lo relativo a la errónea aplicación del art. 58 CP (v. fs. 371vta.) agravio respecto al cual a fs. 374/379vta., por sentencia N° 77, resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Puesto a analizar los argumentos opuestos por el justiciable -concretamente

en cuanto postulara la imposición de una pena que, por su intensidad proporcionalmente progresiva, contuviera la de todos los delitos que congloba- el *a quo* sostuvo: «*...el reproche* ***carece de interés*** *toda vez que resulta claro que ha sido dicho procedimiento el empleado por el Tribunal de mérito. La ausencia de gravamen queda en evidencia si se repara en que ascendiendo la suma aritmética de las penas a unificar a nueve años con tres meses y veintinueve días, se ha impuesto a Núñez una sanción menor, de nueve años de prisión en total... Ello incluso coincide con lo sostenido por esta Sala, en cuanto a que el Código Penal parte, para la tarea de fijar una pena única por distintos hechos, del sistema de* ***acumulación jurídica...*** *es decir, aquel que impone practicar una adición de las penas en danza, pero fija luego topes mínimos y máximos para la única resultante...»*

Reafirmando la interpretación cuestionada por el justiciable agregó: «***c)****... debe repararse en que el artículo 58 alude, en el primer supuesto, al caso de que «después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que* ***esté cumpliendo pena*** *por otro hecho distinto...» De allí deriva una primera limitación: no es aplicable lo dispuesto por el artículo 55 a aquellos casos en que la primera condena se encuentre extinguida por* ***cumplimiento total.*** *(cfr., NÚÑEZ, Ricardo, «Derecho Penal Argentino»...) Dicho razonamiento, sostenido con coherencia, impone que para el caso de condenas que se están purgando, la porción ya extinguida por su* ***cumplimiento parcial*** *también deba excluirse de la unificación. Tal es la opinión de Ricardo NÚÑEZ: 'Si el hecho determinante del nuevo juzgamiento es anterior a esa sentencia a los efectos del límite mencionado, sólo debe computarse la pena a ejecutar'...* ***d)*** *La interpretación aquí reseñada no sólo es respetuosa de la letra de la ley y congruente con la* ***finalidad del instituto*** *–someter al reo a un solo juez tanto para la imposición de una pena única como para el contralor de su cumplimiento,..., sino que además conjura los irrazonables efectos de la pretensión contraria.»*

Esta resolución fue notificada a NÚÑEZ y a su asesora jurídica el 9 de septiembre de 2001.

III.3. El recurso extraordinario

Con fecha 13 de septiembre de 2002 Ricardo Alberto NÚÑEZ interpuso recurso extraordinario en forma pauperis (fs. 2 del Expte. Letra «N», N° 8, «*NÚÑEZ, Ricardo Alberto p.s.a. Homicidio en grado de tentativa. Recurso Extraordinario*»), el que fue sustentado técnicamente por la Sra. Asesora Letrada Dra. Liliana Malvasio (v. fs. 5/7) quien entendió que se encontraba configurada la cuestión federal porque «*se han violado las elementales garantías constitucionales (como defensa en juicio y debido proceso) merced a su apoyatura decisiva en elementos de convicción ilegítimamente incorporados al debate y habiendo resultado contraria a la pretensión defensiva*».

Con profusa cita de precedentes de V.E. invocó asimismo la concurrencia «*de arbitrariedad respecto del fundamento de la resolución conforme la sistematización propuesta por Carrió desde que en orden a la cuestión sustancial debatida, el Tribunal prescinde de los postulados normativos que eran de rigor para la correcta solución jurídica del caso e incurre en una suerte de apartamiento arbitrario del orden jurídico*». Señaló, como causal autónoma de arbitrariedad, el «*excesivo rigor formal en desmedro de la verdad jurídica objetiva emergente de las circunstancias de la causa, frustrando así a los encartados el acceso a una instancia potencialmente útil par la corrección jurídica reclamada*» (...). Finalmente, invocó bajo el título de gravedad institucional la «*cuestión vinculada a garantías constitucionales y su plena operatividad en una causa criminal (...)*», enfatizando que se frustró el acceso a una instancia potencialmente útil para la corrección

jurídica reclamada, en desmedro de la garantía consagrada en los Arts. 8, inc. 2, «h», CADH y 14 inc. 5° P.I.D.C.P.

A fs. 13/24vta. del mismo expediente NÚÑEZ efectuó una nueva presentación que fue agregada «*a los efectos que hubiere lugar*».

A fs. 27/32 el Tribunal Superior de Justicia, por Auto N° 10 del 14 de febrero de 2003 resolvió declarar formalmente inadmisible el recurso extraordinario interpuesto; basó su resolución en la ausencia de autosuficiencia y fundamentación idónea del mecanismo impugnativo afirmando que no se había demostrado inequívocamente la existencia de un perjuicio violatorio de garantías constitucionales.

Con respecto a la doble instancia refirió que «*el derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior (CADH), no implica la dispensa de las condiciones exigibles según el ordenamiento vigente para ejercitarlo sin la demostración de que este haya sido arbitrariamente interpretado o que se haya resuelto con prescindencia de él, o bien que estas disposiciones resulten inconstitucionales.*»

Finalmente sostuvo que para que se configure un exceso ritual éste debe ser de una entidad tal que implique una exagerada sujeción a las normas formales, las cuales abusivamente son mal o indebidamente utilizadas tornando arbitrario el proceder del juez, descartando que éste fuera el caso.

También reseñó las razones por las que había declarado formalmente inadmisible el recurso de casación presentado y concluyó aseverando que la crítica de la quejosa se limitaba a una genérica afirmación de que se había violado el sistema de garantías, sin rebatir los fundamentos de la decisión que se cuestionaba y sin lograr poner en evidencia la competencia excepcional que reclamaba.

De igual modo descalifica el supuesto de gravedad institucional alegando que «*la recurrente no aporta fundamentos para acreditar la repercusión institucional directa de lo resuelto en el interés de las partes involucradas para adquirir derivaciones pública e institucional de suficiente magnitud como para convocar a los jueces de la CSJN a su conocimiento por configuración del supuesto de gravedad invocado».*

Tras el dictado de la resolución reseñada, NÚÑEZ volvió a presentar un nuevo manuscrito, manifestando su voluntad impugnativa. Ante ello la Sra. Presidente del Superior Tribunal de Justicia dio intervención al Asesor Letrado de turno (v. fs. 9 del Expte. Letra N, N° 8). A fs. 10/vta. dicho funcionario se presentó ante el Tribunal (en presentación suscripta conjuntamente con el justiciable) manifestando que, durante una entrevista con su pupilo, éste le había manifestado su voluntad de desistir del recurso articulado, más allá de insistir en el cuestionamiento del sistema de unificación adoptado.

III. 4. La queja por recurso extraordinario denegado

A fs. 1/12 del Expte. Letra «N», N° 19, Año 2003, Libro XXXIX CSJN luce la presentación de NÚÑEZ alegando arbitrariedad y violaciones al debido proceso y al derecho de defensa en juicio que –sostiene- debieron ser declaradas de oficio por el tribunal *ad quem,* sin necesidad de protesta previa por tratarse de nulidades absolutas.

El justiciable se agravia por considerar que la sentencia fue arbitraria e incursionó en errónea aplicación de la ley sustantiva. Ataca también la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional respecto de elementos probatorios decisivos.

Asimismo, con fecha 1° de septiembre de 2003, ingresó ante V.E. un escrito de Ricardo Alberto NÚÑEZ en el que solicita que se «*unifique la pena de 10 años (...) que impuso la cámara novena del crimen con la pena impuesta por la cámara quinta del crimen de 6 años (...) y no lo que estaba debiendo al momento de mi detención*».

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. 1. Defensa técnica inefectiva

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia que declaró formalmente inadmisible el recurso extraordinario presentado por NÚÑEZ, y sustentado por la defensa oficial, contiene argumentos basados en tecnicismos que, si bien constituyen sustancia atendible en virtud de la naturaleza de la vía intentada, no pueden perjudicar a mi actual defendido que solicitó expresamente la asistencia de un defensor cuya pericia salvara sus falencias.

Ante ello, el Tribunal Superior sólo cumplió parcialmente su rol de garante de los derechos de raigambre constitucional que asisten a todo justiciable en causa criminal puesto que, si bien designó un letrado para que dotara de fundamento técnico a las manifestaciones del encausado, luego omitió controlar debidamente si la labor del asistente asignado cumplía con los estándares mínimos necesarios para garantizar una defensa técnica eficiente; lejos de ello, utilizó las falencias técnicas del asesoramiento para cercenar el derecho de mi actual asistido a acceder a instancias superiores. Tal comportamiento implica resignar su función jurisdiccional en punto al control difuso de constitucionalidad, en particular, respecto a la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio preceptuada, no sólo en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino también en el art. 40 de la Carta Magna provincial.

Por ende podemos afirmar que el decisorio se torna arbitrario en tanto se aparta de la solución normativa prevista para el caso (Fallos: 296:120; 295:417; 303:766, entre otros en SAGÜÉS, Néstor Pedro; «Recurso Extraordinario», Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 185).

La obligación de los tribunales inferiores de suministrar una asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda, ha sido garantizada invariablemente por V.E. (Fallos, 308:1386; 310:492; 311:2502, entre muchos otros).

Idéntica línea ha seguido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, desde la óptica de la garantía del Art. 14, inc. 3 PIDCP, al afirmar que el Tribunal «*...deberá asegurarse de que la forma en que actúe el defensor durante el caso no sea incompatible con el interés de la justicia»* (Caso WRIGHT y HARVEY, Ap. 10.5, citado por Rolando E. GIALDINO en *«Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002»*, publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, República Argentina, N° 1, 2002, p. 209).

Ello, por cuanto la importancia que reviste la correcta actuación del asistente técnico radica en que la labor del defensor se «*dirige a la salvaguarda de los derechos de la parte y se une a ella en el ejercicio unitario del derecho de defensa, pero, al propio tiempo, satisface un interés que no es sólo individual sino también social, cual es la protección de la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico... la intervención el abogado de auxilio de la parte viene, pues a reequilibrar el peso de la acusación en el proceso; sirve, en definitiva, a la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y contradicción*(...) *De ello se*

desprende que la defensa formal o técnica constituya una auténtica garantía de autoprotección del propio sistema, al servicio de los intereses que la Justicia representa. Al Estado, qué duda cabe, interesa que el proceso se desarrolle justa y equitativamente y, en consecuencia, si encomienda la actuación a un órgano técnicamente cualificado, en las mismas condiciones ha de hallarse quien ejercite la defensa» (LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *«Derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad»*, Ed. Universidad de Alicante, España, 2002, p. 67).

Tan relevante es el rol jurisdiccional de contralor en esta materia que, en caso de incumplimiento, se atribuye responsabilidad al Estado, incluso en casos en que hubiera intervenido un defensor contratado privadamente por el justiciable o sus familiares. Ello es así pues, aunque en estos supuestos (a diferencia de lo que ocurre con los defensores oficiales) no está en juego la actuación de funcionarios estatales, sí lo está la obligación de control que indefectiblemente compete al juez de la causa (en este sentido: *Henry y Douglas, 6.5; P. Taylor, 6.4; U. Lewis, 6.6; Werenbeck, 9.8; McLeod, 6.1; Daley, 7.3; Edwards, 5.2*, citados por GIALDINO, op. cit., p. 210).

A la luz de estos principios el Tribunal Superior de Provincia no puede afirmar que el recurso «*no era autosuficiente*», que su «*fundamentación no era idónea*», que la defensa «*no ha procurado rebatir hábilmente ninguno de los fundamentos de la decisión cuestionada de manera razonada y circunstanciada*», que «*tampoco ha procurado demostrar la configuración de un excesivo rigor formal*», sin advertir que estaba en presencia de una grave conculcación del derecho de defensa en juicio. En otras palabras, si la defensa técnica que el Estado le había suministrado a NÚÑEZ actuó tan ineficientemente como el Tribunal Superior describe, éste, en salvaguarda de la garantía constitucional de defensa en juicio, debió anular esa labor, que no cumplía con los requisitos mínimos de eficacia, y dotar al imputado de un nuevo asistente técnico que cumplimentara acabadamente la tarea deferida.

Cabe resaltar que es el propio Fiscal General de la Provincia quien acentúa en su dictamen la falta de «*...una crítica razonada de todos los argumentos...*» por parte de la defensa; quien manifiesta que «*...el análisis del escrito presentado por quien fuera designada defensora del imputado* ***permite evidenciar que la carga antes aludida no ha sido satisfecha...»,*** «*...no ha aludido siquiera a los fundamentos que ostentan los decisorios que se atacan...*», «*...no media el mínimo intento de crítica de las razones dadas por V.E. en los decisorios que ocasionan agravio. Ello sella definitivamente la suerte de la impugnación*».

Recapitulando: el máximo órgano jurisdiccional de la Provincia asigna un asesor técnico de oficio, para que dote de sustento jurídico una presentación *in pauperis* de un acusado en proceso criminal; el funcionario de marras incumple su cometido –según afirman el Fiscal General de la Provincia y el mismo Tribunal Superior de Justicia-; ante ello este último, lejos de garantizar la defensa del justiciable asegurándole un patrocinio eficaz, lo sanciona haciéndole perder su derecho a recurrir ¡basándose en la insuficiencia del asesoramiento jurídico que el mismo Estado le asignó!

Cabe observar que el Tribunal Superior tuvo en sus manos la posibilidad de morigerar los efectos de la omisión del letrado y garantizar -a un tiempo- la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio: bastaba para ello que analizase las protestas que, informalmente, introdujera NÚÑEZ. Sin embargo, se concentró en los defectos formales del escrito del defensor técnico perfeccionando -de tal suerte- una violación constitucional y convencional consistente en la omisión de su rol de garante de la plena satisfacción de la garantía de asistencia letrada efectiva.

En abono de nuestra postura conviene rescatar la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 680/1996, Jamaica, 16/9/99 CCPR/C/66/D/680/1996: *«7.4. En cuanto a la denuncia del abogado de que el autor no estuvo bien representado en el recurso, el Comité observa que la asistencia letrada en el recurso admitió que éste carecía de fundamento. El Comité recuerda su jurisprudencia/ Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité en los casos Nos. 734/1997 (Anthony McLeod c. Jamaica), aprobado el 31 de marzo de 1998, párr. 6.3, y 537/1993 (Paul Anthony Kelly c. Jamaica), aprobado el 17 de julio de 1996, párr. 9.5./ de que, a tenor del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, el tribunal debe garantizar que la tramitación de una causa por parte de un abogado no sea incompatible con los intereses de la justicia...»*

Ante el recurso *in pauperis* presentado por NÚÑEZ (quien –insisto- requirió expresamente la provisión de un letrado para que supliera las falencias formales de su presentación, esperables dada su condición de lego) y a fin de respetar su voluntad impugnativa, el Tribunal debió arbitrar los medios que tuviera a su alcance para salvaguardar un efectivo derecho de defensa que, valga destacarlo, constituye uno de los pilares fundamentales del debido proceso.

Sin embargo, dejando de lado esos principios, el *a quo* se limitó a destacar con minuciosidad la ineficacia de la defensa técnica en su pretensión de fundar la vía extraordinaria, para luego reseñar las razones por las cuales declaró formalmente inadmisible el recurso de casación presentado. En resumen, no sólo no atendió su rol de equilibrado contralor de los derechos y garantías de los imputados, sino que, en expreso desmedro de su vocación institucional, se dedicó a resolver el fondo del asunto y lo hizo, valga destacarlo, por remisión expresa a la sentencia anterior.

Demás está decir que con este proceder el Tribunal vuelve a violar la normativa procesal vigente, la que no lo habilita a resolver el fondo de la cuestión sino que le impone reducir su argumentación a la admisibilidad o no del planteo presentado.

El Tribunal no puede –ni debe- valerse de una actuación de la defensa que estima defectuosa para vaciar de contenido la impugnación del imputado. Por los motivos expuestos, estimo que el órgano jurisdiccional actuante se excedió arbitrariamente en sus facultades, violando la normativa vigente en tanto reemplazó el análisis de las cuestiones constitucionales involucradas por un examen formal, poco cuidadoso de la garantía de defensa en juicio.

El remedio federal de excepción intentado es viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional; vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. *«configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce (Fallos: 279:40; 297:338 en el pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...»* (Fallos: 310:1934).

Vale poner de relieve que las afectaciones a la defensa técnica no se limitaron a la etapa extraordinaria, sino que ya se habían manifestado durante la sustanciación del recurso de casación. Reitero aquí que, al momento de fundar dicho recurso, la asistencia técnica se limitó a reproducir el escrito presentado en forma pauperis por NÚÑEZ sin incorporar elementos técnicos -que, por cierto, la presentación ameritaba- y omitiendo relevar argumentos contundentes esgrimidos por el procesado, dotados de trascendencia constitucional.

Así, no reprodujo el planteo de NÚÑEZ respecto a la existencia de cosa juzgada y a la violación del principio *ne bis in idem,* –con expresa referencia a que se lo

condenaba con rigor en esta causa únicamente en función de la condena anterior que registra- a pesar de que se le había impuesto el máximo de la pena prevista por el tipo penal escogido y de que las características del hecho no manifestaban un carácter especialmente gravoso. Este señalamiento evidencia la displicencia demostrada a la hora de sustentar los agravios planteados por mi actual asistido. En otras palabras: la asistencia letrada no sólo se limitó a copiar textualmente la presentación de NÚÑEZ, sin enriquecerla técnicamente, sino que lo hizo en forma parcial. Vale destacar que la falta de toda mención a los argumentos del sentenciante mereció la siguiente consideración del Tribunal Superior: «*el desconocimiento de los hechos de la causa, impide el progreso formal del recurso*».

Sin embargo, aunque la defensa oficial tomó la precaución de advertir que no compartía el criterio del recurrente, solicitó que el elevado criterio del Tribunal Superior supla las falencias de motivación. Entendió –inexplicablemente- que de este modo cumpliría con «*el deber que el cargo me impone en resguardo del derecho de defensa en juicio y del debido proceso amparado por el Art. 18 de la C.N. (...)*». Y, si bien es cierto que el Tribunal Superior podría haber salvado los defectos técnicos en beneficio del derecho de defensa en juicio, también lo es que el defensor cuenta una con autonomía relativa frente al imputado, toda vez que -cuando exista un conflicto entre ambos- deberá prevalecer la voluntad de imputado, como titular de los derechos en juego, sobre la libertad o la independencia del defensor (Fallos 217:1022), sobre todo en un caso como el presente en el que los agravios resultan sustentables jurídicamente.

Observo, en este último sentido, que todo el análisis realizado por el *a quo* en torno al único agravio que reputó susceptible de tratamiento, respondió exclusiva y excluyentemente a las protestas informal y precariamente articuladas por el propio NÚÑEZ.

Este agravio en particular (atinente a una cuestión que, como se verá, ha sido objeto de un exhaustivo Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, en el que se sentó la postura que NÚÑEZ procuró hacer valer ante el Tribunal de la causa) no ameritó por parte del asesor letrado consideraciones técnicas de ninguna especie, pese a que el justiciable denunciaba que la técnica de unificación escogida violentaba derechos adquiridos y lo privaba de los beneficios que le corresponden según la Ley 24.660.

Esta voluntad del justiciable (reiterada, como se dijo, en la presentación realizada tras el rechazo del recurso extraordinario) fue lisa y llanamente dejada de lado por la defensa, en desmedro de la pretensión de su asistido.

El rol constitucionalmente reservado a la defensa en modo alguno puede entenderse satisfecho con la mera firma letrada, tanto más cuanto, como ocurre en el caso, la pretensión del justiciable es claramente susceptible de apoyatura técnica. La inconducente presentación del defensor no sólo generó una flagrante violación a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio (que, como vimos, se reeditó en la instancia del recurso extraordinario federal, oportunidad en la que la asistencia letrada omitió toda consideración a las irregularidades previas) sino también al derecho a ser oído y a recurrir el fallo ante un Tribunal Superior.

IV. 2. Arbitrariedad del pronunciamiento recurrido

Más allá de las falencias apuntadas en torno al desempeño de la asistencia técnica, lo cierto es que el *a quo* respondió extensamente los cuestionamientos efectuados por mi asistido, en relación al sistema de unificación adoptado en la especie. Ahora bien, según se desprende de la reseña realizada en el apartado

de antecedentes, tras convalidar la interpretación del tribunal de mérito, el *a quo* desechó las protestas de NÚÑEZ afirmando que éste no había demostrado el gravamen que tal exégesis le causaba.

Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Superior de la causa, NÚÑEZ fue muy preciso al especificar los perjuicios concretos que el sistema de unificación cuestionado le ocasiona. Señaló, en particular, que el desmembramiento de la pena que purgara parcialmente conducía a retrotraer a fojas cero sus posibilidades de acceder a los beneficios regulados en la Ley 24.660. Se advierte así que el gravamen fue rectamente delimitado, pese a las lógicas limitaciones técnicas esperables de un lego, extremo que me habilita a predicar que la resolución en crisis resulta cuestionable desde la óptica de la doctrina de arbitrariedad de sentencias.

Sin perjuicio de que la arbitrariedad denunciada resulta suficiente para nulificar la decisión en crisis, el tratamiento puntual de los agravios oportunamente expuestos por NÚÑEZ amerita algunas consideraciones sobre el punto. Observo que, aunque la interpretación del Art. 58 CP remite, en principio, a cuestiones de derecho común, la avocación que se reclama resulta plausible a poco que se advierta que la inteligencia cuestionada resulta contraria a garantías constitucionales.

A los fines de una mayor claridad expositiva resumiré esquemáticamente el punto en conflicto: a) mi ahora defendido fue condenado, con fecha 13 de diciembre de 1993, por la Cámara Novena del Crimen de la ciudad de Córdoba, a una pena de diez años de prisión, de la que le restaba cumplir, al momento de la nueva sentencia, tres años, tres meses y veintinueve días; b) la Cámara Quinta del Crimen le impone, con fecha 2 de agosto de 2001, una pena de seis años de prisión; c) en el mismo acto unifica ambas sentencias en una única sanción de nueve años de prisión, pena que el condenado deberá sufrir como si fuese absolutamente nueva e independiente de la anterior, de la que nada debe descontarse y en cuyo cumplimiento, por ende, no se le reconocerán los beneficios alcanzados conforme la ley nacional 24.660; d) NÚÑEZ, por su parte, reclama que se reconozca que se trata de una pena única, producto de la unificación de dos sanciones anteriores, que se sumen los totales –si bien aplicando luego el método composicional-, y que, hecho esto, se descuente el tiempo cumplido reubicándoselo en la fase de tratamiento penitenciario ya alcanzada.

Es decir, manteniendo exclusivamente la escasa reducción efectuada por el Tribunal de Mérito, la pena resultante ascendería a quince años, ocho meses y un día, de los que correspondería descontar el tiempo ya sufrido, que alcanza a seis años, ocho meses y un día; resulta obvio que ello conduce a la misma pena que le impusiera el Tribunal, nueve años, pero, a los efectos del régimen carcelario, no es lo mismo estar afectado a una condena de casi dieciséis años, de la que ya se tienen compurgados prácticamente siete, es decir, casi la mitad, que comenzar a cumplir una condena de nueve años. Para mensurar la magnitud del agravio inferido a NÚÑEZ con este sistema de unificación basta una somera lectura al Art. 17, Inc. 1, Ap. «a» de la Ley 24.660.

Aclarado este punto va de suyo que resulta ocioso dilucidar en abstracto el acierto o desacierto técnico jurídico de uno u otro método de unificación; lo cierto es que, en el caso concreto, sólo uno de ellos resiste el tamiz impuesto por el art. 3 del ritual.

Insisto, aún cuando la doctrina sostenida por el tribunal de mérito pudiera ser «*compatible*» con la interpretación literal de la norma, a la luz del derecho interno y desde la óptica del legislador histórico no resiste ni el cotejo con una interpretación conforme a la Constitución ni el análisis intrasistemático o

teleológico. Claramente el sustrato del planteo se centra en cuestiones de política criminal que el legislador resolvió en otros institutos, con los que la interpretación en crisis no logra armonizar.

En cuanto a una interpretación conforme a la Constitución Nacional, advertimos que la cuestionada viola el principio de la cosa juzgada material que encuentra amparo en los artículos 17 y 33 CN, así como en los Tratados de Derechos Humanos que la integran (Art. 8.4, CADH y 14.7 PIDCP).

El concepto de *«cosa juzgada»* tiene su origen en el Derecho Civil, ámbito en el que la garantía goza, en principio, de un espacio más restringido, definido para preservar la seguridad jurídica y la estabilidad de las sentencias judiciales. *«'Alterar una cuestión determinada cuando el fallo está firme comporta un menoscabo, ante todo de la garantía de la cosa juzgada, pues la estabilidad de las sentencias judiciales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica' (CS octubre 29 –991m 'Ferrer c/Minetti y Cía S.A.' LL1992-B p37)»* (COLAUTTI, Carlos E.; *«Derechos Humanos»,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 110).

En materia penal, se incrementa su ámbito de proyección a dos supuestos: veda la aplicación de una nueva pena por un delito ya juzgado y prohíbe que una persona sea sometida al riesgo de ser juzgada dos veces por el mismo hecho, al tiempo que prevé supuestos taxativos de revisión a favor del imputado. Así podemos sostener que «*la sentencia es la culminación del proceso, traducido en un acto de voluntad que pone término a un conflicto de intereses. Dictada la sentencia en un juicio y agotadas las vías recursivas, ella se convierte en inimpugnable e inmutable.*» (ARAZI, Roland; *«Derecho procesal civil y comercial, parte general y especial»*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 465-6), sin perjuicio de los casos en los que sea pasible la revisión.

De ahí que, analizando idéntico sustrato material al aquí debatido, se haya sostenido que «*Las sentencias son unidades lógico jurídicas, y por ende insusceptibles de desintegración... se fraccionan los títulos de ejecución penal, componiendo la pena única con el tiempo de prisión que le resta cumplir al condenado.* [Esta forma de unificar] «*vulnera su naturaleza e integridad; e importa a mi juicio, confundir la esencia de una pena única con el procedimiento correspondiente a la etapa de ejecución de sentencias como cómputo de pena*» (del voto de la Dra. Liliana CATUCCI en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal - Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, Año XVIII, Tomo 71, p. 186/202 *«CNCRIM. EN PLENO. Plen. N° 66, 5/3/90» «HIDALGO, Juan; tentativa de hurto calificado»*).

Idéntica línea subyace en el precedente «ORONA»; allí se reafirmó que *«deben respetarse los títulos condenatorios de fallos precedentes firmes que revisten la calidad de cosa juzgada*» (Conf. c. 21.250 «Orona, Alberto y otro», del 15 de diciembre de 1987, citado en el voto aludido).

Este mandato no es caprichoso sino que se encuentra íntimamente ligado a los principios del estado liberal de derecho. La *res judicata* es, conforme COUTURE, *«una exigencia política y no propiamente jurídica»* (HITTERS, Juan Carlos; *«Revisión de la cosa juzgada»*; Librería Editora Platense, La Plata, 2001, p. 134).

La intrínseca relación entre la entidad que cabe asignarle al debido proceso y a la sentencia como su culminación y, finalmente, a la pena, está definida por MAIER quien señala que la sentencia judicial de condena es el fundamento de la actuación del poder penal material del estado. La condena, en este caso, es constitutiva en cuanto a la pena, porque la voluntad del tribunal en la sentencia de condena la crea como instituto concreto, que establece una nueva situación jurídica para quien la sufre y éste es el significado claro del principio *nulla poena sine iudicatio* (MAIER, Julio B., *«Derecho Procesal Penal»*, Fundamentos, Tomo 1,

Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2° Edición, p. 478).

De esta forma, el primer obstáculo constitucional derivado de la existencia de cosa juzgada se perfecciona toda vez que el tribunal de mérito no ha tomado a la sentencia pre-existente como una unidad, sino que la adaptó a sus pretensiones, alterando el equilibrio interno del que ésta goza.

El segundo obstáculo a la presencia de cosa juzgada se explicita a partir de la siguiente cita: *«La pena total es fruto de la valoración de las culpabilidades concretas del sujeto en cada uno de los hechos por los que recayó condena, y de las cuales –respetando la materialidad de los sucesos y las calificaciones jurídico penales- surgirá la pena compuesta. El descuento, en cambio de la condena ya cumplida desnaturaliza este principio, no sólo por transformar la esencia de la composición en un cómputo anticipado, sino, y sobre todo, porque valora, en puridad, culpabilidades disminuidas, las cuales, para adecuarse a la realidad, deberían entonces ser confrontadas con una pareja disminución de la culpabilidad del sujeto a través de los eventuales y sucesivos progresos alcanzados en el régimen ejecutivo de la pena* (...) *En tal caso, de sortearse el escollo práctico que ello significaría, debería ponderarse o no ponderarse el tiempo de ejecución ya cumplido, según el resultado positivo que arroje aquella comprobación penitenciaria. Por tanto, este segundo criterio tampoco podría ser de aplicación automática, si se quisiese respetar el principio de adecuación de la sanción a la culpabilidad*» (del voto del Dr. Carlos TOZZINI en el Fallo Plenario citado).

Sentado ello, procederé a referirme a la segunda consecuencia de este método de unificación, conectada con las dificultades intrasistemáticas a las que conduce la interpretación cuestionada, en tanto anula una institución procesal cual es la confección del cómputo de pena, al tiempo que distorsiona la norma que propone que la unificación la realice quien aplicó la pena mayor. No puede ser el propósito de ninguna hermenéutica, cuya finalidad intrínseca está definida por asignar coherencia interna a las normas de un sistema, vaciar de contenido y función eficaz a los institutos creados por el legislador.

El tilde de arbitrariedad que se pretende se refuerza al relevar precedentes de ese mismo Tribunal Superior en materia de cómputo. Como se apreciará a continuación, los horizontes de proyección de ambas interpretaciones son incompatibles dentro de una lógica sistémica.

Haré referencia a algunos fallos a fin de ilustrar mi pretensión. En materia de cómputo de penas el Tribunal de mentas tiene dicho que éste **no hace a la cosa juzgada**. En la sentencia N° 1 del 8/2/01 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en los autos «LONGO, José o VALINOTI, Eduardo Vicente p.s.a. Tenencia de arma de guerra, etc. – Recurso de Casación-» (Expte. «L», 15/2000)» manifestó: «*a.- De conformidad a lo establecido por el art. 504 del CPP. (de idéntico alcance al art. 526 del texto anterior), 'El Juez o Presidente del Tribunal practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el decreto respectivo al condenado y a su defensor, y al Ministerio Fiscal, quienes podrán observarlo dentro de los tres días...'Si no se dedujera oposición al término, el cómputo quedará aprobado y la sentencia será ejecutada inmediatamente. En caso contrario se procederá conforme a lo dispuesto por el art. 524...'****El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado'. En consecuencia, no sólo la propia ley admite la posibilidad de corrección sino que, de conformidad a la propia doctrina que se cita en apoyo de sus pretensiones, el agravio es expuesto con prescindencia de que «...los errores de cómputo pueden corregirse a petición de parte y de oficio por el Juez o Presidente del Tribunal, pues no existe***

resolución que haga cosa juzgada... Tampoco los errores del cómputo aprobados, incluso por el T.S.J. son insubsanables, pues la condena objeto de la ejecución, no es la que resulta del cómputo, sino la impuesta por la sentencia ejecutoriada, y el cómputo no es un medio para rectificarla o completarla» *(NÚÑEZ, Ricardo C., «Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- Anotado», p. 513, comentario al art. 526 notas 3 y 4, Ed. Lerner, Córdoba, 1986)... De ello, desde hace largo tiempo la Sala, en consonancia con importante doctrina sobre la materia ha dado la misma respuesta (T.S.J., S. n° 12, 20/4/70, «Grosvald»; A. n° 315, 28/9/2000 «Lucero»; Cfr. Ayán, Manuel N., «Ejecución penal de la sentencia», actualizado por F. Balcarce, p. 39, Ed. Advocatus, 1998) De otro costado cabe agregar* ***que los errores materiales no son susceptibles de casación, salvo que se afecten garantías constitucionales, lo que acontece cuando el cuestionamiento aparece dirigido al cálculo sobre el tiempo de encierro que debe cumplir el condenado*** *(T.S.J., Sala Penal, «Amarante», A. n° 38, 25/2/99; «Carnero», A. 181, 18/5/99; Cfr.: de la Rúa, Fernando, «La casación penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 114). Tal situación no se verifica en el caso, pues no se advierte violación de garantía alguna si* ***el Tribunal procedió a practicar nuevo cómputo de la pena impuesta en la sentencia que se ejecuta teniendo en consideración para no incluir en su cálculo, el tiempo que gozó de libertad****. El cálculo establecido en el art. 24 C.P. sólo debe practicarse sobre el tiempo efectivamente padecido en prisión preventiva*».

Este criterio es compartido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, cuyos miembros han sostenido que *«el cómputo de pena fija el agotamiento de la condena impuesta o, en rigor, el cómputo de la privación preventiva de la libertad efectivamente sufrida,* ***es una operación aritmética incluida en un acto administrativo, efectuado por el secretario del tribunal y posteriormente aprobado por una resolución jurisdiccional, que no hace cosa juzgada y es siempre modificable aún en contra del encausado en tanto y en cuanto se compruebe un error material en el cálculo del tiempo o surja alguna circunstancia que pudiera hacerlo variar****. Y ello es así pues la condena objeto de la ejecución no es la que resulta del cómputo sino la impuesta por la sentencia ejecutoriada y éste no es un medio para rectificarla o completarla****. De adverso, no es modificable en contra del reo sin recurso de la parte acusadora el criterio jurídico aplicado para establecer la duración de la pena privativa de la libertad*». (Registro n° 365.01.3.; *«KAUFMAN, Juan Alberto s/recurso de casación*». 8/06/01, Causa N° 3279, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III).

Ahora bien, estas posturas resultan incompatibles con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de mérito y convalidada por el *a quo* en el fallo que se discute.

Si se considera que el cómputo de pena es parte integrante de la pena única *(«se unificará con lo que le resta por cumplir*»), ¿cómo es posible que la jurisdicción armonice su postura con la afirmación *«... pues la condena objeto de la ejecución, no es la que resulta del cómputo, sino la impuesta por la sentencia ejecutoriada, y el cómputo no es un medio para rectificarla o completarla»* o con la interpretación sugerida por la Cámara Nacional de Casación Penal *«... pues la condena objeto de la ejecución no es la que resulta del cómputo sino la impuesta por la sentencia ejecutoriada y éste no es un medio para rectificarla o completarla»?*

O bien el cómputo es una cuestión administrativa que no hace a la cosa juzgada y –consecuentemente- es susceptible de modificación, o bien integra la pena y sólo puede modificarse a favor del imputado y por vía de recurso de revisión.

Cabe apuntar que, como se anticipara, el criterio seleccionado tampoco resulta compatible con la norma que impone la obligación de unificar al Tribunal que haya dictado la pena mayor (Art. 58 CP) pues «*si para determinar cuál juez fue el*

que dictó la pena mayor (art. 58 del C. Penal), y, por tanto, quien será el que deba proceder a unificar las diversas sanciones, se rige por el «quantum» de la pena aplicada, según su especie, resultaría anacrónico que se modificase a seguido el enfoque para concretar esa unificación, puesto que bien podría, entonces, resultar magistrado unificador quien, en definitiva, ***dictó la sentencia de menor peso en la valoración, por ser la otra la que se cumplió en mayor medida****»* (conf. voto del Dr. TOZZINI en el plenario «HIDALGO»).

Para concluir este acápite vale hacer referencia al análisis del entonces Juez de Cámara Dr. Guillermo Ouviña en el Plenario de mención, respecto de la última hipótesis del Art. 58 CP. El Magistrado entiende que el defecto consiste en asimilar esta hipótesis con las anteriores y en tal sentido manifiesta: «*me inclino, pues, a favor de la tesis que considera que la unificación debe hacerse tomando en cuenta la totalidad de la pena impuesta, procedimiento que no sólo no produce las contradicciones a que hice referencia, sino que además tiene dos ventajas. En primer lugar, resulta coherente con el sentido de la expresión «unificación de penas», pues carecería de sentido llamar pena a lo que todavía no se cumplió, dada su dependencia semántica a la palabra básica «pena». Sustituir el concepto de «pena impuesta» por el de «pena por cumplir» revela confundir el efecto de la condena con el efecto del cómputo. En segundo lugar, el procedimiento al cual formulo mi adhesión se integra armoniosa y coherentemente con el sentido que la propia ley le da a la pena, al tratar otros institutos ajenos a la unificación, y en los que, inequívocamente, se está refiriendo a la pena en su medida impuesta por la sentencia condenatoria*».

Para finalizar, contrariamente a lo afirmado por el *a quo,* la interpretación cuestionada tampoco condice con criterios teleológicos. En la materia que nos ocupa y conforme se puede inferir del razonamiento propuesto por el Tribunal, el sustento de sus consideraciones remiten a una concepción de pena retributiva que es incompatible con los principios resocializadores que inspiran el ordenamiento específico. En efecto, la Ley 24660 que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad establece en su artículo 1°: «*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender, y de respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*».

Estos principios se deducen del régimen constitucional (Art. 18 CN), así como de las regulaciones internacionales que sustentan lo predicho.

En este contexto OUVIÑA sostuvo que «*nuestro código no se basa en criterios retribucionistas, sino que por el contrario se aproxima más al sistema de mínima suficiencia ... en nuestro derecho resulta posible sostener la razonable máxima según la cual un penado no debe beneficiarse por la comisión de un nuevo delito, en cambio no se puede afirmar que en todos los casos el nuevo hecho delictivo producirá una agravación de la situación penal anterior... Esta es la orientación político penal de lo que nuestra ley llama 'reglas precedentes', cuya vigencia confía al procedimiento jurisdiccional regulado por el artículo 58, más allá de los requerimientos retribucionistas y, como se verá, de una concepción sacramental de la cosa juzgada*».

La exégesis que se cuestiona no sólo viola el principio de la cosa juzgada, sino que afecta severamente el de culpabilidad y desintegra la sentencia, de modo tal que selecciona sus partes más gravosas a fin tornar más afligente la ejecución de la pena, lo que a todas luces revela una concepción retributiva del instituto.

Por lo expuesto estimo que corresponde revocar la decisión en crisis y disponer

el dictado de un nuevo pronunciamiento, conforme a las pautas desarrolladas en este apartado.

VI. PETITORIO

(...)

2. B. Sentencia de Corte

La Corte Suprema destacó muy particularmente el hecho de que la indefensión denunciada no se circunscribió a la intervención en la etapa del recurso extraordinario sino que venía perfilándose desde anteriores instancias. Desde esta perspectiva –sostuvo- «*...la actividad jurisdiccional no sólo se mostró indiferente frente a tamaña falencia en la defensa técnica sino que además contribuyó a agravar ese estado de indefensión al denegar primero el acceso a la instancia de casación...y luego a la extraordinaria federal...con invocación de deficiencias formales que a todas luces no eran sino producto del estado de indefensión al que estaba sometido el nombrado.*»

Y, luego de efectuar una serie de consideraciones relacionadas con el mérito de la prueba reunida, la Corte concluyó que tampoco se había cumplido con la garantía de revisión del fallo condenatorio.

Sobre el final del fallo la CSJN no solo «recomendó» la evitación de situaciones similares sino que además exhortó a las autoridades locales a que adoptaran las medidas necesarias para esclarecer las circunstancias en que el justiciable permaneció privado de su libertad por más de diez días sin contar con asistencia letrada y sin comparecer ante la autoridad fiscal y/o judicial y, en su caso, que se tomaren las medidas que correspondan[4].

2. C. Proyecciones

Más allá de refrendar toda una tradición jurisprudencial en torno a la necesidad de satisfacer la garantía de asistencia sustancial en todo proceso penal, el máximo Tribunal incluyó en la parte resolutiva de la sentencia dos exhortaciones. Una, de carácter general, hizo eje en la necesidad de evitar situaciones similares; la otra, dirigida a las autoridades locales, enderezada a investigar y en su caso adoptar medidas, a raiz de la permanencia del justiciable sin asistencia letrada y sin ser

[4] Cabe aclarar que esta exhortación fue recientemente proyectada por el Tribunal a un caso tramitado ante la justicia federal. Se hace referencia a las decisiones recaídas en los precedentes C. 2114. XLI, «Cardozo Desiderio» y G. 1345. XLI, «Guayán, Gerardo», ambos del 8 de abril de 2008. A este respecto, es de recordar Desiderio Cardozo y Gerardo Guayán fueron condenados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 2 de la provincia de Córdoba como coautores de delitos tipificados en la ley 23.737 de estupefacientes. En sus respectivas presentaciones directas ante el máximo Tribunal, tanto la señora Defensora General de la Nación - Dra. Stella Maris Martínez- como el señor Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Dr. Eduardo Dromi- introdujeron una serie de agravios que no habían sido relevados en instancia alguna durante el desarrollo del proceso. Respecto de Cardozo se tacharon de inconstitucionales las normas del Código de Faltas de la provincia de Cordoba que reprimen el «merodeo», dado que fue a partir de ellas que el justiciable resultó detenido. Además de lo expuesto, se cuestionó el modo en que se llevó a cabo la requisa del vehículo (legitimada en sede provincial al amparo de un procedimiento conocido como «vista ocular»), el allanamiento de morada formulado en el domicilio del nombrado y, especialmente, el hecho de que éste último haya estado privado de su libertad -por un lapso superior a los 8 días- sin contacto con defensor o autoridad jurisdiccional alguna, todo lo cual resultaba descalificable desde la perspectiva del considerando 22 del precedente «Núñez, Ricardo» de Fallos, 327:5095. En punto a Guayán, se reiteraron algunos de los agravios expuestos en el recurso de su coprocesado y a ello se agregó que en la especie se había violado la garantía de revisión del

llevado ante el juez o fiscal de la causa por más de diez días.

La estructura de la decisión trasciende la idea de «resolución para el caso concreto» que caracterizaba el ejercicio de la competencia extraordinaria reconocida en el art. 14 de la ley 48 y muestra la adaptación de esa jurisdicción a los requerimientos del control de convencionalidad impuesto luego de la reforma constitucional del año 1994.

Esta apertura habilita a pensar pretensiones acordes en situaciones en las que puedan verificarse extremos similares. Pensemos en el caso de omisión legislativa en determinadas materias[5], en la detección de prácticas incompatibles con derechos reconocidos en Convenciones Internacionales, etc.

Pero, como contracara, la versatilidad que caracteriza el control de convencionalidad pone hoy en crisis las fórmulas tradicionales utilizadas por la Corte Suprema a la hora de rechazar recursos.

En particular, la fórmula ritual conforme a la cual el recurrente no cumple con la refutación de todos y cada uno de los argumentos que componen el rechazo del recurso extraordinario o la idea de que la cuestión federal no fue oportunamente introducida o, siéndolo, no fue luego mantenida, se presentan desajustadas en el nuevo paradigma.

Entendemos que la misma lógica de «Núñez» impone, en esos casos, garantizar al justiciable una oportunidad útil de presentar la cuestión federal de que se trate dentro de sus justos límites.

Si el máximo Tribunal, luego de que la cuestión haya sido debidamente introducida, dedice declarar la inadmisibilidad del caso en los términos del art. 280 del CPCCN, tal solución a lo sumo podrá ser cuestionada a partir de la tacha de inconstitucionalidad del citado dispositivo legal. Pero anteponer la fórmula ritual al tratamiento de auténticas cuestiones federales, parece entrar en crisis con la doctrina del caso comentado.

De hecho, en los últimos desarrollos del tema (casos «Schenone» –Fallos, 329:4248, sentencia del 3 de octubre de 2006 y N. 67. XL, «Noriega» –sentencia del 7 de agosto de 2007) la Corte ahondó en el requerimiento de la defensa sustancial como principio rector y llegó a invalidar lo actuado al advertir la defectuosa actuación de la defensa técnica designada en el proceso.

Un caso paradigmático en la dirección apuntada es el fallado en D. 1113. XLI, *«RECURSO DE HECHO deducido por las defensoras de los derechos del niño y del*

---

fallo condenatorio (en el sentido de Fallos, 328:3399) aún cuando ante el rechazo parcial del recurso de casación por parte del tribunal de juicio, la defensa del nombrado no haya interpuesto la respectiva queja. Si bien en ambos casos la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso sobre la base del artículo 280 CPCCN, lo cierto es que admitió explícitamente uno de los agravios recién introducidos en el escrito de queja –específicamente, aquél vinculado con el incumplimiento del considerando 22 *in fine* de Fallos, 327:5095- cuando sostuvo que: «Sin perjuicio, se exhorta a la Cámara Nacional de Casación Penal a que adopte los recaudos necesarios que permitan esclarecer las circunstancias en que [Gerardo Gabriel Guayán y Desiderio Cardozo] permaneci[eron] privados de su libertad por espacio de, al menos, ocho días sin contar con una adecuada asistencia técnica y sin comparecer ante el juez de la causa que había ordenado su detención a los fines de prestar declaración indagatoria –art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación- y, en su caso, que se dispongan las medidas que correspondan…». Por último, resta agregar que en «Guayán», los jueces Lorenzetti y Zaffaroni emitieron un voto en disidencia en el cual acogieron el recurso con arreglo a la doctrina «Casal» de Fallos, 328:3399, pese a que –según se apuntó- la defensa había omitido interponer oportunamente la respectiva presentación directa por casación denegada y tampoco se había hecho lo propio en el recurso extraordinario.

[5] El caso de la legislación penal juvenil es –insistimos- un ejemplo paradigmático en este sentido pues el Decreto Ley 22.278/80 es inconciliable con la Convención sobre los Derechos del Niño.

adolescente de la primera circunscripción judicial de la provincia de Neuquén y el defensor del Tribunal Superior de Justicia en los autos Defensoría del niño c/ Provincia de Neuquén»

El proceso presentaba particularidades interesantes pues las defensoras del niño y del adolescente de la primera circunscripción judicial de la provincia de Neuquén iniciaron acción de amparo contra el estado provincial a raíz de la inacción en la puesta en práctica de las políticas sobre niñez reguladas en la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia (Nº 2302).

El caso llegó a la Corte por vía de recurso de queja y tramitó por ante la Secretaría de Derechos Humanos del máximo Tribunal en cuyo marco se dio intervención a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, además de evacuar la vista respectiva, solicitó la realización de audiencias públicas en los términos del art. 36, inc. 4° «a» del CPCCN.

Pese a las cuestiones convencionales involucradas, y sin efectuar ninguna consideración en torno a la intervención de la DOCSJN, el máximo Tribunal rechazó el recurso de queja por considerar que «*...no refuta(*ba*) los motivos de la resolución denegatoria del recurso extraordinario*».

Es este uno de aquellos supuestos en los que la fórmula no parece ajustarse al actual esquema de convencionalidad como tampoco a la propia doctrina del máximo Tribunal en materia de asistencia sustancial. Es nuestro deber señalar por otra parte que, en el marco de la intervención que se le confiriera a la DOCSJN, se tuvo oportunidad de tomar conocimiento de los recursos presentados por la defensa oficial provincial sin advertir vicio alguno compatible con el que sirviera de base al rechazo de la pretensión recursiva. Como quiera que sea, el hecho de que tampoco la intervención del Ministerio Pupilar haya impedido el rechazo del recurso fundado en motivos rituales, llama a reflexionar, por un lado, acerca de la verdadera naturaleza que reviste este tipo de intervención y, por otro, lo inconcebible que se presenta el hecho de que las vallas aludidas (que, insisto, no fueron advertidas por la dependencia) no hayan dado lugar a una nueva intervención de cara a satisfacer la asistencia sustancial en un caso tan trascendente como el comentado.

3) P. 826. XL, «Pérez Vizarrez, Hugo Percy s/ su solicitud» del 20 de diciembre de 2005 (publicada en Fallos, 328:4596).

INTERPONE RECURSO DE REPOSICIÓN.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ, (...)

Que en legal tiempo y forma vengo por el presente a deducir recurso de reposición de conformidad con lo dispuesto por el art. 238 y subsiguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la resolución de fecha 7 de junio de 2005 que tuvo «*por desistido el recurso interpuesto a fs. 3. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día de notificada la presente, efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución».*

En este sentido cabe aclarar, en abono de la vía recursiva escogida, que sin desconocer la doctrina sentada reiteradamente por esa Corte conforme la cual *«las sentencias de la Corte Suprema no son susceptibles de reposición o revocatoria»* (Fallos 321:2478; 318:1798; 315:982; 313:1225; 312:886), diversos antecedentes contradicen la resolución aquí asumida (conf. Expte. Letra «I», Nº 119, Libro XXXIX, «Iturre, Norma Margarita s/ causa Nº 4695»; Expte. Letra «C», Nº 43, Libro XL, «Chimeno, Roberto Enrique s/ su solicitud»; Expte. Letra «C», Nº 723, Libro XXXIX, «Curutchet, Daniel Alberto s/ recurso de casación; Expte. Letra «C», Nº 865, Libro XL, «Contigiani, Daniel Darío s/ causa Nº 5228»; Expte Letra «B», Nº 2849, Libro XXXVIII, «Banzer, José David s/PP.SS.AA infracción ley 23.737 –causa Nº 3000-; entre otros), razón por la que cabe entender que concurren en el caso las condiciones que dieran lugar a los supuestos de excepción reconocidos (conf. Fallos 312:2421).

Sin perjuicio de lo expuesto y a todo evento, sostengo que en las particulares circunstancias del caso la intimación cursada a Pérez Vizarrez a fin de que haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 del CPCCN no resulta procedente toda vez que se erigió contra mi defendido cuando aún no se había perfeccionado su voluntad recursiva.

Es jurisprudencia invariable de esa Corte que las presentaciones directas realizadas por lo imputados conforman *«una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda (conf. Expte. Letra «N», Nº 19, Libro XXXIX, caratulado «Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario»,* resulta el 16/11/04; entre muchos otros).

En esta inteligencia, esa «*manifestación de voluntad*» no era suficiente para habilitar ningún pronunciamiento resolutorio de V.E. toda vez que la naturaleza técnica de la instancia exigía la asistencia letrada obligatoria, lo que implica, entre otras cuestiones, la evaluación de la viabilidad y conveniencia de la presentación.

Fue durante este trámite cuando mi asistido decidió desistir del recurso de queja interpuesto; es decir en el íter que se extiende desde su presentación directa y la fundamentación jurídica del planteo.

En este contexto, mal podría exigirse el pago del depósito previsto en el art. 286 cuando aún no había recibido ningún tipo de asesoramiento legal.

Por los motivos antes esgrimidos es que solicito a V.E. que revoque por contrario imperio la resolución dictada con fecha 7 de junio del corriente año y exima a Hugo Percy Pérez Vizarrez del depósito previsto en el art. 286 del CPCCN.

PROVEER CONFORMIDAD,

SERA JUSTICIA.

3. A. Sentencia de la Corte

«*Que la defensora oficial ante esta Corte Suprema promovió recurso de reposición contra el pronunciamiento de fs. 21 en el que tras tener por desistido el recurso de queja, se exigió el cumplimiento del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Consideró improcedente la intimación cursada pues alegó que la decisión de desistir del recurso de hecho fue adoptada mientras se hallaba pendiente su perfeccionamiento mediante la asistencia letrada obligatoria ordenada por tratarse de un recurso de hecho in forma pauperis. Que corresponde atender las razones invocadas por la defensa en la medida en que la simple manifestación de voluntad formulada por Pérez Vizarrez resultaba insuficiente para habilitar el conocimiento por parte del Tribunal; por el contrario, aquélla debía contar con la debida asistencia técnica en aras de preservar adecuadamente las garantías constitucionales que le asisten, trámite que se hallaba aún en curso de ejecución al tiempo de formular el desistimiento. Por ello, se resuelve hacer lugar a la resposición de fs. 24/25 y dejar sin efecto la intimación a efectuar el depósito de fs. 21.*»

3. B. Proyecciones

El presente caso vuelve a delimitar la naturaleza jurídica de las presentaciones *in pauperis* y a reconocer el escenario dentro del que se enmarca el ejercicio de la asistencia letrada. La jurisdicción del Tribunal se abre una vez que la presentación informal del justiciable ha sido objeto de estudio por parte de un asistente técnico y luego de que éste procede a cumplir con la intervención impuesta constitucionalmente. Si bien el máximo Tribunal reconoce valor a esas presentaciones en su materialidad (hemos visto en el caso «Núñez» que los motivos de agravio presentados por el justiciable fueron especialmente relevados para declarar insatisfecha la garantía de asistencia sustancial) exige, para que cumplan efectos jurídicos concretos, una intervención legal ajustada al art. 18 CN.

4) L. 908. XL, «*PRESENTACIONES VARIAS. LOPEZ NESTOR ANGEL SOBRE SU PRESENTACIÓN* (sentencia del 17 de octubre de 2007).

INTERPONE RECURSO DE REPOSICIÓN

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NACION:

EDUARDO ANTONIO DROMI (...)

Que de conformidad con lo prescripto en el art. 238 y subsiguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vengo a interponer recurso de reposición contra la resolución dictada el 20 de diciembre de 2005 (fs. 7) que desestimó la presentación «in forma pauperis» remitida por Néstor Angel López (cfr. fs. 1/ vta. Expte. CSJN).

En cuanto a la oportunidad de interposición del presente recurso entiendo que es temporáneo (conf. Art. 239 CPCCN). Ello toda vez que la vista que fuera concedida el día 7 de febrero de 2006 fue suspendida –y devuelta- con fecha 8 de febrero de 2006 ante la carencia de los autos principales que permitiera a este ministerio garantizar la defensa técnica de López frente a un eventual planteo repositorio (fs. 23); y la nueva vista fue recibida con fecha 28 de agosto de 2007 (cfr. fs. 39).

En abono de la vía recursiva escogida he de señalar que si bien esta defensa no desconoce que las resoluciones de V.E. no son –en principio- susceptibles de reposición (Fallos: 321:2478; 318:1798: 315:982: 313:1225; 312:886), sin embargo entiendo que las particularidades del presente caso permiten que se enrole dentro de las decisiones de V.E. que han abierto la puerta para relajar –de alguna forma u otra- los enhiestos requisitos rituales que emergen de una tal doctrina (vgr. S. 717. XXVI, «Sanz, Tomás Miguel s/ calumnias», del 30/5/2006, voto en disidencia de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti). De los autos principales surge que Néstor Angel López fue condenado con fecha 27 de marzo de 2003 por el Tribunal Oral Criminal N° 28 a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas por considerarlo «partícipe necesario penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, y por ser autor penalmente responsable del delito de amenazas calificadas por ser proferidas en forma anónima en grado de tentativa todo en concurso real» (fs. 3398). Esta sentencia fue recurrida ante la instancia casatoria por el defensor particular de López, Dr. Iparraguirre, a fs. 3471/3490vta. En esta oportunidad el defensor particular fundó su agravio en (1) la inobservancia de la ley procesal: aquí planteó la nulidad de las intervenciones telefónicas que permitieron el ingreso de López a la pesquisa por entender que carecían de fundamentos suficientes y representaban el úncio cauce de investigación; (2) la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1°) en relación con el encuadre jurídico del delito de amenazas; en este sentido entendió que más allá de no encontrarse cabalmente acreditado, dicha imputación revestía la entidad de una tentativa inidónea de delito imposible toda vez que la persona a quien habría sido dirigido nunca lo oyó; más aún, afirmó que sólo tomó conocimiento de su existencia en oportunidad de prestar declaración en la causa –momento en el que fue emitido el mensaje grabado a partir de las escuchas; (3) la nulidad parcial de la sentencia por falta de fundamentación suficiente (art. 404 inc. 2 del CPPN).

Este recurso fue concedido por el Tribunal y rechazado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por Resolución Registro N° 5951 (fs. 3567/3575vta.) e día 28 de agosto de 2003. Vale dejar constancia de que el Dr. Iparraguirre no se presentó a la audiencia del art. 468 del CPPN (cfr. Fs. 3569). Por otra parte, a la hora de notificar el resultado del recurso interpuesto, la Sala Casatoria remitió cédula de notificación al domicilio del Dr. Iparraguirre –a fin de hacerle saber que la audiencia a los fines del art. 400 primer parte del CPPN se realizaría el día 3 de septiembre de 2003- y no pudo notificarlo en forma personal (cfr. Fs. 3579vta.). A raíz de ello, el día 8 de septiembre se libró nueva cédula a fin de poner en su conocimiento la resolución de fs. 3567/3575 «debiendo el oficial notificar –en caso de no encontrar al interesado o tener que fijarla (…) requerir la presencia de un testigo, quien deberá firmar la diligencia (…)» (fs. 3580), extremo que fue cumplido con fecha 9 de septiembre de 2003 a pesar de que quien recibiera la notificación manifestara que «**aquel no vive…**» (fs. 3586vta. sin destacado en el original).

De este modo, la afirmación de López respecto de que desde el trámite casatorio había perdido todo contacto con su letrado particular se adecua a las constancias de la causa que dan cuenta de que el Dr. Iparraguirre no concurrió a la audiencia casatoria, no recibió la cédula que lo notificaba del rechazo del recurso casatorio, no residía más en el domicilio que había constituido a los efectos del expediente y, consecuentemente, tampoco presentó el recurso extraordinario que había prometido a su asistido (v. fs. 6 Expte. CSJN). Tal nivel de pasividad no sólo no inquietó al Tribunal casatorio sino que impulsó la notificación ficta del letrado y la notificación personal del imputado, como si no se requiriesen ambas conformidades a fin de satisfacer el requisito de notificación real.

En este contexto, y de la manifestación escrita interpuesta por López, se advierte el estado de indefensión al que fue sometido el nombrado por parte de su letrado de confianza y el cercenamiento de su voluntad impugnativa frente a una sentencia que lo condenara de por vida. Por consiguiente, en honor a la tutela de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso penal, y en consonancia con los precedentes de V.E., «Núñez» (Fallos 327:5095), «Schenone» (Fallos, 329:4248), «Noriega» (N. 67. XL del 7 de agosto de 2007), debe proveerse una asistencia técnica adecuada a los requerimientos de la instancia.

De conformidad con ello, la presentación del nombrado entiendo que puede considerarse un recurso extraordinario interpuesto in forma pauperis contra la resolución que rechazó el recurso de casación, y a efectos de garantizar la inviolabilidad de la defensa en juicio, correspondería devolver los autos a la instancia jurisdiccional intermedia para que la voluntad recursiva de López sea canalizada por su defensa ante esa instancia. (Fallos: 314:1163).

Sin perjuicio de lo expuesto no puedo dejar de destacar que la revisión realizada por la Sala Casatoria respecto de los agravios postulados por la defensa de López se redujo a meras conjeturas dogmáticas, remisiones y validaciones que no importaron una real revisión de los planteos, tal y como fuera señalado por V.E. en el precedente «Casal» (Fallos: 328:3399).

Por los motivos antes esgrimidos es que solicito a V.E. que revoque por contrario imperio la resolución dictada con fecha 20 de diciembre de 2005 y se remita a la instancia jurisdiccinal intermedia a efectos de que se dé intervención a la asistencia técnica de López para que proceda a encauzar la voluntad recursiva del justiciable.

4. A. Sentencia de la Corte

«*Que resulta de aplicación la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de*

que, salvo supuestos excepcionalísimos de error que no se presentan en el caso, las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria (Fallos: 302:1319; 306:76 y 308:1606, 1636, entre muchos). Que, sin perjuicio de lo anterior y en función de lo expresado por el Defensor Oficial ante la Corte en cuanto a que la presentación de fs. 1/1vta. debe ser considerada como un recurso extraordinario interpuesto in forma pauperis contra la resolución que rechazó el recurso de casación, corresponde, a fin de no privar de instancia, remitir testimonios de las partes pertinentes a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal para su sustanciación.»

4. B. Proyecciones

El presente caso incorpora una variante al esquema presentado en el fallo precedente y vuelve a evidenciar la versatilidad con la que el máximo Tribunal de Justicia canaliza las presentaciones informales de los justiciables y garantiza la defensa en juicio incluso en instancias diversas de aquellas en las que le toca juzgar.

Hemos visto que, en rigor, el justiciable se había presentado en forma directa ante la Corte Suprema pese a que el último acto jurisdiccional cumplido a su respecto era el rechazo del recurso de casación oportunamente articulado. El hecho de que la Corte haya remitido lo actuado a conocimiento de la Cámara Nacional de Casación Penal para que se encauzara el recurso extraordinario federal correspondiente, vuelve a mostrar una nueva flexibilización de los recaudos formales, en cuya dinámica la valla ritual cede frente a la necesidad de garantizar el acceso a la justicia.

La forma en que la Corte resolvió la cuestión y la exigencia en punto a la necesidad de que los jueces inferiores conformen sus decisiones a ella, abren paso a modalidades de tramitación de presentaciones *in pauperis* similares a la adoptada en el caso por parte de los Tribunales nacionales y provinciales.

Pensemos en presentaciones erróneamente ingresadas ante un juez inferior o superior en grado, en los que el justiciable denuncie la vulneración de algún derecho constitucional básico.

Siguiendo el esquema de actuación propuesto por la Corte es indudable que los jueces inferiores poseen no solo la facultad sino también el deber de canalizar las peticiones informales de modo de garantizar el acceso a la jurisdicción con la asistencia sustancial correspondiente.

5) A. 307. XLI, «Aliaga, Ana V. y otro» (Ricardo Cardinal) del 10/11/2005.

5. A. Sentencia de la Corte Suprema y comentario

En el presente, el justiciable remitió al Tribunal un escrito *in pauperis* en el marco del cual manifestó su voluntad de desistir del recurso de hecho que tramitaba por ante la Corte.

Lo interesante del caso no es lo resuelto por la Corte Suprema en cuanto al fondo del recurso sino el hecho de que el desistimiento haya tenido lugar también en *forma pauperis.*

En una práctica que vuelve a evidenciar, como en los dos casos anteriores, la distinta naturaleza jurídica de las presentaciones «in pauperis», la Corte corrió vista a la defensa a efectos de determinar si el desistimiento se correspondía con una decisión libre pero –y lo más importante- fruto de una previa consulta con un asistente técnico capaz de explicar al justiciable si la vía escogida es adecuada o si cuenta con otros remedios capaces de solucionar su pretensión de fondo.

Esto es importante porque en el actual diseño de la ley 24.660 es usual que el justiciable que decide hacer uso de su derecho a recurrir encuentre mayores dificultades en la obtención de beneficios penitenciarios que aquellos que se conforman con la condena y mutan su status jurídico.

La paradoja de que el aún inocente reciba un trato más perjudicial que el condenado con sentencia firme se presenta como una verdad de Perogrullo.

Lo interesante del caso radica, así, en desmitificar en buena parte la idea de que la condena no firme se puede constituir en una suerte de «razón legal» para impedir el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la ley de ejecución.

6) M. 1842. XLII, «Moreyra, Margarita» (sentencia del 26 de febrero de 2008)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO A. DROMI, (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. 1. Sentencia condenatoria

El 29 de diciembre de 2005, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº22 condenó a Margarita Isabel Moreyra como autora penalmente responsable del delito de estafa a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas procesales.

Los fundamentos de la sentencia fueron dictados el 7 de febrero de 2006 y obran agregados a fs. 290/296.

En primer lugar los sentenciantes analizaron que en el requerimiento de elevación a juicio se había imputado a Margarita Isabel Moreyra, en su carácter de agente de la Comisión Municipal de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, haberle ofrecido a Margarita Rodríguez Lazo la realización de gestiones a fin de adjudicar a su nombre el inmueble individualizado como Nº346 del Barrio Illia de esta ciudad, que esta última detentaba en carácter de locataria y que le impedía habilitarlo para su uso como local gastronómico, y ello a cambio de la entrega de la suma de tres mil pesos que serían repartidos entre distintos empleados que gestionarían positivamente el trámite. Se señaló que el 20 de diciembre de 2000 Margarita Rodríguez Lazo entregó a la justiciable la suma de quinientos pesos en el hall de recepción de la Comisión Municipal de la Vivienda, y que aquélla la ayudó a redactar una nota que presentó al día siguiente en la citada

Comisión. Además, que el 24 de diciembre del mismo año Rodríguez Lazo concurrió al domicilio sito en la Manzana 4, casa 573 del Barrio Pte. Illia y le dio a la encausada la suma de quinientos pesos, entregándole posteriormente trescientos pesos más.

A continuación, indicaron que la imputada se remitió a la declaración indagatoria prestada en la etapa de instrucción, agregando que durante el juicio dijo que había conocido a la Sra. Rodríguez Lazo en un centro evangélico del barrio, que eran amigas, y que habitualmente concurría al restaurante que tenía la nombrada. Que *«así fue como Rodríguez Lazo le pidió asesoramiento pues quería que la finca que ocupaba estuviera a su nombre, contestándole la declarante que debía confeccionar una nota y presentarla en el organismo solicitando la regularización de la ocupación. Admitió la acusada haberla ayudado a realizar la nota* […] *que en el ínterin, su marido tuvo un pequeño altercado con el de la denunciante, a raíz de un leve choque de sus vehículos en el barrio. Explicó la imputada que en razón de que tiene un buen trabajo, en lugar de hostigar a su marido por la colisión, la atacaron a ella, haciéndole esta falsa denuncia. Que ella le dijo a Rodríguez Lazo que no habría de pagarle nada, a lo cual esta respondió 'de alguna manera esto me lo voy a cobrar (sic), siendo este el motivo real de la denuncia. Dijo la encartada que nunca recibió dinero de manos de Rodríguez Lazo, y negó conocer a Asunción Beatriz Fernández. Asimismo manifestó desconocer las circunstancias en que se produjo el choque al que hizo referencia, señalando simplemente que no fue nada serio, 'sólo un raspón', y que hace veinte años que trabaja en la Comisión Municipal de la Vivienda, más precisamente en la recepción, lugar en el que nunca está sola, contando en la actualidad con cuatro compañeros de trabajo distribuidos en ese sector, y sólo dos a fines del año 2000.»* (fs. 290vta./291)

De seguido, hicieron mención al testimonio de la denunciante Margarita Rodríguez Lazo. *«Dijo que le entregó quinientos pesos, por la época de Navidad, y que luego le entregó otra suma igual, pero en su casa -la de Moreyra-, y que allí redactó ésta una carta, que ella copió y presentó en la Comisión, concurriendo en esta segunda oportunidad, sola, sin compañía alguna. Que el dueño de la vivienda se enteró de la presentación de la nota, cerró la casa con cadenas y no le permitió el ingreso; llamó entonces a la Sra. Moreyra para que solucionara el problema, respondiéndole ésta que simplemente 'le partiera la cabeza al hombre', y tras su pedido, le entregó la suma de trescientos pesos, presuntamente para evitar el desalojo, el que sin embargo finalmente se concretó.* […] *A preguntas de la Sra. Fiscal General dijo* […] *que primero entregó quinientos pesos, y luego en la casa de ésta realizó la nota, estando presente en ese lugar también la Sra. Fernández, aclarando que el último pago lo hizo sola.* […] *Preguntada por el Tribunal respecto de la segunda entrega de quinientos pesos, dijo que fue cerca de Navidad, en la cocina de la casa de Moreyra, encontrándose Fernández, pero no el mismo día de la nota, en el cual estuvo sola. A instancias de la Fiscalía, y para salvar posibles contradicciones, se leyó a la testigo la declaración prestada en el transcurso de la instrucción, en donde había señalado que salvo la primera entrega de dinero, en el resto no había habido testigos, refiriendo que no recordaba todos los detalles porque había pasado mucho tiempo, afirmando con mucha seguridad que la primera vez estuvo la Sra. Fernández, y manifestando que no estaba segura de su presencia en la segunda entrega de dinero.* […] *que entregó los primeros quinientos pesos en la Comisión, detrás del mostrador de la recepción, cuando concurrió allí acompañada por la Sra. Fernández.* (v. fs. 291vta./292)

Según puede apreciarse, la versión de la sedicente víctima presentaba suficientes contradicciones e inconsistencias como para contrarrestar la defensa material ensayada por Moreyra.

Lo propio acontecería con la declaración de la testigo Asunción Beatriz Fernández cuyo testimonio aparece reseñado en la sentencia como sigue: *«…conoció a Rodríguez Lazo en la iglesia evangélica del barrio, y que ambas salían a predicar juntas por la zona.* […] *que Lazo buscó a la declarante para que la acompañara a la casa de la acusada. Que desconocía cuál era el motivo de la visita, pero sabía que Lazo debía entregarle algún dinero a Moreyra. Que después también la acompañó a la sede de la Comisión Municipal de la Vivienda, donde vio que su amiga le entregó a Moreyra más dinero. Concluyó entonces señalando que presenció dos entregas de dinero, la primera en la casa de Moreyra, y la segunda en la sede del organismo mencionado* […] *A instancias de la Fiscalía se leyó a la testigo su declaración prestada en instrucción (cfr. fs. 45), para que salvara la contradicción existente en punto al orden de los lugares en que habría sido entregado el dinero, y su presencia en cada uno de ellos, refiriendo la testigo en definitiva que no recordaba bien el orden.»* (fs. 293/vta.)

En cuanto a la materialidad y participación de la imputada indicaron en el considerando 1º del fallo: *«Mientras que la versión de cargo encuentra abono en lo que manifestaron durante la audiencia los testigos Margarita Rodróguez Lazo, Asunción Beatriz Fernández y David Flores Romero, la negativa de la acusada no ha obtenido corroboración ni aval de ninguna especie.»* (cfr. fs. 294vta.)

Advirtieron que *«La defensa, para negar valor a la prueba testimonial rendida, hizo hincapié en las contradicciones en que incurriera la testigo Fernández alrededor de cuál había sido la entrevista entre Rodríguez Lazo y Moreyra en la que ella presenciara la entrega de dinero.* ***Las contradicciones efectivamente existieron****, tal como se ha puntualizado al resumir el testimonio en la presente sentencia, pero hemos entendido que a cuatro años de los hechos y trascurridos tres desde que la testigo prestara declaración ante la instrucción, no cabe exigir descripciones exhaustivas e idénticas a las ya rendidas, debiendo atribuirse estos vaivenes a las naturales limitaciones de la memoria. En rigor este tipo de alternativas y la existencia de ciertas discrepancias entre lo que manifiesta uno y otro testigo, es indicativo de la espontaneidad con que han declarado y, lejos de mellar la verosimilitud de los testimonios, contribuye a robustecer su fuerza convictiva cuando, como en el caso, se tuvo sobrada oportunidad para ponerse de acuerdo y acomodar las versiones…»* (íd. El destacado me pertenece.)

Agregaron que *«…no ayuda tampoco a la posición de la defensa el que no se hubiese ofrecido como testigo durante el juicio a Mario Eduardo Morales, con quien la acusada declaró seguir en contacto y que es el único que podría haber dado algún pábulo a la versión de descargo, que reposa con exclusividad en la afirmación de que el conflicto tendría su raíz en un supuesto choque de automóviles que habría contado como protagonistas al referido Morales y al Sr. Flores Romero. Llama la atención que no se haya intentado siquiera probar esta circunstancia que resulta capital dentro del planteo defensista, como así también que este otro motivo de posible enemistad entre las partes no haya sido informado por la acusada cuando brindó su descargo en el sumario administrativo que se le labró…»* (v. fs. 295)

De esa manera dijeron: *«…con las declaraciones de Rodríguez Lazo, Flores Romero y Beatriz Fernández, hemos tenido por cierto y probado que Margarita Isabel Moreyra obtuvo de la primera la suma de mil trescientos pesos, los que le fueran entregados en virtud de su falsa promesa de que ella podría lograr que se le adjudicara a la primera la vivienda que ocupaba como inquilina en el Barrio Pte. Illia.»* (cfr. 295/vta.)

Y a la hora de dar encuadre jurídico al hecho apuntaron que la circunstancia de que Moreyra trabajara efectivamente en la Comisión Municipal de la Vivienda

«…hizo perfectamente creíble su promesa de que se hallaba en condiciones de obtener una adjudicación a nombre de la denunciante, lo que constituyó el ardid en virtud del cual la última realizó su desembolso, todo lo cual hace que la conducta que hemos tenido por acreditada constituya el delito de estafa…» (íd)

III. 2. Recurso de Casación

A fs. 297/300 obra el recurso de casación articulado por el defensor particular, Dr. Gustavo Pablo Labora, a favor de la justiciable.

El letrado fundó su presentación en la arbitrariedad de la sentencia de mérito en cuanto a la valoración de los testimonios de la denunciante y su esposo -Flores Romero- así como también el de la testigo Asunción Beatriz Fernández.

Entendió que la prueba acollarada en el decisorio no resultaba suficiente para sostener la incriminación de Margarita Isabel Moreyra en el hecho investigado e impedía arribar a un fallo condenatorio.

En este sentido advirtió que *«…la sana crítica racional* [...] *exige que las conclusiones sean el fruto razonado de las pruebas. Este sistema tiene la obligatoriedad de motivar las resoluciones. Esto hace que las mismas no resulten meros actos de voluntad o meras imprecisiones sino consecuencias de la consideración racional de las pruebas y por qué se concluyó y decidió de esa manera.* ***Nótese que en la sentencia es el mismo Tribunal el que en la redacción de la misma menciona en forma reiterada las contradicciones entre las declaraciones de la denunciante y de los testigos****, dejando entrever de manera insólita que los testigos podrían haberse puesto de acuerdo y que este punto no se dio…»* (fs. 298vta., la negrilla me pertenece). Manifestó que *«La mención a que éste defensor no hizo uso de un testimonio de una pareja de Moreyra* [Mario Eduardo Morales], *resultan invasivos al legítimo derecho de la defensa en juicio y a una estrategia procesal que no está en la esfera de los jueces el criticar, cuando la defensa se centró en especial en la falta absoluta de pruebas para condenar a una persona.*[…]***Se condenó en definitiva, sin otra prueba el 'no abrigar dudas de los testimonios'. Testimonios que los mismos sentenciantes dijeran 'contradictorios', y tolerarlos por el paso inexorable del tiempo****. Simplemente a esta aseveración debe responderse que el tiempo se lo tomó el Tribunal, no pudiendo este detalle resultar perjudicial para la imputada, ya que se invertirían los principios procesales y constitucionales consagrados.»* (cfr. fs. 298vta./299, sin destacado en el original).

El 23 de febrero de 2006 el Tribunal Oral Nº 22 resolvió *«…teniendo en consideración lo resuelto por la CSJN en el precedente 'Casal' (CSJN c.1757 XL del 20.9.05)…»* la habilitación de la instancia casatoria, sin perjuicio de señalar el yerro de la defensa particular, quien en el medio recursivo hizo referencia a otra sentencia condenatoria. (ver fs. 301/vta.)

El 15 de marzo de 2006, el Presidente de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal ordenó notificar a la defensa de Moreyra a los fines del emplazamiento previsto en el art. 451 del CPPN (fs. 305).

A fs. 306/vta. obra la cédula de notificación diligenciada el 17 de marzo del mismo año al defensor particular de la encausada, la que fuera recibida por quien dijo ser el encargado del edificio.

El 9 de junio de 2006 se dejó constancia por Secretaría que había vencido el término sin que la defensa particular de Moreyra hubiera mantenido el recurso de casación oportunamente deducido. (fs. 307)

El 16 de junio de 2006, los miembros de la Sala II resolvieron declarar desierto el recurso de casación interpuesto. (conf Res. Reg. Nº 8749 obrante a fs. 301).

Para así resolver dijeron: *«Que tras haber recibido las actuaciones, se notificó a la parte recurrente a los fines del emplazamiento previsto en el artículo 451 del C.P.P.N. -conforme surge de la cédula agregada a fs. 306 y vta.- sin que la defensa haya cumplido en el plazo establecido con el emplazamiento previsto por la ley procesal, tal como se desprende de la certificación actuarial glosada a fs. 307. Que por lo tanto corresponde y por ello* ***SE RESUELVE:*** *Declarar desierto el recurso de casación interpuesto a fs. 297/300 (art. 453 del C.P.P.N.).»*

III. 3. Recurso Extraordinario

El 29 de junio de 2006 se presentó por derecho propio Margarita Isabel Moreyra (fs. 303). En esa oportunidad manifiestó que había tomado conocimiento de la falta de presentación de su abogado y que el letrado padecía una enfermedad conocida como «síndrome de pánico», por lo cual solicitaba la inmediata intervención de un defensor oficial.

A fs. 304/305 obra agregado un estudio médico realizado al Dr. Gustavo Pablo Labora.

En atención a dichas presentaciones, la Sala II resolvió dar intervención a la Defensa Oficial (fs. 306).

En consecuencia, a fs. 307/309 la Sra. Defensora Oficial, Dra. Laura Beatriz Pollastri, dedujo recurso extraordinario federal.

En el líbelo recursivo se agravió del rechazo del recurso de casación. Señaló que la sentencia que declarara desierto el recurso debía ser descalificada *«...por adolecer de un excesivo rigor formal que la torna violatoria de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso; aquí la cuestión Federal por la violación del art. 18 de la Constitución Nacional y art. 75 inc. 22 de la misma.»* (fs. 307vta.)

Adujo que *«...privar al condenado de la única instancia recursiva que la ley procesal vigente le otorga por un lamentable error de su letrado de confianza, sin duda que implica un excesivo apego a las formas que torna descalificable el pronunciamiento con base en la doctrina de nuestro Máxmo Tribunal sentada a partir del caso 'Colalillo' registrado en Fallos 238:550.»* (fs. 307vta./308)

La Sra. Defensora agregó *«Tal conclusión cobra especial relevancia en virtud de consideraciones realizadas por la Corte* [...] *a partir del '...precedente registrado en Fallos: 318:514, en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2º, ap. H, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A ello ha de agregarse, tal como lo ha formulado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el recurso de casación satisface los requrimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso' (Informe 24/92, 'Costa Rica', Derecho de revisión del fallo penal* [...] *del 2 de octubre de 1992, parágrafo 30 -las normas costarricenses evaluadas en esa oportunidad por la Comisón Interamericana de Derechos Humanos son sustancialmente análogas a las correspondientes al Código Procesal Penal de la Nación-)...(conf. causa 'Tabarez'* [...] *La aplicación de tales principios, unidos a otros del Alto Tribunal en el sentido de que la interpretación de las normas procesales no puede prevalecer sobre la búsqueda de la verdad objetiva (Fallos 268:71) y que el exceso ritual aparece cuando la sentencia hace mérito del incumplimiento de cargas procesales cuya finalidad es proteger un 10*

Tan pronto se confronta la pretensión argüida por la Dra. Pollastri al articular el recurso extraordinario federal y la decisión en crisis se advierte la viabilidad del presente recurso de hecho.

La resolución de la Sala II de la Cámara incurre en un exceso ritual que la hace pasible de la tacha de arbitrariedad por haber ignorado abiertamente la doctrina emanada de V.E. en materia de inviolabilidad de la defensa en juicio así como en materia de doble instancia judicial.

Los extremos señalados configuran desprendimientos de los derechos y garantías enumerados en el bloque constitucional federal por lo que su conculcación configura la cuestión federal que se reclama.

Como se adelantó el caso que se somete a consideración es sustancialmente idéntico al que diera lugar a la doctrina de esa Corte en los precedentes «Igualt Pérez», «Schenone» y «Nuñez».

En relación con la vulneración al derecho a una efectiva y sustancial defensa, en un caso de similares características al traído a estudio -el letrado particular del justiciable padecía una enfermedad que había afectado su desempeño como defensor-, V.E. se remitió al dictamen del Procurador, que concluía: *«... el Tribunal tiene resuelto que 'no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor' (Fallos: 310:1934).»* (cfr. I. 2.XXXIX, «R.O. Igualt Pérez, Mario s/ extradición», sentencia del 17 de febrero de 2004).

En la misma línea cabe citar la jurisprudencia sentada en la causa «Schenone», donde V.E. sostuvo: *«6°) Que la garantía de defensa en juicio posee como una de las manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues* ***no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo****. 7°) Que esta Corte ya ha manifestado que 'tratándose de reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad es equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado* ***o del descuido de su defensor'*** *(Fallos: 314:1909) «* (cfr. S. 62.XL, «Schenone,.Carlos s/ causa N°1423», sentencia del 3 de octubre de 2006)

En esa oportunidad también señaló *«...se advierten en el expediente circunstancias concretas, vinculadas con el ejercicio de la defensa técnica en esta instancia, que esta Corte no puede dejar de señalar, en tanto ponen al descubierto una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia del Tribunal para conocer los agravios expresados, afecta la validez misma del proceso en esta instancia, circunstancia que debe ser atendida y resuelta de modo prioritario a cualquier cuestión que se haya planteado (Fallos: 320:854). Ello es así, pues constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional de esta Corte el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público. En efecto, la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría convalidarse (Fallos: 183:173; 189:34, 320:854).»*

En este contexto, y conforme la doctrina del fallo «Shenone», la omisión del letrado de mantener en la instancia el recurso casatorio no puede menguar el derecho de mi asistida de obtener una revisión de la sentencia.

En esa inteligencia se inscribe el fallo «Dubrá», en el cual V.E. hace explícita la necesaria notificación personal al justiciable a fin de que una sentencia adquiera calidad de cosa juzgada: «*3°) Que, al respecto, carece de relevancia que dicha defensa hubiese sido notificada un mes antes del rechazo del recurso extraordinario (fs. 32), puesto que lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena -dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor- y el eventual cumplimiento de recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa (conf. Fallos: 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi)*» (cfr. D. 293. XXXIX, «Dubrá, David Daniel y otro s/ causa n° 348», sentencia del 21 de septiembre de 2004).

Esa doctrina había sido fijada por el precedente «Scilingo» (Fallos 320:857). El voto mayoritario había entendido que «...***la facultad de impugnación es propia del encausado, en cuyo beneficio ha sido establecida, de modo tal que la inactividad de su defensor no puede perjudicar su derecho a recurrir*** *de las sentencias condenatorias por expiración del plazo legal (Fallos:305:883, considerando 2°)...*» (Considerando 3°, sin negrilla el original).

Ya en el fallo «Albarenque» los Dres. Petracchi y Antonio Boggiano habían advertido que *«...tal interpretación no sólo resulta contraria al texto y al sistema de la ley, sino que provoca, además, una inaceptable lesión al derecho de defensa desde el punto de vista del contenido material que corresponde asignar a esa garantía...»* (Considerando 5° del voto del Dr. Petracchi) y reafirmaban el punto medular de la cuestión: ***«La posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de recursos procesales fue, y sigue siendo, una facultad del imputado, concebida como un derecho privativo de éste y no como una potestad técnica del defensor.»*** (Considerando 6° del mismo voto, el destacado me pertenece).

En el mismo sentido, se ha manifestado el Tribunal Constitucional del Reino de España en el resolutorio TC S 130/1987 17 jul, así como el resolutorio TC S 155/ 1991 10 jul, en el que expresamente refirió que: «*Pese a que el cómputo de plazos procesales sea materia de legalidad ordinaria, cuando su interpretación se fundamente en error patente y produzca la pérdida de algún recurso legal o de un trámite procesal determinante de indefensión, adquiere relevancia constitucional porque causa lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto del derecho a los recursos establecidos o a no sufrir indefensión.*»

Sin perjuicio de lo expuesto, es dable destacar que Moreyra interpuso su manifestación de voluntad recursiva en la primera oportunidad en que tomó conocimiento de la situación procesal en la que se hallaba producto de la inactividad de su abogado defensor (cfr. fs. 303).

Asimismo, con arreglo a la doctrina sentada por V.E. en el fallo «Nuñez», resulta indispensable añadir que *«...en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311: 2502)* [...] *y que* ***es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda*** *(Fallos 308:1386; 310:492; 311:2502; 324:3545, considerando 4°).*[...]

el deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio como el exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores a los cuales les correspondía salvar la insuficiencia de asistencia técnica [...] *la actividad jurisdiccional no sólo se mostró indiferente frente a tamaña falencia en la defensa técnica de Nuñez sino que además contribuyó a agravar ese estado de indefensión al denegar primero el acceso a la instancia de casación* [...] *y luego a la extraordinaria federal* [...] *con la invocación de deficiencias formales que a todas luces no eran sino producto del estado de indefensión al que estaba sometido el nombrado* [...] *Al así proceder incurrió en un inadmisible rigor formal ya que más allá de cualquier imperfección que pudiera advertirse en el intento por acceder a esa instancia de casación, debía ser dejada de lado...*» (cfr. N. 19.XXXIX, «Nuñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario», sentencia del 16 de noviembre de 2004, sin destacado en el original).

Finalmente en el considerando 22º del fallo «Núñez» esa Corte dijo *«Que a esta altura el Tribunal no puede sino llamar a reflexión sobre apreciaciones que haya efectuado en oportunidades anteriores* [...] *en el sentido de que más allá de la importancia que cabe reconocer al recurso de casación como instancia revisora de cuestiones penales, es necesario, a fin de que éste cumpla eficazmente con la garantía prevista en el art. 8º, inc. h del Pacto de San José de Costa Rica, que no se efectúe una interpretación restrictiva o formalista para su procedencia, pues dentro de los estándares que fija el derecho internacional de los derechos humanos* ***ese recurso sólo satisface el 'umbral mínimo' de protección debido 'en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permite con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general****, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso' (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 24/92 'Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal', Casos 9328 y otro del 2 de octubre de 1992). Asimismo, que* [...] *el derecho del inculpado de delito de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 55/97 del 18 de noviembre de 1997, Caso 11.137).»* (sin negrilla en el original).

De este modo, como expusiera la Dra. Pollastri, la falta de tratamiento de los agravios deducidos por la defensa en el recurso de casación conllevó la flagrante vulneración a la garantía de revisión del fallo condenatorio.

En el caso, la vía recursiva intentada resultaba apta puesto que Margarita Moreyra sólo pretendía hacer valer su derecho a la doble instancia judicial y que el Superior Tribunal controlara la sentencia condenatoria dictada en su contra, examinara las contradicciones existentes en las declaraciones de los testigos y, en definitiva, analizara la ausencia de prueba suficiente que justificara la sentencia de mérito.

Recordemos que el alcance de la garantía reclamada por mi asistida fue establecido en el fallo «Casal» (C. 1757. XL. «Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-», sentencia del 20 de septiembre de 2005) que definió la inteligencia que precisamente corresponde asignar a la garantía de revisión del fallo condenatorio, tanto desde la perspectiva del derecho interno como del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

En lugar de garantizar los derechos de revisión del fallo condenatorio y de defensa sustancial, el tribunal de casación optó por hacer una lectura formal y estricta del derecho a recurrir y ante la falta de mantenimiento del recurso por

parte del Dr. Labora desestimó sin más el planteo recursivo.

Y lo cierto es que la Sala, con invocación de jurisprudencia inaplicable al caso, sin aportar nuevos argumentos y sin apoyarse en ninguna consideración adicional, desconoció los precedentes de esa Corte, deviniendo así su decisión en una mera afirmación dogmática.

Pero por lo demás, la denegatoria del recurso extraordinario, apoyada en una suerte de saneamiento de lo actuado hasta entonces (la idea según la cual la «negligencia» de los litigantes neutralizaría el derecho al recurso contra la sentencia de condena) no solo contraviene la proteica doctrina de V.E. en materia de inviolabilidad de la defensa en juicio, citada en lo sustancial en los párrafos precedentes sino que resulta inconciliable con la decisión del propio Tribunal de Casación de dar intervención a la defensa oficial una vez alertado de los problemas de salud que afectaron al anterior asistente técnico de Moreyra.

En definitiva, entiende esta parte que el único camino procesal posible a fin de restaurar las garantías constitucionales violentadas es permitir el acceso ante V.E.

Demostrado que la vía elegida era apta, se colige que su clausura devino arbitraria por importar un exceso de rigor formal inadmisible. «*La arbitrariedad, se revela como la manifestación irregular de las funciones del órgano judicial, vulnerando los principios de un correcto juicio, como lo entiende la Constitución cuando hace la referencia en su artículo 18. No hay una sola especie de arbitrariedad aunque todas ellas implican una aberración jurídica: 'se sintetiza por la deformación o alteración que hace el juez al dictar sentencia, sea por su labor cognoscitiva o en su juicio de razón. Es siempre un vicio que proviene del órgano juez, sea individual o colectivo*.» (Fiorini, Bartolomé; «Sentencias Arbitrarias y sentencias inconstitucionales», La Ley, T.88, p. 921).

El remedio federal de excepción intentado, es viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional. Y vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. «*configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce (Fallos: 279:40; 297:338 en el pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...*» (Fallos: 310:1934).

Por lo expuesto y en salvaguarda del derecho de defensa en juicio, solicito a V.E. nulifique la Resolución que denegara el recurso extraordinario oportunamente presentado.

V. PETITORIO

(...)

6. A. Sentencia de Corte

La Corte Suprema – en decisión suscripta por los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal- descalificó el fallo apelado sobre la base de tres argumentos: a) la falta de notificación personal a Moreyra de la resolución por medio de la cual se la emplazaba en los términos del artículo 451 CPPN, circunstancia que, conforme a la doctrina de Fallos, 327:3802, impedía tener por firme esa decisión; b) la inactividad del abogado defensor justificada por su enfermedad y c) la situación de indefensión padecida por la justiciable que, en ese contexto y por causas que le resultaron ajenas, repercutió en

su derecho al doble conforme de raigambre convencional.

Por su parte, los jueces Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay declararon inadmisible el recurso con arreglo al artículo 280 CPCCN.

A mayor abundamiento, cabe aclarar que pese a tratarse de un supuesto casi análogo al que diera lugar al precedente «Nazar Anchorena» de Fallos, 330:1072, la conformación de las mayorías en uno y otro caso han variado. En este último fallo, había sido el letrado de la querella quien, por una indisposición sufrida por su progenitor, concurrió pocos minutos luego de vencido el plazo a mantener su voluntad de conformidad con el art. 451 CPPN, pese a lo cual el recurso fue declarado desierto. La Corte hizo lugar a la presentación de la querella en una decisión que, a diferencia de «Moreyra», fue suscripta por los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Por su parte, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay la desestimaron al amparo del art. 280 CPCCN.

7) M. 577. XLII, «Martínez, Alfredo Luis y otros s/ causa Nº 4087/05» (Vildoza) del 10 de abril de 2007

7. A. El Caso

El caso llegó a conocimiento de la DOCSJN a raíz de un recurso *in pauperis* del justiciable contra una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En jurisdicción de la Ciudad, se había resuelto declarar la prescripción de la pena impuesta. Sin embargo, la sentencia que rechazara el recurso extraordinario no había sido notificada al justiciable, de modo que no podía reputarse firme, de acuerdo con la doctrina del precedente «Villarroel Rodríguez» de Fallos, 327:3824, ya citado.

El Dr. Eduardo A. Dromi señaló esta omisión y solicitó, a la vista de la falta de firmeza del fallo y del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal (conforme a la doctrina sentada por la CSJN en el caso «Caballero» de Fallos, 328:3928), la remisión de lo actuado al Tribunal de origen a efectos de disponer los respectivos sobreseimientos, pretensión que fue favorablemente acogida por el máximo Tribunal.

7. B. Proyecciones

El caso vuelve a enfatizar la importancia de la notificación personal al justiciable y su autonomía en relación con el asistente letrado.

El doble acceso a la jurisdicción permite que las sentencias no queden firmes con la mera conformidad del asistente letrado y muestra el nivel de reconocimiento jurídico que posee el justiciable como titular del derecho de defensa.

8) C. 1273. XLII, «C.F.» (sentencia del 11 de diciembre de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO A DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a. Cómputo

A fs. 735/vta. se practicó el cómputo de pena a C.F., quien, *«fue condenado –en la presente causa N° 1869/1142/1778/2129- por sentencia de fecha 23 de mayo de 2003, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo, robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de armas –dos hechos-, portación de arma de fuego de uso civil si la debida autorización y tenencia ilegítima de arma de guerra, todos en concurso real entre sí, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas; y a la pena única de quince años de prisión y accesorias legales, comprensiva de la sanción referida precedentemente, y de la aplicada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 de esta ciudad, en la causa N° 1168/1187, de su registro, con fecha 4 de abril de 2002, por resultar coautor material y penalmente responsable de los delitos robo agravado por el uso de armas, resistencia a la autoridad y encubrimiento, todos en concurso real entre sí, rigiéndose las costas por sus respectivos pronunciamientos (v. Fs. 601/605). El mentado* C.F. *fue detenido, en relación a la causa N° 1142, de este Tribunal Oral de Menores N° 1, con fecha 4 de febrero de 1998 (fs. 5), recuperando su libertad el mismo día (fs. 31) -UN DIA-. En relación a la causa N° 1869 de este Tribunal Oral de Menores N° 1, se lo detuvo el 24 de diciembre de 1998 (fs. 8), disponiendose su soltura el 25 de dicimbre de 1998 (fs. 105) –DOS DIAS-; en tanto que del expediente tutelar del mentado C.F., se desprende que permaneció*

detenido: desde el 11 de febrero de 1999 (fs. 42), hasta el 8 de abril de 1999 (fs. 88/89) –UN MES Y VEINTINUEVE DIAS-; desde el 6 de mayo de 1999 (fs. 110), al 1 de junio de 1999 (fs. 181) –VEINTISIETE DIAS-; del 5 de julio de 1999 (fs. 149) al 9 de agosto del mismo año (fs. 160) –UN MES Y CINCO DIAS-; del 7 de octubre de 1999 (fs. 54 de la causa N° 1778), hasta el 18 de enero de 2001 (fs. 388) –UN AÑO, TRES MESES Y DOCE DIAS-; para ser por último detenido en relación a la causa N° 1168/1187 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 12, el 28 de febrero de 2001 (fs. 631 de la presente causa N° 1869) –anotado a disposición conjunta con este Tribunal el 11 de abril de 2001 (fs. 404), y cumpliendo los dos años sin sentencia firme el 12 de agosto de 2001, fecha a partir de al cual el tiempo debe computarse doble de acuerdo a lo dispuesto por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Nro. 5335- de ese registro, hasta el 9 de junio de 2003- 1 año, 9 meses y 29 días- fecha en que quedó firme la condena oportunamente impuesta al nombrado C.F. (ver fs. 657 y 663vta.), -TRES AÑOS, SIETE MESES Y VEINTIOCHO DIAS- y desde el 10 de junio de 2003 hasta la fecha –UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DIA-. En virtud de ello C.F. estuvo detenido por espacio total de SIETE AÑOS, CUATRO MESES Y VEINTINUEVE DÍAS. En consecuencia al mentado le resta por cumplir 7 años, 7 meses y 1 día, por lo que la pena impuesta VENCERA EL DIA 12 DE OCTUBRE DE 2012 a las 24.00 horas debiendo recuperar su libertad a las 12.00 horas de ese día (art 77 del Código Penal). El registro del fallo caducará, a todos sus efctos, el día 12 de Octubre de 2022 (art. 51 del código Penal de la Nación). Secretaría, 11 de marzo de 2005» .

A fs. 741 la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. Nelly A. Allende objetó el cómputo por entender que debía ampliarse la aplicación del cálculo privilegiado previsto por la ley 24.390 en tanto *«El cómputo de la pena impuesta a C.F. ha sido realizado sin que conste la notificación personal al nombrado de la sentencia condenatoria recaida a su respecto (arts. 144 2do. Párrafo y 146 del CPP; 42 del Reglamento para la Justicia Nacional y doctrina de la CNCP, Sala III, causa n° 2434 «Moreno, Néstor A. S/recurso e casación», rta. El 28/9/00, reg. N° 566 y Sala IV, causa n° 2524, «Capelli, Mario s/recurso de casación», rta. El 28/6/01, reg. 3463). En virtud de ello y toda vez que la falencia apuntada tiene vital importancia a los efectos del cómputo en los términos del art. 7° de la ley 24.390, solicito se disponga la notificación personal a mi defendido de su sentencia; fecho lo cual se practique nuevo cómputo y la correspondiente notificación...»*

A fs. 761/763 el Tribunal de Menores resolvió aprobar el cómputo realizado. El Tribunal asentó que *«...no hay dudas de que existen en la presente causa circunstancias que son inequívocamente demostrativas de que* C.F. *tomó conocimiento de la condena obrante y consintió sus términos, adquiriendo aquella, por consiguiente, firmeza. Ello es así puesto que, como se señaló más arriba,* C.F. *fue notificado personalmente en su Unidad de alojamiento (fs. 704vta.) de la resolución dictada por la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal que ordenaba confeccionar nuevo cómputo de pena siguiendo el criterio por ella sostenido, de cuya íntegra lectura surge, a las claras, la condena que se le aplicó al nombrado y, además, porque de la constancia de fs. 726, en la que el propio* C.F., *luego de mantener una entrevista personal con su Defensora, desistió de la presentación recursiva efectuada por sus progenitores –consignada más arriba-. También corresponde señalar que, la distinguida Defensora en su presentación de fs. 637, como en el recurso de casación planteado (fs. 660/4) no formuló objeción alguna en cuanto a la fecha en que el fallo condenatorio habría adquirido firmeza, más aún, en el segundo de los escritos señalados expresamente consigna que «...Ahora bien, de conformidad con las pautas establecidas a lo largo de este escrito, corresponde computar doble el período transcurrido partir del 12 de julio de 2001*

–cumplimiento de 2 años detenido sin sentencia- hasta el 9 de junio de 2003 –fecha en que adquirió firmeza la sentencia definitiva recaída en autos (el resaltado nos pertenece)....», por lo que mal puede argumentar en esta oportunidad que la sentencia no ha adquirido efecto de cosa juzgada. A mayor abundamiento, vale la pena señalar, que la Sala II de la Excma. Cámara de Casación Penal, en la resolución tantas veces mencionada, hizo lugar al recurso en cuanto fue materia, pero nada señaló respecto de la fecha en la que el fallo codenatorio había aquririd firmeza, claramente, porque ello no fue discutido por la distinguida Sra. Defensora Pública Oficial.» (fs. 762vta./763)

b. Recurso de Casación

A fs. 790/794 la Dra. Nelly Allende, Defensora Pública Oficial ante el Tribunal Oral de Menores Nº 1 interpuso recurso de casacion.

En primer término la Defensa expresó que la cuestión que se sometía a inspección casatoria se refería a la fecha en que el Tribunal de Menores había considerado firme la sentencia condenatoria -9 de junio de 2003- en cuya consecuencia se computó simple el período de detención desde esa fecha hasta la de confección del cómputo impugnado.(fs. 791 vta.)

La Dra. Allende manifestó que en la resolución atacada el Tribunal de Menores había incurrido en una «flagrante auto-contradicción», «*ya que* (...), *no se comprende porqué motivo* [el tribunal] *tuvo por correcta la fecha de firmeza fijada en el cómputo* [9 de junio de 2003], *cuando el acto que se tuvo en cuenta como inequívocamente demostrativo del conocimiento por parte de C.F. de la sentencia condenatoria recaída a su respecto, data - recién- del 25 de noviembre de 2004 (ver cédula de fs. 704).*» (fs. 792)

La Sra. Defensora Pública Oficial continuó diciendo que «*Es más tampoco se comprende porqué si el tribunal consideró efectivamente notificado a C.F. de la sentencia, a fs. 719 vta. luce una constancia de fecha 13 de diciembre de 2004 en la cual se dejó asentada la notificación personal del nombrado respecto de la resolución de fs. 601/605, la sentencia condenatoria dictada en autos*». (confr fs. 792).

Como fundamento de su agravio citó el precedente «Moreno» de la Sala III de la C.N.C.P. donde se había establecido que, en general, bastaba con notificar al representante de la parte en el proceso, excepto cuando la resolución requiere una actividad personal que no puede ser cumplida por el mandatario, concluyendo que «*la sentencia condenatoria ingresaba dentro de los supuestos de excepción ya que en ese acto procesal se impone al reo el cumplimiento de una sanción que él y solo él puede y debe cumplir».* (ver fs. 792 vta.)

Postuló que la sentencia condenatoria debía considerarse firme el día 13/12/04 -fs. 719 vta.- o en su defecto el día 24/11/04 -fs. 704- «… *y que ello de una u otra forma incidirá en el cómputo de pena practicado ya que la contabilización doble prevista en el artículo 7º de la ley 24.390 corresponderá extenderla más allá del 9 de junio de 2003*».(fs. 793). Por último hizo reserva del caso federal.-fs. 793 y vta.

A fs. 945/vta. el Tribunal resolvió conceder el recurso de casación interpuesto, y el Sr. Defensor Público Oficial ante la Cámara, doctor Guillermo Lozano, hizo lo propio a fs. 807/vta. ampliando los fundamentos de su colega de la instancia anterior.

Expresó el Dr. Lozano que *«...el TOM I debió contabilizar doble el período comprendido desde el 12/7/01 -cumplimiento de 2 años detenido en prisión preventiva sin sentencia- hasta el 25/11/04 (confr. fs. 704) y no hasta el 9/6/03 porque de esta forma estaría perjudicado a mi asistido al vulnerar su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional)».* (808vta.)

A fs. 817/820 la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió –por mayoría- rechazar el recurso de casación intentado. Los Dres. Fégoli y David dijeron que *«La cuestión traída a estudio se centra en determinar en primer lugar en qué momento adquirió firmeza el fallo condenatorio dictado respecto de* C.F.*, lo que luego permitirá establecer cuál es el período que debe computarse en los términos de la ley 24.390. Al respecto, cabe señalar que si bien de las constancias del expediente surge que el imputado no fue notificado personalmente del fallo condenatorio dictado a su respecto el 23 de mayo de 2003 (fs. 601/5) sino hasta el 13 de diciembre de 2004 (cfr. fs. 719 vta), lo cierto es que, como bien se indicó en el decisorio puesto en crisis, existen circunstancias inequívocamente demostrativas de que* C.F. *tomó conocimiento de la sentencia condenatoria dictada por el a quo, consintiendo sus términos, por lo que aquélla adquirió firmeza el 9 de junio de 2003, esto es, pasados los diez días de su notificación sin haberse interpuesto recurso alguno. En efecto, luego de dictarse el mentado fallo, el tribunal oral adjuntó copia íntegra del mismo a las cédulas dirigidas a la Sra. Defensora Oficial, Dra. Nelly Amalia Allende y a la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, Dra. María Luz de Fazio, en las que también consignó el nombre del imputado* C.F.*, y que fueron recepcionadas respectivamente, el 27 de mayo y el 2 de junio de 2003 (cfr. fs. 606 y 607). Luego de haber transcurrido ampliamente el plazo para interponer recurso de casación contra la sentencia condenatoria en los términos del art. 456 del C.P.P.N., con fecha 28 de octubre de 2003 se practicó el correspondiente cómputo de pena, el que, objetado por la defensa, motivó la intervención anterior de esta Sala con el propósito de determinar cómo debían computarse los plazos de prisión preventiva en los términos del art. 7 de la ley 24.390 (cfr. fs. 701/2). Dicha resolución, con copias, fue notificada por cédula al nombrado* C.F. *en su lugar de detención el 25 de noviembre de 2004 (cfr. fs. 704) y luego en los estrados del tribunal oral, el 13 de diciembre de 2004. -cfr. fs. 719 vta.- Días después y en virtud de una presentación efectuada por los progenitores del imputado solicitando la nulidad de la sentencia por no haber sido notificada personalmente a su hijo, el 20 de diciembre de 2004 el propio* C.F. *luego de mantener una entrevista con su letrada defensora, desistió de la presentación efectuada por sus padres.-cfr. fs. 720/1 y 726- En consecuencia, ninguna duda abrigo con relación al conocimiento efectivo que tuvo el imputado* C.F. *del fallo dictado por el a quo a su respecto, el que adquirió firmeza puesto que fue consentido tácitamente al haber dejado transcurrir los diez días hábiles sin interponer ninguno de los recursos posibles en los términos del art. 456 del C.P.P.N. -cfr. mi voto in re «Agüero, Irma Delia s/ recurso de inaplicabilidad de ley», plenario n° 8, rto. el 12/7/02- Por lo demás, es dable poner de resalto que no resulta de aplicación al sub-lite la doctrina sentada por el más Alto Tribunal in re: «Arduino, Diego José y otro s/ p.ss.aa. infr. ley 23.737» (Fallos: A. 274. XXXVIII.-causa n° 64/ 00 rta. 22/03/05) toda vez que en aquella oportunidad la cuestión versaba sobre la vocación recursiva del imputado -aquí desistida expresamente, como ya se señaló-; y no sobre el modo de computar la aplicación del beneficio previsto por la ley 24.390. Por todo ello, entiendo que el planteo casacionista debe rechazarse, toda vez que demuestra únicamente su intención de acceder a un nuevo cómputo, más beneficioso en los términos del art. 7 de la ley 24.390, pese a que, como ha quedado evidenciado, en ningún momento hubo voluntad recursiva respecto de la sentencia condenatoria obrante a fs. 600/605 en los términos del art. 456 mencionado.»* (fs. 818/819).

Por su parte el señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo: *«En el precedente «Moreno, Néstor Andrés» del Reg. 566 de la Sala III de esta Cámara del 28/09/00, tras sostener en mi voto como preopinante y al que adhirieron los doctores Tragant*

y Riggi el párrafo que la Sra. Defensora oficial transcribe a fs. 792 vta., agregué: «Pero, cuál es la ratio legis de que en tales supuestos deba notificarse necesariamente al procesado, además, de su defensor? Entiendo que es para que tenga un real y efectivo conocimiento de aquello que deberá cumplir personalmente.» En autos, habida cuenta que no hubo audiencia de lectura de la sentencia y que ésta se notificó por cédula, el primer conocimiento directo y efectivo que tuvo el condenado, lo fue el 25 de noviembre de 2004 -y no el 28 de octubre de 2003-, conforme surge de la constancia obrante a fs. 704. También, por contar los plazos a partir de la notificación al procesado -sin que valga la sola conformidad del Defensor- la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: «Arduino, Diego J. y otro» del 22/03/05 y asimismo Fallos: 327-3: 3824, entre otros. Por ello, disiento de la propuesta efectuada por mis distinguidos colegas y propicio que, haciéndose lugar al recurso de la defensa oficial, se disponga la confección de un nuevo cómputo teniendo como fecha de firmeza de la condena impuesta el 25 de noviembre de 2004, sin costas.» (ver fs. 819vta.)

c. Recurso Extraordinario

C.F. dedujo remedio federal extraordinario «in forma pauperis» (fs. 823) que fue fundado legal y técnicamente —a fs. 825/835— por el señor Defensor Público Oficial Dr. Guillermo Lozano.

La defensa fundó el recurso extraordinario en la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias por violación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso.

Al respecto adujo que se había llevado a cabo una interpretación desprovista de razonabilidad. Se agravió al considerar que el pronunciamiento recurrido descartaba la doctrina del Alto Tribunal establecida en «Arduino, Diego José y otro s/p.ss.aa. infr. ley 23.737» y «Dubra, David Daniel y otro s/ causa nº 348», falladas el 22 de marzo de 2005 y el 21 de septiembre de 2004, respectivamente.

En consecuencia, la sentencia recurrida contradecía lo que reiteradamente tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que debe darse cumplimiento a todo recaudo que garantice plenamente el derecho de defensa.

En ese orden de ideas, el recurrente sostuvo que lo que prevalece siempre y en todo caso es la voluntad del imputado que es consecuencia de su conocimiento y, en el sub examine, el justiciable no habría tenido ninguna oportunidad de ejercerla por más que en la cédula dirigida a otras personas y en la que se incluyó su nombre.

Alegó que el fallo recurrido arribaba a un error al afirmar que C.F. había desistido expresamente de su voluntad de recurrir al desistir de la presentación en ese sentido realizada por sus progenitores. Añadió que los padres del inculpado no eran partes en la causa para apelar y, por lo tanto, no se podía desistir de una requerimiento inexistente.

El 23 de mayo de 2006 la mayoría de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió declarar inadmisible el recurso extraordinario federal intentado. (ver Resolución Registro N° 8639 obrante a fs 841/842).

Los señores jueces Juan E. Fegoli y Pedro R. David dijeron: *«Que si bien incumbe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgar, en primer lugar, sobre el cumplimiento de los requisitos formales y después, respecto a la existencia o inexistencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, ello no exime a los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso*

extraordinario federal de la obligación de resolver circunstanciadamente si tal remedio —prima facie valorado— cuenta, respecto de cada uno de los agravios que lo originan, con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de la conocida doctrina de la Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad (Fallos: 317:1321). En tales condiciones, cabe señalar que los agravios expuestos en el remedio federal no son suficientes para demostrar la existencia de un caso de arbitrariedad que justifique la intervención del Alto Tribunal, en materias que, según el artículo 14 de la ley 48, son ajenas a su competencia extraordinaria. Sentado ello, corresponde indicar también que el recurso extraordinario presenta serias deficiencias de fundamentación que obstan a su procedencia, en tanto se limita a proponer una solución jurídica diferente de la adoptada en la resolución recurrida, lo que no implica en modo alguno demostrar que los agravios planteados en el remedio procesal guarden relación directa e inmediata con lo decidido.» (fs. 841vta./842).

El señor juez W. Gustavo Mitchell dijo *«Que el remedio federal ha sido interpuesto en término habida cuenta de lo manifestado por el defensor oficial en cuanto a la fecha en la que fue notificado de la voluntad recursiva del inculpado (conf. Fallos: D. 293. XXXIX «Dubra, David Daniel y otro s/causa nº 348»; V. 146. XXXIX «Villarroel Rodríguez, Óscar Alejandro s/homicidio culposo —causa nº 332/00—», falladas el 21 de septiembre de 2004). Ello es así porque lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición del recurso extraordinario es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrearía la firmeza, ya que la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad que le es propia y no una potestad técnica del defensor, por lo que debe darse cumplimiento a todo recaudo que garantice plenamente el derecho de defensa (conf. doctrina de Fallos: 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi). En tales condiciones, se considera que el recurso no resulta extemporáneo. Una vez superada la cuestión relativa a la tempestividad del remedio federal, cabe señalar que si bien los agravios del recurrente remiten a una cuestión de derecho procesal, como es la forma de efectuar las notificaciones, y ello constituye una materia ajena a la vía extraordinaria (Fallos: 300:65; 302:333, entre muchos otros), corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como en el caso, la solución adoptada no constituye una derivación razonada según las constancias de la causa y ello hace peligrar seriamente el derecho de defensa del recurrente. En consecuencia, desde mi personal perspectiva el remedio intentado es formalmente admisible en tanto reúne los requisitos exigidos por los artículos 14 y 15 de la ley 48, cumpliendo además con los recaudos que al respecto ha establecido en su vasta jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, el pronunciamiento recurrido constituye a los fines de la vía intentada sentencia definitiva pues decide y pone fin a la cuestión debatida en los términos del artículo 14 de la ley 48, resulta contrario a los agravios de naturaleza federal señalados por el recurrente y esta Cámara es el Tribunal Superior de la causa, por lo que corresponde conceder el recurso extraordinario interpuesto. Así voto.»* (confr. fs. 842/vta.)

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

La arbitraria resolución recaída en el caso resulta violatoria del derecho de defensa en juicio y afecta severamente la expectativa de libertad de C.F., en tanto confirma un dictamen discriminatorio, basado en la mera voluntad de los magistrados firmantes y violatorio del adecuado servicio de justicia.

No desconoce esta parte que la aplicación de las normas de derecho procesal

constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria. Sin embargo *«...esta regla no es óbice para que el tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre al base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa»* (Fallos 311, 948 y 2402 entre muchos otros).

Es en este punto, la idea según la cual la defensa no contradijo adecuadamente los argumentos de la Sala ni introdujo un gravamen susceptible de habilitar la apelación extraordinaria no condice que las constancias que como antecedente se invocaron, y que aparecen claras en la causa principal que corre por cuerda, pues de allí surge firme la negativa del Tribunal de adentrarse en una evaluación profunda, como era su deber legal, de los agravios invocados, reveladores de la crisis en las que se colocó a las garantías de igualdad ante la ley, debido proceso violentando preceptos constitucionales (conf. arts. 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

La defensa había resaltado, con expresa invocación de precedentes de ese Alto Tribunal, que la única notificación de sentencia criminal válida es la realizada al imputado.

La mayoría de la Sala por su parte desoyó la jurisprudencia de V.E. respecto a los agravios invocados sin dar nuevos argumentos que le permitieran apartarse de la doctrina emanada de esa Digna Corte.

Corresponde señalar que ese Digno Tribunal ha dicho que *«...**toda sentencia condenatoria en causa criminal debe ser notificada personalmente al procesado con el fin de que tal clase de sentencias no quede firme por la sola conformidad del defensor** (Fallos: 255:91; 291:572; 302:1276; 30'4:1179; 305:122; 314:797). Bajo la vigencia del régimen procesal sancionado por la ley 23.984, este Tribunal lo sostenido en Fallos: 322:1329 –voto del Juez Petracchi- y recientemente, en el precedente «Dubrá» (Fallos: 327:3802) –voto de la mayoría-, cuyos fundamentos se dan por reproducidos en autos.»* (conf. Expte CSJN «P», 2456, XL, «Peralta, Josefa Elba s/recurso de queja» el resaltado me pertenece).

De esa forma resulta palmaria la arbitrariedad en la que incurriera la mayoría de la Sala II, al rechazar el recurso extraordinario federal.

El vicio denunciado no sólo se tradujo en una total falta de tratamiento a los agravios constitucionales introducidos por la defensa sino que además avaló una sentencia que, como demostraran las defensas anteriores, era autocontradictoria. Esa autocontradicción resulta evidente a poco que se esté a lo asentado por la mayoría de la Sala en cuanto a que: *«La cuestión traída a estudio se centra en determinar en primer lugar en qué momento adquirió firmeza el fallo condenatorio dictado respecto de F. S. C., lo que luego permitirá establecer cuál es el período que debe computarse en los términos de la ley 24.390. Al respecto, cabe señalar que si bien de las constancias del expediente surge que el imputado no fue notificado personalmente del fallo condenatorio dictado a su respecto el 23 de mayo de 2003 (fs. 601/5) sino hasta el 13 de diciembre de 2004 (cfr. fs. 719 vta),...»* (ver fs. 818) para luego concluir que el cómputo privilegiado de la Ley 24.390 no sería extendido hasta la fecha de notificación personal.

Me permito recordar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Suárez Rosero» -sentencia de 12/11/1997- al sostener que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con el cual se agota su jurisdicción, destacando que especialmente en materia penal, dicho

plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo todos los recursos que pudieran eventualmente presentarse (cfr. párrafos 70 y 71). En aquel caso, el proceso se había iniciado con la detención de S. R. el 23-VI-1992, habiendo obtenido sentencia definitiva de última instancia el 9-11-1996, dictada por la Corte Superior de Justicia de Quito. Si bien, en rigor, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo por meta salvaguardar la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1, C.A.D.H.) y la de ser dejado en libertad anticipadamente (art. 7.5), evitando que la prisión preventiva sin sentencia se prolongue indefinidamente en vulneración al principio de inocencia (art. 8.2) -cfr. párrafos 75 a 78; así, Pastor, D., «El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho», Ad-Hoc, Bs. As., 2002, p. 218- la interpretación que hizo en punto a cuándo corresponde dar por terminado el proceso penal a esos fines se suma a los fundamentos presentados por el Dr. Lozano y por el Dr. Mitchell en su voto en disidencia.

Por lo expuesto solicito a V.E. nulifique la resolución N° 8639 de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que denegó el recurso extraordinario oportunamente presentado ya que *«existe cuestión federal, si se ha cuestionado la inteligencia de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas....»* (Fallos: 324:975).

V. PETITORIO

(...)

8. A. Sentencia de corte

Con voto de los jueces Lorenzetti, Petracchi, Zaffaroni, Fayt y Maqueda, la Corte Suprema reafirmó el criterio sostenido en Fallos, 327:3802 («Dubrá») en punto al momento en que adquiere firmeza la sentencia condenatoria a los efectos de determinar hasta cuándo un justiciable reviste la calidad de procesado en orden a la realización del respectivo cómputo. Sobre esta base hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

En disidencia, las juezas Argibay y Highton de Nolasco votaron por la inadmisibilidad del recurso en los términos del art. 280 CPCCN.

9) C. 2594. XL, «RECURSO DE HECHO deducido por Javier Daniel CIUFFO en los autos CIUFFO, Javier Daniel s/ causa 5579», sentencia del 11 de diciembre de 2007

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

Que, conforme a lo prescripto en los Arts. 282, 283 y 285 CPCCN, en función de los Arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 6º de la Ley 4055, vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por Javier Daniel CIUFFO contra la resolución Registro N° 6994 de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, de fecha 7 de septiembre de 2004, por la que se declara inadmisible el recurso extraordinario interpuesto.

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

I. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a) El requerimiento de elevación a juicio, el auto de elevación a juicio y la acusación fiscal durante el debate oral.

El 29 de septiembre de 2003, el Sr. Procurador Fiscal Federal ante el Juzgado Federal de la Ciudad de Río Grande requirió la elevación a juicio oral y público de la causa N° 11106 seguida a Javier Daniel CIUFFO y otra por considerar que *«...la minuciosa actividad prevencional desarrollada a lo largo del sumario, y documentada a través de las notas preventivas, permitieron corroborar la hipótesis investigativa primaria, esto es, que el hoy encartado Javier Daniel Ciuffo transportó desde la ciudad de Buenos Aires con destino a esta provincia, sustancias estupefacientes el día 26 de abril del corriente año conjuntamente con su pareja Nazarena Vanina Arnold...».* El Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal calificó el hecho como transporte de sustancias estupefacientes (vid. fs. 340/347).

A fs. 364/366 vta. luce acollarado el auto de elevación a juicio –dictado a raíz de la

oposición manifestada por la defensa al requerimiento de elevación fiscal- oportunidad en la que el Sr. Juez de Instrucción asentó: *«...ha quedado comprobado que Javier Daniel Ciuffo transportó desde la ciudad de Buenos Aires con destino a esta provincia, sustancias estupefacientes el día 26 de abril del corriente año conjuntamente con su pareja Arnold Nazarena Vanina (artículo 5 inciso «C» de la ley 23.737)».*

Una vez radicadas las actuaciones en el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Tierra del Fuego, y cumplidas que fueran las etapas procesales pertinentes se celebró la audiencia de debate oral y público. En esa oportunidad y al momento de alegar, el Sr. Fiscal acusó a CIUFFO por considerarlo coautor del delito reprimido en el Art. 5 inc. «c» de la ley 23.737 (ver fs. 764/vta.).

b) La sentencia condenatoria

A fs. 785/799 obran agregados los fundamentos de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur que condenó a Javier Daniel CIUFFO por considerarlo coautor del delito de contrabando agravado -por tratarse de estupefacientes con el fin de ser comercializados dentro del territorio nacional- en grado de tentativa, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

El supuesto de hecho materia de condena fue relevado como sigue: «…*el Tribunal ha tenido por probado que el día 26 de abril de 2003, siendo aproximadamente las 21.30 horas arribó al Paso Fronterizo San Sebastián desde el territorio chileno, un automóvil Peugeot 405, dominio RPF-311 conducido por Javier Daniel Ciuffo y acompañado por su pareja, Nazarena Vanina Arnold y su hijo menor Joaquín Azron Ciuffo, todos los cuales incluido el rodado fueron sometidos a una minuciosa inspección, siendo que al procederse por parte de la funcionaria aduanera Silvia Gomis a la requisa de la nombrada Arnold en el interior de un baño ubicado en las oficinas de esa administración, aquella alcanzó a introducir en el depósito del inodoro –que existía en ese momento en la pared sin tapa alguna- un envoltorio que al ser retirado luego por la testigo de actuación, Carmen Deidamia Elguero, se pudo comprobar que contenía 226,50 gramos de clorhidrato de cocaína.»* (v. fs. 790vta./791).

Al momento de encuadrar legalmente el hecho que tuvieran por acreditado, los Dres. D'Alessio y Zárate Recalde sostuvieron que: *«...Al haberse acreditado que los imputados Ciuffo y Arnold cruzaron a bordo de un automóvil desde la República de Chile a este país por el Paso Fronterizo San Sebastián y que durante la requisa personal de esta última se pudo comprobar que introdujo un paquete en el depósito de un baño que a la postre contenía cocaína, es lógico sostener –como lo hace el Sr. Fiscal General- que el hecho se trató de un transporte de estupefacientes, en los términos del inc. c) del art. 5to. de la ley 23.737.* ***Sin embargo, del repaso de los extremos que lograron acreditarse durante el debate, advertimos que, si bien con algunos testimonios se pudo determinar que la prevención sabía que la pareja Ciuffo-Arnold había abandonado el Paso Fronterizo Monte Aymont con la posibilidad de ingresar nuevamente a esta provincia –cosa que así sucedió- no puede afirmarse con igual certeza que el estupefaciente estuviera siendo trasladado desde aquellas latitudes, o más aún, desde la Ciudad de Buenos Aires. Es cierto que la pesquisa inicial apuntaba en esa dirección pero el envío propiamente dicho nunca llegó a comprobarse –mucho menos a vigilarse durante su recorrido- hasta su incautación en el Paso Fronterizo San Sebastián con lo cual, debe considerarse que la sustancia fue ingresada al país desde Chile recién cuando los nombrados cruzaron el paso referido a bordo de su vehículo y hasta que fue encontrado***

como consecuencia del control aduanero*. En estos términos debemos sostener que estamos frente al delito de contrabando, el cual ya ha sido definido desde un comienzo por este Tribunal –aunque con diferente composición- como «un delito formal o de pura actividad y se perfecciona con la sola acción del sujeto...»* (...).*Volviendo al caso de autos, tenemos acreditado que la detección del material tuvo lugar luego de que ingresaran Ciuffo y Arnold del país vecino y dentro de las instalaciones aduaneras, producto del control ejercido sobre aquella. El ocultamiento de la droga entre la ropa de la nombrada constituye el ardid hábil ideado para intentar la burla del control aduanero, obviando su intervención que es lo que la ley castiga, permitiendo así que al hecho se lo entienda alcanzado por esta norma –en igual sentido, CNPE, Sala II, causa «Martínez Ferreira, Rosa C s/ contrabando», rta. 18/12/92, entre otras.»*(ver fs. 795/vta.)

Más adelante los magistrados que asentaban: *«Ahora, resta establecer si la droga contrabandeada tenía aquel fin o no. Para ello, resulta imprescindible analizar cada caso en particular aplicando las reglas de la sana crítica racional y dentro de ese parámetro entendemos no sólo que debe tenerse en cuenta la gran cantidad de cocaína que fue secuestrada, que para esta reducida jurisdicción ya representa una partida considerable y por demás redituable –recuérdese que se trataron de 226,50 gramos, con una concentración del 93 por ciento para unas 4.203,5 dosis umbrales- sino también que desde el inicio de la investigación se había sospechado de Ciuffo como un vendedor de estupefacientes, a mérito de aquellas primeras averiguaciones, que habían mostrado movimientos sospechosos de personas, concurrencia a diversos lugares, diversidad de domicilios, el uso de diferentes rodados, cierta calidad de ropa, la falta de un trabajo u ocupación definido –a esta altura respecto de ambos- y la inexistencia de una adicción de por medio. Cabe mencionarse aquí, que si bien las defensas incorporaron algunas constancias que explicaron la verdadera titularidad de algunos domicilios y rodados atribuidos por la prevención a Ciuffo en el afán de quitarle relevancia a lo actuado en un principio, al referirse durante el debate a estas circunstancias el Gendarme Villanueva explicó con cierta lógica que en la investigación preliminar lo informado no obedecía a titularidades registrales sino más bien a los uso y tenencias que podían observarse de esos domicilios y vehículo por parte de aquél durante las vigilancias que se implementaron. Todas estas pautas evaluadas en forma global, permiten considerar que la droga que se intentó introducir sería indefectiblemente para su venta.»* (ver fs. 796/vta.)

b) El recurso de casación

A fs. 848/858 el Sr. Defensor Público Oficial subrogante, Dr. Eduardo Antonio Reyes, interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria. En dicha presentación la defensa se agravió por considerar que la sentencia se había dictado en violación al principio de congruencia.

En ese sentido señaló que, tanto en el requerimiento de elevación a juicio como en el alegato, el Sr. Representante había acusado a los imputados de la comisión del delito descrito en el Art. 5, inc. «c» de la ley 23.737, en tanto el Tribunal Oral los condenó como autores del delito de contrabando agravado por tratarse de estupefacientes con el fin de ser comercializados en el territorio nacional en grado de tentativa. El Sr. Defensor indicó que ese encuadre legal había sido impuesto sin conocimiento de las partes, motivo por el que su defendido no pudo interponer ningún tipo de defensa, lo que ocasionaba una flagrante violación al derecho de defensa y al debido proceso consagrados en el Art. 18 de la Constitución Nacional.

En segundo término, la defensa argumentó que la afirmación del Tribunal respecto a que el estupefaciente había sido ingresado al país desde Chile, pese a suponer una modificación sustancial del sustrato debatido por las partes en la audiencia, fue justificada por y a partir de las probanzas reunidas en la instrucción, que daban cuenta de la hipótesis debatida en juicio.

Por otra parte, la defensa oficial criticó el reproche que, a título de coautor, efectuó a CIUFFO el Tribunal de mérito. Destacó, en tal dirección, que el único fundamento de la participación criminal del justiciable se asoció al hecho de que condujera el rodado a bordo del cual el grupo familiar ingresó a territorio provincial.

Dada la directa afectación de garantías constitucionales denunciada, el Sr. Defensor Oficial actuante hizo reserva del Caso Federal.

El 30 de junio de 2004 el Tribunal Oral rechazó el recurso de casación articulado (confr. fs. 854/858).

El Sr. Defensor Público Oficial interpuso recurso de queja por casación denegada (ver fs. 913/918vta.) y el 5 de agosto de 2004, sin sustanciación de ninguna especie, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la defensa del imputado.

Pese a que la queja fue desestimada sin trámite, los miembros del Tribunal se introducirían en el fondo de las cuestiones planteadas; así, respecto del cuestionamiento dirigido a denunciar la violación al principio de congruencia, señalarían: *«...no podrá prosperar por no confutar los argumentos con los que el tribunal a quo rechazó el planteo de la defensa. En efecto, no se advierte de qué manera la calificación de contrabando dada al hecho pudo haber afectado el principio de congruencia cuando es evidente que el tribunal se expidió sobre el hecho comprendido tanto en la indagatoria como en el requerimiento de elevación a juicio. Es exclusivamente éste el recaudo que la Corte Suprema de justicia requiere en protección del principio, amén de la preservación de la facultad judicial de efectuar calificaciones distintas sobre la base de esos substratos (G.79.XXIV, Recurso de hecho, «García D´Auro, Ramiro E. y otros s/robo de automotor», rta. El 10.8.95), facultad que tiene previsión normativa en el art. 401 del código de rito (Conf.. c.n° 3195, «Quispe Chávez, Martín s/rec. De queja», rta. el 7 de febrero de 2001, Reg. N° 4063). Ello es así, por cuanto la soberanía del juez de mérito para adecuar el hecho al tipo legal con independencia de las acusaciones de las partes es la contrapartida del «non bis in idem», es decir el llamado efecto negativo de la cosa juzgada, pues si no se puede perseguir «sino una sola vez por el mismo hecho» (art. 7 C.P.C), es de rigor reconocer la potestad del órgano decidor de formular los juicios de subsunción con arreglo a su punto de vista (del voto del doctor Miguel Angel Almeyra en la causa 15.582 «Cusenier, Juan C. y otros» rta el 24/2/83 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, recordado por esta Sala in re: «Quispe Chávez, Martín s/rec. De casación», de anterior cita). De ahí que, si se tiene en cuenta que el hecho que se enrostró a los imputados se mantuvo incólume en las declaraciones indagatorias, en el auto de procesamiento, en el requerimiento de elevación a juicio y en la acusación durante el debate, pronto se advertirá que el planteo de la defensa no resulta procedente.»*

En cuanto a las demás argumentaciones defensistas la Sala consideró que *«…tampoco evidencia vicios de logicidad la fundamentación de la sentencia al considerar la conducta de los imputados como constitutiva del delito de contrabando de estupefacientes. En efecto, nada obstaba –y el recurrente no aportó elementos que condujeran a apartarse de la inteligencia efectuada por el a quo- a que se considerara que «la sustancia fue ingresada al país desde Chile recién cuando los nombrados cruzaron el paso «San Sebastián» a bordo de su*

vehículo y hasta que fue encontrado como consecuencia del control aduanero». Para finalizar, tampoco podrá prosperar el planteo de la defensa consistente en que no podía endilgársele a su asistido participación en calidad de coautor. Ello es así por cuanto pudo acreditarse que fue Javier Daniel Ciuffo quien conducía el automóvil con el que ingresaron al paso fronterizo desde Chile, siendo él quien dominaba parte de la acción a través de la conducción del rodado, manteniendo en su esfera de custodia el estupefaciente que portaba su compañera, al menos al momento de atravesar la frontera. De esa forma, dijo el tribunal, «ambos encartados se encontraban cumpliendo actos inequívocos de consumación delictiva que revelan indudablemente el dominio del hecho. Al tenerse en cuenta que la investigación se inició en torno a Ciuffo y viendo la relación que Arnold mantiene con éste, resultaría arbitrario sostener que esta última se manejó en forma independiente.» (ver fs. 921vta./922)

c) El recurso extraordinario federal

A fs. 923/928vta. luce agregado el recurso extraordinario federal interpuesto por la Sra. Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dra. Laura Beatriz Pollastri. En esa presentación, la Sra. Defensora señaló la arbitrariedad del rechazo del recurso de queja por casación denegada e indicó los agravios que ocasionaba a su defendido tanto la sentencia condenatoria como las subsiguientes resoluciones que coartaron el acceso a la doble instancia jurisdiccional.

Destacó que la ausencia de todo control en la instancia casatoria –que se limitó a reproducir los fundamentos que se procuraba rebatir- forzaba a la defensa a acudir a la vía extraordinaria en procura de restablecer el debido proceso, quebrantado a partir del dictado de la sentencia de mérito y acentuado en la instancia jurisdiccional intermedia.

En la inteligencia de que el fallo atacado resultaba contrario a la vigencia de la garantía de revisión del fallo condenatorio así como a la doctrina que, en materia de doble instancia jurisdiccional, sentara V.E., solicitó el otorgamiento del remedio federal, en resguardo de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional al suscribir el Pacto de Derechos Civiles y Políticos así como la Convención Americana de Derechos Humanos.

El 7 de septiembre de 2004 la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisible el remedio federal intentado (ver fs. 931/vta.).

Los miembros del Tribunal intermedio sostuvieron que: «*… más allá de que no se advierte la existencia de una cuestión federal que permita la habilitación de la instancia excepcional, lo cierto es que resulta fácilmente advertible que la recurrente no efectúa –siquiera mínimamente- la debida confutación de los argumentos expuestos por esta Sala en el pronunciamiento impugnado –concernientes a: 1) la improcedencia del planteo relativo a la supuesta violación del principio de congruencia; 2) que la cuestión referente a la imposibilidad de constatar por parte de la funcionaria aduanera el momento en que se arrojó el estupefaciente constituía un tema de hecho y prueba ajeno a la inspección casacional; 3) la debida motivación del fallo en lo que respecta a la calificación de la conducta de los imputados y, 4) la participación de su defendido en calidad de coautor-, conforme lo exige la naturaleza del remedio intentado y dispuesto por el art. 15 de la ley 48 y la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada sobre el particular. Es evidente, entonces, que la recurrente invoca arbitrariedad y supuesta afectación constitucional que tan sólo invoca mas no demuestra, circunstancia que torna inadmisible el remedio federal deducido.»* (fs. 931/vta.).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. GARANTÍA DE REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO. RESOLUCIÓN CONTRARIA A SU VIGENCIA

La decisión en crisis importa desconocer la vigencia misma de la garantía de revisión del fallo condenatorio, tal como es concebida en la jurisprudencia de V.E., así como en distintos informes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y es que, fiel a su interpretación sobre los alcances de la garantía de revisión del fallo condenatorio, los miembros de la Sala I de la Cámara de Casación Penal desestimaron la queja por casación denegada, imponiendo las costas, sin sustanciación de ninguna especie y utilizando como fundamento los mismos argumentos que la defensa procuraba impugnar en clave constitucional.

Nuevamente advertimos que el *a quo* se refiere al recurso de casación como una instancia de carácter extraordinario, cuya procedencia se hace depender de los mismos rigorismos formales que V.E. supo trazar en el restrictivo marco regulado por el Art. 14 de la ley 48.

Así se explica que las alegaciones de la defensa procurando establecer la vulneración del principio de congruencia –cuya raigambre constitucional, insisto, se encargó de enfatizar- fueran descartadas de plano.

V.E. se ha ocupado de fijar el rol institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal a partir del precedente *«Giroldi»*, estableciendo una doctrina que pugna abiertamente con el criterio sentado por los miembros de la Sala I.

La Sala se apartó de su rol de contralor jurisdiccional reconduciendo la instancia en base a términos estrictamente rituales, sin advertir que, más allá de los planteos de fondo –que, al no haber sido analizados en legal forma, mantienen toda su virtualidad-, su actitud reticente configuró un agravio federal autónomo toda vez que, sin garantizar el debido proceso en la instancia casatoria, canceló el derecho de todo imputado a que su condena sea revisada por un Tribunal Superior, mediante un nuevo contradictorio acotado a las cuestiones planteadas (Arts. 8, 2 «h» CADH y 14.5 PIDCP).

El tilde extraordinario asignado al trámite casatorio, la falta de toda sustanciación en la instancia –con el consiguiente menoscabo a la garantía del debido proceso- y su propia fundamentación a la hora de declarar mal concedido el recurso, son indicativos de que se ha desconocido la verdadera titularidad del derecho de revisión del fallo condenatorio.

Reitero en este sentido que el recurso de queja por casación denegada fue rechazado sin sustanciación alguna, pese a lo cual algunas cuestiones de fondo fueron confutadas inaudita parte y otras descartadas so pretexto de la existencia de defectos técnicos que, incluso de haber existido (alternativa que sostengo tan solo a título argumentativo) nunca debieron coartar el derecho del justiciable.

Así se expide Maier cuando enfatiza la necesidad de «... *eliminar la excesiva formalización que los tribunales de casación exigen para el planteo del recurso, de manera tal de 'ordinarizarlo' en relación a las exigencias que lo tornan procedente. Una reforma correcta de esa reglamentación debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias de planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia.»* (Maier, Julio B., «*El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?»,* publicado en «*La aplicación de los Tratados sobre derechos*

humanos por los tribunales locales», Compiladores: Martín Abregú - Christian Courtis, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 425).

Cabe apuntar que, acusando recibo del cambio institucional generado luego de la jerarquización constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, otra de las Salas de ese mismo cuerpo colegiado, la IV, ha retomado la buena senda modificando su jurisprudencia sobre la materia al resolver la causa Registro N° 4807 *«López, Fernando Daniel s/ recurso de queja»,* Resolución N° 6134.4 del 15 de octubre de 2004. Sostuvo en la especie: «*a los fines de determinar la procedibilidad de la vía directa intentada, no ha de reducirse su análisis a la mera invocación de que la valoración de la prueba en que ha fundado su convencimiento el Tribunal de mérito resulta una cuestión ajena a la instancia casatoria, pues así como -corolario de la línea jurisprudencial trazada a partir del caso «Giroldi» (Fallos 318:514)- no puede entenderse constitucional la limitación que veda la admisibilidad del recurso de casación en razón del monto de la pena (art. 459, inciso 2°), del C.P.P.N.), tampoco puede cercenarse al imputado su derecho (arts. 8.2.h de la C.A.D.H., 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75, inc. 22 de la C.N.) en virtud de otros límites que tradicionalmente le han sido impuestos a esta Cámara de Casación. Es que la garantía no se satisface con su mera enunciación sino que debe otorgarse vigencia sociológica a los derechos. Así entonces, reconocida la garantía a toda persona que resulte condenada de que debe tener acceso -como derivación del derecho de defensa- a una nueva discusión de la cuestión (en principio, lo más amplia posible), es que en consonancia con la sentencia recientemente dictada por la Corte Interameri-cana de Derechos Humanos, in re «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», del 2 de julio de 2004, corresponde adecuar el control casatorio garantizando una más plena revisión de la decisión recurrida de manera de conciliar mejor los principios en juego. El derecho al recurso significa -como ha sido subrayado por la Corte Interamericana, citando el comentario general número 13 del Comité de Derechos Humanos- que el acusado tiene derecho a que se examine íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho, y la revisión de esta Cámara de Casación Penal no puede resultar limitada ni restringirse exclusivamente al derecho, sino que debe convertirse en un recurso que -sin sacrificar la inmediación- haga justicia en el caso concreto. En otros términos, el derecho de 'recurrir del fallo' debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que lo tornen ilusorio, e independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para impugnar un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (cfr. Corte IDH, Caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia del 2 de julio de 2004, puntos 164 y 165). En el caso citado, la Corte Interamericana entendió que los recursos de casación presentados no cumplían el requisito de ser un recurso amplio que permita al tribunal superior realizar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Se agregó que del recurso mencionado en el artículo 8.2.h) de la Convención se exige «que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización». Finalmente, se concluyó que «se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si*

no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia» (ver fallo citado, voto concurrente, del juez Sergio García Ramírez). Tales exigencias no se satisfacen con la mera corrección formal del fallo, esto es, mediante un recurso de alcance reducido, sino asegurándo-se un margen más amplio para el examen de las posibles arbitrariedades, interpretando el recurso de casación dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo. Es que, lejos de constituir un criterio dogmático de delimitación, la tradicional separación entre cuestiones de hecho y de derecho importa el retraimiento continuo de la garantía invocada, pues no sólo ignora -como ha sido señalado en el voto de los jueces Petracchi y Fayt en Fallos 321:494- que «en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, «Derecho y Razón», trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, 1995, págs. 54 y sgtes.)», sino también «la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción» (conf., en general, Piero Calamandrei, «La Casación Civil», trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). En suma, los compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas se niegue el tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia. Es así que, aun cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica, la suficiencia del apoyo que las premisas -explícitas o implícitas- presten a la conclusión o la propia fuerza de convicción que surge de las actas incorporadas al expediente, entre otras cuestiones objeto de agravio, deben ser controladas en su relación deductiva o inductiva desde las clásicas herramientas de la lógica, asegurando, de esta manera, la misión que a esta Cámara de Casación compete: garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena.»

Esta orientación es tributaria del precedente sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «*Herrera Ulloa*», sentencia del 2 de julio de 2004, así como de los principios afirmados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Juan Carlos Abella (N° 11137, del 18 de noviembre de 1997), a los que cabe remitir en homenaje a la brevedad.

Sólo agregaré que, en sintonía con esta interpretación, V.E. ha cuestionado el excesivo rigor formal que aquí se denuncia en Fallos: 321:494 (Considerando 5°), destacando el exceso ritual en que incurriera el Tribunal Superior de la causa –en el caso, la Cámara Nacional de Casación Penal- en el tratamiento de cuestiones propias de su competencia; llegando a advertir cómo ese celoso rigor podría importar una arbitraria renuncia de la misión que competía a la instancia intermedia (voto de los Sres. Ministros Dres. Fayt y Petracchi, Considerando 9°).

La procedencia del presente recurso se advierte tan pronto se confrontan los lineamientos expuestos precedentemente con los fundamentos vertidos para rechazar el recurso extraordinario federal.

Desconocer la legitimidad del reclamo de la defensa en el marco descripto importa tanto como ignorar la misma vigencia del derecho de revisión del fallo condenatorio, sin que quepa abundar sobre el punto.

V. GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. RESOLUCIÓN CONTRARIA

Reafirmando lo expuesto en el apartado anterior es indispensable resaltar que la materia que nos convoca y los aspectos críticos relevados por las defensas preactuantes, constituyen materia propia no sólo del ámbito casatorio sino

también de la competencia extraordinaria de V.E.

Recobran entonces plena validez los cuestionamientos efectuados oportunamente por los Sres. Defensores Públicos Oficiales Dres. Reyes y Pollastri a lo largo de toda la vía recursiva.

La defensa oficial señaló que la sentencia condenatoria había sido dictada en forma arbitraria y en violación a las reglas del debido proceso y la defensa en juicio, vicios que fueran reeditados en las resoluciones siguientes.

Recuerdo aquí que los embates de la defensa estaban dirigidos a señalar que el tribunal no se había limitado a modificar la calificación legal asignada al hecho, sino que responsabilizó al imputado por una conducta respecto de la cual no se había formulado acusación (extremo que supuso, naturalmente, la imposibilidad de ejercer defensa alguna), en conculcación del principio de congruencia.

No desconoce esta parte que, si bien V.E. ha resuelto que, en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados -cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hubiesen formulado con carácter provisional- consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, también ha afirmado que *«…este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio»* (Fallos: 315:2969).

En tal sentido cabe insistir en que el requerimiento de elevación a juicio del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, el auto de elevación a juicio y el alegato del Sr. Fiscal General describieron la conducta endilgada a CIUFFO como un transporte de estupefacientes desde la ciudad de Buenos Aires hasta la de Río Grande.

Como contrapartida, la descripción del hecho realizada por el Tribunal de mérito configuró una actualización sorpresiva del sustrato material juzgado, distinta de las presentadas por los representantes del Ministerio Público Fiscal en oportunidad del requerimiento de elevación a juicio y de la acusación oral, y que no se condijo con el *factum* relevado en esos actos esenciales del proceso.

La ostensible modificación del sustrato material debatido por las partes importó una flagrante violación de la garantía de defensa en juicio, pues la nueva estructuración del hecho fue impuesta sin discusión fáctica o jurídica de ninguna especie.

Y es que, amén de que el derrotero fijado en la sentencia no tuvo como antecedente el debate contradictorio previo, exigible como presupuesto del debido proceso entendido como una secuencia sucesiva de los actos de acusación, defensa, prueba y sentencia (v. en este sentido la doctrina del precedente Tarifeño mantenida ininterrumpidamente hasta el precedente Mostaccio), dada la distinta naturaleza tanto del supuesto de hecho fijado en la sentencia como del encuadre legal asociado a aquél, la defensa pudo articular un abanico igualmente diverso de argumentaciones y planteos idóneos para resistir o atenuar el reproche, opción que, fruto del vicio aquí denunciado, quedó abortada.

Debe observarse muy particularmente que, incluso cuando se reconoce al Tribunal de mérito cierta flexibilidad en la elección de la significación jurídica asignada al episodio histórico que subyace en todo proceso penal, tal margen de libertad se ve notoriamente acotado cuando –como acontece aquí- el reproche final se asocia a la vulneración de un bien jurídico sustancialmente diverso al debatido durante el juicio y sustentado a lo largo de todo el proceso.

La especial conformación del régimen penal aduanero constituye un primer reparo oponible a la legitimidad de la sentencia de mérito pues es evidente que la distinta configuración tanto sustancial como procesal de la materia modificaba radicalmente

las articulaciones disponibles para la defensa a fin de resistir la imputación.

En cualquier caso el agravio constitucional se aprecia con mayor rigor si se repara en que, más allá del distinto encuadre legal, fue la plataforma fáctica misma la que se vio sustancialmente alterada al momento del dictado de la sentencia de mérito, extremo que resintió insalvablemente lo actuado con posterioridad.

La magnitud de la lesión termina por establecerse tan pronto se tiene presente que, no obstante haber reformulado el supuesto de hecho base del reproche (me refiero, naturalmente, al derrotero asignado al estupefaciente), éste descansó sobre las probanzas que supuestamente apuntalaban la hipótesis (sustancialmente diversa) barajada hasta la instancia de alegatos finales.

Esta observación cobra particular importancia en torno a mi defendido, quien nunca tuvo en su poder material estupefaciente alguno.

Recordemos que, según se sostuvo en la sentencia de mérito, las probanzas reunidas durante la instrucción sugerían la posibilidad de que CIUFFO hubiera tenido algún tipo de vinculación con el traslado de sustancias estupefacientes desde Buenos Aires hasta Río Grande (Tierra del Fuego).

Sin embargo, al fijarse soberanamente un hecho diverso, a saber, que el origen de la sustancia encontrada en poder de su pareja y coprocesada difería del barajado en las instancias preliminares del proceso, es evidente que ninguna prueba apuntaló la hipótesis condenatoria sobre cuya base se fijó el reproche.

Las hipótesis alternativas oponibles al nuevo supuesto de hecho fijado en la sentencia dan la pauta de que las alegaciones defensistas denunciando la vulneración del principio de congruencia debieron ser evaluadas y acogidas favorablemente, en resguardo de las garantías constitucionales vulneradas en perjuicio de mi asistido.

Es preciso que haya correlación entre la acusación y la sentencia de acuerdo a lo estipulado por el Art. 401 del código de rito, más precisamente en congruencia entre la descripción del hecho fáctico realizada en el requerimiento de elevación juicio y el hecho relevado por el Tribunal de mérito, pues de otro modo se configuraría una sorpresiva persecución en la sentencia con *«…la probable lesión al derecho a ser oído y al principio de correlación»* (Fallos: 302:328, 482 y 791).

De esa forma, y ante la modificación de la plataforma fáctica realizada intempestivamente por el Tribunal, mi defendido fue declarado penalmente responsable de una conducta por la que no se le formuló acusación, ni pudo concretarse en dicho aspecto defensa técnica alguna, falencia que incidió sin duda sobre el resultado del pronunciamiento del Tribunal de mérito.

Por lo expuesto, y en tanto *«…el pronunciamiento recurrido resulta descalificable con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, toda vez que no tiene suficiente fundamentación, lo cual vulnera la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional»* (voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Adolfo Roberto Vazquez y Juan Carlos Maqueda en el Expte. «S», 710, XXVI, «Recurso de Hecho- Silvera, Néstor Raúl y otros» solicito a V.E. haga lugar a este recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado y ordene un nuevo fallo conforme a derecho.

VI. PETITORIO

(...)

9. A. Sentencia de la Corte Suprema

Con votos de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Petracchi se resolvió hacer lugar al recurso de queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado, por remisión a lo resuelto en el precedente «Casal» (Fallos, 328:3399).

Por su voto, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni analizaron la vulneración al principio de congruencia. En palabras textuales, apuntaron:

«*4°) Que, ciertamente, el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre e cual los actores procesales desplegraron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634). Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert). 5°) Que esta última circunstancia es que que se presenta en el caso pues tanto en la declaración indagatoria (fs. 44/46), como en el auto de procesamiento (fa. 147/154), en la decisión que lo confirmó (fs. 274), en el requerimiento fiscal de elevación a juicio (fs. 340/347), en el auto de elevación (fs. 364/366) y en la acusación durante el debate a fs. 764, se le atribuyó al imputado el delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. C, de la ley 23.737), pero en la sentencia se lo condenó por contrabando agravado de estupefacientes Ifs. 776(777 y 785/799), lo que constituyó una subsunción sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio, pues no era razonable exigirles que buscaran todas las posibles calificaciones más gravosas y se defendieran de todas ella, contraargumentando lo que aún nadie había argumentado. 6°) Que, en efecto, esa variación de la calificación jurídica no era irrelevante para el ejercicio de la defensa pues si bien pudo considerarse que –en el caso- el tipo de contrabando de estupefacientes, salta a la vista que aquél contiene además como elemento típico adicional la sustracción de esas sustancias al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre actos de importación (art. 864 del Código Aduanero), del mismo modo que la figura agravada aplicada en el caso exige que se trate deuna cantidad de estupefacientes de la que surja inequívocamente el destino de comercialización dentro o fuera del territorio nacional (art. 866, 2° párrafo del Código Aduanero) mientras que la fórmula legal del transporte de estupefacientes no contiene ninguna pauta relativa a la cantidad. 7°) Que de lo expuesto se desprende que los argumentos que se hubiesen podido esgrimir en respuesta a una imputación de contrabando agravado eran mayores que los que permitía la calificación de transporte. Así, puede señalarse a modo de ejemplo que la valoración de la cantidad de cocaína secuestrada como inequívocamente destinada a la comercialización no fue efectuada en el requerimiento de elevación a juicio pero aparece en la sentencia, sin que el fiscal hubiese abierto la discusión sobre esta cuestión en el debate dado que había elegido una calificación jurídica que no lo exigía. 8°) Que en tales condiciones, cabe concluir que mediante una interpretación inadecuada sobre el alcance que cabe atribuir a la regla que exige congruencia entre la acusación y la sentencia, el a quo convalidó una sorpresiva calificación jurídica más gravosa que desvirtuó la defensa de acusado y determinó la imposición de un monto de pena mayor –por el mínimo de la escala penal- que los cuatro años de prisión que había slicitado el fiscal por el transporte de estupefacientes, razón por la cual corresponde habilitar*

la instancia extraordinaria para reparar la violación a la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).»

En disidencia, los jueces Fayt y Argibay declararon inadmisible el recurso echando mano del art. 280 CPCCN.

9. B. Proyecciones

El presente caso se suma al fallado en el precedente «Sircovich» (Fallos, 329:4634), en el que la Corte Suprema revocara la sentencia apelada por considerar violado el principio de congruencia.

La casuística que presenta el voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni incorpora argumentos adicionales que enriquecen planteos nulificantes allí donde se verifiquen alteraciones importantes en la secuencia: acusación, defensa, prueba y sentencia, como actos señeros y estructurales del debido proceso.

En particular, la relación trazada entre el debido proceso (y su manifestación concreta en el principio de congruencia) y la estrategia de defensa incorpora una herramienta interesante para determinar la eventual vulneración de garantías en casos puntuales.

Del mismo modo y a mayor abundamiento, resulta interesante destacar que en el considerando 8 del citado precedente, el tribunal reafirmó la violación a derechos fundamentales en función de que el cambio de calificación también había importado aplicar una pena mínima mayor y, con ello, se lesionaron los estándares establecidos por los propios jueces Lorenzetti y Zaffaroni en el precedente «Amodio» de Fallos, 330:2658[6].

[6] Como dato de color, es de hacer notar que el agravio del cual se valieron los citados magistrados para descalificar la sentencia en el ya mencionado caso «Amodio» fue introducido de oficio por esos jueces, dado que no había sido abordado en ninguna de las presentaciones de la defensa como así tampoco en el pronunciamiento apelado.

10) M. 77. XLI, «RECURSO DE HECHO deducido por Elvio Rodolfo MERCADO, en los autos: «Mercado, Elvio Rodolfo y otros s/ p.ss.aa. robo agravado y tenencia ilegitima de armas de guerra -causa N° 8885/03», sentencia del 11 de septiembre de 2007

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. DOCTRINA DEL PRECEDENTE «CASAL, MATIAS EUGENIO y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681-»

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a) La sentencia condenatoria

En la sentencia de fecha 10 de julio de 2003, los integrantes de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la 2ª Circunscripción Judicial –Chilecito- de la Provincia de La Rioja, (vid fs. 964/985) condenaron a Elvio Rodolfo MERCADO a la pena de trece años de prisión, accesorias legales, costas y segunda declaración de reincidencia por haberlo encontrado cómplice necesario de los delitos de robo agravado por lesiones en concurso real con el delito de portación ilegítima de armas de fuego.

Los juzgadores tuvieron por probado que: *«...el día veintidós de Diciembre del año dos mil, entre las horas trece y treinta y catorce aproximadamente en circunstancias que el ciudadano Juan José Gollán, Jefe de Departamento de la firma YOMA S.A: salía del Banco Macro S.A. en compañía del Sr. Oscar Alberto Gazal después de haber cobrado la suma de pesos OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO ($ 82.644) se dirigen hacia una camioneta perteneciente a la firma, que se encontraba estacionada frente a la institución bancaria con el objeto de dirigirse con el dinero a la Localidad de Nonogasta, en*

ése momento se acerca Sergio Gastón Cornejo quién portaba una pistola marca Bersa, calibre .22 con la intención de apoderarse del dinero. Gollán alcanza a tirar el sobre en la caja de la camioneta. Se produce un forcejeo entre Gollán y Cornejo como consecuencia del mismo el arma se dispara hiriendo a Gollán en la zona del vientre. Que Cornejo al advertir que el sobre con el dinero se encontraba en la caja de la camioneta se apodera del mismo apuntando a Gazal para luego huir por la calle Castro Barros en sentido oeste-oeste, siendo perseguido por el agente de Policía Eduardo Ramón Carrizo, dobla por la calle 25 de Mayo de norte a sur, luego toma por la calle Celada y Dávila hasta Bartolomé Mitre tomando éste en dirección norte-sur, luego de sobrepasar la calle Famatina donde sube al automóvil Gol 1.6 –color gris- conducido por Mercado, que circulaba en igual sentido, dándose a la fuga; circulando luego por Avenida Arturo Illia y calle Catamarca. Carrizo hace detener una camioneta particular y sube a la misma perdiendo de vista el vehículo donde iban Mercado y Cornejo a la altura de calle Catamarca, los imputados llegan a Nonogasta se dirigen al inmueble de la Radio FM, propiedad del señor Castagna, guardan las armas sacando el panel del tapizado de la puerta del acompañante, se cambian de ropa en la Emisora radial, le hacen entrega de las llaves del vehículo a Alejandro Avila y piden que se les informe donde pueden tomar la comby para viajar a la Ciudad de La Rioja, llevando cada imputado un bolso, tomando luego una comby de línea con destino a la Ciudad Capital de la Provincia, al llegar a las proximidades de la Localidad de Patquia una comisión policial que había sido enconmendada para detener a los presuntos asaltantes detienen a la misma y por la descripción de las características físicas dadas por Eduardo R. Carrizo proceden a detener a los encartados Mercado y Cornejo, le secuestran los bolsos y en uno de ellos se encontraba la cantidad de dinero sustraída a Gollán, procediendo la comisión policial a trasladar a los dos imputados a la Comisaría de la Unidad Regional IIa. de Policía con Sede en ésta Ciudad.» (fs.971/vta.)

Al momento de delimitar el grado de responsabilidad penal de mi ahora asistido en los hechos que tuvieran por probados, los sentenciantes afirmaron que: «*...está contemplado en el art. 45 de nuestra Ley penal de fondo toda vez que prestó al autor, es decir Cornejo, un auxilio o cooperación sin la cual, éste no hubiese podido completar su acción delictiva, dado que Mercado lo levanta a Cornejo en su auto para evitar que fuera aprehendido por la autoridad policial que venía en su persecución, es decir que es cómplice necesario. Cuando la Ley nos habla de cooperación, y del auxilio que otro presta sin el cual el hecho no habría podido cometerse, no nos está diciendo que de ninguna manera se habría producido, sino que hace referencia a la modalidad en el hecho concreto y no cualquier otro modo de cometerlo. Al decir del Dr. Nuñez en su obra Manual de Derecho Penal –parte general, Marcos Lerner Editora –Edición 1.999- pág. 253- nos dice: «en otros términos el aporte del cómplice es necesario, no por su grado sino por su efecto respecto de la configuración práctica del pertinente tipo delictivo».* (fs. 977/vta.) Más adelante el Tribunal afirmó que: *«La intervención de Mercado en el delito no es la de coautor, porque este no lo produjo, sino que contribuyó a la producción del mismo, se debe tener presente que la contribución del cómplice puede ser anterior, concomitante o posterior a la ejecución del mismo, el imputado Mercado tuvo una participación fundamental en la concreción del hecho toda vez que él carga a Cornejo en el auto que él conducía, cuando era perseguido por la autoridad policial y ambos se trasladan a la localidad de Nonogasta, él esconde el arma utilizada por Cornejo en la puerta del rodado es decir que tuvo una participación activa en el hecho ilícito cometido por Cornejo, esta participación lo sitúa en la calidad de cómplice, el cómplice necesario, esta fuera del tipo, pero situado durante el tiempo de la ejecución del tipo, al decir de*

Laje Anaya, éste autor nos dice textualmente «el campana es cómplice necesario como también lo será quien cerca o mas o menos cerca del lugar del delito espera a los autores del robo para trasladarlo a un lugar seguro» T.1 –pág. 327-, para el Dr. Ricardo Nuñez cuando nos habla de cómplice necesario, Art. 45 C.P. nos dice «...La formula legal se refiere, en realidad, a que el auxilio o cooperación es complicidad si la tarea propiamente ejecutiva del tipo delictivo, sin el concurso del aporte del cómplice no se hubiera realizado como se realizó en el caso concreto sino con otras modalidades...»» (ver fs. 979vta./980)

En el punto VII) de la sentencia condenatoria los integrantes del Tribunal de mérito asentaron que *«...con la incorporación al Código Penal del Art. 41 bis agregado por ley 25.297 que agrava la pena cuando en un hecho delictivo previsto en éste Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas la escala penal prevista para el delito se elevará en un tercio de su mínimo y ensu máximo. Al haber Cornejo utilizado un arma de fuego para cometer el hecho, es una circunstancia agravante de la responsabilidad de Cornejo.»* (conf. fs. 977vta./978)

Al momento de graduar el monto de pena que le correspondía a MERCADO los Sres. Jueces de la Cámara Criminal afirmaron que: *«El accionar de éste imputado en el hecho delitivo lo sitúa como cómplice necesario, cuya pena se equipara al del autor del hecho, variando solo su graduación por las circunstancias personales que son diferentes a las de Cornejo. Es decir que la naturaleza de la acción y el medio empleado para cometerla en su calidad de cómplice necesario, juega en forma desfavorable para la graduación de la pena en éste imputado. La edad de Mercado, persona mayor, según lo por él manifestado sabe cuatro oficios juega en forma desfavorable por cuanto, teniendo medios honestos para ganarse la vida, prefiere delinquir; los antecedentes del imputado que ha sido declarado Reincidente por segunda vez por el Juzgado de Transición N° 2 Departamental de Morón, Provincia de Buenos Aires, juega en forma desfavorable para la graduación de la pena. La conducta que él mismo tiene en el Servicio Pentitenciario Provincial siendo de doble 00 y pésima, es un factor desfavorable.»*

III. c) Rechazo del Recurso de Casación

A fs. 1028/1031 se agregó el recurso de casación presentado por la defensa oficial de MERCADO.

En esa empresa, el Sr. Defensor Oficial, Dr. Ramón Angel Luján, señaló que la condena había sido dictada en violación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

Destacó, en primer lugar, que el Tribunal había arribado a un fallo condenatorio por medio de una errónea apreciación de las pruebas colectadas en el debate. En ese sentido realizó una breve reseña de las diferentes decisiones jurisdiccionales que se habían tomado a lo largo del proceso respecto de la calificación legal que le correspondería a su asistido, y señaló que el Sr. Fiscal de Cámara había calificado la conducta de MERCADO como coautor de robo con armas (art. 166, inc. 2° del C.P.), y también por art. 189 bis del Código Penal. El Sr. Defensor remarcó que la defensa material del justiciable había estado constreñida a esa acusación final y que la calificación elegida por los sentenciantes devenía sorpresiva, arbitraria y por lo tanto violatoria de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

Puntualizó, en este sentido, que de acuerdo con la plataforma fáctica fijada en la sentencia, pudo determinarse que Mercado *«...nunca estuvo en el lugar del hecho, que no ha robado nada, que no usó arma alguna y fundamentalmente que no ha herido de gravedad absolutamente a nadie, es decir que dicho*

encartado no tuvo ninguna participación en el hecho delictivo investigado.»

A partir de esa constatación, el Sr. Defensor desarrolló las razones por las cuales los anfibológicos indicios que sugirieran la conducción por parte del justiciable del vehículo en el que, según la versión sostenida en la sentencia, se materializó la huida, no alcanzaban para involucrarlo siquiera a título de participación en el hecho investigado y, mucho menos, para reputarlo coautor de lo acontecido en su ausencia.

El letrado hizo reserva del caso Federal.

La sentencia fue asimismo impugnada por la defensa del coprocesado de Mercado quien, entre otros agravios, esgrimió la errónea aplicación del art. 41 bis del Código de fondo, en tanto no había sido solicitado por el Representante del Ministerio Público Fiscal.

El 14 de agosto de 2003, la Cámara en lo Criminal concedió el remedio casatorio interpuesto. (ver fs. 1041/vta.)

El 12 de mayo de 2004, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja resolvió rechazar el recurso intentado (vid. fs. 349/353).

El tribunal casatorio señaló, en relación a lo que aquí concierne que: *«...advierto que la discrepancia de la defensa se asienta en la circunstancia basada en que las manifestaciones del Cabo Carrizo parten de un reconocimiento inducido, ya que este funcionario policial identifica a Mercado luego de la detención por haber sido alojado en dependencias policiales, como así también que el reconocimiento en rueda de personas se hizo con compañeros de trabajo de Carrizo y el imputado Mercado, habiendo sido atacado dicho acto procesal de nulidad, situación que no es atendida por el Tribunal de mérito. Sin embargo, de los términos de la sentencia se desprende en el análisis pormenorizado de los testimonios valorados por el Tribunal de mérito que la descripción brindada por el Cabo Carrizo contribuyó a la identificación de los imputados y su posterior detención en las proximidades de Patquía por parte de la Comisión Policial que detiene el vehículo de transporte –Combi-. Concretamente reza el fallo «Que la comisión que detiene a Mercado y Cornejo en las proximidades de la localidad de Patquía los hace por las descripciones de las características físicas que hace Carrizo...surge por lo manifestado por el Oficial de Policía César R. Mercado respondiendo a una pregunta referida a tal situación manifesando «por las descripcioens físicas de los delincuentes que nos da el Cabo Carrizo». El documento sentencial valora asimismo que Elías Ormeño expresamente sostiene que el bolso que contenía el dinero lo llevaba la persona mayor o sea el ciudadano Mercado, esto lo sabe porque es el que sube al último y se sienta adelante del testigo en el sobresaliente del guardabarro –fs. 976- este testigo reconoce a los imputados Mercado y Cornejo como las personas que viajaban junto con él en la Combi y a quienes la policía les incauta los bolsos que contenían el dinero producto del robo. Asimismo surge la valoración que realiza el acto sentencial en una situación puntual: el Cabo Carrizo reconoce que el vehículo se dirigía a gran velocidad, conducido por un señor mayor «y era Mercado ...por que agrega que frente a la escuela del Puquial sube Cornejo al vehículo». Esa circunstancia sin lugar a dudas es lo que permite que el Funcionario Policial observe la apariencia física de Mercado y pueda posteriormente reconocerlo. Es más, en cumplimiento de su deber el mismo se dirige al puesto caminero más próximo y brinda las descripciones que permiten luego detener a los imputados. Otro testigo describe el auto y reconoce expresamente a Mercado y Cornejo, así la declaración de Alejandro Avila, valorada por el Tribunal, afirma que reconoce el auto cuya fotografía obra a fs. 146, como el que estuvo en la radio, y que en el mismo se movilizaban dos personas que*

reconoce se encuentran en la Sala de Audiencia, identificando concretamente a Mercado y Cornejo. También el testigo Gustavo Gallardo reconoce a los imputados presentes en la sala al realizarse el debate como los tripulantes del vehículo, agregando que «el hombre estaba acomodándose la camisa como si se hubiese cambiado». Entiendo en consecuencia no se configura la orfandad probatoria que denuncia la defensa en relación a la participación de ELVIO RODOLFO MERCADO, quien actuó en el ilícito imputado en el grado de participación fijado por el Tribunal de mérito, debiendo confirmarse la sentencia recurrida.» (conf. fs. 1072/1073)

Respecto del agravio dirigido a cuestionar la participación del justiciable en el hecho cometido por su consorte de causa y aquél que cuestionara el monto de la pena impuesta, los integrantes del Tribunal Superior sólo acotaron que *«...no se configura la orfandad probatoria que denuncia la defensa en relación a la participación de ELVIO RODOLFO MERCADO, quien actuó en el ilícito imputado en el grado de participación fijado por el Tribunal de mérito, debiendo confirmarse la sentencia recurrida. En relación a la pena impuesta, no se advierte arbitrariedad alguna en la imposición de la misma, habiendo el aquo realizado una valoración lógica, razonada y merituada de los requisitos contemplados en el art. 41 del C.P. en relación a Elvio R. Mercado.»* (vid. fs. 1073)

III. d) Recurso Extraordinario

El 18 de octubre de 2004, la defensa oficial de MERCADO interpuso recurso extraordinario federal. (ver fs. 1150/1157vta.).

El Sr. Defensor Público Oficial, Dr. Ramón Santiago Ríos, señaló que la decisión del Tribunal Superior local que rechazara el recurso de casación, resultaba arbitraria y violatoria de la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En ese marco, puntualizó que la sentencia recurrida había convalidado una condena fundada sólo en forma aparente y que, en las especiales condiciones del caso, correspondía la concesión del recurso, a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias pues, fruto de los defectos de fundamentación denunciados, se había vulnerado la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. En abono de su posición, señaló que en el caso el Tribunal de mérito había realizado un errónea valoración de los elementos de prueba producidos en el debate.

El 2 de diciembre de 2004 el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja resolvió –por mayoría- denegar el recurso extraordinario federal impetrado en favor de MERCADO. (v. fs. 1161/1163vta.)

Sostuvo en su voto el Dr. Luna Corzo (opinión a la que luego adhiriera el Dr. Martínez) que: *«...el escrito no contiene una crítica razonada y concreta de lo decidido por este Tribunal Superior. En efecto, el examen del escrito recursivo revela que el apelante dirigió su cuestionamiento a lo actuado durante la etapa de instrucción y lo resuelto por la Cámara de la Segunda Circunscripción Judicial, en especial, al valorar la prueba; y que, de este modo, no se hizo cargo de todos y cada uno de los fundamentos desarrollados en la sentencia dictada por este Cuerpo (además de los precedentes citados, ver también Fallos 303:109; 307:2489; entre muchos otros). De este modo, el recurrente redujo su reproche a cuestionar lo actuado durante la fase instructoria; se limitó a exponer un criterio de valoración de la prueba distinto al que presenta la sentencia del Tribunal de mérito y que fue confirmado por este Cuerpo, por los argumentos que se desarrollan en el pronunciamiento del 12 de mayo de 2004; y, como derivación de los anterior, no desarrolló ningún argumento tendiente a rebatir lo dispuesto por este tribunal de*

revisión, que es quien dictó la sentencia definitiva que se recurre.» (fs. 1162/vta.)

Por su parte el Dr. Ávila, afirmó que: *«Advierto que estamos en presencia de una supuesta y alegada arbitrariedad, no sorpresiva, sino ya introducida y oportunamente planteada por el Defensor Oficial, Dr. Ramón A. Luján, del imputado Elvio R. Mercado, cuando se agravia por el decisorio que condena a su defendido (fs. 1028/1031), por errónea apreciación de la prueba y prescindencia de pruebas esenciales que desincriminan del ilícito al mismo. Por su parte el Sr. Defensor General Dr. Santiago Ríos, con la interposición del presente remedio, entiendo que satisface «prima facie», con su crítica completa, el recaudo de suficiente fundamentación, porque no solo reitera los agravios ya esgrimidos, sino que practica un análisis exhaustivo de la causa, invoca como cuestión federal la causal pretoriana por interpretación arbitraria de los elementos probatorios, omisión de considerar los agravios refereridos a la falta de pruebas, y señalando que el yerro fundamental está en considerar al encartado como cómplice necesario de un hecho que no participó, desvirtúa las pruebas que lo sindican como el conductor del rodado, en tenencia del dinero sustraído, y el ocultamiento de las armas, indica que el cómplice del hecho es una persona de apellido Verón. Sin perjuicio de considerar a los argumentos, vertidos en los fallos atacados, como productos de valoraciones racionales de los elementos de prueba de autos, y que en su posible reconstrucción del hecho histórico se aproxima a lo que se conoce como verdad procesal, y que supera toda duda razonable. No obstante entiendo que expuesto de esa forma los argumentos, encuandran en la causal de arbitrariedad con referencia a la prueba, erróneamente valorada u omitida la esencia, generalmente admitida por la Corte, estimo que deben elevarse los presentes al máximo Tribunal del país, quien en definitiva será el que resuelva si se ha configurado o no la causal de arbitrariedad esgrimida.»* (confr. fs. 1163/vta.)

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE «CASAL». VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Los antecedentes reseñados dan acabada cuenta de la viabilidad del presente recurso.

En este orden, si bien a diferencia de lo que aconteciera en el precedente Casal, en el que toca juzgar medió sustanciación en la instancia intermedia, (v. doctrina del precedente «Jurevich», *a contrario sensu*) el desarrollo de los fundamentos por los cuales se rechazara el recurso de casación distaron de satisfacer el standard de protección fijado por V.E. en el caso citado.

El repaso de los antecedentes es elocuente en este sentido, particularmente en punto a la falta de todo control de logicidad y razonabilidad de la sentencia en cuanto afirmara que, pese a no haber estado presente en el lugar de los hechos, mi asistido debía responder como partícipe necesario no sólo de un robo calificado por el uso de armas, sino también por las lesiones causadas a la víctima, fruto del disparo protagonizado bajo el exclusivo designio de Cornejo.

El análisis de tan trascendente cuestión (que, entre otras aristas, guarda estrecha relación con el principio de culpabilidad) sólo provocó como respuesta que *«...no se configura la orfandad probatoria que denuncia la defensa en relación a la participación de ELVIO RODOLFO MERCADO, quien actuó en el ilícito imputado en el grado de participación fijado por el Tribunal de mérito, debiendo confirmarse la sentencia recurrida»*

Ignoramos, en este contexto, qué razones sustentaron la afirmación precedente y qué antecedentes probatorios la habrían apuntalado, extremo que deviene

relevante, insisto, desde la perspectiva del *leading case* «Casal» pues, incluso cuando el Superior Tribunal se manifestó propenso a aceptar una visión amplia de la garantía de recurrir el fallo condenatorio, en la práctica no cumplió con tal cometido, reduciendo su intervención a una mera remisión a los fundamentos que la defensa procuraba cuestionar desde la perspectiva del principio de inocencia, culpabilidad por el hecho y debido proceso.

Queda claro que el reproche dirigido a mi asistido no tuvo como presupuesto la descripción concreta y detallada, ya sea del hecho concreto imputado, sea de las pruebas en que se basa, o del razonamiento adoptado al efecto. Tal como lo señalara la defensa a lo largo de toda la vía recursiva la sentencia de mérito no puede reputarse derivación del derecho vigente, con arreglo a las constancias de la causa; de ahí que no pueda compartirse la homologación automática en la instancia jurisdiccional intermedia cuando, como se dijo reiteradamente, un examen superficial de los fundamentos del fallo hubiera permitido al Tribunal Superior de la causa enmendar los vicios subyacentes en la sentencia evitando de ese modo la avocación del máximo Tribunal de garantías de la República en cuestiones de otro modo ajenas a su competencia extraordinaria.

La doctrina enmarca las objeciones planteadas al desarrollar el concepto de motivación. Señala Núñez que *«….la ley requiere que el Juez señale cuál es la afirmación o negación del elemento probatorio que fundamenta su convicción. No basta que diga «por lo manifestado por el testigo fulano»; o si el instrumento contiene varias constancias, no basta que el Juez diga «por lo que consta en el documento tal»; sino que debe decir «porque el testigo fulano de tal dice tal cosa» o «en tal documento consta tal acto.»* (*«Código Procesal Penal –Provincia de Córdoba»*- anotado por Ricardo C. Núñez, Segunda Edición, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, pág. 380).

Puede observarse aquí la falta de determinación necesaria por parte del Tribunal de mérito de la naturaleza de los hechos endilgados a MERCADO, así como la carencia de motivación que refleje el método de valoración de los elementos de prueba señalados y que permitirían afirmar la existencia de un accionar de una entidad tal que permitiera endilgar a mi asistido la calidad de participe primario en un hecho cometido íntegramente por su coprocesado.

La falta de determinación de los extremos y presupuestos del reproche fue sustituida en la especie con el simple trámite de declarar –dogmáticamente- que mi asistido era participe necesario.

Tal como lo remarcara la defensa en sus diferentes recursos, y a cuyos términos corresponde remitir en homenaje a la brevedad-, la falta de toda precisión sobre el punto afectó decisivamente la fundamentación de la sentencia, con afectación del debido proceso y de la defensa en juicio.

El tribunal de mérito afirmó –sin ningún tipo de mención respecto a los elementos de prueba ni del derrotero lógico adoptado para llegar a esa conclusión- que MERCADO era cómplice necesario del delito de robo con arma agravado por lesiones en concurso real con el de tenencia ilegal de armas.

Estas afirmaciones carecen de toda explicitación material y fueron sostenidas por el Tribunal merced a razones que, aún de haber existido, por no haber sido reflejadas en la sentencia de mérito permanecen desconocidas para el imputado y su defensa y sólo reflejan su propia subjetividad, extremo invariablemente reconocido por V.E. como causal de arbitrariedad (Fallos: 315:933).

Sentado lo precedente, deviene útil recordar que el respeto al principio lógico de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado sólo puede

ser así y no de otro modo. *«De ello surge que si la resolución ha observado tales principios y reglas tendrá su motivación lógicamente correcta. De seguido, si no lo ha hecho, o si presupone un juicio lógico no necesariamente verdadero, se estará en presencia de un fallo nulo por falta o irregular motivación... Autorizada doctrina señala que «la motivación debe expresar el iter lógico seguido por el juez, sin saltos ni lagunas» (Leone, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II, pág. 376, Buenos Aires, 1989, EJEA). El razonamiento del juzgador debe mantener una relación congruente entre las premisas que establece y las conclusiones a las que llega...»* (Voto del Dr. Gustavo Mitchel, Causa N° 813, *«Zafra Pérez, Oscar M. s/ recurso de casación»* de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal).

No puede desconocerse que CORNEJO forcejeó con Gollán, produciéndose un disparo que lesionara a este último.

La misma sentencia declaró la autonomía de la producción de las lesiones al afirmar que : *«...la circunstancia de que* ***se le escapa el tiro al autor del hecho en forma accidental*** *no morigera ni anula el agravante...»* (conf. fs. 977) . Más adelante, el Tribunal volvió a reforzar esta idea al asentar que *«...con la incorporación al Código Penal del Art. 41 bis agregado por ley 25.297 que agrava la pena cuando en un hecho delictivo previsto en éste Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas la escala penal prevista para el delito se elevará en un tercio de su mínimo y ensu máximo.* ***Al haber Cornejo utilizado un arma de fuego para cometer el hecho, es un circunstancia agravante de la responsabilidad de Cornejo.****»* (conf. fs. 977vta./978) (el destacado me pertenece)

El hecho de que MERCADO –y siempre de acuerdo a la plataforma fáctica establecida por la sentencia de mérito que sólo acepto a los efectos argumentales- estuviera esperando a CORNEJO en el auto de escape a varias cuadras del lugar del arrebato, descarta toda posibilidad –tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo- de intervención directa de mi asistido en las lesiones que fueron provocadas por la exclusiva acción de Cornejo. Aún cuando pudiese suponerse que el uso de arma de fuego en el hecho fuera conocida por ambos imputados ello nunca habilitó a sugerir siquiera que Mercado admitiera o planeara su uso. Y, conforme lo advirtiera la defensa preactuante, el Tribunal ni siquiera se detuvo a analizar esta situación, en clara violación del principio de culpabilidad (art. 19 C.N.).

La actividad autónoma de CORNEJO, forcejeando e hiriendo a uno de los custodias del dinero –más allá de su significación jurídica- evidencia la puesta en marcha de un curso causal absolutamente diverso y ajeno a las capacidades de previsión y –lo más importante- de dominio del hecho, de mi ahora defendido.

La conclusión a la que arribara la sentencia en crisis no sólo presupone un grosero avasallamiento de principios básicos de nuestro sistema constitucional, sino que se vio agravado por la circunstancia de que el Tribunal de mérito desconoció la versión exculpatoria dada por MERCADO y su defensa.

Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, sólo es posible afirmar que sólo CORNEJO causó lesiones al custodio Gollán. De ahí que la solución cuestionada, al involucrar a mi asistido en un accionar absolutamente ajeno a sus posibilidades de intervención (de hecho la hipótesis barajada en la sentencia dando cuenta de que el disparo se escapó habla a las claras de que el autor material actuó negligentemente, extremo que diluye de plano cualquier forma de participación criminal) se inscribe así, según nos enseña FERRAJOLI, en el terrero de la insensatez: «*...no cabe culpabilidad sin imputabilidad ni sin imputación penal subjetiva o sin nexo causal entre acción imputada y resultado producido.*(...) *Las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógica y*

sensatamente prohibidas. En efecto, las prohibiciones penales son normas 'regulativas', en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese.» (aut. cit. «Derecho y Razón» –Teoría del garantismo penal-, Ed. Trotta, Madrid, Segunda Edición, 1997, p. 490 y 492).

En un supuesto de similares características al aquí planteado V.E., por remisión a los fundamentos del Sr. Procurador, se avocó al tratamiento de la cuestión de fondo, descalificando un pronunciamiento que, al igual que acontece aquí, extendió masivamente el reproche a justiciables que no habían tenido participación en el hecho objeto de juzgamiento.

Así, en el dictamen que diera lugar a la sentencia de V.E. en el caso «A.L.M. y otros s/ homicidio calificado –causa N° 171/01-», sentencia del 19 de agosto de 2004, el Sr. Procurador destacó: «*...en relación a los agravios referidos a la aplicación de la agravante del homicidio por el concurso premeditado de dos o más personas, las defensas alegan arbitrariedad en la subsunción legal de los hechos tal como se tuvieron por probados. Aquí, he de coincidir con el magistrado que votó en minoría, en cuanto ha quedado debidamente probado que los imputados C.V.A. y A.J.M. se encontraban impedidos física y psicológicamente de contribuir a la conducta autónoma de Manzini, lo que descartaría de plano cualquier idea de convergencia inherente a la figura agravada por el concurso de dos o más personas, o de ultraintención (ínsita en el homicidio «criminis causae»)...En todo lo hasta aquí enunciado, y en particular en lo que se refiere a la recta aplicación de la ley penal, la corte local omitió toda consideración, incurriendo, en consecuencia, en una arbitrariedad, por cuanto confirmó dogmáticamente los lineamientos de la sentencia condenatoria que desvirtuaba la ley aplicable a las contingencias comprobadas de la causa, al considerar simplemente que los agravios traídos se vinculaban con cuestiones de hecho y revalorización de la prueba producida. Ello así, en la medida que sin modificar los hechos tal como se tuvieron por probados, admiten una solución diferente del litigio, al tiempo que a todas luces más beneficiosa para los condenados»*

En la misma línea se ha sostenido: *«Pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad,* ***el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho****, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una* ***cosa causante****... Pero si bien la exclusión del caso fortuito (imputación por la mera causación) es un paso necesario para satisfacer el requisito del reconocimiento jurídico penal de la persona (y por ende el principio de culpabilidad y del estado de derecho) no es suficiente: la imputación no puede ser absolutamente* ***irracional****, es decir que requiere un momento más específico, para el cual proporciona fundamento expreso el art. 19 CN, mediante la reserva legal. A nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad –cuando menos- de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta...»* ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, «Derecho Penal. Parte General», Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 132).

En este sentido, y ante alegaciones de la defensa tendientes a demostrar la arbitrariedad del pronunciamiento de mérito, el tribunal casatorio se limitó a

realizar consideraciones genéricas que no respondían en absoluto los argumentos esgrimidos en el recurso.

Aún más, la decisión del Tribunal Superior de Justicia que rechazara el recurso de casación oportunamente interpuesto se encuentra construida en base a una mera transcripción de ciertos pasajes de la sentencia de mérito. Y dado que ésta no contiene siquiera una esquemática enumeración de las concretas acciones que pone en cabeza del imputado, ni realiza un mínimo análisis de por qué esas conductas conformarían la concreción del injusto o de las pruebas que avalarían tal aserto, la remisión señalada en modo alguno sanea los vicios del acto, antes bien, configura un nuevo agravio federal, al trasuntar un claro supuesto de vulneración a la garantía del doble conforme.

En definitiva, tanto la sentencia de mérito como los rechazos del recurso de casación y del recurso extraordinario federal adolecen de una falta de motivación tal que afecta el principio de verdad y validez del proceso *«Se entiende,…el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la «validez» de las sentencias resulta condicionada por la «verdad», aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el «poder tan inhumano» puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el «saber», también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad… Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.»* (Luigi Ferrajoli, «Derecho y Razón» –Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, Segunda Edición, 1997, pág. 623).

En virtud de lo señalado, y en lo afirmado por V.E. en cuanto a que *«...esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades, que para resguardar las garantías de la defensa en juicio y debido proceso es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas tanto fáctica como jurídicamente y de tal modo constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa, sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido (conf. Fallos:250:152; 314:649 y sus citas).»* (conf. consid 9° del voto de la mayoría en el precedente «Varando» resuelto el 2 de diciembre de 2004) se advierte la procedencia del presente recurso.

V. OTRAS CONSIDERACIONES

Con arreglo a la doctrina sentada por ese Tribunal en el precedente *«Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario»*, entiendo indispensable ahondar en cuestiones que, aunque no fueron completamente introducidas en las instancias previas revisen una entidad tal que torna obligatoria su introducción en esta instancia.

Más allá de los agravios previamente desarrollados, no puedo dejar de señalar que los sentenciantes construyeron la justificación del elevado monto de pena recaído sobre Mercado en base a una arbitraria valoración de los elementos del

caso y, en particular, a partir de una aplicación errónea del art. 41 bis del Código Penal que, por importar una derivación de los agravios desarrollados en el apartado anterior, ameritan alguna consideración adicional.

No desconoce esta parte que el agravio que aquí se articula se encuentra vinculado con la valoración de las pautas para la individualización de la pena, cuestión que, en principio, excede el marco de la vía intentada, en tanto la graduación de las sanciones dentro de los límites ofrecidos por la ley, constituiría el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (conf. Fallos: 237:190; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699, entre otros).

Sin embargo, como excepción a esa regla, en Fallos 315:1658 y 320: 1463, V.E. ha reconocido que cuando lo resuelto fue posible merced a una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal efecto, se comprometen las garantías de defensa en juicio y del debido proceso y, por lo tanto, es posible habilitar el recurso extraordinario con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

En primer lugar, vuelvo a señalar que la Cámara Criminal de Chilecito aplicó el art. 41 bis del Código Penal de la Nación como agravante de los hechos tenidos por probados (robo agravado por lesiones en concurso real con el delito de portación ilegítima de arma de fuego) . De ese modo, los sentenciantes utilizaron un agravante que ya estaba contenido dentro de los elementos típicos de la figura encuadrada en el art. 189 bis, apartándose de la razón de ser de la norma en cuestión. Me permito recordar aquí que el último párrafo del art. 41 bis del código de fondo establece que el agravante *«...no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.»*

Sin embargo, el Tribunal de mérito –así como los integrantes del Tribunal Superior de Justicia- desconocieron el espíritu de la ley en cuanto a que la agravante es aplicable en todos los casos en los que el empleo de un arma no esté contemplado ya como constitutivo o agravante de la figura legal en la parte especial.

El análisis propuesto es compatible, por lo demás, con la idea de que *«La inconsecuencia o la falta de previsión no se deben suponer en el legislador y por esto cabe reconocer como principio que las leyes se deben interpretar siempre evitando darles un sentido que ponga sus disposiciones en pugna, destruyendo las unas a las otras; deberá adoptarse como verdadera la exégesis que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Cfr. C.S.J.N. Fallos 255:192 y 360; 258:17 y 75; 262:41, 470 y 477; 281:62; 297:142).»* (cita del voto del Dr. Fégoli en el caso «Garay, Marcos Johnatan», de Roberto A. Durán y María Fernanda Poggi en «Análisis de la ley 25.297. El artículo 41 bis del Código Penal de la Nación, su importancia en la parte general del Código y su incidencia sobre la parte especial», publicado en «Doctrina Judicial», La Ley, Año XVIII n° 14 del 3 de abril de 2002, p. 792).

Queda claro que la interpretación aquí cuestionada repercute, simultáneamente –conculcándolos- en la garantía del debido proceso (ésta en la manifestación de proscripción del *ne bis in idem*), y en el principio de legalidad. Pretender que corresponde agravar los márgenes punitivos en aquellas figuras –en el caso, el tipo acuñado en el art. 189 bis C.P.- que ya prevén la utilización de armas de fuego como elemento constitutivo o como circunstancia agravante importa desvalorar dos veces un mismo presupuesto del tipo penal y desoír el claro mandato del segundo párrafo del art. 41 bis que expresamente veda tal comportamiento.

Por otro lado, debo recordar que el Tribunal tuvo en cuenta como agravantes de la pena a imponer «...*El accionar de este imputado en el hecho delictivo lo sitúa como cómplice necesario, cuya pena se equipara al del autor del hecho, variando solo su graduación por las circunstancias personales que son diferentes*

a las de Cornejo. Es decir que ***la naturaleza de la acción y el medio empleado para cometerla en su calidad de cómplice necesario, juega en forma desfavorable para la graduación de la pena en éste imputado****. La edad de Mercado, persona, mayor, según lo por él manifestado sabe cuatro oficios juega en forma desfavorable por cuanto, teniendo medios honestos para ganarse la vida, prefiere delinquir; los antecedentes del imputado que ha sido declarado Reincidente por segunda vez por el Juzgado de Transición N° 2 Departamental de Morón, Provincia de Buenos Aires, juega en forma desfavorable para la graduación de la pena. La conducta que él mismo tiene en el Servicio Penitenciario Provincial siendo de doble 00 y pésima, es un factor desfavorable.»* (el resaltado me pertenece)

Sin embargo, esos elementos fácticos desvalorados en perjuicio del justiciable o son una condición necesaria de la procedencia de la calificación legal escogida por los sentenciantes (de manera que se verifica aquí un supuesto de doble valoración, contraria a la garantía que proscribe el denominado *ne bis in idem*) o sólo manifiestan el fracaso del estado en su misión perquisitiva y sancionadora, extremo que mal podría repercutir en desmedro del justiciable.

El concepto *«prohibición de doble desvaloración»*, arraigado en la doctrina, supone que *«Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente el momento de fijar la pena para un hecho concreto.»* (Patricia S. Ziffer, *«Lineamientos de la determinación de la pena»*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 107).

Aún más, los sentenciantes echaron mano a los antecedentes condenatorios registrados por el imputado para intentar justificar tan alto reproche. En este punto es menester, recordar lo expresado por la misma autora en cuanto a que: *«....el carácter agravante de las sentencias condenatorias previas debería quedar reservado para aquellas que merecen la declaración de reincidencia, mientras que las demás o bien podrían quedar fuera de análisis, o bien sería posible valorarlas como atenuante. Asimismo, también se podría cuestionar la incorporación de aquellas que no reúnen los requisitos del art. 50, C.P., desde el punto de vista del principio de legalidad: el texto de la ley establece como presupuesto del carácter agravante de la reincidencia que concurran las exigencias establecidas de antemano por el legislador. Por otro lado, la consideración misma de circunstancias ajenas al hecho debe encontrarse sujeta a fuertes restricciones respecto de la interpretación, por tratarse de una excepcional desviación del principio de culpabilidad por el hecho.»* (aut. cit. op.cit. pág. 159/160)

Sin embargo (y más allá de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia) estas circunstancias se ven agravadas a poco que se proceda al estudio de las razones por las que el Tribunal de mérito declaró reincidente por segunda vez a mi asistido. Los integrantes de la Cámara Criminal de Chilecito tomaron tal decisión basados en las constancias que obran a fs. 849/852. (conf. 982/vta.)

Ahora bien, de la lectura de esos testimonios surge con claridad que el Juzgado de Transición N° 2, Secretaría Única del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires condenó a Mercado en la causa N° 4-35330-2 por sentencia firme del 9 de mayo de 2003 a la pena de ocho años y once meses de prisión y primera declaración de reincidencia amén de afirmar que la condena *«.. se le da por compurgada con el tiempo de detención cumplido»* (fs. 850) y que esa decisión fue notificada al imputado el 6 de junio de 2003 (conf. fs 852).

Cabe poner de resalto que, **además de encontrarse fehacientemente comprobado que MERCADO no cumplió tiempo como condenado en la sentencia impuesta por la Justicia de Morón**, el hecho que diera origen a esta

actuaciones fue cometido el día 22 de diciembre de 2000, es decir casi tres años antes de que el Juzgado de Transición de Morón dictara la primera declaración de reincidencia, circunstancia que por sí sola imposibilitaba la aplicación de lo prescripto en el art. 50 del Código Penal de la Nación.

Estos hechos fueron completamente ignorados tanto por los sentenciantes, como por el Representante del Ministerio Público Fiscal y el Sr. Defensor Público Oficial actuante.

Por lo demás la presentación de este agravio en esta instancia es viable merced a que la interpretación ahora cuestionada suscita cuestión federal suficiente por resultar contraria al principio de igualdad ante la ley (arts. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 16 de la Constitución Nacional), a la garantía que proscribe detenciones arbitrarias, a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio (garantía implícitamente reconocida en el art. 18 de la C.N. en cuanto a que las sentencias de los jueces sean derivación razonada del derecho vigente), y al principio de legalidad estricta (art. 19 de la Constitución Nacional).

Sobre el particular, en cuanto al requisito de revestir la calidad de «condenado» a fin de resultar aplicable el art. 50 del C.P, en Fallos. 315:2599 («Scarpizo Bentos, Julio Fernando s/robo con armas», Causa N° 35929, rta. el 27/10/92), V.E sostuvo que *«Es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la declaración de reincidencia al hacer lugar a la petición del procesado fundada en no haber estado sujeto al régimen de penado si las constancias de la causa demuestran que estuvo algún tiempo sometido al régimen penitenciario hasta obtener su libertad condicional»*.

La inteligencia de ese pronunciamiento es clara en el sentido de que, sin importar el tiempo concreto, es imprescindible a los efectos de la reincidencia la sujeción, aunque sea efímera, al **régimen de penado**.

En ese sentido se enrola la doctrina de Fallos 311:1209 («Gelabert, Rubén Guillermo s/ robo con armas Causa 14.641, rta. el 7/7/88, sostuvo Vuestra Excelencia, con cita del precedente «Gómez Dávalos, Sinforiano s/ recurso de revisión del 16/10/86 (G.198.XX): *«...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena, quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, siendo suficiente a fin de acreditar el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior privativa de libertad, el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración»*.

Debe señalarse que el holding del caso subraya que el cumplimiento de pena debe ser *«como condenado»* (conf. considerando 3°).

La inteligencia asignada por esta parte a los precedentes comentados coincide, además, con la jurisprudencia sentada por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, (Fallo Plenario «Guzmán» N° 39bis del 8/8/89), que remite puntualmente a la jurisprudencia de V.E. y con la de todas las Salas de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal (Causa N° 1576 del 15/8/97, «García, Miguel Ángel s/ recurso de casación» y Causa N° 1277 «Falconieri, Alejandro s/ recurso de revisión», rta. el 3/4/98, ambas de la Sala ll; Causa N° 311 del registro de la Sala I , «Abet, José O. s/ recurso de casación del 7/10/94, Causa N° 169/94 del 15/11/94 de la Sala lll «Ajiras, Fabián A. s/ recurso de casación» y Causa «Borgo, Julio Fernando s/ recurso de casación», de la Sala IV, fallada el 8 de marzo de 1996, material al que íntegramente me remito a fin de no agotar a V.E. con la reiteración de consabidos argumentos.

Sólo resaltaré que en estos últimos precedentes se afirmó como presupuesto de la declaración de reincidencia ***«...el cumplimiento efectivo de pena»*** exigencia traducida en el sometimiento del justiciable ***«...a un régimen de ejecución penal»***.

Las deficiencias señaladas sustraen toda base legal al reproche fijado por los sentenciantes, al tiempo que descalifican la resolución atacada.

La incidencia que la interpretación cuestionada tiene sobre la libertad ambulatoria de MERCADO y las garantías constitucionales en juego hacen que la decisión que se impugna no pueda surtir efectos legales sin mella para la garantía del debido proceso en materia penal. En definitiva se impone la avocación de V.E. para que, por donde corresponde, ordene el dictado de un nuevo pronunciamiento respetuoso de las garantías constitucionales.

VI. PETITORIO

(...)

10. A. Sentencia de Corte

Por remisión al dictamen del señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema hizo lugar al recurso con voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

El Procurador General había descartado la posibilidad de incorporar agravios en la instancia de queja. Sin embargo, puesto a examinar la declaración de reincidencia, y no obstante reafirmar que había sido introducido extemporáneamente, consideró que al depender de una «*mera comprobación cronológica, puede atenuarse el rigor del requisito mencionado. En tal sentido, observo que se configura en el presente un caso manifiesto de arbitrariedad, que se percibe sin necesidad de una reflexión profunda, pues la aplicación del instituto no es posible bajo ninguna interpretación razonable del art. 50 del Código Penal.*»

En disidencia, la jueza Argibay votó por la inadmisibilidad en los términos del art. 280 CPCCN.

10. B. Proyecciones

La posición asumida en el caso, favorable al relajamiento de recaudos formales, aparece asociada al hecho de que el argumento tardíamente introducido puede comprobarse de manera sencilla con solo chequear las fechas comprometidas en el cálculo.

Si bien hemos dicho anteriormente que las omisiones de cuestiones susceptibles de colocar al justiciable en mejor situación procesal no podrían ser omitidas so pretexto de que los asistentes previos no las advirtieron (esto según una correcta inteligencia de los precedentes «Núñez», «Schenone», «Noriega», entre otros) lo cierto es que el caso permite establecer una regla de relajamiento de los recaudos formales a favor del justiciable en causa penal, basada en lo evidente de la pretensión tardíamente introducida.

De este modo, e insistiendo en que no deberían ponderarse como extemporáneos aquellos agravios con aptitud para colocar al justiciable en mejor situación procesal (pues, insistimos, tal inadvertencia solo pone en evidencia una afectación a la garantía de asistencia sustancial) lo cierto es que allí donde el agravio inadvertido se presente evidente, luego no podrá argüirse la existencia de óbices formales para evitar su tratamiento.

11) R. 707. XXXIX. R.L.A. (sentencia del 7 de marzo de 2006, publicada en Fallos, 329:518)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS. ALEGA GRAVEDAD INSTITUCIONAL

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO.

(...)

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a. De la condena impuesta

A fs. 518/519 se encuentra agregada la resolución dictada por el Tribunal de Menores N° 2, el día 2 de abril de 2002, a resultas de la cual mi asistido fuera declarado autor de los delitos de robo agravado por su comisión con armas, homicidio agravado en grado de tentativa y portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en concurso real entre sí, hechos que tuvieran lugar el 10 de octubre de 2000.

El 25 de abril de 2002 R.L.A. fue declarado coautor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, hecho ocurrido el día 23 de mayo de 2001 (v. fs. 687/689).

Cabe señalar que a la época de comisión de ambos episodios, R.L.A. contaba con **dieciséis años de edad** y que, por lo demás, el nombrado no adquirirá la mayoría de edad hasta el **9 de julio de 2005**.

En ambos procesos se resolvió suspender la tramitación de la causa hasta **el 2 de agosto de 2002** (es decir, casi en simultáneo al cumplimiento de los **dieciocho años** de R.L.A.) pese a que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4° de la ley 22.278, en función de la ley 23.849, los miembros del Tribunal pudieron (se verá

que, de hecho, **debieron**, dada la positiva evolución de que diera muestras mi asistido) diferir la decisión sobre la necesidad de la imposición de pena hasta la mayoría de edad, es decir, **hasta el 9 de julio de 2005.**

Cumplido el plazo fijado por el Tribunal y recibido el expediente tutelar de mi asistido (v. fs. 737), se dio vista a las partes a fin de que se manifestaran sobre la necesidad de imponer pena a R.L.A..

En ese marco se expidieron la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, Dra. Claudia López Reta (v. fs. 738/739), en ejercicio de su rol de asesora de menores, el Sr. Fiscal General (v. fs. 740/vta.) y, finalmente, la Sra. Defensora Pública Oficial a cargo de la asistencia técnica de R.L.A., Dra. María Inés Quiroga (v. fs. 732/733vta.).

Tras ponderar los elementos de convicción obrantes en el Expediente Tutelar de R.L.A., la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces solicitó se beneficie al joven con la reducción prevista en la ley 22.278 «*a los efectos de acortar al máximo el tiempo que le queda por permanecer privado de su libertad ambulatoria»;* concretamente estaba requiriendo la imposición de una pena de cinco años de prisión. **Solicitó, además, la postergación de la decisión sobre la necesidad de imponer pena por el período más amplio posible, habida cuenta de los logros evidenciados durante el tratamiento tutelar dispensado a** R.L.A.**.**

El Sr. Fiscal General, por su parte, basado en la gravedad y modalidad de uno de los ilícitos y en la reiteración delictiva, se inclinó por la aplicación de una pena de quince años y tres meses de prisión.

La Dra. María Inés Quiroga, en ejercicio de la defensa penal de R.L.A., hizo referencia a la historia tutelar del joven, destacando que **se encontraba dispuesto desde hacía seis años**. Que, si bien en un comienzo su respuesta al tratamiento no fue la esperada por el Tribunal, distintas constancias evidenciaban los esfuerzos realizados por su defendido para lograr su reinserción social en los últimos tiempos.

La asesora técnica analizó en profundidad la problemática del joven vinculada a su extracción social, situación de marginalidad, la extrema pobreza en la que se encontraba inmerso, la falta de contención de su grupo familiar y la consiguiente situación de riesgo a la que quedó precozmente expuesto, lo que derivó en el consumo de estupefacientes y en la adopción de otras conductas trasgresoras, a resultas de las cuales fue derivado a distintos institutos de menores, todo ello con anterioridad a la iniciación de la presente causa.

Reseñó los dictámenes emitidos por los profesionales a cargo del seguimiento de R.L.A., todos los cuales eran contestes en sugerir, como presupuesto de la contención que demandaba su historia personal, el traslado a una comunidad terapéutica, único ámbito reputado propicio para su rehabilitación. La Sra. Defensora Pública Oficial destacó, en este último sentido, que el adolescente sólo había sido alojado en comunidades de ese tipo en contadas oportunidades, extremo que retrasó significativamente su evolución favorable. Que, sin embargo, las constancias de distintos informes glosados al expediente daban cuenta de que mi ahora defendido había tomado conciencia de su problemática, extremo que evidenciaba una evolución favorable. La información recabada consignaba que R.L.A. había participado activa y espontáneamente en distintas actividades recreativas y educacionales en el Instituto «Rocca»; que se encontraba cursando el último ciclo de sus estudios primarios y, paralelamente, una materia del programa Adultos 2000, como forma de adelantar sus estudios secundarios, además del segundo nivel de computación. Según los informes aludidos había mostrado interés y compromiso en las actividades propuestas y había comenzado a elaborar un proyecto propio, que propiciara su crecimiento personal, mejoras que operaban en sintonía con los cambios logrados a nivel del manejo de la ansiedad y del control de los impulsos.

Destacó que, en la actualidad, el adolescente se encuentra integrado a sus compañeros, tiene buena relación con el personal, está realizando un curso de carpintería y, según la opinión experta de una de las licenciadas a cargo de su seguimiento, se muestra menos ansioso, más reflexivo y menos demandante. Su comportamiento es bueno, cumple con todas las consignas, no tiene conflictos con los otros jóvenes y es colaborador.

Sobre estas bases la Sra. Defensora Pública Oficial afirmó que el resultado del tratamiento tutelar debía ser catalogado como excelente y que, en consecuencia, la imposición de una pena sólo podría entenderse legitimada desde una perspectiva meramente retribucionista, en desmedro de los esfuerzos realizados por R.L.A.para lograr su reinserción en la comunidad. Destacó, para finalizar, que de hacerse lugar a la pretensión de la Fiscalía, se arribaría a una solución reñida con el tratamiento tutelar desarrollado hasta el momento, tanto más teniendo en cuenta que, por su extensión, la condena generaría que mi representado, una vez adquirida la mayoría de edad, fuera derivado a institutos carcelarios para adultos. Enfatizó, en este sentido, que incluso desde la óptica de la ley 22.278, la condena es concebida como último recurso, de suerte que correspondía otorgar a R.L.A.el beneficio de la exención de pena previsto por el Art. 4, último apartado, del dispositivo legal citado.

El Tribunal Oral de Menores N° 2 condenó a R.L.A. a la pena de diez años de prisión (v. fs. 747/750). Para sustentar tal decisión llevó a cabo una breve reseña de la historia personal y familiar del justiciable, que en nada discrepaba con la que efectuara la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. María Inés Quiroga, coincidió asimismo en reconocer la evolución favorable que había demostrado el nombrado como consecuencia del tratamiento tutelar, puntualizando su adaptación a las pautas impuestas en los institutos en los que estuvo alojado, la práctica de actividades recreativas y el reinicio de sus estudios. Destacó que, luego de que el justiciable fuera declarado penalmente responsable por los hechos objeto de pronunciamiento, evidenció una progreso significativo, realizando cursos de capacitación profesional y diversas actividades recreativas.

Pese a ello, el Tribunal descartó beneficiar al imputado con la exención de pena prevista en la norma específica, justificando tal criterio con el siguiente argumento: «*Estimo que al momento de resolver la necesidad o no de imponer una sanción al prenombrado, he de tener en cuenta el número y la gravedad de los hechos por los que fuera responsabilizado, como los resultados del tratamiento aplicado. En tal sentido, considero que no es posible acceder al beneficio absolutorio solicitado por la defensa, debido a las características del ilícito que protagonizara el 10 de octubre de 2000 y la actitud asumida después del mismo hasta la fecha de la última detención. En cambio, su historia de vida, signada por la falta de contención familiar, la extrema pobreza, el trabajo infantil que desarrolló en las calles, las tempranas y sucesivas institucionalizaciones sufridas, como la positiva evolución demostrada en esta última etapa, me permiten sostener –en coincidencia con lo manifestado por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces- que es posible reducir el monto de la sanción que se le aplicará... A fin de graduar la pena a imponer y modo de ejecución de la misma, he de apreciar la naturaleza, caracteres y modalidades de los ilícitos protagonizados por el referido* R.L.A. *y que fueran motivo de sendas declaraciones de responsabilidad en estos actuados... Por otra parte, tengo en cuenta en su favor su corta edad, su escaso grado de instrucción, el medio social al que pertenece, las circunstancias personales que surgen del expediente de disposición tutelar, el reconocimiento de los hechos que se le imputaran, como los demás índices de mensuración previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal.»*

III. b) El recurso de casación. Su rechazo

A fs. 752/755vta. la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. María Inés Quiroga interpuso recurso de casación. Se agravió por considerar que la motivación de la sentencia, respecto de la individualización de la pena, resultaba arbitraria, no sólo porque descartaba la absolución del justiciable sino en tanto adoptaba un reproche ubicado muy por encima del mínimo legal que pudo discernirse a la luz de las previsiones de la ley 22.278.

Citó, en apoyo de su postura, distintos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal y de V.E., en los que se reconoció la posibilidad de modificar la mensuración de la pena en supuestos de errónea aplicación de las pautas sustantivas previstas en los artículos 40 y 41 CP o en casos de arbitrariedad.

Señaló que, de conformidad con la previsión del artículo 4 de la ley 22.278, la sentencia de condena constituye la *ultima ratio*, criterio que convalidó con cita de doctrina especializada. Destacó además que, especialmente durante el período transcurrido desde la declaración de responsabilidad hasta el presente, R.L.A. había demostrado una evolución positiva más que notoria.

Agregó que, pese a que se habían visto satisfechos los principios tuitivos que guiaron el proceso, el tribunal de mérito, en ignorancia de las pautas que deben regir la imposición de sanciones a menores de edad, decidió imponer una pena de significativa gravedad. Y, lo que es más delicado aún, lo hizo pese a reconocer la evolución favorable del joven, basándose exclusivamente en la gravedad de los delitos imputados, pese a que el sistema penal de menores vigente descarta tal hipótesis. Así el tribunal se apartó irrazonablemente del mínimo legal que pudo imponer en el caso particular, en violación de los Art. 123 y 404 inc. 2° CPPN y de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso legal.

Partiendo de la base de que el denominador común de todos los Tratados y Convenciones internacionales es la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes, así como la exigencia de que toda sanción tenga por finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, entendió que correspondía escoger para R.L.A., ya sea la exención total de pena o, en su defecto, una sanción que garantizase la menor duración posible del encierro, simbolizada -en el caso- por una condena a cinco años de prisión.

Sostuvo, para finalizar, que los principios tuitivos de la ley 22.278 debían ser interpretados de la siguiente manera: «*ningún delito, por grave que sea, está excluido a priori del beneficio absolutorio; ninguna de las pautas puede ser considerada aisladamente, con exclusión de las otras, sino que de la valoración conjunta de todas ella, resultará la necesidad o no de imponer sanción;... Así, especificado en la ley el carácter* ***excepcionalísimo*** *de la pena, no cabe duda que el régimen legal previsto para los menores importa una profunda modificación sustancial, al establecido por el Código Penal. La diferenciación con respecto a la pena de los mayores estriba esencialmente en la morigeración de la pena juvenil. Así las cosas, a la luz de la legislación de menores, como de los principios emanados de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos surge que ha menester escoger la opción que posibilita la menor duración del encierro y, en el caso concreto es la pena de cinco años de prisión que correspondería por aplicación del artículo 4° de la ley 22278 y artículo 44 del Código Penal.»* En virtud de los argumentos expuestos hizo reserva del caso federal.

A fs. 758/759 los miembros del Tribunal Oral en lo Criminal de Menores rechazaron el recurso de casación interpuesto, en la inteligencia de que la impugnante «*...sólo muestra disconformidad con el monto de la pena impuesta...*

Dado que corresponde al tribunal, en consecuencia, decidir sobre la admisibilidad del recurso interpuesto... siendo que a esos fines debe tenerse especialmente presente el carácter restrictivo de la vía recursiva, toda vez que ´...las resoluciones judiciales solo serán recurribles ...en los casos expresamente establecidos por la ley...', consideramos que el recurrente no ha cumplido con los requisitos fijados por la norma. La fundamentación brindada lo torno formalmente improcedente, pues esta deficiencia es causal de inadmisibilidad del recurso..».

Presentada la correspondiente queja, la Cámara Nacional de Casación Penal la declaró inadmisible por auto registro 5773 del 1° de abril de 2003 (fs. 778/80). Para ello sostuvo: *«5°) Que... las pautas señaladas por el a quo para fundamentar la pena* ***prestan sustento mínimo pero bastante al fallo*** *y lo ponen a cubierto de la tacha de arbitrariedad alegada por la defensa con invocación del art. 404, inc. 2° del C.P.P.N.. 6°) que tampoco tendrá acogida favorable el argumento, apoyado en los tratados internacionales que invoca, en punto a la extralimitación del a quo al rechazar el recurso de casación, desde que esta Sala,... señaló que aquél no sólo debe certificar el cumplimiento de los requisitos formales del recurso para concederlo o denegarlo, sino que le corresponde también analizar si los motivos en que se funda son prima facie procedentes.»*

III. c) El recurso extraordinario federal

A fs. 787 se agregó el recurso extraordinario federal articulado por la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Silvia E. Zelikson, quien entendió que la decisión impugnada resultaba contraria a la garantía de revisión de sentencias condenatorias, dotada de rango constitucional. Puntualizó, en este orden, que la resolución que declaró inadmisible el recurso de queja intentado no fue objeto de sustanciación, en desmedro de las garantías de defensa en juicio y de la doble instancia en materia penal.

Puesta a desarrollar los recaudos de relación directa y gravamen irreparable, señaló: «*La lesión constitucional que padece el pronunciamiento que motiva el presente y la relación directa de lo resuelto con la garantía constitucional conculcada surge del desarrollo argumental del agravio objeto del presente recurso. Anticípese que el perjuicio que genera lo resuelto es concreto, real y efectivo. Tanto lo es, que* ***del fallo de marras se sigue sin remedio la supresión del derecho del mismo a ser juzgado mediante la observancia plena de las normas constitucionales que rigen la materia debatida****.»*

A fs. 797/798 la Cámara de Casación declaró inadmisible el recurso extraordinario federal, en la inteligencia de que el agravio introducido resultaba inconsistente, que la defensa había llevado a cabo una invocación genérica de garantías sin confutar los argumentos que sustentaron el rechazo del recurso de casación y que, en esas condiciones, la alegación de que se había violado la garantía de la doble instancia no ingresaba dentro de los supuestos regulados en el artículo 14 de la ley 48.

Los miembros del Tribunal Superior de la causa negaron que se hubiera privado a la recurrente de las etapas pertinentes, señalando, además, que la sala cumplió con sus obligaciones y examinó la admisibilidad formal del recurso *«****sin avanzar acerca de la procedencia sustancial de la impugnación...*** *En esas condiciones, la apelación federal resulta sobre este punto inadmisible pues, aún en el caso de que se compartiese la opinión contraria manifestada por la impugnante, es evidente que éste no demuestra de qué manera los argumentos que eventualmente podría haber desarrollado durante el trámite de la casación hubieran modificado la solución alcanzada.»* (el destacado me pertenece).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. 1. Crítica a la denegatoria

Más allá de los vicios insalvables de que adolece el trámite de habilitación ante la Alzada (que serán objeto de tratamiento en otro apartado) se impone desentrañar el andamiaje jurídico de la decisión en crisis.

Los fundamentos del decisorio impugnado son suficientemente elocuentes del excesivo rigorismo formal que guió el rechazo de la vía extraordinaria enderezada -como se adelantara- a lograr la avocación del máximo Tribunal de garantías, de cara a establecer la recta interpretación de preceptos de carácter federal, directamente vulnerados en la sentencia de condena, cohonestada -por defecto, es decir, sin analizar el fondo de la cuestión- hasta esta instancia.

La reseña de antecedentes ha ilustrado acabadamente las implicancias constitucionales que subyacían en la pretensión de la defensa técnica de R.L.A.. Pese a que era de toda evidencia que la Dra. María Inés Quiroga reclamaba la exención de pena del justiciable ajustada a principios privativos del sistema penal juvenil -postulados que diseñan, a su vez, la peculiar competencia asignada a la justicia de menores y que, como se señalara, reglamentan los principios que dimanan de la Convención sobre los Derechos del Niño- los miembros del Tribunal Oral prescindieron, no sólo de toda disposición positiva en la materia, sino también de las reglas y pautas fijadas por los órganos de protección de los derechos humanos a cuya competencia se sometió al Estado Argentino. La inobservancia de esas normas y principios derivó, a la postre, en la imposición de una pena, cuyo monto, por lo demás, se apartó irrazonablemente del límite habilitado por la ley 22.278.

Se impone así una primera observación, consustancial con la temática constitucional que la defensa procuró develar ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

El Tribunal de Menores es el órgano constitucionalmente asignado al estudio específico de la situación procesal de los jóvenes en conflicto con la ley. Sin embargo, y pese a la especificidad de su misión constitucional, sus miembros descartaron la exención de pena y procedieron a mensurar la sanción, sin siquiera consignar las normas, principios y pautas hermenéuticas que delimitan esa competencia.

No puedo dejar de observar, en este aspecto, que la falta de toda especificidad en las decisiones jurisdiccionales que impusieron –y confirmaron- la sanción impuesta, no parecen responder a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC n° 17, sobre la que volveré más adelante) al señalar «*78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello... 79.* ***Esto debe informar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso****, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas* ***tomando en consideración tanto la naturaleza misma de éstas, en general, como el interés superior del niño*** *ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular.* ***No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos***» (el destacado me pertenece.)

Pero si esa omisión resulta censurable, dada la especificidad de la misión asignada, la oportunidad del pronunciamiento, suscita aún mayores reparos legales y constitucionales.

Y es que, como hemos visto, pese a la positiva evolución de R.L.A., y a que por imperio de lo dispuesto en el art. 4 de la ley 22.278, resultaba aconsejable la postergación de la decisión sobre la necesidad de imposición de pena hasta su mayoría de edad (petición que efectuó, de manera expresa, la representante pupilar de R.L.A.), los miembros del Tribunal desoyeron el mandato legal para adelantar la decisión de fondo que, a la postre, derivaría en la imposición de una sanción absolutamente irrazonable y desproporcionada.

De hecho, el tratamiento de la cuestión no ofreció diferencias con el que hubiera seguido un juez con competencia para entender en procesos seguidos contra mayores de edad, extremo que alerta una vez más acerca de que lo que se cuestionaba no era el poder relativamente discrecional de los jueces en el momento de mensurar las sanciones que imponen, sino, por el contrario, la presencia de omisiones insalvables a la luz de preceptos constitucionales positivos.

Estas cuestiones fueron sometidas, en lo sustancial, a consideración del Tribunal Superior de la causa a través del recurso de casación, reconocido por V.E. como instancia jurisdiccional intermedia (Fallos 318:514; 321:494, entre otros). Sin embargo, tanto el Tribunal de Menores como el *a quo* (instancia que, naturalmente, actuaba en la especie, haciendo las veces de Tribunal especializado, ante la ausencia de una sala especial avocada al tratamiento de jóvenes en conflicto con la ley penal) rechazaron las tentativas de la defensa por lograr la operatividad de los preceptos de rango constitucional vinculados al sistema penal juvenil, desnaturalizando, a un tiempo, la función institucional del recurso de casación.

Como hemos visto el mismo Tribunal de Casación es quien reconoce que no se expidió «*acerca de la procedencia sustancial de la impugnación»* alegando, en la oportunidad que el Tribunal prestó *«sustento mínimo pero bastante* (?) *al fallo* (poniéndolo a cubierto) *de la tacha de arbitrariedad alegada por la defensa con invocación del art. 404, inc. 2° del C.P.P.N.»*.

¿Cómo debe interpretarse tal afirmación? Si es cierto que la Cámara Nacional de Casación Penal no puede revisar la motivación de una sentencia inconstitucional sino en supuestos de arbitrariedad ¿ante qué órgano jurisdiccional debería acudir un justiciable para tornar operativo el derecho reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8, 2 «h») y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.5), cuando, por lo demás, está reclamando la aplicación de las normas que regulan el sistema penal juvenil, cuyas normas y principios poseen rango constitucional, ante la preocupante omisión de su tratamiento por parte del Tribunal de Menores?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido suficientemente clara a la hora de afirmar que el recurso de casación satisface el precepto del artículo 8, 2 «h» CADH siempre que «*no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso.»* (Informe 24/92, 2/10/92; Informe 55/97, 18/11/97).

Si es el tribunal intermedio el llamado a cumplir con la manda constitucional; si, de conformidad con el precepto convencional, todo imputado tiene derecho a que la pena impuesta sea revisada por un tribunal superior y si, como ocurre en el caso, se ha privado a un niño del tratamiento legal impuesto por normas de rango constitucional, no podemos sino concluir -en un plano de estricta lógica formal- que el *a quo* debió realizar una declaración específica sobre el punto.

El recurso a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias viene así a reafirmar cómo la interpretación realizada por el *a quo* importa la desnaturalización del

instituto de la casación, extremo que la Dra. Zelikson procuró poner de manifiesto al deducir el recurso extraordinario federal.

La cuestión federal se advierte así con meridiana claridad pues si la interpretación que sostiene el *a quo* se reputara correcta, deberíamos concluir que los preceptos convencionales que reconocen el derecho de revisión de la pena impuesta a un niño (art. 14.5 PIDCP y 40, inc. 2, apartado «v» de la Convención sobre los Derechos del Niño, en función de los arts. 37, inc. «b» de este último instrumento y de los arts. 10, inc. 3 del PIDCyP; y 5.5 de la C.A.D.H.) han sido derogados por vía jurisprudencial, extremo que, naturalmente, no sólo resentiría la vigencia de la garantía de revisión de sentencias y de los principios privativos del sistema penal juvenil sino que comportaría una insostenible invasión de la esfera legislativa por parte del poder judicial, en desmedro del principio del art. 1 de la Constitución Nacional.

Pese a la evidencia de que el nuevo embate procuraba establecer la vulneración constitucional derivada de la desnaturalización del precepto que reconoce el derecho de revisión de sentencias, en el marco de un proceso en el que se discutían principios y preceptos positivos de rango constitucional –concretamente la Convención sobre los Derechos del Niño- el *a quo* volvió a reivindicar las magras consideraciones que fundaron el irrazonable reproche adoptado (es el propio Tribunal *a quo* el que reconoce que el fundamento brindado por los sentenciantes es «mínimo») apoyado -nuevamente- en la doctrina de arbitrariedad de sentencias (?) y en la idea de que la defensa había presentado un agravio «inconsistente».

Pero si la visión retaceada del remedio casatorio resulta de por sí inconciliable con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, el aditamento de contenido –específico- que supone el debate de materia eminentemente constitucional –insisto una vez más que se está controvirtiendo aquí la errónea interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Menores N° 2 en materia de Derecho Penal Juvenil- traza la relación directa e inmediata entre las garantías vulneradas y la decisión en crisis.

De ahí que la resolución del presente recurso no pueda prescindir de la recta interpretación de los preceptos convencionales reiteradamente aludidos en esta presentación, tarea que desarrollaré en los apartados que siguen.

IV. 2 EL DERECHO PENAL JUVENIL A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS – DECISIÓN CONTRARIA A LA VALIDEZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (artículo 37, incs. «a» y «b» y 40, inc. 2, ap. «v», en función de los artículos 5 inc. 2°, 5° y 6° , 7 inc. 2°, 8, inc. 2 «h» y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, inciso 3° y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) - ERRONEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY REGLAMENTARIA (22.278) - LESIÓN A DERECHOS FEDERALES

Puesta entonces a establecer el recaudo de relación directa forzoso es analizar cómo la condena impuesta (y la resolución que, sin analizar su sustrato, la convalidó) resulta contraria a la vigencia de los preceptos constitucionales y convencionales propios del sistema penal juvenil.

Los principios positivos y hermenéuticos que, por imperio constitucional, debieron orientar la resolución del caso, nos remiten a los preceptos de los artículos 37, incs. «a» y «b» y 40, inc. 2, ap. «v» de la Convención sobre los Derechos del Niño, en función de los artículos 5 inc. 2°, 5° y 6° , 7 inc. 2°, 8, inc. 2 «h» y 19 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10, inc. 3° y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y a distintas directrices y principios específicamente dedicados a la temática del sistema penal juvenil.

De acuerdo con el primero de los dispositivos mencionados, (inciso «b») la pena de prisión ***«... se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda»,*** principio que, por lo demás (y tal como fuera señalado por la Dra. María Inés Quiroga) ha sido expresamente consagrado por el legislador nacional en el art. 4 de la ley 22.278)

Al aludir al precepto convencional consignado el experto Carlos Uriarte habla de *«principio de **subsidiariedad** de la privación de libertad»* y aclara que, *«Según este principio, la privación de libertad de niños adolescentes, como consecuencia de sus infracciones, debe ser dispuesta como **medida de último recurso**, ya sea impuesta como medida provisoria –cautelar- o definitiva. **Este principio, en realidad, es una regla tradicional del derecho de menores** (Código del Niño, art. 124; Reglas 13.1.17-1 b y c de Beijing; Reglas 1,2,17 de RIAD; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b)...»* (Uriarte, Carlos E., *«Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción. Un Programa Mínimo de Contención y Límites Jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las Penas de los Jóvenes)»*, UNICEF, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, Uruguay, 1999, pág. 244/245. El destacado me pertenece.).

Resulta así de toda evidencia que tanto los magistrados que impusieron la pena a R.L.A. como los miembros del Tribunal de Casación hicieron tabla rasa de los principios ya referidos, ignorando que, tanto el paradigma de la mínima intervención como el del interés superior del niño aparecen incluidos en el «*Compendio de los estándares y normas en materia de prevención del crimen y justicia criminal de las Naciones Unidas»* (*Compendium of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice*), junto con las Reglas de Beijing (*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, 96th plenary meeting, 29 November 1985),* las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de su Libertad, las Directrices de Riad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

A mayor abundamiento conviene recordar que las *«Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores «Reglas de Beijing»*, en su art. 17 inc. «b» textualmente consignan *«... Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán **sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible».*** (el resaltado me pertenece)

Por su parte la Regla 5 refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia juvenil: en primer lugar, *«... promover el bienestar del joven» (menor). Este es el foco principal de aquellos sistemas legales en los que los menores criminales son tratados por cortes de familia o autoridades administrativas, pero el bienestar del menor también debería ser enfatizado en los sistemas legales que siguen el modelo de corte criminal, **contribuyendo así a la evitación de sanciones meramente punitivas***». (el resaltado me pertenece)

El segundo objetivo alude al principio de proporcionalidad. *«Este principio es reconocido como un **instrumento para controlar sanciones punitivas, mayormente expresadas en términos de justa retribución en relación con la gravedad de la ofensa. La respuesta a los jóvenes criminales debería estar basada en la consideración, no sólo de la gravedad de la ofensa sino también de las circunstancias personales. Las circunstancias individuales del criminal (por ejemplo: status social, situación familiar, el daño causado por el crimen,***

u otros factores que afectan a las circunstancias personales) deben influenciar la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo al tomar en cuenta el esfuerzo del criminal por indemnizar a la víctima o su voluntad de alcanzar una vida fructífera.)»(el resaltado me pertenece).

En el comentario, contenido en el Compendio mencionado, a las Reglas 6.1, 6.2, y 6.3, leemos: *«combinan algunos rasgos importantes de administración de justicia juvenil efectiva, justa y humana; la necesidad de permitir el ejercicio de poder discrecional en todos los niveles significativos del proceso de manera que aquellos que realizan determinaciones puedan tomar las acciones consideradas como las más apropiadas en cada caso individual, y la* ***necesidad de proveer controles y balances a efectos de controlar cualquier abuso en el poder discrecional y para salvaguardar los derechos del menor criminal. La consideración y el profesionalismo son los instrumentos más aptos para controlar a la decisión amplia****. De este modo,* ***la capacitación profesional y el entrenamiento experto son enfatizados aquí como medios valiosos de asegurar el ejercicio juicioso del poder de decisión en temas de menores criminales****. (ver también reglas 1.6 y 2.2) La formulación de guías específicas en el ejercicio de la decisión* ***y la provisión de sistemas de revisión, apelación*** *y similares en orden a permitir el escrutinio de decisiones y consideraciones son enfatizadas en este contexto...»* (el destacado me pertenece.)

El repaso de los principios reseñados (que, como veremos, distan de agotar el espectro teórico en el que se funde el derecho penal juvenil) y su cotejo con el caso en estudio, muestran dos realidades contrapuestas e inconciliables.

En un primer balance de los principios que cimientan el sistema penal juvenil, advertimos ya tres directrices claramente infringidas por los jueces que intervinieron en el juzgamiento de R.L.A..

En primer término, y fruto del irrazonable adelantamiento de la decisión sobre la imposición de pena (pese a que la Asesora de Menores hubo de requerir, expresamente, la prolongación del tratamiento durante el mayor período posible), se coartó toda posibilidad de extender el tratamiento tutelar hasta la mayoría de edad de R.L.A., quien, pese a su historia de vida y a las dificultades emergentes, dio muestras de una adaptación más que satisfactoria a los parámetros impuestos por las autoridades y profesionales a cargo de su seguimiento.

En este plano la inobservancia no sólo desconoce que el principio rector en materia penal juvenil es el interés superior del niño (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y que el proceso penal debe procurar, de manera prioritaria, su bienestar y reinserción social, sino los mismos postulados de la ley 22.278 (la situación es ciertamente paradójica, si tenemos en cuenta que ese instrumento legal, que responde a la denominada «doctrina de la situación irregular» dista de satisfacer los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño).

Se advierte aquí una inaceptable interpretación del texto legal, sobre todo si tenemos en cuenta la especificidad de la materia analizada y el perfil profesional que, según hemos visto, se exige de los Tribunales a cargo del seguimiento de este universo de casos.

De acuerdo con las previsiones del artículo 4 de la ley 22.278, la decisión sobre la necesidad de imponer sanción al menor se encuentra supeditada a tres requisitos básicos:

En primer lugar (inciso 1°), *«Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales:»*

En segundo término (inciso 2°) *«Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad»*;

Y, finalmente, (inciso 3°) *«Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable* ***en caso necesario*** *hasta la mayoría de edad»* (el destacado me pertenece.)

El texto legal es suficientemente claro: la decisión sobre la necesidad -o no- de imposición de pena requiere, como condición necesaria -*aunque no suficiente*- que el joven procesado cuente con dieciocho años de edad. Pero, naturalmente, a más del tratamiento mínimo previsto en la ley (que como hemos visto, no puede ser inferior a un año), el legislador dejó abierta la posibilidad de prorrogar el tratamiento «en caso necesario», hasta la mayoría de edad.

Más allá de la parquedad del precepto, es evidente que sus alcances sólo pueden interpretarse a la luz de los principios analizados hasta aquí, pues una visión restrictiva de la posibilidad de extender el tratamiento tutelar dentro de los límites que el mismo legislador supo fijar en el pasado, no sólo importaría una interpretación *in malam parte* sino, a un tiempo, la desnaturalización del compromiso asumido por el Estado argentino ante la Comunidad internacional al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño.

De esta forma, si el legislador histórico habilitó la postergación del tratamiento hasta la mayoría de edad (es decir, hasta los **veinitún años de edad**) «en caso necesario» y si, por imperio constitucional el bienestar del niño y su tratamiento adecuado resultan ejes centrales del sistema penal juvenil, no podemos sino concluir que -sobre todo- cuando la evolución del joven ha sido satisfactoria, debe procurarse su extensión hasta el límite permitido dentro de cada ordenamiento, no sólo de cara a consolidar los logros ya obtenidos, sino, a un tiempo, a fin de no desnaturalizar la esencia resocializadora de la sanción, trastocándola en un instrumento de nuda retribución.

Contrariando los principios hermenéuticos analizados y desoyendo la previsión del inciso 3° del artículo 4 de la ley 22.278, los miembros del Tribunal de Menores N° 2 truncaron el tratamiento tutelar dispensado a R.L.A., haciéndolo acreedor de una sanción que, a más de irrazonable, importó no sólo la consolidación de un reproche únicamente ajustado a principios de corte retributivo sino además el desperdicio de los esfuerzos y recursos estatales asignados a su recuperación y reinserción social.

En un segundo plano, es igualmente evidente que la sanción impuesta resulta inconciliable con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, impuestos en el orden internacional.

Hemos visto que la sanción a jóvenes sometidos a proceso penal es concebida como medida de último recurso, que debe limitarse al mínimo posible.

Contrariando una vez más el sistema dentro del que se inserta el juzgamiento de niños, arribamos en el caso a un reproche prematuro, desmedido, y -como veremos más adelante- arbitrario.

Finalmente, y acreditando la tercera de las implicancias señaladas, se advierte con igual rigor cómo la falta de toda consideración de los agravios sometidos por la defensa ante el Tribunal de casación fueron lisa y llanamente omitidos, en desmedro del derecho de revisión, expresamente reconocido en el *Compendio de los estándares y normas en materia de prevención del crimen y justicia criminal de las Naciones Unidas***,** ya citado, comentario a las Reglas de Beijing (concretamente, 6.1, 6.2, y 6.3., ya citados), agravio que, naturalmente, se afianza a la luz de la garantía genérica de revisión de la sentencia condenatoria y la pena impuesta (arts. 8, inc. 2 «h» CADH y 14.5 PIDCyP) que posee receptación específica en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. art. 40, inc. 2, ap. «v»).

Cabe apuntar, en este orden, que en las intervenciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17, el organismo asentó, respecto de la garantía de doble instancia que *«el niño debe gozar del derecho a que un tribunal revise la medida que le ha sido impuesta,* *para controlar así el poder punitivo de las autoridades.* ***Dicha garantía debe estar vigente en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos del niño, y*** *en especial cuando se apliquen medidas privativas de libertad.»* (el destacado me pertenece.).

La Corte Interamericana, por su parte, se refirió a la garantía, como sigue: ***« b) Doble instancia y recurso efectivo 121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta: v) Si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella,*** *serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente****, independiente e imparcial, conforme a la ley*** [..].(el destacado me pertenece.)

Pero, como sostuviera, los principios y reglas reseñadas, distan de agotar los instrumentos jurídicos a los que debió someterse la resolución del caso.

Las Directrices de Riad establecen principios fundamentales, basados en la prevención de la delincuencia juvenil, como parte esencial de la prevención del crimen en la sociedad. Conforme reza el artículo 7, la interpretación e implementación de las directrices debe ajustarse a los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la Declaración de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de las reglas de Beijing, así como cualquiera otros instrumentos relacionados al interés de los derechos y al bienestar de todos los niños y personas jóvenes. Las Directrices enfatizan la importancia de la prevención general, de procesos de socialización apoyados en la familia, la educación, la comunidad, los medios de comunicación y la política social, de ahí que sean consustanciales con el derecho penal juvenil, un sistema de justicia especializada, la presunción de minoridad, el principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y la reinserción en la familia y la sociedad

Ninguno de estos principios rectores (ineludibles para un Tribunal constitucionalmente asignado al juzgamiento de niños) fue tenido en cuenta por los sentenciantes. De hecho –y como, insisto, se verá- la decisión adoptada ni siquiera cumple con los estándares esperables de un Tribunal con competencia genérica, habida cuenta de los groseros yerros jurídicos que subyacen en la mensuración de la pena impuesta.

La orientación positiva y hermenéutica que debió primar para la solución del caso fue así dejada de lado, al servicio de criterios correctamente calificados por la defensa preactuante como retributivos, que, fruto de la autónoma vulneración a la garantía de revisión de sentencias, quedaron cristalizados hasta esta instancia.-

La posición que se cuestiona resulta incompatible -como se señalara- con los postulados del artículo 37, inc. «a» de la Convención sobre los Derechos del Niño y con las previsiones de los artículos 5, inc. 2°, 5° y 6°, 7, inciso 2° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10, inciso 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La vinculación de estos preceptos ha sido reconocida, tanto por esa Comisión, como por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos,

en el caso «Villagrán Morales y otros [caso de los «Niños de la Calle»]», Serie C: Resoluciones y Sentencias N° 63, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

Leemos en la sentencia en cuestión*: «185. La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño... 187. El artículo 19 de la Convención establece que «[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» 188. El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como «niño». Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, «salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»... 192.* ***Esta Corte ha dicho que «al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)»****. De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que* ***no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración****. 193. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que [t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte* [...] *como la Corte Europea* [...]*, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. 194.* ***Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana****. 195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los «niños de la calle» que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcritas a continuación: ARTICULO 2... 1... 2. ARTICULO 3* [...] *2... ARTICULO 6... 1... 2... ARTICULO 20 1... 2...* [...] *ARTICULO 27 1.* [...] *3... ARTICULO 37 Los Estados Partes velarán por que: a)* ***Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad****; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o* ***la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida***

de último recurso y durante el período más breve que proceda; *c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. ... 197. Existen en el expediente referencias documentales al hecho de que uno de los tres niños de los que trata el presente caso, Jovito Josué Juárez Cifuentes, estaba registrado en «archivos delincuenciales» del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los «niños de la calle» están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la* ***rehabilitación*** *de los mismos, en orden a* ***«permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad»****. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices. 198. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los menores Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraum Aman Villagrán Morales.»* (la negrita me pertenece).

Las previsiones del artículo 5, inc. 5° (CADH), concretamente, en cuanto centra el objeto del sistema penal juvenil en el **tratamiento** del menor procesado, complementa los principios anteriores y establece un status analítico diferencial. Idéntica solución adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 10, inc. 3.

El entramado normativo, básicamente tuitivo del sistema penal juvenil, trasciende -aunque supone, por cierto- los criterios hermenéuticos clásicos en materia de Derechos Humanos (v. gr. principio *pro homine*) para incluir postulados de derecho internacional diferenciales, enraizados en un derecho penal de mínima intervención y orientado por el paradigma del «interés superior del niño».

Cabe subrayar aquí -una vez más- que aún cuando en la esencia del sistema penal juvenil subyace la idea de que la sanción a pena privativa de libertad debe ser concebida como *ultima ratio,* lo que implica que su imposición debe ser estrictamente necesaria y su duración, en caso de ser impuesta, estar rigurosamente vinculada a la posibilidad de rehabilitación, la interpretación cuestionada conspira contra el cumplimiento de los fines del sistema de protección integral, en la medida en que al imponer una condena a un joven que ha cometido un delito siendo menor de dieciocho años, el cumplimiento de tal condena no registra diferencia alguna -en cuanto a sus límites temporales y respecto a su modalidad de cumplimiento- con una sanción similar impuesta a un individuo que hubiera delinquido siendo mayor de edad.

Observo que este aspecto puntual fue debidamente enfatizado en el recurso de casación presentado por la Dra. Quiroga, al señalar que la imposición de una sanción que excediera los principios tuitivos propios del sistema penal juvenil

importaría desnaturalizar el tratamiento tutelar practicado, colocando a R.L.A. en condiciones de igualdad con infractores adultos.

Muestra acabada de lo que se señala son los datos aportados por la Procuración Penitenciaria de la República Argentina, de los que surge que la planta permanente del Servicio Penitenciario Federal argentino está integrada por 8.088 personas, de las cuales 7.626 cumplen tareas de seguridad y administrativas, -vale decir que el 94 por ciento de esa legión de agentes estatales no tiene a cargo, como función primaria, ninguna tarea de readaptación, sino que se ocupan de la seguridad y la administración de las prisiones-, menos del 1% -75 personas- componen el plantel de servicio social, también menos del 1% -78 funcionarios- integran el cuerpo docente, y apenas el 0,3%, -tan sólo 31 empleados- se relacionan con el área laboral.

La consideración de estas pautas hermenéuticas se imponía, además, en función del principio emergente del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que reza: *«1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Se señala que, «Para estos efectos de conformidad al artículo 31.2 a) y b); el contexto de un tratado comprende (i) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; (ii) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado... el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo» («La interpretación de los tratados de derechos humanos»* [Cecilia Medina, *«Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos»*, 1997], publicación del Banco Interamericano de Desarrollo en *«La Dimensión internacional de los Derechos Humanos-guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno»*, Washington D.C., 1999, p- 52).-

Idéntica observación debe hacerse a la luz de la previsión del artículo 29 de la CADH, muy especialmente el inciso b) en su remisión a *«... otra convención en que sea parte uno de* [los Estados miembros]*»* y el inciso d) también en referencia a derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 2 en materia de interpretación ha consagrado que «[...] *el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional siempre que ello no implique una alteración del sistema.»*

El mismo órgano se ha expedido sobre la temática analizada aquí en la Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002 (parcialmente citada en apartados precedentes), emitida a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de cara a desentrañar «*la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen «límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados» en relación a niños...*».

Interesa apuntar, muy particularmente, que, entre los antecedentes consignados por la Comisión al requerir la Opinión de la Corte, se destacó la circunstancia de que «[e]*n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos,* ***la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal****, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías.* ***Eso implica***

que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos*. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.».*

No está de más apuntar que los indicadores consignados se han verificado con todo rigor en el presente caso, extremo que, naturalmente, me permite trasladar los conceptos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta superadora a la actuación del Tribunal de Menores en estos actuados.

La Opinión Consultiva estuvo precedida por distintos dictámenes emitidos por organizaciones vinculadas a la temática del derecho Penal juvenil.

Entre ellas, los representantes del Instituto Interamericano del Niño, en su escrito de 7 de agosto de 2001 pusieron de manifiesto «*15...la necesidad de hacer una revisión del proceso de adecuación de las legislación de los Estados americanos a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana, pues todavía hoy existen países que no han armonizado enteramente su normativa a esos principios, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana...los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana deben constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquéllos deben «adecuar sus legislaciones y sus* ***prácticas nacionales*** *en consonancia a estos principios».. El Estado debe adoptar sobre estas personas una política rehabilitatoria, de manera que los adolescentes que infrinjan la ley «se hacen merecedores de una* ***intervención jurídica» distinta de la prevista por el código penal para los adultos****. En particular, deberán establecerse* ***jurisdicciones especializadas*** *para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños, que* ***además de satisfacer los rasgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad), resguarde los derechos subjetivos de los niños...****».* (el destacado me pertenece.)

Sostuvo la Corte: «*87.Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.* ***Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana****... 98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías..115.Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal: el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de*

debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional. 116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia. 117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado..., o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (supra 103). 118. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37... y 40...119.Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto ***es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos****, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de* ***medios alternativos de solución de controversias*** *al que se alude adelante (infra 135 y 136): «siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a las niños a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales»(artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).»* (el destacado me pertenece.)

Destaco, V.E., que el mismo Tribunal internacional, en la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2003 en el caso Bulacio vs. Argentina, reafirmó esos conceptos, al sostener: «*...126...Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad...134.****Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño****, que se funda 'en la*

dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. 135. En este sentido, ***se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado esta Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, debe ser excepcional y por el período más breve posible.*** *136.* ***Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos****. Y, como lo estableciera este Tribunal,* ***las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido****...142 La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma* [el art. 2 de la CADH] *impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (rpincipio del effet utile), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. 143.* ***El deber general establecido en el artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes****. Por una parte, la* ***supresión de las*** *normas y* ***prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención****. Por la otra,* ***la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías****.'»* (el destacado me pertenece.)

La situación que se denuncia resulta particularmente clara: sistemática, intrasistemática, axiológica y teleológicamente, la decisión jurisdiccional que impuso -y aquélla que reafirmó- la prisión impuesta a R.L.A. resulta violatoria de las previsiones de los incisos «a» y «b» del artículo 37 y 40, inc. 2, ap. «v» de la Convención sobre los Derechos del Niño, máxime si esos preceptos son analizados a la luz de los artículos 5, inc. 5°, 7, inc. 2°, 8, inc. 2 «h» y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10, inciso 3° y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De esta forma, frente a la evidencia de las cuestiones federales imbricadas en el caso, corresponde que V.E., en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional defina la recta interpretación de los preceptos convencionales vulnerados.

IV. 3 CRITICA A LA MENSURACION DE LA PENA - ARBITRARIEDAD

He destacado, en el apartado de antecedentes, algunos pasajes de la sentencia de condena que, amén de ubicarse en las antípodas de los principios analizados en el apartado anterior, trasuntan graves contradicciones y un claro apartamiento de las pautas de mensuración de la pena en general, es decir, sin el plus conceptual y jurídico que impone el tratamiento de un joven sometido a proceso.

Los sentenciantes, siguiendo el voto de la Dra. Zulita Fellini, hicieron mención a «*la intervención que le cupo en los hechos»*

La tautología se advierte sin mayor dificultad: R.L.A. fue declarado penalmente responsable, precisamente, por su intervención en los hechos. Se trataba, en todo caso, de evaluar cómo y por qué esa intervención gravitaba en la mensuración del reproche de un joven que, a la fecha de comisión de los hechos, era un «niño», según la terminología que el Estado Argentino asentó en las declaraciones expuestas al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño. (conf. Ley 23.489, art. 2, segundo párrafo) y que, por lo demás, a la época del pronunciamiento,

había dado muestras más que significativas de su voluntad de reinsertarse socialmente.

Es evidente que, hasta aquí, ninguna pauta objetiva concreta permitió justificar el desmedido monto de pena impuesto a R.L.A..

La Dra. Zulita Fellini ponderó también, como pauta de agravación «*la violencia innecesaria ejercida, el perjuicio económico sufrido por el Sr. GOMEZ CROCCI* (y) *el gravísimo resultado provocado en su salud»*

Si ahora recordamos que R.L.A. fue declarado penalmente responsable como autor del delito de homicidio calificado en grado de tentativa en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de armas, advertiremos que, en rigor, el Tribunal parece haber confundido en un mismo plano, los aspectos propios de la plataforma fáctica que redundara en la declaración de responsabilidad, con el espacio (valorativo) reservado a las pautas de mensuración previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Necesaria o no, la violencia ejercida dio lugar a la declaración de responsabilidad, base del pronunciamiento de mensuración de la pena. Luego, desvalorar la violencia ínsita en la tipicidad acuñada previamente, supone un repliegue ilegítimo sobre una misma base material.

Esa doble desvaloración resulta particularmente objetable si tenemos en cuenta que, de acuerdo con la plataforma fáctica «soberanamente» fijada por los sentenciantes, en modo alguno pudo tenerse por acreditada la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado.

Si bien no desconozco los límites impuestos por la habilitación de instancia, no puedo dejar de apuntar la ligereza con que se trató la situación procesal de mi asistido a lo largo de todo el proceso.

De acuerdo con la reconstrucción fáctica llevada a cabo en la sentencia, R.L.A. habría gatillado el revólver que portaba, sin producirse disparos. Fracasadas esas maniobras, Gómez Crocci se abalanzó sobre mi asistido y fue en ese contexto en el que se produjo el disparo.

La existencia del forcejeo ha sido expresamente afirmada en la sentencia, que, no obstante, predica la existencia de una tentativa de homicidio *criminis causae* a partir de la peregrina idea de que mi defendido intentó matar a la víctima por no lograr acceder a una suma de dinero mayor a la obtenida. (Observo, V.E., que a lo largo de toda la sentencia, no ha quedado explicitado de qué suma de dinero se apoderaron mi asistido y su consorte de causa.)

Es decir que, por un lado, se reconoce que el disparo sobre Gómez Crocci fue accidental; pero, en simultáneo, se tiene por acreditada la configuración de una tentativa de homicidio calificado.

La construcción final, de sorprendente técnica jurídica, es la siguiente: los disparos fallidos y el posterior disparo accidental completan la tipicidad agravada, que se concreta así en dos tiempos.

El problema –que no puede pasar inadvertido a V.E.- es que la adecuación típica escogida es el producto de la compactación de dos contextos temporales y materiales diversos.

En un primer contexto, R.L.A. «quiere matar a Gómez Crocci», sin que se produzcan disparos. (observo, V.E, que mi asistido negó en todo momento haber querido matar a la víctima, alegación que, naturalmente, fue descartada por los sentenciantes)

En un segundo momento, pero no como consecuencia de los disparos fallidos,

sino a raíz de que el propio Gómez Crocci (según sostienen los sentenciantes) «...*se abalanzó sobre el mismo* [es decir, sobre R.L.A.] *pero fue herido por un proyectil en el oído derecho»,* se produce el resultado material.

La secuencia es suficientemente clara: en el primer escenario, R.L.A. habría manifestado dolo de algún tipo penal contra la integridad física, pero sin que se verifique lesión al bien jurídico. En el segundo escenario, R.L.A. es sorprendido por Gómez Crocci que, producto de su propia conducta, y de deficiencias en el funcionamiento del arma, debidamente acreditadas en la causa, genera la detonación: aquí se advierte un resultado material específico, sin dolo.

El desfasaje temporal entre uno y otro contexto de acción no generó ningún tipo de reflexión en la sentencia, que se limitó a rechazar las protestas de la defensa, propiciando la tipicidad culposa, so pretexto de que «*carece de fundamento y no logra desvirtuar el resto de las pruebas colectadas en el juicio».* (?)

Como quiera que sea (aunque relativizando aún más la idea de «violencia innecesaria» como pauta de agravación del reproche) y retomando las observaciones relacionadas con los defectos de mensuración advertidos, tengo para mí que idénticos reparos se advierten en torno al supuesto «perjuicio económico» sufrido por la víctima, variable que también fue desvalorada como circunstancia agravante.

Observo, V.E. que han sido los mismos jueces del Tribunal de Menores quienes en la sentencia en la que se declarara la responsabilidad de R.L.A. dieron por acreditado que su detención se produjo inmediatamente y que, en consecuencia, se logró el recupero del dinero sustraído.

Si bien en ningún pasaje de la sentencia agregada a fs. 522/527vta. surge de qué monto en concreto fue desapoderada la víctima, en el acta de debate se dejó constancia de que el mismo Gómez Crocci reconoció que se le devolvió la totalidad del dinero. (v. fs. 515)

En estas condiciones ¿Cómo puede entenderse que el Tribunal haya desvalorado, en perjuicio de mi asistido, el perjuicio económico sufrido por la víctima cuando es ella misma la que manifestó ante el Tribunal que se le devolvió la totalidad del dinero sustraído?

Pero si el relevamiento de estas pautas resulta de por sí objetable a la luz de la manda constitucional del artículo 18, la restante aseveración terminará por restar toda validez a la mensuración practicada, pues, como se verá, evidencia una inaceptable vulneración del principio de culpabilidad.

Es que, a criterio de los sentenciantes, también debió reputarse como pauta de agravación del reproche *«la carencia de parámetros que demuestren el respeto por los bienes jurídicos y las normas que los sustentan»*

El mismo Tribunal que reseñara la historia de vida de R.L.A., marcada a fuego por la marginalidad y la falta de contención parental, le reprocha, en el mismo acto, la carencia de parámetros que, también por mandato constitucional, se imponen a los progenitores como parte integrante del ejercicio de la patria potestad y, lo que es peor, al propio Estado Argentino. (en este sentido v., entre otros, artículos 7.1, 18, incisos 1 y 2; 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 6 y 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 16, inc. 3 y 25, inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, incs. 1 y 3; del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23, inc. 1 y 24, inc. 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 265 del Código Civil)

Y así se sanciona a mi asistido, básicamente, por su condición de víctima de la

conducta antijurídica de sus padres y del propio Estado.

En este orden se sostiene que *«El cambio de paradigma que establece la CDN en las formas de entender la infancia y la adolescencia supone entonces nuevas obligaciones de parte del Estado que debe asumir un papel activo no sólo reconociendo los derechos sino también protegiéndolos efectivamente, otorgándoles plena vigencia en la vida cotidiana. «* («Gestión de políticas para la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Un modelo en construcción», Gobierno de Mendoza – UNICEF - Municipalidad de Guaymallén. Buenos Aires, 1999, p.22)

Contrastemos la solución cuestionada con los principios sentados por el Comité de Derechos del Niño, en las observaciones a Francia (CRC/C/15/Add.20) [Sixth session, 1993] afirmó: *«16. El Comité está también preocupado de que la legislación y la práctica vinculadas al arresto, detención, sentencias y prisión en el sistema de administración de justicia juvenil puede no ser plenamente consistente con las previsiones y principios de la Convención, en particular, artículos 37 y 40... 26. El Comité alienta al Estado Parte a considerar su legislación en el campo de la administración de justicia juvenil, en particular en cuanto refiere a jóvenes privados de su libertad, en orden a asegurar que* ***la privación de su libertad sea usada sólo como una medida de último recurso y por el período de tiempo más corto, a la luz de las previsiones de la Convención, en particular sus artículos 37, 39 y 40 así como los estándares internacionales relevantes, denominados «Reglas de Beijing», directrices de Riad y reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Jóvenes privados de su Libertad.»*** *(En el original: «16.The Committee is also concerned that legislation and practice relating to arrest, detention, sentencing and imprisonment within the system of administration of juvenile justice might not be fully consistent with the provisions and principles of the Convention, and in particular articles 37 and 40…26. The Committee encourages the State party to consider its legislation in the field of the administration of juvenile justice, in particular with regard to children deprived of their liberty, in order to ensure that deprivation of liberty is used only as a measure of last resort and for the shortest period of time, in the light of the provisions of the Convention, notably its articles 37, 39 and 40, as well as relevant international standards, namely the «Beijing Rules», the «Riyadh Guidelines» and the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty»)* (el destacado me pertenece.)

En el *«Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño»*, ya citado, se agregan a los casos anteriores, los siguientes: *«El comité observa que las prolongadas penas de prisión con que se sanciona a los menores delincuentes en la legislación penal nacional no se ajustan a las disposiciones del artículo 37 de la Convención... (Vietnam OFII Add. 3, párrafo 6)...****Las sentencias rigurosas, así como los casos de detención arbitraria de menores y las condiciones de detención, sumamente difíciles, no están en consonancia con lo dispuesto en los artículos 37 y 40 de la Convención****. (Burkina Faso OFII, Add. 19, párrafo 11)»* (op. cit. pág. 520. El destacado me pertenece.).

Pese a que, como hemos visto, la condena impuesta no consultó ninguno de los preceptos positivos que dimanan del sistema penal juvenil, el *a quo* afirmó que los fundamentos expuestos «*prestan sustento mínimo pero bastante al fallo y lo ponen a cubierto de la tacha de arbitrariedad»*

Es, según se ve, el mismo Tribunal Superior de la causa el que reconoce la parquedad argumentativa del pronunciamiento que se recurría, extremo que, sin embargo, no genera la avocación impuesta por imperio constitucional (art. 8, inc. 2°, «h» CADH y 14.5 PIDCyP y 40, inc. 2, ap. «v» CDN en función de artículo 37, incs. «a» y «b» CDN; 5 inc. 2°, 5° y 6° , 7 inc. 2° y 19 de la CADH; 10, inciso 3° del

PIDCyP y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Contra lo afirmado por los miembros de la Cámara de Casación tengo para mí que la defensa no cuestionaba la arbitrariedad –manifiesta, por lo demás- del proceso de mensuración de las penas, sino que procuraba hacer valer las pautas normativas y hermenéuticas relevadas en el apartado anterior, abordaje que, por su carácter eminentemente constitucional, no pudo ser omitido por el Tribunal Superior de la causa, sobre todo cuando actuaba como alzada de un Tribunal con competencia específica.

Observo que la Dra. Quiroga afirmó que la motivación del fallo resultaba censurable desde la óptica de los arts. 138 y 404, inc. 2° del C.P.P.N., tacha que, sin embargo, fue reconducida por el *a quo* en términos de nuda arbitrariedad.

Ya he señalado cómo esta recurrente adhesión a doctrinas acuñadas por V.E. en el ámbito restrictivo del recurso extraordinario federal supone una inaceptable tergiversación de los fines de la casación, concebida, en términos de esa Corte, como instancia plena de revisión (*in re* C. 1566. XXXVI RECURSO DE HECHO Caric Petrovic, Pedro; Fernández de Caric, María; Caric Fernández, Andrés Alejandro; Sargenti, Alejandro José y Durán Acevedo, Valeria Alicia c/ Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Angel», rta. 28/5/2002).

Pero cuando, como ocurre en el caso, esa reducción supone, a un tiempo, dejar de lado el análisis de cuestiones eminentemente constitucionales, la vulneración adquiere mucha mayor gravedad, extremo que me habilita a solicitar la avocación de esa Corte, a efectos de que se fije la recta interpretación de las normas federales vulneradas.

En las condiciones del caso corresponde disponer la nulidad de la decisión en crisis y la remisión de los autos al Tribunal de mérito a fin de que se suspenda la decisión sobre la necesidad de imponer o no sanción penal a R.L.A., hasta su mayoría de edad, y se continúe con el tratamiento tutelar.

Subsidiariamente, corresponderá que se ordene el dictado de un nuevo pronunciamiento, ajustado a los principios desarrollados en los apartados precedentes.

IV. 4 Nulidad del trámite. Intervención necesaria del Ministerio Pupilar Función pupilar e intervención de la defensa técnica. Autonomía. Audiencia de *visu.* Violación del derecho a ser oído

Sin perjuicio de lo expuesto, aunque, en todo caso, reafirmando que el presente proceso ha evolucionado en dirección diametralmente opuesta al esquema en el que se inserta el régimen penal juvenil desde la óptica del ámbito de protección de los Derechos Humanos en general, y del Niño, en particular, entiendo que el trámite de habilitación ante V.E. se encuentra viciado de nulidad.

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59 del Código Civil y 54 de la ley 24.946, el Ministerio de Menores es parte obligada en todo proceso –sea de derecho privado o público- en el que intervenga un menor de edad, a los efectos de ejercer la representación promiscua de sus intereses.

La ausencia de esta representación está sancionada con nulidad por el artículo 494 del Código Civil y la ley ritual (art. 413, inc. 3° del C.P.P.N.); normas que, a su vez, han reglamentado el mandato emergente del art. 37, inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional. (cf. Art. 75, inc. 22 C.N.).

Resulta indiscutible que los padres son los primeros y naturales representantes de los hijos menores sometidos a patria potestad, invistiendo la calidad de

representantes necesarios (cf. art. 57 del Código Civil), y a ellos alude la frase empleada en el precepto citado. Va de suyo, que tales representantes necesarios deberán actuar con patrocinio letrado, en los casos que la ley determine.

Pero la virtual concurrencia de los padres no implica en modo alguno la reducción del rol del Ministerio Público de Menores al de un acompañante eventual, suplementario o adhesivo. Por el contrario, el legislador ha sido suficientemente explícito al escoger la expresión «A más», que obviamente significa «además», esto es, que todo menor estará representado no sólo por sus padres, sino también autónomamente y revistiendo la calidad de parte legitimada y esencial, por el Ministerio Pupilar. (cf. Art. 59 Código Civil).

Como si tales términos no fueran suficientemente concluyentes, el legislador aditó la expresión «promiscuamente», cuya inclusión en el texto disipa de manera irrefutable cualquier duda que pudiere existir respecto al alcance que se quiso dar a su intervención. En efecto, si recurrimos al Diccionario de la Lengua Española Edición, 1984) advertiremos que el término «promiscuo» significa en su primera acepción, «mezclado, confusa o **indiferentemente**»; el mismo texto, por su parte aclara que «indiferentemente» significa «**indistintamente**».

En resumen, el legislador, al delimitar la actuación del Ministerio Público Pupilar, le otorgó -como ya lo adelantara- el rol de parte esencial y legítima y lo habilitó para actuar «***en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, o que se trate de las personas o bienes de ellos***» (art. 59 C.C.), de manera **conjunta** o **indistinta** con los representantes necesarios de los menores, **además de los eventuales defensores técnicos**. Como salvaguarda de tal intervención fulminó con la sanción procesal de nulidad el incumplimiento de tal requisito.

Sobre el particular, el Dr. Molina asienta: *«Estamos en presencia de actos nulos por defectos sustanciales que hacen a la defensa del derecho de unas personas como los menores, que en nuestro sistema jurídico se ven beneficiados con una doble representación para su amparo personal y patrimonial…Si se estima que con ello queda debidamente garantizado el derecho de los niños, corresponde señalar que nuestro orden jurídico no lo ha estimado así y ha reforzado la protección legal, ya no estableciendo nuevas formas de representación o asistencia, sino jerarquizando la normativa de amparo. En efecto, la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 75, inc. 22, viene a ratificar lo que sostengo…**Por consiguiente, todo trámite o toda disposición legal que excluya la intervención del asesor de menores o defensor de menores**, sea en ámbitos o procesos del derecho privado, como del derecho público, **se trate** en definitiva **de cuestiones penales o civiles** que involucren a la persona o los bienes de los menores, **además de la nulidad genérica ya explicada, hoy es inconstitucional**».* (cf. Molina, Alejandro Cayetano, «Intervención del Ministerio Público de Menores en toda clase de procesos: ¿imposición de la Ley común o de la Constitución Nacional?», Revista «Minoridad y Familia», t. 5, Editorial Delta, Bs. As. 1998, pág. 49/58. El destacado me pertenece.).

Es innegable que en todo proceso penal en que interviene como imputado un menor de edad, la figura y rol del Defensor Público de Menores e Incapaces posee cualidades y características que lo diferencian claramente de la intervención y potestades que la ley ritual asigna al Defensor Oficial.

Ello es así, pues en la persona del Defensor de Menores e Incapaces se subsumen tanto la representación personal del sujeto imputado como así también la defensa integral de sus derechos.

En este sentido son suficientemente elocuentes las previsiones de los arts.

411, último párrafo y 412, segundo párrafo, del C.P.P.N. que prevén la intervención obligada del asesor de menores.

Pero, según se ve, esa intervención es absolutamente independiente de la que compete al defensor oficial o, en su caso, al abogado de la matrícula. (v. art. 413, incs. 1° y 3° del C.P.P.N.)

Esta escisión en la representación del joven sometido a proceso responde a la distinta naturaleza de la función tuitiva, asignada al Ministerio de Menores, por contraposición a la misión eminentemente técnica encomendada al abogado defensor, sea oficial o particular.

Así, mientras que el Defensor de Menores intentará lograr la recuperación y resocialización del joven de que se trata; la defensa técnica procurará agotar las estrategias legales a su alcance para confutar la acusación penal por el delito imputado.

Se advierte así que la misión del Asesor de Menores y la del defensor del joven sometido a proceso focalizan ámbitos de protección cuya fuente constitucional es sustancialmente diversa: la primera, enderezada a garantizar la protección integral del niño como sujeto en formación, siguiendo al efecto los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto la segunda, aún vinculada a la primera, se inserta fundamentalmente en el terreno propio de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.

Ahora bien, en mi carácter de Defensora Oficial ante los estrados de V.E., se verifica en mi persona la confluencia de las funciones de defensora técnica del menor imputado y la de representante del patronato del Estado; extremos estos, que no se verifican en las anteriores instancias, donde aquellas se hallan perfectamente delimitadas. (cf. arts. 55, 56 y 60 de la Ley 24.946).

Sentado ello, cabe recordar que la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, en su art. 51, al referirse a los deberes a cargo del Sr. Defensor General de la Nación como jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa, específicamente consagra en su inciso i) que le corresponde: «***Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos con menores incapaces la separación entre las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del defensor de menores e incapaces y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al defensor oficial***». (la negrilla me pertenece).

En base a lo antedicho y ante la claridad de la normativa vigente, va de suyo que el trámite de habilitación de instancia adolece de un vicio esencial, puesto que no se ha dado intervención al Ministerio Pupilar, durante la sustanciación del recurso de casación y del recurso extraordinario federal.

Si bien el cabal cumplimiento del ministerio que ejerzo me impondría la obligación de asumir la representación promiscua solicitando, a un tiempo, la designación de un defensor oficial, la entidad del vicio destacado, elementales razones de economía procesal, pero, por sobre todas las cosas, el grosero yerro jurídico que subyace en la decisión de mérito, convalidada hasta esta instancia, aconsejan dar preponderancia a la subsanación de los derechos federales vulnerados, sin perjuicio de que, de disponerse la remisión de la causa ante el Tribunal de Casación, se ordene el desdoblamiento de la actuación del ministerio público, en las dos vertientes analizadas aquí.

La solución que propugno encuentra adecuado sustento en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (cf. art. 75, inc. 22, C.N.), que consagran en forma expresa la protección de los derechos fundamentales de los niños; a guisa de ejemplo, cabe mencionar los reconocidos en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa

Rica), art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 3, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En tal inteligencia se ha sostenido, que: *«Ello lleva a interrogarse si, debiendo el defensor del imputado cumplir su deber de defender a ultranza a su asistido a fin de garantizar el cumplimiento del requerimiento constitucional de la debida defensa en el proceso puede a su vez desempeñarse dentro del marco de objetividad correspondiente a su calidad del ministerio público. En nuestra opinión* ***no es posible reunir ambas calidades****. Siendo necesario que el defensor del menor imputado esgrima todas las posibilidades que legalmente se presentan para no dejar en estado de indefensión a su asistido, será menester que se designe a otro funcionario del ministerio de menores para que se pronuncie según el interés del menor, pero siempre que no contradiga el superior de la ley».* (D'Antonio, Daniel Hugo, «Derecho de Menores», 4ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Bs. As. 1994, pag. 385. El destacado me pertenece.)

Pero, como se asentara en el enunciado del presente acápite, de la mano del vicio precedentemente desarrollado, se ha arribado a la confirmación de una sanción penal sin que se haya dado al justiciable siquiera la oportunidad de ser oído ya sea por los miembros del Tribunal de Menores, ya por los del Tribunal de Casación.

En este sentido la previsión del artículo 41 *in fine* es suficientemente clara: «*...El juez* ***deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto,*** *de la víctima y de las circunstancias del hecho* ***en la medida requerida para cada caso.»*** (el destacado me pertenece.)

Vuelvo a insistir aquí que la invocación del precepto -que en condiciones normales ingresaría de plano en el análisis de cuestiones de derecho común, ajenas a la competencia de V.E.- resulta inescindible de las previsiones convencionales desarrolladas en párrafos precedentes.

De esta forma, la «medida requerida para [el] caso», de la que nos habla el legislador nacional, sólo puede interpretarse en clave constitucional (conf. arts. 40.1 y 37, «c» CDN; 14.1 PIDCyP y 8.1 CADH).

Observo, en este orden, que es precisamente en función del carácter específico que reviste todo juzgamiento que involucra jóvenes menores de dieciocho años, que se desdoblan el juicio de responsabilidad de la decisión relacionada con la necesidad –o no- de imposición de pena.

De esta forma, en la etapa de determinación de la sanción, se impone, necesariamente, una actualización del contacto personal con el justiciable, pues es en este segundo momento en que se torna operativo el requerimiento de audiencia personal, proclamado en el art. 41 *in fine* del Código Penal.

Pese a ello, los miembros del Tribunal impusieron a mi defendido la pena de diez años de prisión, sin audiencia previa.

Pero, más allá de que la omisión señalada es de por sí objetable, a la luz de la manda del artículo 41 del Código Penal, en función de los principios reiteradamente citados en esta presentación, lo es aún más si tenemos en cuenta que R.L.A. intentó –infructuosamente- en tres oportunidades lograr una audiencia con los miembros del Tribunal (v. fs. 493, 513 y 527 del expediente tutelar que corre por cuerda).

Los tres pedidos del justiciable, que importaban, de manera inequívoca, su voluntad de ser oído por quienes decidirían su futuro (en los pedidos se da cuenta de que mi defendido intentaba exponer ante los jueces del Tribunal los logros obtenidos durante el tratamiento tutelar), fueron evacuados por la titular de la Secretaría tutelar, funcionaria que, naturalmente, carecía de jurisdicción para

resolver sobre el destino de R.L.A..

Pero, como adelantara, mi defendido tampoco fue recibido por los miembros del Tribunal de Casación, pese a que, según se desprende de la reseña de antecedentes, los agravios sometidos a su consideración no se vinculaban con impresiones personales recogidas durante el debate sino, antes bien, con la recta aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás pautas hermenéuticas desarrolladas en esta presentación.

Esta circunstancia determina, también en la instancia de casación, la nulidad del trámite pues, es de toda evidencia que sólo podría argüirse que el Tribunal de Casación no está obligado a mantener una audiencia personal con el justiciable, de cara a establecer la legalidad de la pena impuesta, cuando las circunstancias agravantes y atenuantes cuestionadas en la instancia se vinculen de manera excluyente con apreciaciones subjetivas derivadas del contacto personal con un justiciable mayor de edad.

Puesto que ninguno de esos extremos concurre en el caso (no sólo porque se desdobló en el tiempo, la decisión sobre la imposición de pena sino además por el *status* jurídico de R.L.A.), a lo que se suma que, por su carácter de alzada de un Tribunal de Menores, el *a quo* asumió la competencia privativa de ese tipo de juzgamiento, es evidente que la falta de audiencia personal con el justiciable torna igualmente ilegítimo el trámite seguido ante el Tribunal de Casación.-

Observo aquí que en la Opinión Consultiva 17, reiteradamente citada en esta presentación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también hizo alusión a la importancia que adquiere la participación del niño en el proceso penal. Sostuvo el Tribunal: «*99. Dentro de las situaciones hipotéticas planteadas por la Comisión Interamericana se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene adecuadas previsiones sobre este punto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino: 1.* ***Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño****, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin,* ***se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial*** *o administrativo* ***que afecte al niño****, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. 100. Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales*[7]*, y determinó que los «menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14»... 102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior* ***para acordar la participación de éste****, según corresponda,* ***en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible,***

[7] Human Rights Committee, General Comment 13, Equity befor the Courts antd the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (art. 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 2.

al examen de su propio caso». (el destacado me pertenece.)

En el mismo orden, se ha dicho que *«La vigencia de la CDN en la vida cotidiana de los niños y adolescentes plantea la urgente necesidad de la implementación de un verdadero programa de acción para el Estado y la sociedad. El mismo deberá estar centrado en una reforma institucional generosa que se organice alrededor de un sistema integral de protección de derechos que contenga nuevos mecanismos y formas organizacionales que este nuevo sujeto necesita para hacer valer sus derechos* ***y para que sus puntos de vista sean tenidos en cuenta en todas las decisiones que afectan sus vidas tanto como personas individuales*** *como colectivamente en tanto grupo social.»* («Gestión de políticas para la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Un modelo en construcción», Gobierno de Mendoza –UNICEF- Municipalidad de Guaymallén, Buenos Aires, 1999, p. 23)

Nuevamente, el cotejo de los principios hermenéuticos fijados por los órganos internacionales a cuya competencia de sometió el Estado Argentino, con el presente caso, arroja un saldo groseramente deficitario.

Y lo hace, no sólo en el plano legal, es decir, por omisión de todo precepto, regla o principio consolidado en materia de Derecho Penal Juvenil; lo hace también, en una dimensión simbólica:

Los jueces intervinientes han eludido, sistemáticamente, el contacto personal con mi asistido, pese a las reiteradas peticiones cursadas (que no trasuntaban sino su voluntad de hacer valer sus derechos constitucionales) y no obstante que estaba en sus manos resolver, precisamente, las cuestiones que R.L.A. intentaba exponer.

En definitiva, de conformidad con lo establecido por el art. 51, inc. i) del ordenamiento legal citado y de las previsiones de los arts. 8. 1 CADH; 14, 1 PIDCyP y 40.1 y 37, «c» CDN, entiendo que el trámite de habilitación ante V.E. se encuentra viciado de nulidad, de manera que, para el caso en que no tengan acogida las pretensiones expuestas en los apartados precedentes, solicito se decrete la nulidad de lo actuado a partir del dictado de la sentencia de mérito, disponiendo la nueva sustanciación del recurso de casación, con los alcances aquí expuestos.

Dada la índole de las cuestiones analizadas aquí y la gravedad de los vicios denunciados adelanto que, en caso de una resolución contraria a mi pretensión, pondré en conocimiento del Sr. Defensor General de la Nación los antecedentes de la causa, aconsejando la denuncia del Estado Argentino por violación de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos convencionales de rango constitucional señalados en esta presentación.

V. PETITORIO

(...)

11. A. Sentencia de Corte

Por sentencia del 7 de marzo de 2006, con voto del los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, la Corte Suprema resolvió hacer lugar al recurso por remisión al dictamen emitido por el señor Procurador Fiscal.

Por su voto, la jueza Argibay estimó aplicables al caso las consideraciones vertidas en la causa «Casal, Matías» de Fallos, 328:3399.

El señor Procurador Fiscal -Dr. Ezequiel Casal- entendió que, en la medida en que se encontraba en tela de juicio el alcance de una norma de rango constitucional y la decisión fue adversa al derecho que la defensa fundó en dicha cláusula, el

recurso devenía formalmente admisible (art. 14, inciso 3° de la ley 48).

Reseñó, en lo sucesivo, el informe 24/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia de la Corte Interamericana en el caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica» y añadió: «*En el sub lite puede advertirse, a partir de las expresiones empleadas en el recurso, que la defensa oficial impugnó la interpretación y aplicación del derecho común que hizo el tribunal oral –específicamente, del art. 4° de la ley 22.278- a la que calificó de errónea y contraria a los fines del régimen penal de menores. Agregó asimismo, que esa aplicación de la ley de fondo al caso, que calificó de irrazonable, fue producto –entre otros motivos- de la apreciación parcial y arbitraria del auspicioso resultado del tratamiento tutelar de* R.L.A. *que, en su opinión, obsta a la sentencia condenatoria o, de lo contrario, determina la imposición de una escala reducida. Frente a tales condiciones, la resolución por la que se negó el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal con base en que la decisión acerca de la individualización de la pena sólo puede ser examinada en supuestos de arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de la defensa en juicio, sin atender a las críticas que, con base en determinada inteligencia de las normas aplicables formuló la recurrente, importa una restricción indebida de esa vía recursiva, en la medida en que no cumple con las reglas establecidas en los precedentes antes citados a fin de asegurar la vigencia del derecho a obtener la revisión de un pronunciamiento adverso. Tal defecto adquiere relevancia en el sub examine, atento que la misma Cámara admitió que el sustento que tenía el fallo en las pautas señaladas por el tribunal de juicio era mínimo, sin atender las críticas que la defensa le dirigió con base en principios consagrados por el derecho interno que, además, reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin perjuicio de lo expuesto, creo pertinente agregar en último término que, al así decidir, el a quo omitió abordar, sin fundamento idóneo, el tratamiento de cuestiones propias de su competencia, lo que determina la descalificación de la sentencia apelada, bajo la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 321:3695).*

11. B. Proyecciones

El presente pronunciamiento ahonda en los alcances de la doctrina «Casal» para ingresar en la consideración concreta de la potencialidad revisora que compete a la instancia jurisdiccional intermedia.

El fallo reflexiona críticamente que, pese al reconocimiento de la existencia de fundamentos «mínimos» (locución usual en la instancia jurisdiccional intermedia antes del dictado del precedente «Casal») en la sentencia de mérito, la instancia revisora elude todo análisis argumental.

Esa falta de tratamiento es asociada, a su vez, con la omisión de respuesta de las críticas de la defensa que incluían la vigencia de normas de derecho interno y de la propia Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Y, finalmente, se criticó la falta de tratamiento de cuestiones propias de la competencia del Tribunal de Casación.

Si bien el fallo no ahondó en la consideración de los alcances de la CDN en el caso, supone una ratificación circunstanciada del procedimiento que debe observar la instancia jurisdiccional intermedia de cara a dar satisfacción a la garantía de revisión del fallo condenatorio, que incluye como contenido ineludible la necesidad de respetar el derecho de defensa en juicio a partir de la consideración de los agravios defensistas.

12) L. 1157. XL, «RECURSO DE HECHO deducido por L.L.A., en los autos: «L.L.A. s/ causa 5400» (sentencia del 18/12/2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a) La sentencia de unificación de penas de fecha 28 de septiembre de 2003

A fs 265/266vta. luce acollarada la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal que unifica la *«...sanción de **cinco años y seis meses de prisión y accesorias legales**, aplicada al «ut supra» al nombrado por esta sede en autos en fecha 27 de junio de 2003, ... (cfr. fs. 238/239 y 241/249) con la pena de **tres años de prisión en suspenso y costas** que le dictara a* L.L.A. *o César Javier Acosta el Tribunal Oral en lo Criminal N° 21 de esta ciudad en causa nro. 1132/ 1221/ 1169/ 1176/ 1201/ 1448/ 1558, mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2003,... (cfr. testimonios remitidos a fs. 253/259).»*.

En esa oportunidad, el Tribunal falló imponiendo a mi ahora defendido la pena única de siete años y seis meses de prisión y accesorias legales, y ordenó se practique por Secretaría el cómputo de detención y consecuente vencimiento de la sanción única.

Así, el 10 de diciembre de 2003 se realizó el cómputo ordenado, cuyas partes pertinentes paso a transcribir: *«-Déjase constancia de que en el punto 36 del informe obrante a fs. 524/vta. en el expediente tutelar incoado en favor de* L.L.A.*, se consignó erróneamente la fecha en que el nombrado recuperó su libertad siendo ésta el 10 de mayo de 2002 conforme las constancias referidas en dicho punto, por lo que suman **ocho días**. - Del cómputo de pena practicado en la*

causa 1221/1448 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 21 (cfr. fs. 257/258) se desprende que L.L.A. *estuvo detenido a exclusiva disposición de esos estrados desde el 19 de junio de 2002 al 15 de agosto del mismo año (fecha en la que se solicitó su anotación conjunta con este Tribunal) lo que suma* ***un mes y veintiocho días.*** *-Asimismo déjase constancia que, si bien en el mencionado cómputo se indica que* L.L.A. *se encontró privado de su libertad desde el 23 de julio de 2001 hasta el 22 de mayo de 2002 lo cierto es que durante dicho período el mismo gozó del régimen de licencias otorgado por este Tribunal conforme las constancias obrantes en el legajo disposicional del menor y señaladas en el informe practicado por la Sra. Secretaria, a las cuales me remito a fin de practicar el presente cómputo. - Por último a partir del 2 de marzo de 2003* L.L.A. *quedó detenido afectado a la presente causa en calidad de detenido permaneciendo en dicha situación hasta la fecha. En consecuencia* L.L.A. *permaneció privado de su libertad* ***CUATRO AÑOS, CUATRO MESES Y ONCE DÍAS****. Por lo tanto para agotar la pena única de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta por este Tribunal* ***le restan cumplir TRES AÑOS, UN MES y DIECINUEVE DIAS. Dicho lapso habrá de cumplirse el día 29 de enero de 2007 (VEINTINUEVE DE ENERO DE DOS MIL SIETE)»*** (v. fs. 270.).

La Sra. Defensora Pública Oficial actuante, Dra. María Inés Quiroga, observó el cómputo (vid Fs. 272/273vta.). En esa presentación la defensa oficial señaló que L.L.A. había permanecido detenido por más de dos años sin sentencia firme y por ende correspondía la aplicación de lo establecido por el art. 7º de la ley 24.390. Sostuvo, *«Al respecto cabe realizar dos aclaraciones: en el punto 27 corresponde contabilizar 2 días y en el punto 36, debe computarse 8 días, entre el 3-5-02 y el 10-5-02. Así, hasta el 16 de julio de 2003 estuvo detenido por espacio de TRES AÑOS, CUATRO MESES Y VEINTINUEVE DÍAS y hasta que quedó firme la sentencia, permaneció detenido TRES AÑOS CINCO MESES y QUINCE DÍAS, que, de acuerdo a la ley precedentemente citada deben computarse como* ***CUATRO AÑOS ONCE MESES Y TREINTA DÍAS.*** *A ese lapso corresponde añadir el tiempo transcurrido desde el 1º de agosto del año en curso, en que quedó firme la sentencia, hasta la fecha, esto es TRES MESES y VEINTITRÉS DÍAS, lo que hace un total de* ***CINCO AÑOS, DOS MESES Y VEINTITRÉS DÍAS****. Por lo que le restan cumplir, para agotar la pena única de siete años y seis meses de prisión,* ***un año, nueve meses y siete días*** *término que se cumplirá el 30 de septiembre de 2005. Es dable señalar que la aplicación de la ley 24.390 deviene sin ninguna duda en el presente caso, por cuanto hasta el 1º de agosto del año en curso, no se dictó sentencia firme en estos actuados y, la conducta reprochada a* L.L.A. *no se halla comprendida en las excepciones que señala el artículo 10 de la misma ley. Por lo demás, estrictamente en cuanto a que debe entenderse por prisión preventiva a los efectos de la mencionada norma legal, es el plazo que transcurre desde la detención hasta el dictado de la sentencia condenatoria firme. Ninguna duda cabe, que el tiempo que* L.L.A. *permaneció «internado» en Institutos de Menores, en calidad de menor dispuesto, debe ser computado como de privación de libertad, así lo señalan claramente los documentos internacionales, fundamentalmente las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 2 de abril de 1991, que en punto II.11 b) del Anexo establece que «por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad....». Cabe señalar por lo demás, que no se trata de otorgar un doble beneficio al menor* L.L.A. *en su calidad de tal, porque la aplicación del artículo 4º de la ley 22278, resulta ineludible habida*

cuenta que a la época de comisión de los hechos por los que fuera condenado, no contaba con dieciocho años de edad, en tanto la ley 24.390 debe ser aplicada a todos aquellos procesado que permanecieran detenidos sin sentencia firme por más de dos años y que no se encuentran comprendidos por las excepciones que prevé la misma disposición legal en su art. 10. Obsérvese, por lo demás, que decidir de otra manera, sería imponer la desigualdad ante la ley, en detrimento de los menores, frente a los mayores de 18 años de edad. En efecto, como queda dicho, los pactos internacionales mencionados, equiparan la «internación» de los menores, con la «prisión» de los mayores pero, alguna parte de la jurisprudencia nacional soslaya esa igualdad y sin más, sostiene que aunque haya permanecido detenido por más de dos años sin sentencia firme, como esa detención no se denomina «prisión preventiva», no es susceptible de aplicación la ley mencionada.» (confr. fs. 272/vta; el subrayado me pertenece).

El 27 de febrero de 2004, el Tribunal Oral de Menores N° 2 resolvió declarar inaplicables al caso las disposiciones de la ley 24.390. El Vocal, Dr. Carlos Manuel Caravatti, asentó en su voto que: *« ...desconozco y tampoco tengo formas de saber, salvo ingresando en el fuero íntimo del legislador, si este omitió deliberadamente o no dicho aspecto -como por otra parte sucede a menudo con la sanción de diversas leyes, entre otras y por ejemplo la de «probation»- pero lo cierto es que reguló el instituto con miras a la problemática carcelaria de internos alojados en unidades penitenciarias. De allí que habla expresamente de «prisión preventiva» (art. 1º), y conocemos que también expresamente el art. 315 del Código Procesal Criminal establece que dicha prisión preventiva no regirá con respecto a los menores de dieciocho años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica. Tomado así de sencillo, pareciera ser que los beneficios de esa ley no alcanzarían a los menores, pues bastaría con haber sustituido el término «prisión preventiva» por «privación de la libertad» para así zanjar cualquier interpretación al respecto. Ahora bien, puede ello sólo de por sí privar a los internos menores alojados en Institutos de Seguridad dependientes de los distintos Consejos del Menor, o en Comunidades Terapéuticas en las que los nocentes carezcan de la posibilidad voluntaria de superar sus límites perimetrales, de los beneficios de la ley. Planteada así la cosa, pareciera ser que debe resolverse en favor de los menores privados de la libertad, pero adviértase que se presentan variadas dificultades que sólo podrían encontrar soluciones en algunos casos, al menos puramente analógicas, a saber: ¿Cómo se puede ampliar el plazo de los dos años que establece la ley en su art. 1º? La posibilidad que dan las leyes nacionales de disponer del menor hasta los veintiún años de edad, o sea hasta su mayoría de edad civil, se vería limitada a toda medida tutelar que no implique internación, ni siquiera en Comunidades Terapéuticas, a las que se acude en protección del mismo menor. Se daría el contrasentido que ello sí lo puede hacer un Juez de Familia ante una petición de protección de persona, pero el Juez Penal que tiene la tutela o disposición no; de alguna manera de ser ello así la preeminencia sobre la tutela del Juez Penal ante el Magistrado Civil que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha determinado caería por la borda (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re «Loardy Sa Pereyra, Virginia Mercedes, competencia C. 941-XIII de fecha 25 de octubre de 1960, Fallos 265-199, 247-506 y sentencia del 17 de febrero de 1987, Tomo N° 88 y Tomo 241 «Treviño, Juliana Inés s/ medidas precautorias»). También variaría la responsabilidad de un menor que se fugara de un establecimiento de límites cerrados utilizando violencia para ello, ya que de una simple contravención por fuga, podría ser pasible de incurrir en el delito de evasión. Otro problema lo representa el tema de la sentencia definitiva firme, ya que limitar el cómputo*

hasta la fecha de la declaración de responsabilidad, implicaría incumplir con el art. 2º de la ley, que requiere una sentencia condenatoria firme, y aquélla sería una sentencia incompleta no susceptible de ser recurrida, conforme lo dispuesto por la Cámara Nacional de Casación Penal -Sala II, causa 51 «G.R.A.» rta: 12-11-93, entre otras, y entonces, habría que esperar al dictado de la llamada segunda sentencia, y que esta adquiera la calidad de firme, con lo cual se desnaturalizaría la finalidad perseguida por la ley 24.390. En fin, ante la reciente derogación de esta norma que tan gravísimos problemas trajo a nuestra sociedad, me parece innecesario ahondar en mayores consideraciones, algunas de las cuales nuestro distinguido Fiscal menciona en su dictamen, como la sumatoria de beneficios en favor del menor con la reducción del art. 4º de la Ley 22.278. También reflexiono en el sentido que el meollo de la cuestión radica en la aplicación de la ley más benigna, para lo cual debe pensarse en el régimen general del menor frente al sistema penal de mayores y ser tomados ambos en su conjunto, como reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo sostuvieron, de allí que tampoco advierto que se esté violando el principio constitucional de igualdad ante al ley. II) A lo expresado cabe aunar el precedente sentado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa nro. 3554 (causa nro. 548 de este T.O.M. a la que me refiriera antes) en fecha 17 de julio de 2001, registro Nº 4486, ocasión en la que compartiendo la posición del suscripto, se resolvió por mayoría declarar inaplicables a la situación de los menores privados de su libertad en base a su legislación específica, las disposiciones de la ley 24.390. III) Como corolario final, he de destacar que aun asumiendo la postura planteada por la defensa, resultaría inaplicable al caso la ley 24.390, en razón de que el tiempo de internación sufrido por el encartado (cuya suma total supera los dos años) no fue ininterrumpido, tal como surge fácilmente de la lectura del cómputo practicado a fs. 524/vta. del disposicional, en el que se refleja que entre cada período parcial de internación mediaron plazos en los que el causante gozó de libertad, siendo ello una diferencia más a agregar entre el especial régimen de menores y el de mayores. Nótese que en este aspecto también la legislación juvenil resulta ser más beneficiosa, dado que de haber revestido el encartado el carácter de mayor de edad, hubiera sufrido privación de libertad sin contar con la posibilidad de egresos, como ocurre en el supuesto en que se decreta la prisión preventiva» (Vid. fs. 279vta./280vta.).

Por su parte, la Dra. Zulita Fellini sostuvo que : *«...participo de la opinión de que el proceso penal no debe conllevar la privación de libertad del imputado de la comisión de un delito, salvo en situaciones muy excepcionales, puntualmente especificadas en la ley, opinión hoy compartida por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, a partir del fallo «Barbará». En tal sentido la ley 24.390, convalidando este criterio, reguló el cómputo del tiempo de pena, en beneficio del condenado cuando la excesiva duración de los procesos fueran imputables a la injustificada inacción de la justicia. Es verdad entonces, que el motivo principal de la ley fue evitar la dilación injustificada de procesos, consideración razonablemente atendible en pro de una buena administración de justicia, existan o no personas privadas de libertad. Referir esta consecuencia sólo a los mayores de edad implicaría la existencia de un trato desigual ante la ley -los Magistrados deben, por obligación juramentada dar primacía a lo principios constitucionales sobre las leyes que se opongan a éstos (art. 16 de la Constitución Nacional)- y además configuraría una abierta violación de los principios enunciados en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la sociedad; también a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Preámbulo-; al art. 7º de la*

Declaración Universal de los Derechos Humanos y al art. II punto 11 b del Anexo a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, en cuanto asimila la internación a la detención o encarcelamiento. Sentado ello, cabe analizar: a) en qué medida, el ahora condenado L.L.A. pudo verse perjudicado en relación a un adulto que se encuentra en igual situación, siendo evidente que el lapso a tomar en cuenta nace al cumplirse los dos años de internación equiparable a detención; b) si podría configurarse en la especie una situación similar, que por vía de analogía se pueda aplicar en beneficio de quien se defiende. Si bien la medida de internación responde a razones de interés social, dirigida principalmente a reeducar al menor; otras, de carácter mixto, procuran evitar la repetición de conductas como las que se le atribuyen en un proceso determinado, y también las hay, destinadas a procurar que el imputado, eluda la eventual realización del derecho penal sustantivo. Conforme surge del cómputo glosado a fs. 524/vta. del disposicional, L.L.A. sufrió distintos períodos de internación en institutos de menores, los que fueron interrumpidos por fugas o por licencias concedidas por el Tribunal. Las sucesivas aprehensiones del entonces menor que derivaron en internaciones, se debieron a la presunta comisión de ilícitos, o por rebeldías dictadas por este Tribunal. Por otra parte, a pesar de tratarse de una sola resolución, la sentencia dictada en autos puso fin a cuatro procesos que registraba el imputado por ante este órgano colegiado. En estas condiciones, sería imposible otorgar el beneficio de la ley a quien por su propia inconducta motivó las sucesivas internaciones, ***las cuales en ningún supuesto superaron los dos años de manera ininterrumpida****; y provocó la postergación de las resoluciones de los procesos que registró.»* (Ver fs. 281/vta.).

El Magistrado restante, Dr. Fernando José Talon, adhirió al voto del Dr. Caravatti.

III. b) Rechazo del Recurso de Casación

A fs. 283/286vta. se agregó el recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Inés Quiroga.

En esa empresa, la defensa oficial señaló que *«...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en sus arts. 2, 7 y 26 que reconocen, respectivamente, la igualdad ante la ley -sin discriminar entre mayores y menores-, el derecho de protección de la infancia y el derecho a un proceso regular. El art. 7 apartado 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que «...Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.» La Convención sobre los derechos del Niño, establece en el artículo 40, inciso 2, apartado b) iii) que «Los Estados partes reconocen el derecho a todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales ...se le garantice por lo menos los siguiente* (sic) *...que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente...». El artículo 9, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que «Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad.» . También la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en igual sentido. Así desde el caso «Mattei» en adelante, ese máximo Tribunal ha elaborado un rica doctrina en punto a esta garantía, que fue reafirmada, recientemente en el caso «Amadeo de Roth, Angélica» del 4 de mayo de 2000 (LL t. 2001-A, pp. 513 y ss.). Allí en el considerando cuarto se señala: «...es relevante recordar en primer lugar que en la doctrina de Fallos 272:188 esta Corte, al interpretar los principios de progresividad y preclusión*

como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios, expresó que ellos obedecían al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del 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. Debe reputarse incluido -se agregó- en la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación ante la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal». Por lo demás, la importancia en el cumplimiento por parte del Estado Argentino de las obligaciones asumidas internacionalmente al adherir a la Convención sobre los Derechos del niño y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporadas a nuestra Carta Magna en virtud del art. 75 inc. 22, ha sido puesta de relieve en diferentes oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los Tratados Internacionales mencionados contienen disposiciones tendientes a la celeridad de los procesos -con o sin personas detenidas- con mayores o menores de edad imputados -con igualdad ante la ley para todas las personas, por ello se sancionó la ley 24.390 que expresamente en el artículo 9 establece que es reglamentaria del art. 7º punto 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora bien, la referida Convención, no realiza distinción alguna entre mayores o menores de edad, lejos de ello señala en el art. 24 que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, e igual protección ante la ley.» (Ver fs. 284vta./285vta.).

Finalmente, en virtud de la afectación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso y, ante la eventualidad de un fallo contrario a los intereses de su asistido, realizó expresa reserva del caso federal.

El 2 de abril de 2004, el Tribunal Oral de Menores Nº2 concedió el remedio casatorio (Ver fs. 289/vta.).

A fs. 300/301vta. luce agregada la Resolución registro Nº 6885, por la cual mayoría de los miembros de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido al recurso de casación. Así, los Dres. Catucci y Bisordi sostuvieron que *«...esta Sala tiene dicho -por mayoría de votos- que lo dispuesto por la ley 24.390 no se aplica a la internación de menores de 16 a 18 años que han cometido delito sancionado con más de dos años de pena privativa de la libertad (causa Nº 2554, reg. Nº 4486, «Ortiz, María de los Ángeles s/recurso de casación», del 17/07/01; causa Nº 5360, «*D.N. *s/ recurso de casación», del 20/04/04 entre otras, a cuyos fundamentos cabe remitirse en razón de brevedad).* ***4º) Que, a mayor abundamiento y a fin de responder los argumentos expuestos por la defensa****, cabe poner de manifiesto que el tratamiento legislativo de los menores de edad, establecido en su protección conforme lo dicho in re: «Ortiz», no puede erigirse en discriminación ni desigualdad ante la ley en violación de los arts. 2, 7 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por otra parte siguiendo los mismos principios y atendiendo al voto del doctor Bisordi en el antecedente de cita,* ***en punto al tiempo de duración del proceso de menores sustentado en los pactos internacionales, es de recordar que salvo un retardo malicioso o temerariamente desidioso en la actuación del órgano judicial -que no parece hallarse en el caso- es harto difícil descartar que cierta lentitud en el trámite no obedezca, en casos como éste, a la intención del juez de aguardar que el tratamiento tutelar y reeducativo haga su efecto y permita,***

en definitiva, superar la conducta irregular del menor sin otra consecuencia que la aplicación de la medida tutelar y correctiva. En tal situación, pues, la brevedad de la detención, encarcelamiento o prisión del menor *que prohija el art. 37, inc.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño* ***debe compatibilizarse necesariamente con el tiempo que la ley permite mantener la disposición tutelar provisoria a fin de que esta medida asegurativa de carácter educativo rinda sus frutos, cuya mayor o menor extensión dependerá de los avances del período de observación y tratamiento con arreglo a la gravedad de la inconducta en examen y a la reversión de las causas personales que hubieran movido al menor a obrar de esa manera. Sobre la base de la doctrina fijada en el precedente antes mencionado -no confutada en el recurso en examen-*** *la oposición al cómputo de fs. 270 formulada a fs. 272/273 vta. debió ser rechazada de plano.»* (Ver fs. 300vta./301; el destacado me pertenece).

En disidencia, el Dr. Rodríguez Basavilbaso votó por la admisibilidad del recurso de casación remitiéndose a los fundamentos expuestos en su voto en el fallo «Ortiz».

III. c) Recurso Extraordinario

A fs. 303/307vta. se agregó el recurso extraordinario federal presentado por la Sra. Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dra. Laura Beatriz Pollastri.

En esa presentación la defensa se agravió de que la resolución del Tribunal casatorio adolecía de excesivo rigor formal y violentaba las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio. Asimismo, hizo referencia a que la decisión de la Sala había privado a los justiciables del derecho consagrado en los arts. 8, inc. 2º, ap. h, del CADH y 14, inc. 5ºdel PIDCP.

El 30 de agosto de 2004 la Sala I declaró inadmisible el recurso extraordinario federal impetrado.

La mayoría de los integrantes de la Sala sostuvo -por remisión a la Resolución Nº 4604 «Ortiz, María de los Ángeles s/recurso extraordinario», que agregaron al efecto a fs. 311/313, que: *«...la lectura del recurso en examen pone al descubierto que el aludido sustento específico del fallo que ataca no ha sido abordado ni, por cierto, confutado. Y en la medida que le presta base suficiente y autónoma, pronto se advierte que el remedio acerca de cuya procedencia formal debe expedirse la Sala carece de fundamentación bastante, de conformidad con el art. 15 de la ley 48 y la conocida jurisprudencia elaborada por la Corte sobre el punto. Es inocultable, por otra parte, la imprecisión del planteo, pues tan pronto se invoca la doctrina de la arbitrariedad -bien que no se desarrolla en qué consistiría la irrazonabilidad en la inteligencia de las normas que rigen el caso, salvo la expresión de una solución jurídica opuesta a la del fallo- como se echa mano -aun sin un encuadramiento claro de las causales del art. 14 de la ley 48- de la interpretación de la Convención aprobada por la ley 23.849, de cuyo art. 3º -que obliga a atender «el interés superior del niño» el que, según el recurso lo afirma dogmáticamente, estaría sólo constituido, en el caso, por la libertad de la menor- cabría inferir que las normas internas -las de la ley 22.278 y el art. 315 del C.P.P.N.- han sido derogadas por el tratado de mención. Huelga decir que dicho planteo, tal como viene expresado, se halla manifiestamente infundado.» (*Fs. 311vta./312).

El Dr. Rodríguez Basavilbaso votaría, a su turno, en disidencia, propiciando la procedencia del recurso.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

La mayoría de los Jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió coartar a L.L.A. la posibilidad de acceder a la vía extraordinaria, por remisión a un pronunciamiento en el que descartaran el planteo de la defensa por resultar insustancial, impreciso y mal fundado.

Esta elocuente crítica, parece no advertir que recaía en cabeza del órgano jurisdiccional el resguardo y contralor de la regularidad del proceso y de las garantías constitucionales -entre las que sin dudas se erige la defensa en juicio (Art. 18 CN)-. Tal como tiene dicho V.E. *«7°) en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)»* (Expte. Letra «N», N° 19, Libro XXXIX, caratulado *«Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario»*, resuelta el 16 de noviembre de 2004).

La acción positiva que se pretendía implicaba suplir las falencias adjudicadas que, incluso de haber existido, no debieron coartar el derecho al recurso de L.L.A.. Tan cierto es ello que, de detectarse defectos de fundamentación de la entidad relevada por el Tribunal *a quo,* en observancia del derecho de revisión del fallo condenatorio, correspondía nulificar la defensa en aras de resguardar la equidad de armas.

Lejos de ello, el Tribunal se ungió como parte y contradictor en un proceso que sólo exigía su arbitrio y contralor. Así, incurrió en un inadmisible rigor formal al no advertir la urgencia y relevancia del planteo subyacente, al tiempo que vulneró el debido proceso, al introducirse en el fondo del asunto (tal como se destacara en el apartado de antecedentes, en el punto IV de la decisión que coartara el derecho al recurso el Tribunal se introduce en la temática de fondo «*...a fin de responder los argumentos expuestos por la defensa*»), pese a que, conforme la clara directiva del Art. 444 del CPPN, la errónea concesión del recurso impone al Tribunal de alzada «*...declararlo así, sin pronunciarse sobre el fondo».*

Lo cierto, incluso dejando a salvo lo anterior, es que, según lo enfatizara V.E. en el precedente *«Núñez»*, el Tribunal «*incurrió en un inadmisible rigor formal ya que más allá de cualquier imperfección que pudiera advertirse en el intento por acceder a esta instancia de casación, debía ser dejada de lado si mínimamente se hubiera dimensionado la entidad de los agravios que aquejaban a*[l acusado]*...y que con simpleza y claridad venía planteando in pauperis desde su inicio. Sin embargo, lejos de recibir adecuado tratamiento y respuesta, aquéllos sólo fueron adquiriendo nuevas dimensiones a consecuencia de las condiciones de indefensión a la que el imputado estuvo expuesto* –de hecho- a lo largo de todo el proceso».

Sobre el punto sólo resta recordar que V.E. recalcó que *«9°) ... no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. D y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)».*

El resguardo al que me refiero fue receptado por el Comité de Derechos

Humanos de la ONU en los caso *Wright* y *Harvey*; así como en los casos *Henry* y *Douglas*, 6.5; *P. Taylor*, 6.4; U. *Lewis*, 6.6; *Werenbeck*, 9.8; *Daley*, 7.3; *Edwards*, 5.2 (citados por Rolando E. GIALDINO en *«Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002»*, publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, República Argentina, N° 1, 2002, p. 209/10).

Asimismo, fue tratado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 680/1996, Jamaica, 16/9/99 CCPR/C/66/D/680/1996, así como en otros dictámenes: casos N° 734/1997 *«Anthony McLeod c. Jamaica»*, aprobado el 31 de marzo de 1998, párr. 6.3, y 537/1993 *«Paul Anthony Kelly c. Jamaica»*, aprobado el 17 de julio de 1996, párr. 9.5).

En otras palabras, si fuera cierto que la defensa técnica que el Estado le suministró a L.L.A. había actuado tan ineficientemente como el órgano casatorio describió, éste, en salvaguarda de la garantía constitucional de defensa en juicio, debió anular esa labor, que según su apreciación no cumplía con los requisitos mínimos de eficacia y dotar al imputado de un nuevo asistente técnico que desempeñara acabadamente la tarea referida.

En lugar de ello, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal optó por coartar el derecho de revisión del fallo condenatorio, echando mano de los Arts. 465 y 444 CPPN, es decir, sin abrir el contradictorio en la instancia jurisdiccional intermedia, aunque, como se señalara, introduciéndose sobre el fondo de la cuestión, intromisión que –reitero- se encontraba expresamente vedada por la disposición legal citada en último término.

Consecuentemente, el remedio federal de excepción intentado deviene viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional; vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. «*configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce*» (Fallos: 279:40; 297:338 en el pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...» (Fallos: 310:1934).

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el sustrato del planteo revestía una cuestión federal cuya trascendencia no podía soslayarse. La manifiesta arbitrariedad del fallo cuestionado y la posterior clausura del derecho de revisión de sentencia no sólo afectó severamente los derechos de propiedad, el debido servicio de administración de justicia y la garantía de defensa en juicio, sino que habilitó la materialización de un trato disímil en perjuicio de L.L.A. connotado sólo por su condición de menor.

Efectivamente, a la hora de computar el plazo de detención sufrido por mi actual asistido los magistrados entendieron que si bien debía considerarse como tiempo de encierro el padecido durante su etapa minoril, éste no resultaba idóneo a fin de habilitar el privilegio previsto por el art. 7 de la ley 24.390.

Esta construcción ignoró que el principio republicano que debió regir la decisión sólo resulta ensayable asumiendo el dato de la realidad y las características estructurales del ejercicio del poder punitivo que entre otras cuestiones incluye el conocimiento del contexto socio político y material en el que se ha de insertar ese acto de gobierno.

Consecuentemente, resultan inviables razonamientos tales como los sostenidos por los magistrados preactuantes. Decir que no podía aplicarse el cómputo

privilegiado porque la norma sólo remite al régimen de «prisión preventiva» implica desconocer, en abstracto, que las condiciones de detención en los institutos de menores son tanto o más gravosas que las desarrolladas en las unidades penitenciarias de adultos. Y en concreto que L.L.A. estuvo privado de libertad en el Complejo Penitenciario Federal N° 1, dependiente del Servicio Penitenciario Federal donde ingresó en julio de 2002, a los 20 años (fs. 501), extremo que torna aún más alejado del sustrato fáctico la pretensión de negarle al período de «internación» entidad equivalente a la prisión preventiva.

En este sentido, el repaso de la jurisprudencia especializada en el sistema penal juvenil ha dado cuenta de la temática aquí debatida. Y lo ha hecho no solo con solvencia técnica sino además aportando soluciones mucho más compatibles y respetuosas del sistema de garantías constitucionales comunes a todo imputado en causa penal –puntualmente en cuanto refiere al principio de igualdad ante la ley- sino –y particularmente- en el especial marco que ofrece el niño como individuo en formación: «*...debe recordarse que los institutos de menores sufren idénticos –o peores- problemas de superpoblación como los mencionados por el Dr. Bisordi, y que los reglamentos de esos locales, en cuanto a las normas de seguridad y régimen de vida, no difieren de los vigentes en establecimientos carcelarios; la diferencia está dada, en lo material, en que la asistencia de profesionales de las ciencias de la educación y de la conducta tiene mayor incidencia en los institutos de seguridad para menores, que en las unidades carcelarias. Además, los Tribunales de Menores tienen a su disposición gran cantidad de jóvenes detenidos en unidades del Servicio Penitenciario Federal por delitos cometidos antes de cumplir los 18 años de edad, en calidad de menores dispuestos, en los establecimientos destinados a los jóvenes adultos, es decir, aún sin prisión preventiva y bajo el régimen de la ley 22.278, hay menores alojados en unidades penitenciarias, generalmente porque tramitan en su contra, paralelamente, causas como mayores de edad y como menores de 18 años, siendo usual, además, que hayan sido excarcelados como mayores y que permanezcan en esa situación a disposición de los Tribunales de Menores, sin que puedan ser derivados a un instituto del Consejo del Menor Adolescencia y Familia por haber estado alojados en unidades del Servicio Penitenciario Federal. Estas internaciones en establecimientos carcelarios, pero como menores dispuestos, según la posición de quienes sostienen que la internación no puede asimilarse a la prisión preventiva no se computaría a los fines previstos por la ley 24.390, siendo ella a todas luces irrazonable puesto que esos jóvenes conviven con otros que sí estarían amparados por aquella norma»* (voto del Dr. Pablo Jantus, Juez del Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal, en la causa n° 1779/11869 «C, F.S.» decisión del 6 de febrero de 2004, voto mayoritario).

Ahora bien esta exigencia analógica *in bonam partem* no puede justificar su contrario, tal como lo sugiere el magistrado del Tribunal al argumentar que otorgar igual entidad a ambos institutos de detención (cárcel e instituos de menores) exige su correlato a la hora de calificar la conducta del menor que se fuga con violencia, esto es asignarle carácter delictivo y no meramente contravencional como ocurre en la práctica.

Por otra parte, tampoco resulta una explicación eficaz a estos efectos, el amparo jurisdiccional respecto de que la tutela minoril se extiende hasta los 21 años y no fija un plazo de dos años como límite de razonabilidad, extremo que fue reforzado por la Sala Casatoria al indicar que «*salvo un retardo malicioso o temerariamente desidioso en la actuación del órgano judicial -que no parece hallarse en el caso- es harto difícil descartar que cierta lentitud en el trámite no obedezca, en casos como éste, a la intención del juez de aguardar que el*

tratamiento tutelar y reeducativo haga su efecto y permita, en definitiva, superar la conducta irregular del menor sin otra consecuencia que la aplicación de la medida tutelar y correctiva. En tal situación, pues, la brevedad de la detención, encarcelamiento o prisión del menor que prohija el art. 37, inc.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño debe compatibilizarse necesariamente con el tiempo que la ley permite mantener la disposición tutelar provisoria a fin de que esta medida asegurativa de carácter educativo rinda sus frutos, cuya mayor o menor extensión dependerá de los avances del período de observación y tratamiento con arreglo a la gravedad de la inconducta en examen y a la reversión de las causas personales que hubieran movido al menor a obrar de esa manera».

Esta entelequia nada tiene que ver con la exigencia de una resolución judicial rápida -conducta que se proponía incentivar la redacción del art. 7 de la ley 24.390-. Un adecuado servicio de justicia debe resguardar tanto la garantía de juicio previo como la de proceso legal previo, a fin de evitar la aplicación de una pena sin que exista un juicio previo de reprochabilidad, pasado en autoridad de cosa juzgada, así como la presencia de un «*procedimiento previo a la sentencia, supuesto por la ley fundamental tal que, precisamente, le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto a la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitan construir, sobre todo, la premisa fáctica donde apoyar su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación*» (conf. Beloff, Mary; «Niños y Jóvenes: Los olvidados de siempre» en «El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico», Maier, Julio B.J. (comp.), Editores del Puerto, Bs. As., 1993, en Friele, Guillermo Enrique; «Disposición tutelar vs. protección integral de los derechos del niño», en http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/menores2.htm#_ftnref7).

«*… se reconoce a los jóvenes como sujetos de derecho y se les otorga un régimen diferente al de los adultos, teniendo en cuenta el particular momento de su vida por el que atraviesan, signado por su inmadurez psicofísica y su vulnerabilidad. Por ello, gozan de un sistema que toma como base el sistema de garantías que protege a los ciudadanos adultos, y se añaden mecanismos que buscan fundamentalmente propender a la inserción social, dejándose de lado, por ejemplo, los fines preventivos generales de la pena a su respecto. Desde esta perspectiva y dado que no existen discusiones en punto a que corresponde computar los tiempos de internación de acuerdo al art. 24 del Código Panal, considero que también debe aplicarse la ley 24.390 cuando la internación supere los dos años, puesto que, así, se reconoce a los menores un sistema similar al de los adultos (…).* (Tribunal Oral de Menores Nº 1 de la Capital Federal, causa nº 1779/11869 «C, F.S.» decisión del 6 de febrero de 2004).

Negar en el caso puntual un beneficio amparándose en uno de los aspectos más oscuros de la ley minoril – y cuya redacción habilita su declaración de inconstitucional- sólo refuerza la crítica que aquí se señala.

Finalmente, los magistrados preactuantes también yerran al señalar que la aplicación de la ley 24.390 al caso afectaría el instituto de la sentencia firme, limitando el cómputo hasta la fecha de declaración de responsabilidad, porque nuevamente ignoran que no puede soslayarse del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia) la pena, que es la medida del reproche.

De hecho, la previsión del art. 14.5 del PIDCP es clara al distinguir el derecho de revisión del fallo condenatorio del derecho de revisión de la pena impuesta, distinción que aparece confundida -*in malam parte*- en la argumentación que se cuestiona.

Como se advierte ninguno de los argumentos vertidos por los magistrados preactuantes resultan idóneos a fin de justificar una decisión que afecta sin

miramientos el derecho a un trato igual ante situaciones iguales (art. 16 CN), aplica analogía *in malam parte* e ignora pautas de orden internacional que exigen el abandono del ideal tutelar en beneficio del paradigma de la protección integral de los derechos del niño.

«L*as leyes de la «protección integral» comprenden la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pasando a ser obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional. Dichos instrumentos son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de Riadh), y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh). A los mismos se puede agregar la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual viene a completar el concepto de protección integral, en vista de que asegura un mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos de los niños»* (Friele, Guillermo Enrique; «Disposición tutelar vs. protección integral de los derechos del niño», en http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/menores2.htm#_ftnref7).

Este ideario, se traduce en la práctica, según la doctrina mayoritaria, «*en la búsqueda de la máxima satisfacción de sus derechos específicos, reconociéndolo como un sujeto de derecho íntegro ... (y en materia de política criminal) debe reconocer a los niños y a los jóvenes todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales, según las leyes nacionales e instrumentos internacionales que los reglamentan. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y los jóvenes son inimputables. Debe establecer, como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven, un catálogo de medidas alternativas a la privación de la libertad, las cuales se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semi-libertad o internación. (Y) debe determinar que la privación de libertad sea una medida de último recurso, que sólo podrá ser aplicada por el lapso más breve posible y determinando, en todos los casos, su duración en forma absolutamente precisa*. (*Freile, ob. cit).*

«Finalmente, cabe señalar que el mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que la internación o detención debe operar como último recurso y por el más breve lapso posible, no puede tener una extensión tal que lleve a superar los dos años de internación, puesto que ello llevaría a que, en esta aspecto, el régimen de menores sería más perjudicial que el de mayores, circunstancia no admitida por los instrumentos internacionales mencionados» (Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal, causa n° 1779/11869 «C, F.S.» decisión del 6 de febrero de 2004).

Asimismo, no puede dejar de resaltarse que en materia de cómputo deben descartarse, especialmente, los criteros idealistas, alejados de las pautas ónticas. Así lo entendió tanto el legilador, al prever especialmente la aplicación del criterio más favorable al procesado (art 3 del Código Penal), como la jurisprudencia de V.E. al entender derogada la pena de reclusión y su consecunte cómputo desfavorable por no implicar una ejecución diferenciada (Expte. letra «M», N° 447, Libro XXXIX Recurso de hecho. Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado, sentencia del 22 de febrero de 2005).

En el caso, el criterio de realidad reclamado implica el reconocimiento de la modalidad de ejecución minoril como equivalente al de mayores a la hora de asignar valor al tiempo de detención sufrido. Si están tan privados de libertad aquellas personas sometidas a «régimen tutelar» como aquellas sometidas a prisión preventiva, no se sostiene la diferenciación a la hora del cómputo.

«*Con enorme realismo se ha afirmado que* «*sostener a ultranza la diferencia entre la 'internación' y la 'detención', aplicando la primera a los menores y la segunda a los mayores, en mérito a que aquella tiene fines educativos, de protección y de corrección en tanto ésta es una medida cautelar con fines asegurativos, es colocarse de espaldas a la realidad y atarse a eufemismos a los que somos tan afectos los argentinos cuando no queremos llamarle a las cosas por su nombre. Es cierto que legalmente la prisión preventiva como tal, no es aplicable a los menores y que técnicamente estamos frente a situaciones que tienen distinto tratamiento, como fácilmente se aprecia con la simple lectura de las leyes de forma y ley minoril específica. Pero, puede negarse sin caer en cierto grado de hipocresía que el menor internado, está privado de su libertad?. Puede decirse con absoluta seguridad que los menores internados, lo están únicamente para aplicarles medidas educativas para «protegerlos» y para corregirlos, y nunca con fines asegurativos?. La experiencia que, más allá de las finalidades que inspiran la legislación minoril y las normas legales internacionales incorporadas a la Constitución, la realidad del menor muchas veces lleva a prolongar la «internación – detención», más allá de aquellos fines específicos, especialmente cuando se trata de delitos particularmente graves que hacen pensar que el menor se fugará y escapará a la acción judicial, y cuando también se trata de menores con características fuguistas. Por qué razón entonces, excluir a los menores del régimen privilegiado que aquí se ha puesto en tela de juicio si están tan privados de libertad como los mayores, so pretexto de que ellos no son técnicamente «detenidos» con prisión preventiva, sino «internados» con los cual en tal situación de presunta protección terminan por quedar en peor condición que el mayor. Esto parece absurdo y pienso que es fruto de atarnos a conceptos rígidos que concluyen por desvirtuar los fines de la ley. Si el régimen de menores es más benigno que el común, pues entonces no tengamos al menor preso más tiempo que al mayor cuando la situación es la misma. Con ese criterio de «internación no detención», no deberíamos computarle al menor ese tiempo para el cumplimiento de la conducta. Sin embargo, nadie discute que ese lapso es computable. Porqué no entonces el doble cómputo de la ley 24.390? Nada más que porque la ley se denomina 'Plazos de la prisión preventiva' y solo a ella se refiere?*» (Tribunal Oral de Menores Nº 1 de la Capital Federal, causa nº 1779/11869 «C, F.S.» decisión del 6 de febrero de 2004, voto del Dr. Arias).

En otras palabras, hago mías las esmeradas defensas que me precedieron y reafirmo con la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal quien citando el fallo Retamar dijo «*5º) (…) 'que no existe obstáculo para la aplicación de los arts. 1º y 7º de la ley 24.390 cuando el período de internación sufrida por un menor supere el plazo de dos años sin que el tribunal se haya pronunciado respecto de su responsabilidad, siendo esta hermenéutica la que mejor se compadece con una regla esencial en materia de interpretación legal, según la cual, la primera fuente a la que debe acudirse para desentrañar el contenido de una norma es a su propio texto, y éste no excluye de su alcance el régimen de menores. Con cita de la Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, se hizo referencia a la definición de la privación de libertad, interpretada en las reglas –punto 11.b- como «toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se*

permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa y otra autoridad pública'. Asimismo se argumentó que cuando el legislador decidió sustraer de la ley 24.390 a ciertos delitos tipificados en la ley 23.737, frente a la necesidad de combatir el narcotráfico, lo hizo de manera expresa –confr. art. 10- y como reiteradamente lo sostuviera el Alto Tribunal la inconsecuencia o la falta de previsión no deben suponerse en el legislador, debiéndose adoptar una exégesis que concilie a las normas entre sí y las deje a todas con valor y efectos» (del Voto del Dr. Madueño, al que adhirieron los Dres. Fégoli y David).

Ahora bien, resta avocarnos al segundo obstáculo advertido por los Tribunales preactuantes, cual es que aún cuando compartieran la postura de la defensa ella no operaría por el hecho de que L.L.A. haya cumplido en forma interrumpida el período de detención sufrido en su etapa de menor (lo que demostraría que la legislación minoril sería más benigna al admitir egresos). Lo contrario –según criterio de la Dra. Fellini- implicaría beneficiar al menor que por su propia inconducta dilatara los plazos procesales.

Ambos argumentos son precarios. El hecho de que la legislación minoril admita egresos, no quita que L.L.A. haya permanecido durante largos períodos privado de su libertad, saliendo periódicamente una vez a la semana o con pernmisos especiales solicitados por sus familiares (fs. 524).

Pero por lo demás, reafirmando la tesis de esta parte, se han expedido prestigiosos jueces de la instancia jurisdiccional intermedia al señalar que *«A los fines de realizar el cómputo de pena conforme a la ley 24.390 debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa por el menor imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aun cuando el encierro resulte interrumpido, pues la afirmación contraria resulta inconciliable con la letra manifiesta de la norma* (...) E*l criterio utilizado por el tribunal de a quo al efectuar el cómputo de vencimiento de la pena impuesta a Moyano en tanto computo sólo los períodos de encierro sufridos en forma ininterrumpida - no se compadece con una correcta hermenéutica del plexo normativo. En tal sentido, comparto los argumentos expuestos in re 'Enrique' por la sala III de este Tribunal (...) en tanto sostiene que desde antes de la reforma introducida por la ley 24.390, la doctrina y a jurisprudencia han entendido pacíficamente que para la realización del cómputo de pena, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa (o en los procesos unificados) por el imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aun cuando el encierro resulta interrumpido por la fuga del reo o por la concesión de una excarcelación que posteriormente se revoca. Y ello es así, más aún desde la sanción de la llamada ley del «dos por uno», cuyo claro y evidente objetivo es lograr que la aplicación judicial de cualquier clase de medida restrictiva de la libertad se ajuste a exigencias humanitarias que reclaman un derecho penal mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales. Afirmar que para la realización del cómputo de pena conforme la ley 24.390 sólo puede tenerse en cuenta el tiempo de encierro interrumpidamente, resulta inconciliable con la letra manifiesta de la norma (conf. Causa nº 1675, «Enrique, Antonio Manuel s/ recurso de casación», registro nº 304.98.3 rta. el 17/7/98)*» (del Voto del Dr. Madueño, al que adhirieron los Dres. Fégoli y David)» (causa M,CA s/rec. de casación, 5/8/2004, CNCP Sala II).

El argumento de la Dra. Fellini resulta evientemente anacrónico a la luz de la reforma introducida por ley 25.990 que desplaza como secuela de juicio la fuga o rebeldía, por lo que mal podría ser este el criterio rector a hora de asignar un beneficio carcelario tanto más cuanto el plazo excesivo no fue resultado de su extrañamiento (fs. 365).

Finalmente, sostengo mi crítica en el reciente fallo «C.F.S. s/ recurso de casación» en la que el señor juez doctor Raúl R. Madueño, seguido por el resto del Tribunal dijo: «*sobre el tema debatido tengo opinión comprometida en el sentido que reclama la defensa, por cuanto a mi juicio el criterio utilizado por los magistrados de grado, no se compadece con una correcta hermenéutica del plexo normativo. He sostenido con anterioridad que desde antes de la reforma introducida por la ley 24.390, la doctrina y la jurisprudencia han entendido pacíficamente que para la realización del cómputo de la pena, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa (o en los procesos unificados) por el imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aún cuando el encierro resulte interrumpido por la fuga del reo o por la concesión de una excarcelación que posteriormente se revoca. Y ello es así, más aún desde la sanción de la llamada ley del «dos por uno», cuyo claro y evidente objetivo es lograr que la aplicación judicial de cualquier clase de medida restrictiva de la libertad se ajuste a exigencias humanitarias que reclaman un derecho penal mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales. Afirmar que para la realización del cómputo de pena conforme a la ley 24.390 sólo puede tenerse en cuenta el tiempo de encierro sufrido ininterrumpidamente, resulta inconciliable con la letra manifiesta de la norma (conf. «Moyano, Carlos A. s/ recurso de casación», causa n° 5149, reg. n° 6771, del 5/7/2004). A lo expuesto cabe agregar lo señalado, en similar sentido, por Carlos Creus en cuanto a que el juez al realizar el cómputo para declarar la fecha de extinción de la condena, debe excluir de la pena a cumplir efectivamente en el futuro el tiempo pasado en prisión preventiva («Derecho Penal. Parte General», Buenos Aires, 1994, págs. 473/474); y por Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes afirman que cualquier privación de libertad sufrida durante la sustanciación del proceso y antes de la condena, es una pena, lo que hace que deba imputarse a la pena impuesta en la sentencia todo el tiempo cronológico de duración de la pena anticipada («Derecho Penal. Parte General», Buenos Aires, 2002, pág. 943)»* (Causa N° 5335 - «- 22/11/2004 - CNCasación Penal Sala II).

En definitiva, la viabilidad de los planteos deducidos por la defensa preactuante viene a reafirmar la vulneración del derecho de revisión de sentencias en la instancia jurisdiccional intermedia.

Por ello y porque esa vulneración guarda relación directa e inmediata con derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, entiendo que corresponde revocar la sentencia en crisis, hacer lugar al recurso articulado y disponer, por donde corresponda, se dicte una nueva sentencia conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

12. A. Sentencia de la Corte

Por sentencia del 18 de diciembre de 2007 -y con voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda-, la Corte Suprema hizo lugar al recurso de queja.

El juez Petracchi remitió a su ponencia obrante en D. 598. XL («D.N.», en donde abogó por la revocación del fallo apelado en función de ciertos vicios procesales operados en la instancia de casación) en tanto la jueza Carmen Argibay, en disidencia, votó por la inadmisibilidad del recurso en los términos del art. 280 CPCCN.

Luego de citar los antecedentes del caso (considerandos 1° al 3°) sostuvo la Corte: «*4°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito. Que proviene del tribunal superior de la causa, porque se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado a dos leyes nacionales y se contrapone con lo normado en Instrumentos Internacionales, parte de los cuales poseen rango constitucional. En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de garantías de jerarquía de derecho internacional, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional. Asimismo, existe relación directa e inmediata entre las normas internacionales invocadas y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente. 5°) Que a los efectos de clarificar el alcance y contenido que debe darse a las leyes 22.278 y 24.390 a la luz de los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino y en relación con el tratamiento de menores en conflicto con la ley, deberá analizarse la existencia o inexistencia de impedimentos de aplicación de la normativa de referencia a los casos en que el imputado de delito sea un apersona menor de edad. 6°) Que el texto de la ley 24.390 en su art. 10° enumera taxativamente los casos excluidos del alcance de esa ley, y entre ellos no se encuentra la calidad de menor de edad del imputado, por lo que no existe razón suficiente para afirmar que a causas como la presente, no le son aplicables sus previsiones. En realidad, la contradicción principal se encuentra en el alcance dado al término «prisión preventiva» que aparece en el art. 1° de la misma ley, ya que en opinión del a quo, la referencia lo es de manera específica al instituto procesal regulado en el Capítulo VI del Código Procesal Penal de la Nación. En sentido contrario a ese razonamiento, la misma ley en su art. 9° afirma que ella es «reglamentaria del art. 7°, punto 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». Esta Convención, en ese punto declara que «toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez…». De la propia redacción puede inferirse, que el alcance que la ley da al término «prisión preventiva» más amplio que el interpretado por el a quo y se aproxima más a su uso como sinónimo de «privación de libertad». Abona ello el hecho de que ante la privación de la libertad de un adulto, el tiempo transcurrido en detención previo a la imposición de la «prisión preventiva», también se toma en cuenta para el cómputo de la pena. 7°) Que en lo que respecta al régimen especial establecido por la ley 22.278 para los imputados menores, en modo alguno puede calificarse como «más benigno» respecto del sistema penal de adultos, ya que no se trata de situaciones comparables en términos de similitud. Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, y a que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada. 8°) Que esta Corte tiene dicho que «…partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratado sexactamente igual que los adultos...En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además*

derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párrafo 54)» «Maldonado», Fallos: 328:4343). 9°) Que no aplicar las prescripciones de la ley 24.390 a los menores de edad, además de constituir un trato desigual ante la ley entre adultos y menores, en perjuicio de estos últimos, contraviene la normativa contenida en los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino. Tal es el caso de lo normado en los arts. 37, inc. B y 40.2.III de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional); arts. 19.1 y 28.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores y art. 1° y II punto 11 «b» del anexo de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. 10) Que en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el «embuste de las etiquetas». Sobre el tema esta Corte tiene dicho «Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos, así, por ejemplo, los menores no son, por su condición sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son «dispuestos», «internados» o «reeducados» o «sujetos de medidas tutelares». Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctia del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la «libertad ambulatoria», aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias», causa «Maldonado» Fallos: 328:4343). 11) Que de acuerdo a lo expuesto, la sentencia recurrida no ha tomado en cuenta la necesaria articulación entre la legislación nacional y la que proviene de los instrumentos internacionales, interpretando restrictivamente la primera y omitiendo el análisis y la aplicación de la segunda. Ello así, por cuanto el voto que obtiene mayoría en la causa «Ortiz» a la que se hace remisión, solo analiza de manera restrictiva el alcance del art. 1° de la ley 24.390 y el art. 315 del Código Procesal Penal de la Nación, y no da respuesta alguna a los agravios del impugnante referidos al cumplimiento de la normativa internacional. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.»

13) D. 598. XL, «Recurso de Hecho deducido por D.N. en los autos D.N. s/ causa N° 5360 (sentencia del 18/12/2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a) La sentencia de condena. Observación del cómputo

Tras la declaración de responsabilidad penal del 31 de octubre de 2002 y la posterior condena impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad, a raíz de la cual mi asistido fuera condenado a la pena de tres años de prisión y a la pena única de ocho años de prisión, accesorias legales y costas (v. fs. 308/312vta.), a fs. 321/vta. se agregó el cómputo del tiempo en detención sufrido.

Según sostuvo el Actuario en la oportunidad, D.N. había permanecido detenido por espacio de dos años, nueve meses y trece días, de modo que su libertad operaría el 15 de febrero de 2009.

A fs. 322/323 la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Inés Quiroga, observó el cómputo; sostuvo que, de conformidad con lo establecido por el Art. 7 de la ley 24.390 -de aplicación ultraactiva al caso por encontrarse vigente al momento del hecho- correspondía computar privilegiadamente el lapso transcurrido hasta que la sentencia condenatoria adquiriera firmeza, cálculo que arrojaba un total de tres años, seis meses y veintiún días.

A fs. 330/331 vta. se agregó la resolución del Tribunal Oral de Menores que, por mayoría, hiciera lugar parcialmente a la observación del cómputo en tanto, si bien admitió que correspondía el cómputo privilegiado estipulado en la ley 24.390, afirmó

dicho cálculo no procedía con los alcances propiciados por la defensa sino tan solo computando doblemente la internación sufrida de manera ininterrumpida.

III. b) El recurso de casación. Su rechazo

A fs. 335/339 se agregó el recurso de casación articulado por la Sra. Defensora Pública, Dra. Nelly Allende.

En esa presentación la defensa se agravió de la errónea interpretación que de los Arts. 24 del Código Penal y 1 y 7 de la ley 24.390 llevara a cabo el Tribunal de Menores, al practicar el cómputo de detención cautelar sufrida por el justiciable.

Con cita de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal propició la inclusión de la totalidad de los períodos en los que el justiciable permaneció detenido cautelarmente, destacando, en tal sentido, que la ley 24.390 no efectuaba ningún distingo, de modo que no correspondía al operador judicial trazarlos, so pena de invadir ámbitos propios de la actividad legisferante.

La Dra. Allende efectuó reserva del Caso Federal, fundada en la cláusula del debido proceso, defensa en juicio, derecho a la doble instancia judicial así como garantías de índole constitucional e internacional.

Otorgado el recurso (fs. 340/vta.) la Sala I C.N.C.P. resolvió declararlo mal concedido *«...por su manifiesta inadmisibilidad»* (conf. res. Registro N° 6646, del 20 de abril de 2004).

Según sostuvo –por mayoría- el Tribunal *a quo «...lo dispuesto por la ley 24.390 no se aplica a la internación de los menores de 16 a 18 años que han cometido delito sancionado con más de dos años de pena privativa de libertad...4) Que, sobre la base de la doctrina fijada en el precedente de anterior cita –que no es atendida ni confutada en el recurso extraordinario a examen- la oposición al cómputo de fs. 321... debió ser rechazada in totum. Sin embargo, y en acatamiento del principio que veda la reformatio in pejus, habrá que estar a lo decidido en la resolución recurrida, en ausencia de recurso fiscal.»* (v. fs. 351vta.).

III. c) El recurso extraordinario. Su rechazo

A fs. 353/358 se agregó el recurso extraordinario federal articulado por la Dra. Silvia Zelikson.

En esa presentación se agravió la defensa de la resolución por la cual se declarara mal concedido el recurso de casación oportunamente articulado a favor del justiciable, por considerar vulneradas las garantías de revisión del fallo condenatorio, así como de inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso.

Sostuvo, en tal sentido, que al declarar la inadmisibilidad formal del remedio intentado, no se dio oportunidad a la defensa de argumentar, ampliar y mejorar los fundamentos del recurso, de lo que derivó una flagrante vulneración a la cláusula del debido proceso que supuso, a un tiempo, un claro apartamiento de la doctrina de V.E. en el precedente Giroldi.

Apuntó, con cita de la Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990, que la garantía de los derechos reconocidos en las convenciones internacionales sobre derechos humanos supone para el Estado, la obligación de «...tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención les reconoce.», y que, al declarar la inadmisibilidad del remedio oportunamente intentado, la Cámara Nacional de Casación Penal se apartó inopinada y arbitrariamente de la doctrina sentada por el máximo Tribunal de garantías.

Señaló, en abono de la procedencia formal, que incluso cuando los puntos debatidos parecerían remitir a cuestiones de derecho común, ajenas por principio a la instancia extraordinaria, la vulneración al debido proceso verificada como fruto de la carencia de fundamentación de la resolución recurrida despejaba todo óbice formal, tanto más cuanto se privó a la defensa de toda posibilidad de refutar la posición adoptada por la instancia intermedia.

Finalizando su presentación, la Dra. Zelikson desarrolló una serie de argumentaciones, avaladas por prestigiosa doctrina, en las que se corrobora la pretensión defensista en torno a los alcances del cómputo privilegiado, otrora regulado por la ley 24.390, recurso argumental a través del cual dejó establecido cómo la privación de toda intervención de la defensa en la instancia casatoria le impidió abogar por el derecho reclamado en la instancia jurisdiccional intermedia.

A fs. 363 se agregó la resolución por la cual, por mayoría, se declara inadmisible el remedio federal intentado.

Los Dres. Catucci y Bisordi remitieron a la posición asumida al resolver en otro precedente de la sala (Causa «Ortiz, María de los Angeles s/ recurso extraordinario») y lo propio hizo el Dr. Rodríguez Basavilbaso, por remisión a su voto disidente en el mismo caso.

Sin embargo, el repaso del precedente al que remitiera la mayoría, da cuenta de que la defensa recurría en el caso la decisión que, casando la sentencia del Tribunal de Menores a raiz del recurso articulado por la fiscalía, declarara «*...inaplicables a la situación de la menor* [...] *las disposiciones de la ley 24.390.»*

Con las salvedades apuntadas, se reseña a continuación el voto de la mayoría y, de seguido, el de la disidencia en tanto y en cuanto así se ejemplifica claramente el errado criterio conceptual que nutre la decisión cuestionada: «*...2°) Que, entre los fundamentos de la decisión recurrida se encuentra aquél según el cual la compensación que procuraba la ley 24.390 por la excesiva duración de la prisión preventiva de los mayores no se compadece con el régimen penal de menores – ley 22.278- pues en este especial tipo de proceso la instrucción e investigación del asunto debe hacerse en función de la finalidad tuitiva – correccional que prevalentemente le ha sido confiada al juez de menores, por lo que* ***la discrecionalidad que se le otorga a éste 'en el ejercicio de la facultad correctora o reformadora impide que se pueda hablar con propiedad de un derecho del menor al proceso sin dilaciones indebidas'****... Más aún; salvo un retardo malicioso o temerariamente desidioso en la actuación del órgano judicial –que no parece hallarse presente en el caso- es harto difícil descartar que cierta lentitud en el trámite no obedezca, en casos como éste, a la intención del juez de aguardar que el tratamiento tutelar y reeducativo haga su efecto y permite, en definitiva,* ***superar la conducta irregular del menor*** *sin otra consecuencia que la aplicación de la medida tutelar y correctiva. En tal situación, pues, la brevedad de la detención, encarcelamiento o prisión del menor que prohija el art. 37, inc. b) de al Convención sobre los Derechos del Niño debe compatibilizarse necesariamente con el tiempo que la ley permite mantener la disposición tutelar provisoria a fin de que esta medida asegurativa de carácter educativo rinda sus frutos, cuya mayor o menor extensión dependerá de los avances del período de observación y tratamiento con arreglo a la gravedad de la inconducta en examen y a la reversión de las causas personales que hubieran movido al menor a obrar de esa manera'. 3°) Que la lectura del recurso en examen pone al descubierto que el aludido sustento específico del fallo que ataca no ha sido abordado ni, por cierto, confutado. Y en la medida en que le presta base suficiente y autónoma, pronto se advierte que el remedio acerca de cuya procedencia formal debe expedirse la*

Sala carece de fundamentación bastante, de conformidad con el art. 15 de la ley 48 y la conocida jurisprudencia elaborada por la Corte sobre el punto. Es inocultable, por otra parte, la imprecisión del planteo, pues tan pronto se invoca la doctrina de la arbitrariedad –bien que no se desarrolla en qué consistiría la irrazonabilidad en la inteligencia de las normas que rigen el caso, salvo la expresión de una solución jurídica opuesta a la del fallo- como se echa mano –aun sin un encuadramiento claro en las causales del art. 14 de la ley 48- de la interpretación de la Convención aprobada por la ley 23.849, de cuyo art. 3° -que obliga a atender 'el interés superior del niño' el que según el recurso lo afirma dogmáticamente, estaría sólo constituido, en el caso, por la libertad del menor- cabría inferir que las normas internas –las de la ley 22.278 y el art. 315 del C.P.P.N.- han sido derogadas por el tratado de mención. Huelga decir que dicho planteo, tal como viene expresado, se halla manifiestamente infundado.» (sin destacar en el original).

En su voto en disidencia, sostenía el Dr. Rodríguez Basavilbaso: «*2°) Que, cabe señalar en primer lugar, que si bien la decisión impugnada no puede ser tachada de arbitraria, lo cierto es que la cuestión aquí debatida –pretendida aplicación de la ley 24.390 al tiempo de internación sufrido por la menor Ortiz hasta el dictado del pronunciamiento que declaró su responsabilidad- pone en juego el alcance e interpretación que cabe atribuir a la Convención sobre los Derechos del Niño teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el suscripto en el voto disidente de la resolución de la Sala (confr. fs. 65/66 vta.). 3°) Que, por tanto la vía federal intentada es formalmente admisible. Ello es así, en cuanto cumple con los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 y la jurisprudencia de la Corte dictada sobre el particular y la resolución impugnada reviste el carácter de sentencia definitiva ya que decide el pleito y pone fin a la cuestión debatida, y ha sido dictado por el superior tribunal de la causa.»*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. 1. Crítica a la denegatoria. Arbitrariedad. Debido proceso

Contra lo sostenido en la resolución en crisis, el recurso de hecho debió habilitarse.

El repaso de los fundamentos brindados en el decisorio al que remitiera la mayoría del Tribunal intermedio es suficientemente elocuente en tal sentido pues, como quedó expuesto, mientras que en el precedente trascripto se analizaba si correspondía la adopción del cómputo privilegiado en los términos regulados en la ley 24.390, en el caso en estudio se debate únicamente la extensión del cómputo privilegiado.

Es evidente que, incluso a despecho de las consideraciones expuestas en la resolución a la que remitiera la Sala I C.N.C.P. para rechazar la vía intentada –cuestión que profundizaré en el apartado que sigue-, se ha verificado un claro supuesto de arbitrariedad, pues, al suprimir –literalmente- la pretensión procesal de la defensa, sustituyéndola por otra, ajena al sustrato de la causa, el recurso articulado fue rechazado sin fundamento legal de ninguna especie.

El vicio detectado viene así a aventar cualquier reparo formal que pudiera oponerse a la prosperidad de la presente vía, tanto más si se tiene presente que, aún cuando el planteo de la defensa parecería remitir al examen de cuestiones de derecho común, ajenas, por principio, a la competencia extraordinaria de V.E., una visión más detenida del tema permitirá advertir –como lo hiciera el Dr. Rodríguez Basavilbaso en su voto en disidencia- que, en rigor, la defensa ha encauzado su pretensión en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero la entidad del vicio de arbitrariedad denunciado no se agota en la ausencia

de toda respuesta a la pretensión defensista.

Para comprender cabalmente los agravios constitucionales suscitados forzoso es remitirnos al recurso de casación articulado por la defensa de la instancia. Tal como ha quedado asentado en el apartado de antecedentes, los miembros del Tribunal Oral de Menores adoptaron el cómputo privilegiado de la ley 24.390, aunque limitando sus alcances, es decir, sin incluir lapsos discontinuos.

Fue en este marco que la defensa interpuso recurso de casación reclamando el cómputo de la totalidad del tiempo durante el cual D.N. permaneció en prisión preventiva.

La mayoría de los miembros de La Sala I C.N.C.P., por mayoría, declararía mal concedido el recurso por considerar que «*...lo dispuesto por la ley 24.390 no se aplica a la internación de los menores de 16 a 18 años* « y que «*...sobre la base de* [esa] *doctrina...-que no es atendida ni confutada en el recurso extraordinario a examen-* (hace referencia a la doctrina sentada en el precedente *«Ortiz, María de los Angeles s/ recurso de casación»*, sobre la que volvería al rechazar el recurso extraordinario federal) *la oposición al cómputo... debió ser rechazada in totum»*

Algunas observaciones se imponen: es cuando menos paradójico que se achaque a la defensa técnica el no haberse hecho cargo de rebatir una doctrina, sin darle oportunidad procesal idónea al efecto.

La defensa técnica no pudo prever de antemano qué Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal resultaría desinsaculada para resolver el recurso articulado, de modo que era precisamente el trámite regulado en la ley de rito (Arts. 466 y ss. CPPN) el que, garantizando el contradictorio en la instancia jurisdiccional intermedia (y con él el derecho al doble conforme, tal como es concebido por V.E. con criterio invariable desde el precedente «Giroldi» y, cada vez con mayor énfasis, hasta nuestros días – «in re» «Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario» -) le habría dado una oportunidad idónea para rebatir la posición arraigada, bien que por mayoría de votos.

Pero, por lo demás, ¿por qué debía la defensa rebatir una doctrina que no formaba parte de la discusión jurídica habilitada por el recurso?

Cabe apuntar, en este último sentido que, a falta de recurso fiscal, la pretensión llevada a conocimiento de la instancia jurisdiccional intermedia nunca pudo ser truncada, so pretexto de la existencia de una doctrina de esa Sala encontrada con la que fijara el Tribunal Oral.

En ese contexto, a falta de recurso fiscal, el tema a decidir se circunscribía a determinar si, de cara a la aplicación del cómputo privilegiado que estatuyera la ley 24.390, podían seleccionarse únicamente lapsos continuos o si –tal la pretensión de la defensa- se imponía el cómputo de la totalidad del lapso sufrido en prisión preventiva.

Hemos visto que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal optó por omitir la respuesta obligada, exponiendo en su lugar su propia jurisprudencia sobre un tema precluido en la instancia jurisdiccional previa.

Y si bien en esta dinámica el Tribunal *a quo* reconoció encontrarse inhabilitado para reformar la situación del justiciable en su perjuicio, parece no haber advertido que, en las condiciones en que la pretensión llegaba a su conocimiento, se encontraba obligado a sustanciar el recurso -dando oportunidad a la defensa a argumentar en abono de su pretensión- y a resolver el fondo de la cuestión.

Insisto en lo anterior: si el Tribunal de Menores había reconocido el derecho al cómputo privilegiado y si ese derecho no fue controvertido por la parte acusadora, mal pudo la Sala I C.N.C.P. hacer valer su criterio sobre el particular, omitiendo toda sustanciación, sin vulnerar el debido proceso y sin avasallar la garantía de revisión

del fallo condenatorio (art. 8, inc. 2 «h» CADH) y la pena (art. 14.5 PIDCP) impuestas.

Y es que, incluso dejando a salvo su posición sobre el particular, debió el Tribunal sustanciar la pretensión y sólo en esa instancia, resolverla de acuerdo a derecho.

Los miembros de la mayoría resolverían, en definitiva, invirtiendo la dinámica del sistema de derechos y garantías, de suerte que arribamos al siguiente cuadro:

a) Fruto de los «defectos de fundamentación» inopinada y arbitrariamente atribuidos a la asistencia técnica, en lugar de dar oportunidad útil al justiciable para procurar, sea la reparación de las falencias, sea el reemplazo de sus asistentes técnicos, se optó por privar de todo trámite al recurso articulado, en desmedro del derecho de revisión del fallo condenatorio, de raigambre constitucional (Arts. 8, 2 «h» CADH y 14.5 PIDCHP).

b) Cuando la defensa técnica procuró poner de manifiesto estos vicios en el recurso extraordinario federal (oportunidad en la que la pretensión vinculada a los alcances del cómputo privilegiado fue presentada en toda su extensión y con aval de prestigiosa doctrina, así como de pronunciamientos emitidos de otras Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal) el Tribunal *a quo* optó, una vez más, por desconocer de plano la pretensión defensista, remitiendo a un precedente anterior que, como vimos, no se ajusta a la discusión presentada a consideración.

Es así como se advierte la viabilidad de la presente queja pues, en franca y abierta violación al derecho de revisión del fallo condenatorio, la instancia intermedia sustituyó la pretensión defensista por una serie de aseveraciones inhábiles para satisfacer el recaudo de fundamentación y que, por lo demás, impregnadas de la denominada ideología de la situación irregular, devienen contrarias a la vigencia de las normas constitucionales y convencionales con arreglo a las cuales debió resolverse la situación procesal de mi defendido.

De tal suerte, toda vez que la resolución en crisis ha fallado contra la vigencia de normas y principios constitucionales, se reafirma la procedencia formal de la vía intentada, con los alcances oportunamente propiciados por la defensa preactuante.

IV. 2. El voto de la mayoría a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño

Si bien lo expuesto bastaría para restar todo valor a la resolución en crisis, los fundamentos expuestos ameritan algunas observaciones adicionales que corroboran una práctica jurisdiccional lamentablemente extendida –con honrosas excepciones- en nuestro medio, caracterizada por un notorio desapego a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y una simultánea y anacrónica obediencia a la doctrina de la situación irregular.

Puesto que fue esta orientación la que se erigió en justificación del rechazo de las vías recursivas intentadas a favor de mi asistido, se impone el repaso de los fundamentos brindados, tarea que contribuirá a reforzar la viabilidad de la presente queja.

De acuerdo con lo sostenido en oportunidad de resolver en la causa Ortiz, María de los Angeles, del registro de la Sala I de la C.N.C.P., la decisión del Tribunal de Menores, rechazando el cómputo privilegiado en los términos de la ley 24.390 resultaba ajustada a derecho, entre otras razones, porque «*...2°)...la compensación que procuraba la ley 24.390 por la excesiva duración de la prisión preventiva de los mayores no se compadece con el régimen penal de menores –ley 22.278- pues en este especial tipo de proceso la instrucción e investigación del asunto debe hacerse en función de la finalidad tuitiva – correccional que prevalentemente le ha sido confiada al juez de menores, por lo que* ***la discrecionalidad que se le otorga a éste 'en el ejercicio de la facultad correctora o reformadora impide***

que se pueda hablar con propiedad de un derecho del menor al proceso sin dilaciones indebidas'...»

Sabido es que en el marco preconvencional el niño o joven sometido a proceso penal no era considerado un sujeto de derechos sino un objeto protección, construcción edificada a partir del prejuicio de que, por su condición, el menor es básicamente un incapaz.

Principios como el del debido proceso o la defensa en juicio devienen superfluos allí donde el «menor» se encuentre «a disposición» del juez de menores, figura paternalista que concentra, en la ideología de la situación irregular, todos los resortes necesarios para disponer de la vida y los bienes del joven sometido a proceso. Esta descripción –exagerada, como en todo estereotipo- no se diferencia mucho de la afirmación ensayada en el precedente Ortiz acerca de la «discrecionalidad» del juez en la «facultad correctora o reformadora», funciones que desbaratan el «derecho del menor a un proceso sin dilaciones indebidas».

El repaso de la Convención sobre los Derechos del Niño, las directrices que la complementan y los lineamientos sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, dan cuenta de un panorama absolutamente diverso del escogido para la resolución de la presente causa.

Así, desbaratando de plano la idea de que los jóvenes sometidos a proceso penal no tendrían derecho a un juicio sin dilaciones, la previsión del Art. 40, 2 b) iii), CDN estipula: «*los estados partes garantizarán, en particular:...*», b) iii) *«Que la causa será dirimida* ***sin demora*** *por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario a interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales* «

De hecho, la CDN desdice de plano la peregrina idea de que el juez de menores tiene «confiada» una «facultad correctora o reformadora» pues se articula a partir de la idea de que es el niño o joven quien «asume» su propia reintegración, con el auxilio de las autoridades «especializadas» (conf. Art. 40.1 CDN).

La decisión toda resulta inconciliable con los principios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –cuya jurisprudencia debe guiar la de los Tribunales nacionales, tal como lo reconociera V.E. en «Giroldi», entre otros precedentes- en la OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002.

«120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales[1]. A este respecto, la Regla No. 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños:... b) Doble instancia y recurso efectivo 121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta: v) Si se considerare que ?el niño? ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley ?…?.»

Frente a estos principios, los «equívocos» que guiaron el rechazo de la vía extraordinaria se sucederían a lo largo de toda la resolución a la que remitiera el

Tribunal intermedio, por mayoría de votos: «*Más aún; salvo un retardo malicioso o temerariamente desidioso en la actuación del órgano judicial –que no parece hallarse presente en el caso- es harto difícil descartar que cierta lentitud en el trámite no obedezca, en casos como éste, a la intención del juez de aguardar que el tratamiento tutelar y reeducativo haga su efecto y permite, en definitiva,* ***superar la conducta irregular del menor*** *sin otra consecuencia que la aplicación de la medida tutelar y correctiva. En tal situación, pues, la brevedad de la detención, encarcelamiento o prisión del menor que prohija el art. 37, inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño debe compatibilizarse necesariamente con el tiempo que la ley permite mantener la disposición tutelar provisoria a fin de que esta medida asegurativa de carácter educativo rinda sus frutos, cuya mayor o menor extensión dependerá de los avances del período de observación y tratamiento con arreglo a la gravedad de la inconducta en examen y a la reversión de las causas personales que hubieran movido al menor a obrar de esa manera'.*»

No sin observar que, fruto de la ligera remisión con que se resolvió el recurso articulado a favor de D.N. ni siquiera se reparó en que mi defendido fue condenado sin que se esperara el transcurso del lapso autorizado por la ley 22.278 (al momento de la condena D.N. contaba con veinte años de edad, de modo que el tratamiento tutelar podría haberse extendido un año más, dando oportunidad al justiciable de lograr la exención de pena, de verificarse una evolución favorable), lo cierto es que ni la determinación de la responsabilidad penal se relaciona con la integración social a la que el sistema penal juvenil propende, ni puede aceptarse la idea de que, escapando por sobre los postulados del principio de responsabilidad por el hecho, nuestro derecho reconozca y reprima estados peligrosos (me refiero, naturalmente a la referencia a la «conducta irregular», infelizmente deslizada en la resolución en cita).

Pero -y más grave aún- es evidente que al afirmar que la extensión del proceso no importa menoscabo a ningún derecho constitucional del niño, la mayoría de la Sala I CNCP parecer asumir que todo joven «dispuesto» tutelarmente es culpable del delito que se le atribuye, aseveración que, naturalmente, ignora de plano, la vigencia del principio de inocencia.

Esta es, precisamente, la quinta esencia de la doctrina de la situación irregular, y es esta ideología la que primó para resolver la situación procesal de mi asistido.

Enfrentados a este vetusto panorama, cabe recordar los conceptos sentados por la Corte Interamericana en la O.C. 17, ya citada: « *108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva- incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos* ***realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado.*** *Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal «implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales»*[2]*. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños. 110. Es inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente*

aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos [...]*124.Es aplicable a esta materia el artículo 8.2.g) de la Convención Americana, que establece […] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y […] 125. La norma anterior debe leerse en relación con el artículo 40.2 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dicta que 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: […] b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; 126. En igual sentido, la Regla 17 de Tokio señala que Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.»* (sin destacar en el original).

Las restantes aseveraciones vertidas por la mayoría mantendrían incólume la orientación aquí cuestionada: *3°) Que la lectura del recurso en examen pone al descubierto que el aludido sustento específico del fallo que ataca no ha sido abordado ni, por cierto, confutado. Y en la medida en que le presta base suficiente y autónoma, pronto se advierte que el remedio acerca de cuya procedencia formal debe expedirse la Sala carece de fundamentación bastante, de conformidad con el art. 15 de la ley 48 y la conocida jurisprudencia elaborada por la Corte sobre el punto. Es inocultable, por otra parte, la imprecisión del planteo, pues tan pronto se invoca la doctrina de la arbitrariedad –bien que no se desarrolla en qué consistiría la irrazonabilidad en la inteligencia de las normas que rigen el caso, salvo la expresión de una solución jurídica opuesta a la del fallo- como se echa mano –aun sin un encuadramiento claro en las causales del art. 14 de la ley 48- de la interpretación de la Convención aprobada por la ley 23.849, de cuyo art. 3° - que obliga a atender 'el interés superior del niño' el que según el recurso lo afirma dogmáticamente, estaría sólo constituido, en el caso, por la libertad del menor- cabría inferir que las normas internas –las de la ley 22.278 y el art. 315 del C.P.P.N.- han sido derogadas por el tratado de mención. Huelga decir que dicho planteo, tal como viene expresado, se halla manifiestamente infundado.»*.

La exhaustividad en la detección de supuestas deficiencias atribuibles a la defensa técnica que interviniera en el precedente en cita (falencias que, debemos suponer, se han hecho valer en autos pese a provenir de profesionales distintos de los que actuaron en esta causa) acaso haya hecho perder de vista a la mayoría del *a quo* que la índole y alcances de la pretensión de mi asistido en nada se relacionaban con el precedente «Ortíz».

En cualquier caso, la arbitrariedad verificada torna innecesario abundar en

los cuestionamientos que suscita el desarrollo de la presente causa, en cuyo derrotero se vulneraron, en grado creciente, las garantías mínimas reconocidas a todo joven imputado en causa penal.

IV. 3. Acerca de la aplicación del cómputo privilegiado al caso concreto

Puesto que la cuestión ha sido adecuadamente analizada en los recursos articulados por las defensas preactuantes, corresponde remitir -en homenaje a la brevedad- a sus términos, e insistir en el reclamo en punto a que se compute la totalidad de los períodos en los cuales mi asistido se vió privado de su libertad ambulatoria por decisión judicial, no sin señalar que la pretensión asumida por esta parte es la que mejor armoniza con el sistema de garantías constitucionales con arreglo al cual debió regirse el caso, en particular, con el principio *pro homine,* así como con la olvidada previsión del Art. 3 del Código Penal.

Se impone, a la luz de lo expuesto, la revocación de la decisión en crisis, la apertura de la presente queja para que, por donde corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

V. PETITORIO

(...)

13. A. Proyecciones

Al igual que en el caso de «L.L.A.» (y por remisión a ese precedente) la Corte hizo lugar al recurso de hecho. Así pues y bajo la idea del «fraude de etiquetas» el Tribunal ingresó en el tratamiento de cuestiones que involucran principios básicos del esquema penal juvenil convencional. El hecho de que se haya relevado especialmente la falta de tratamiento por parte de los jueces inferiores de los agravios relativos al cumplimiento de la normativa internacional invita a pensar acerca de la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño frente a la inocultable mora legislativa en la sanción de una ley penal juvenil ajustada a sus postulados.

Sabemos que la operatividad de los instrumentos internacionales ha sido reconocida con suficiente amplitud a partir del precedente «Ekmedjian contra Sofovich» (Fallos, 315:1492).

Sin embargo, no existen demasiadas manifestaciones tangibles de parte de Tribunales de menores de nuestro país, en las que se perfile una política de aplicación directa de la CDN.

La casuística de ese instrumento internacional en la enunciación de los principios de *última ratio* y mínima intervención, o en el establecimiento de medidas alternativas a la prisión invitan a introducir y requerir soluciones jurídicas acordes con estas herramientas normativas.

14) «Ernesto Martínez Areco» (sentencia del 25 de octubre de 2005, publicada en Fallos, 328:3741)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

Detallaré los antecedentes del expediente, a fin de cumplir con el recaudo respectivo, si bien me limitaré a los que se relacionan en forma directa con las cuestiones que se formulan, atento su naturaleza eminentemente técnica.

III. 1. Sentencia condenatoria

A fs. 369/77 de los autos principales obra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12 de esta Ciudad, en la que se condenó a mi asistido como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en concurso ideal con aborto por violencia sobre la mujer embarazada (Arts. 79 y 87 CP), a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas.

Los Sres. Miembros del citado Tribunal tuvieron por cierto que: «*Ernesto Martínez Areco, el día 1° de enero de 2002, siendo las 12.00 hs., le quitó la vida a su concubina Adriana del Carmen Bustos, quien se encontraba transitando un avanzado embarazo, para lo cual le produjo varias heridas con un arma blanca, en su cuello y miembro inferior izquierdo, en el interior de la Villa 15 de esta ciudad, frente a la casa n° 216 de la manzana 28... Como consecuencia de ello, a las 12.25 hs. de ese mismo día, se practicó una cesárea a la víctima en el hospital Santojani, falleciendo la niña que llevaba en su vientre a las 22.00 hs., por asfixia perinatal, cuadro provocado justamente por la hemorragia padecida por su madre debido a las heridas de arma blanca antes mencionadas. Dicha criatura era hija del imputado.*»

Tras analizar la prueba producida en la audiencia, el Tribunal consideró «*...comprobada en forma rotunda la materialidad del hecho, pudiéndose afirmar sin lugar a dudas que Adriana del Carmen Bustos fue atacada con un cuchillo – ello sin perjuicio de que el elemento no pudo ser hallado-, puesto que los dichos de los testigos así lo indicaron, y las posteriores constancias médicas lo terminaron de corroborar, que las heridas que le fueron producidas le causaron la muerte por desangramiento y que ello también le produjo la muerte a la criatura por nacer, más allá de que, posteriormente, debido a los denodados esfuerzos de los profesionales, se lograra una débil reanimación y subsistencia artificial de la misma por algunas horas».*

Durante la instrucción y a lo largo de la audiencia de debate se incorporaron pericias y testimonios calificados tendientes a evaluar el estado de conciencia de MARTÍNEZ ARECO, al tiempo del episodio motivo de juzgamiento.

En ese orden, la defensa oficial, basada en consideraciones médico-legales de los peritos intervinientes, invocó la figura atenuada del Art. 81, inc. 1, apartado a) CP, homicidio cometido en estado de emoción violenta, al tiempo que, con fundamento en el relato de uno de los testigos presenciales del hecho, argumentó en función del apartado b) del mismo inciso, esto es, homicidio preterintencional, respecto a la conducta que arrojara como resultado el deceso de la madre (fs. 361/2).

Respecto de la incapaz, impetró la declaración de atipicidad del comportamiento de MARTÍNEZ ARECO, en la medida en que la supervivencia de la neonata, fuera del seno materno, por espacio de diez horas -sin perjuicio del auxilio médico o tecnológico que recibiera- y la concreta existencia de un nombre, demostraban a las claras la presencia de un *«ser que vivió y que falleció»* por lo que, producido el nacimiento, era imposible encuadrar jurídicamente el acontecimiento en la figura de aborto, al mismo tiempo que debía descartarse cualquier atisbo de dolo homicida en el justiciable respecto de su hija ya nacida, hipótesis sugerida por el titular de la acción pública (fs. 361/362).

A pesar de la responsabilidad atribuida y el juicio de reproche finalmente infligido, el Tribunal ponderó las conclusiones que la Junta Médica del Cuerpo Forense hiciera sobre MARTÍNEZ ARECO; así rescató: *«que en el momento del hecho MARTINEZ ARECO tuvo aptitud para comprender la criminalidad del acto (punto 3), dejándose constancia que en cuanto a la capacidad para dirigir las acciones, dadas las características de personalidad del sujeto y las circunstancias que rodearon al hecho, no podía descartarse que hubiera podido presentar una reacción de arrebato u ofuscación emocional que haya interferido con la dirección de su accionar»,* para concluir seguidamente que*: «En consecuencia, la reconstrucción teórica que efectúan los médicos forenses intervinientes en la junta médica, no se compadece con las constancias de autos y por ende cabe coincidir con las partes en que en el momento del hecho Ernesto MARTÍNEZ ARECO pudo comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.(...) En definitiva, resulta notorio que una persona que emprende un ataque homicida como el que terminó con la vida de BUSTOS, no se encuentra realizando una conducta adecuada a los cánones sociales y que, conforme lo explicó el Dr. MAMONE, la misma podría resultar impulsiva. Pero de ninguna manera podemos decir que la ley ampara un caso como el de autos en que no existe razón excusable que justifique este supuesto abrupto emocional sostenido por la Defensa del encausado.»* (fs. 373vta./5vta.).

Al momento de mensurar el «quantum» punitivo el Tribunal evaluó, como atenuante, «*que no tiene condenas anteriores, que tendría hábitos laborales y el trastorno de personalidad que presenta con internalización de una modalidad*

anómala de resolución de conflictos, con tendencia a la impulsividad...». En cuanto a las agravantes, ponderó la naturaleza de la acción desarrollada y el medio empleado, la calidad de concubina de la occisa, su juventud y el hecho de que estaba embarazada de una niña hija del justiciable, con el que también tenía otros descendientes (fs. 376/vta.).

III. 2. Recurso de casación. Su rechazo

A fs. 380/393 se agregó el recurso de casación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, fundado en la causal regulada en el inciso 2 del Art. 456 CPPN.

En primer lugar, postuló la nulidad de la sentencia en los términos del Art. 404, inc. 2 CPPN, en la medida en que la misma *«carece de una fundamentación válida, dado que el Tribunal efectuó una valoración que puede ser calificada como arbitraria de los elementos probatorios ...»* . A su vez, con sustento en la misma norma e idéntica pretensión nulificante, atacó la individualización de la pena en virtud de la *«defectuosa fundamentación»* concretada por el Tribunal.

En relación al primero de los argumentos, sostuvo que el Tribunal calificó la conducta de mi pupilo como homicidio simple, debido a que entendió que no se había acreditado plenamente la existencia de un estado de emoción violenta cuando, en realidad, debió haber privilegiado esta última hipótesis, en tanto no se la pudo descartar de manera concluyente, en estricta aplicación del principio del *favor rei*.

Cuestionó así, la fundamentación que el Tribunal efectuara de las pruebas, constituyendo aquella un requisito de validez de la sentencia. Estimó que su soslayo o insuficiencia, sumada a la falta de contestación a los planteamientos concretados por la defensa, tornaban nula la sentencia.

Con referencia a la arbitraria fundamentación del *quantum* de la pena, sostuvo la existencia de argumentos contradictorios y omisiones importantes.

Entre los primeros incluyó el hecho de que, si bien la determinación de la pena constituye un poder discrecional a cargo del Tribunal de mérito y, en principio, insusceptible de ser cuestionada en la instancia casatoria, procede materializar el control en relación a la evaluación que de los artículos 40 y 41 CP realiza el sentenciante. En tal sentido citó: *«El Juez es libre de determinar la pena que considere adecuada dentro de los límites del tipo legal que se adecua a la conducta que motivara la celebración del juicio, siempre dentro de las pautas establecidas en el artículo 41 del C.P., gozando de la facultad de apreciar las circunstancias del caso, siendo sus conclusiones irrevisables en casación... en tanto no se las impugne denunciando la omisión, con infracción de las reglas de la prueba, en el cómputo de algún motivo de atenuación o la indebida consideración de alguna circunstancia agravante.»* (De la Rúa, Fernando, *«El Recurso de Casación»*, Ed. Zavalía, p. 313).

Señaló, sobre este ítem, con apoyo en los precedentes *«Chocianowicz, Víctor»*, *«Silva, Gerardo»* y *«Trotti, Gustavo Rafael»*, de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que *«los agravios vinculados con el tema de la individualización de la pena no admitirían su canalización por la vía de la alejada violación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1° del C.P.P.N., sino por la de la procesal (inc. 2° del mismo artículo) en tanto se atribuya al pronunciamiento recurrido la tacha de arbitrariedad o absurdo, pués en este caso lo controlable en casación es la falta de motivación del fallo o su motivación contradictoria, (art. 404 inc. 2° del C.P.P.N) supuesto que la Corte Suprema de Justicia dela Nación ubica como causal definida de arbitrariedad de sentencia, según su conocida elaboración jurisprudencial en la materia.»*

Se hizo hincapié en el precedente *«Silva»* donde, con cita en precedentes de V.E., se alude a una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la defensa en

juicio, cuando la sentencia se sostiene en *«afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa»* (Extpe Letra V, n° 324, Libro XXII, *«Villarreal, José Alberto s/unificación de penas»* del 22/3/1988), agregando que *«no sólo es deber de los jueces fundamentar por qué consideran responsable de un hecho al imputado sino además, por qué le corresponde por él una determinada pena y no otra.»* (Expte. Letra V, N° 252, Libro XXII, *«Vallín, Roberto José s/recurso de queja»* del 19/12/91).

Invocó también la norma supra-legal contenida en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la expresa mención a la revisión de la pena por una instancia jurisdiccional superior.

Por último, el defensor cuestionó el soslayo de la pauta atenuante que importaba la condición anímica de MARTÍNEZ ARECO en el momento de presentarse detenido: *«en un estado emocional crítico –de llanto y angustia- se aceró a la Comisaría que debía intervenir y se entregó inmediatamente después de ocurrido el hecho, confesando el homicidio que había cometido».*

El Tribunal resolvió, a fs. 394/5, no hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Sostuvo, que la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado que «*corresponde al Tribunal de mérito examinar la procedencia verificando si concurren en la especie los requisitos formales exigidos por la ley, esto es, determinar la existencia de una cuestión que por su naturaleza autorice la vía extraordinariamente ensayada, pudiendo incluso avanzar sobre las condiciones de admisibilidad, impidiendo el progreso del trámite cuando de su estudio surga la improcedencia...».*

Apuntó, en definitiva, que tanto para la pretendida arbitrariedad de la sentencia cuanto para la ausencia o parcial fundamentación del monto de la pena, *«la defensa pretende introducir una valoraclón propia de las pruebas del debate que resulta absolutamente ajena a la materia del recurso casatorio»* al que reputa de «*naturaleza extraordinaria restringida y formal».*

Contra dicho pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de queja por casación denegada (ver fs. 446/67), reeditando las motivaciones que originariamente lo llevaran a ocurrir en procura de la instancia superior.

Afirmó que «*El recurso de casación tenía por objeto plantear la nulidad del fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12, por contener un vicio en su fundamentación, que causa su invalidez conforme a lo previsto en el art. 404, inc. 2° del Código Procesal Penal, a la vez que se subsume también en un tipo de arbitrariedad de sentencia, ...se dirigía también a cuestionar la motivación defectuosa que el Tribunal desarrolló al individualizar la pena impuesta a Martínez Areco, afectando garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional)*»

Cuestionó la actividad de los jueces de grado quienes, en su pronunciamiento denegatorio, excedieron el límite de sus potestades jurisdiccionales, limitadas a la evaluación de la admisibilidad formal de la presentación, en la medida en que dicha extralimitación importó decidir sobre el fondo del remedio intentado, pretendiéndose introducir, de tal forma, un nuevo requisito de admisibilidad. Así, se sostuvo que el Tribunal, al avanzar sobre el límite consistente en la apreciación de los requisitos formales de admisibilidad del recurso y decidir respecto de lo acertado o no de los cuestionamientos de la parte, se había convertido en juez de su propia sentencia.

Remitió a la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a partir de la reforma del año 1994, puntualmente a través de la manda del Art. 75 inc. 22 CN, que elevan a un sitial de privilegio a las normas que garantizan la defensa en juicio y el debido proceso, en la especie, los

Arts. 8.2 h de la CADH y 14.5 del PIDCP.

En esa orientación, el Dr. Iglesias resaltó que *«La legislación procesal ha contemplado un remedio –el recurso de casación-, que es la vía establecida para que se satisfaga el derecho a la doble instancia en materia criminal. Es éste el único remedio establecido en la legislación procesal penal de la Nación y que necesariamente debe resultar adecuado, y por ende ser interpretado ampliamente, a riesgo de incumplir compromisos internacionlaes asumidos por el Estado Argentino».*

Finalmente, hizo reserva de caso federal, ante la eventual vulneración al derecho al doble conforme jurisdiccional de su asistido.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió no hacer lugar al recurso de queja intentado, al tiempo que tuvo presente la reserva de caso federal.

Para tal decisorio, a tono con el tribunal inferior, aseguró que la Defensa había encausado su planteo *«dentro del marco de las divergencias con la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante, sin hacerse cargo de la concatenación lógica realizada en la sentencia entre cada uno de los elementos evaluados, los que por el contrario, la parte ataca de manera fragmentada y aislada...».*

Respecto al cuestionamiento de la falta de fundamentación del *quantum* punitivo expresó que *«el Tribunal de mérito aplicó un monto punitivo fijado dentro de la escala penal regulada para los delitos sobre los que recayó condena, y que más allá de las circunstancias que aisladamente atacó la Defensa, el sentenciante tuvo en cuenta diversos atenuantes y agravantes, expresamente diferenciados entre sí.»*

III. 3. Recurso extraordinario. Su rechazo

Tras el rechazo, el Sr. Defensor Oficial interpuso el recurso extraordinario que luce agregado a fs. 479/506/vta., donde insistió en el cercenamiento que la resolución cuestionada infligía, al derecho de todo inculpado de un delito de recurrir el fallo condentario ante un tribunal superior.

Con cita de precedentes de V.E. sostuvo que: *«si bien las cuestiones relativas a la interpretación de las normas procesales son ajenas a la instancia extraordinaria, tal principio reconoce excepción cuando la declarada improcedencia de una apelación puede restringir indebidamente el derecho de defensa y causar la frustración del derecho federal que asiste al interesado. Esta regla ha sido aplicada por el Tribunal para evitar la consagración de un exceso ritual, que no se compadece con el adecuado servicio de la justicia, es decir, cuando la aplicación de los preceptos procesales excede los límites que impone la garantía de la defensa en juicio, la cual requiere se brinde a los interesados ocasión adecuada para ser escuchados en sus razones.»* (Fallos 304:474).

El Sr. Defensor alegó que su recurso, en modo alguno, intentó efectuar una nueva valoración de las pruebas producidas sino, antes bien, cuestionar la manera arbitraria y defectuosa utilizada por el Tribunal de grado para merituarlas y que tal función revisora le está legalmente discernida a la Cámara Nacional de Casación Penal.

La vulneración a los derechos del justiciable no resistía embate desde que la propia Corte reconoce en sus precedentes la valoración de los agravios que se relacionan con los hechos y las pruebas cuando se encuentran afectadas garantías constitucionales, por lo que, con más razón, debe hacerlo la Cámara Nacional de Casación Penal.

Así, se señaló que el rechazo al derecho a la segunda instancia podía [y debe] ser tildado de arbitrario, conforme el desarrollo de la jurisprudencia de V.E. (que más adelante se abordará) toda vez que la omisión del tratamiento del fondo de

los reclamos, aplicando un excesivo rigor formal en el análisis de la competencia de la Sala, consolidaba una violación a la defensa en juicio del justiciable

El 10 de julio de 2003 la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto (v. resolución registro N° 5027, obrante a fs. 511/2 del Expte. que corre por cuerda). Sostuvo que: *«el recurso extraordinario instado por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 no puede superar el análisis de admisibilidad formal que corresponde a este Tribunal…puesto que se encuentra ausente materia federal que habilite el cauce pretendido…»* para continuar, refiriéndose puntualmente a la pretensión de la defensa consignó: *«…la defensa itera las argumentaciones que dieron contenido a su anterior quehacer recursivo y se duele de la decisión de esta Sala que denegó el recurso directo, con estricto sostén en el derecho procesal aplicable a estas actuaciones, materia que, por regla, se halla excluida del ámbito de conocimiento del máximo Tribunal.»*

Concluyó argumentando que *«…no corresponde tampoco acceder a la vía impugnaticia ejercitada por aducirse una presunta afectación de la garantía de la doble instancia, puesto que el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior que asiste a toda persona inclulpada de un delito no impone condiciones de procedibilidad para los recursos, ni establece cuáles deben ser éstos. Ello, por cuanto dichas cuestiones que implican reglamentar el ejercicio de tal garantía en el ámbito nacional se mantienen sujetas a la legislación interna de cada país signatario de la norma internacional constitucionalizada que la reconoce...»*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable.

La resolución denegatoria de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, debo admitir, mantiene un hilo conductor absolutamente coherente con el desandar de estas actuaciones, a partir de la imposición de la sentencia condenatoria que, en primera y única instancia, se pretende, arbitrariamente, reputar definitiva.

En efecto, los motivos que aduce el *a quo* para rechazar la vía extraordinaria no hacen sino incurrir en el mismo vicio de autojuzgamiento que se adjudica al Tribunal Oral interviniente en la anterior instancia.

Bajo el pretexto de la inadmisibilidad formal del remedio intentado por la defensa, se postula que el quehacer recursivo ocurre por el rechazo que la decisión anterior de la sala causara a la defensa, decisión materializada *«con estricto sostén en el derecho procesal aplicable»*.

Este juicio valorativo del propio acto, no hace sino evidenciar lo que vengo sosteniendo. La Sala niega el recurso puesto que –sostiene- su evaluación al tiempo de rechazar la queja fue procesalmente acertada. El Tribunal Oral niega el recurso de casación puesto que la interpretación y valoración de los hechos y pruebas realizado en juicio fue, nuevamente a su criterio, el correcto. La coherencia para privar de doble instancia al justiciable luce incuestionable.

El recurso de casación intentado por el Sr. Defensor Oficial no solo cuestionó por arbitraria la sentencia de mérito y criticó la falta y/o anómala fundamentación (Arts. 40 y 41 CP) del monto de la sanción impuesta a MARTÍNEZ ARECO sino que ya desde esa instancia alertó del peligro que el rechazo de la vía recursiva importaría, de cara a la garantía constitucional del doble conforme jurisdiccional; este argumento, mencionado como un riesgo latente, es materializado por el

Tribunal Oral al denegar el recurso y reeditado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal al rechazar, sucesivamente, la queja y la vía extraordinaria.

Por cierto que la defensa no persiguió -ni persigue- que V.E. se avoque al conocimiento de los hechos, valore las pruebas y aplique el derecho, sino que, lo que aquí se ha invocado -y se advierte inequívocamente a poco de iniciarse la lectura de cualesquiera de los escritos presentados- es la concreta afectación de la garantía de la defensa en juicio, puntualmente en lo que atañe al doble conforme jurisdiccional. Va de suyo que, jamás se hubiese arribado a esta instancia de haber cumplido con su cometido el Tribunal intermedio.

Contraviniendo inveterada doctrina de esa digna Corte, los miembros de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, al denegar del recurso extraordinario federal interpuesto, se aferraron a una concepción en extremo acotada de los alcances de la vía impugnativa, que, proyectada a la resolución de cualquier caso abstracto, importaría tener por no escritos los artículos 14 y 15 de la ley 48.

Va de suyo que, a partir de la reforma de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, a través del inciso 22 del Art. 75 CN, ya no puede quedar duda alguna del alcance que debe revestir un recurso para cumplimentar los requisitos reclamados por los Art. 8. 2. h CADH: *«derecho del inculpado de delito de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior»* y 14.5 del PIDCP: *«derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior»*

V.E., en el precedente *«Giroldi»* (Fallos: 318:514) afirmó que la *«jerarquía constitucional»* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente y que, para la Corte Interamericana *«garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1. de la Convención».*

La resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, lejos de responder a la problemática constitucional introducida, se limitó a exponer su particular visión de los alcances de la garantía de revisión del fallo condenatorio (nótese que la cita de los precedentes jurisprudenciales es de la propia sala), ignorando por completo las argumentaciones esgrimidas por la defensa preactuante.

Pero, si la omisión de todo tratamiento en torno a los variados cuestionamientos opuestos, resulta de por sí objetable, a la luz del deber de fundamentación inherente a decisiones jurisdiccionales como la que se analiza, los escasos fundamentos brindados, a poco que se los confronte con la rica jurisprudencia que, sobre la materia, ha desarrollado V.E. a partir del citado precedente *«Giroldi»*, terminan por confirmar la viabilidad de la presente queja,

De acuerdo con la tesis de la Sala, *«el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior no impone condiciones de procedibilidad para los recursos, ni establece cuáles deben ser éstos (...) dichas cuestiones que implican reglamentar el ejercicio de tal garantía en el ámbito nacional se mantienen sujetas a la legislación interna de cada país signatario de la norma internacional constitucionalizada que la reconoce».*

Lo que no ha explicado el *a quo* son las razones por las cuales, en el caso puntual, pudo coartarse válidamente la revisión del fallo condenatorio cuando, como quedó expuesto, la defensa había recurrido la sentencia de condena ateniéndose, precisamente, a las pautas reglamentarias existentes.

Esa falta de determinación no resulta en modo alguno secundaria si tenemos presente que, llamado a establecer la compatibilidad de previsiones similares a las de nuestro Art. 456 CPPN, con el precepto convencional del Art. 14.5 PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que el régimen recursivo español resultaba incompatible con la garantía examinada: *«11.1 El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho de revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.»* (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 69ª período de sesiones, celebrado entre el 10 y el 28 de julio de 2000, referido a la denuncia presentada contra el Reino de España por Cesario Gómez Vázquez).

La arbitrariedad de la decisión en crisis se advierte así, sin necesidad de abundar en mayores consideraciones sobre el punto, tanto más si tenemos en cuenta que la jurisprudencia constante de V.E. y los informes y jurisprudencia emanados de los organismos de protección de los derechos humanos en el ámbito regional, se han enrolado decisivamente en la línea de razonamiento precedentemente citada.

En este aspecto, basta citar la doctrina del caso Maqueda, y el Informe de la Comisión Interamericana referido a Juan Carlos Abella (N° 11137, del 18 de noviembre de 1997).

En el primero, el recurso fue conceptualizado como *«...un medio establecido a favor del inculpado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de la garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.»* (CIDH, Informe 17 del 9/2/94, citado por Daniel Rafecas en «*El recurso extraordinario federal y su influencia sobre el recurso de casación. Panorama frente al cambio de siglo»,* publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Casación, N° 1, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 177).

Al interpretar los alcances de la garantía de revisión de condenas, la Comisión ha dejado fuera de toda duda que la satisfacción del precepto supone una *«oportunidad»* procesal para ejercer la defensa, para *«controlar»* y *«criticar»* la sentencia, instancias, todas estas, que no resultan compatibles con el procedimiento adoptado en el caso.

Reafirmando la tesis sostenida por esta parte, se expidió la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 230, del 9 de diciembre de 2002, al señalar: «*La resolución de la cuestión suscitada requiere traer a colación la doctrina sentada en el Pleno de este tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de setiembre (FF JJ 9 y 19; reiterada posteriormente en las STC 197/2002, 198/2002 y 200/2002 de 28 de octubre y 212/2001, de 11 de noviembre) sobre la exigencia de respetar, en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal.»*

La posición sustentada por el *a quo* termina completamente descalificada, al recordar el análisis llevado a cabo por la Comisión Interamericana en el caso Abella, ya citado, en el que se trazó idéntica correspondencia a la que realizara el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto del sistema español: *«...Un*

aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales... El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa (cons. Nro. 252)». Y más adelante: *«...La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insalvable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas»* (parágrafo 261) Asimismo, ha considerado que **por ser el recurso de casación *«...una institución jurídica que... permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h. de la Convención en tanto no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso.»*** (Informe 24/92, 2/10/92; Informe 55/97 del 18/11/97; el destacado me pertenece).

Cabe observar, en sintonía con esta orientación, el tono crítico adoptado por V.E. en Fallos: 321:494 (Considerando 5°), al destacar el exceso ritual en que incurriera el Tribunal superior de la causa –en el caso, la Cámara Nacional de Casación Penal- en el tratamiento de cuestiones propias de su competencia; llegando a advertir cómo ese celoso rigor podría importar una arbitraria renuncia de la misión que competía a la instancia intermedia (voto de los Sres. Ministros Dres. Fayt y Petracchi, Considerando 9°).

En reciente jurisprudencia V.E. reconoció la existencia de cuestión federal y la necesidad de revocar el pronunciamiento impugnado, por encontrarse en juego la vigencia de la garantía de la doble instancia jurisdiccional. En el dictamen del Sr. Procurador General, al que adhirió V.E., se reconoció que el derecho a la doble instancia supone *«...la posibilidad de acceder a una revisión plena del acto jurisdiccional* [tal como se reconociera en] *la doctrina desarrollada por V.E. en Fallos 318:514; 320:2145; 322:2488 y F. 787. XXXVI. In re «Felicetti, Roberto y otros s/ revisión – causa N° 2813-» (sentencia del 21 de diciembre de 2000).»* para concluir que el: «...*apartamiento de tan claros precedentes del Tribunal, sin jurisdicción expresa, se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660, 1821; 321:2294 y 3201). Tal circunstancia basta para descalificar el pronunciamiento apelado, pues la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial referida, importa una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional válido (F. 127. XXXIV. In re «Fiscal c/García, Sixto Fernando», resuelta el 30 de junio de 2000), tornándola en arbitraria... Por otro lado, la actitud adoptada desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso (en el caso era de casación) no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con*

relativa sencillez al tribunal, examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (Informe 24/92, «Costa Rica», del 2 de octubre de 1992, en especial parágrafo 30)» (C. 1566. XXXVI RECURSO DE HECHO Caric Petrovic, Pedro; Fernández de Caric, María; Caric Fernández, Andrés Alejandro; Sargenti, Alejandro José y Durán Acevedo, Valeria Alicia c/ Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Ángel», rta. 28/5/2002).

El contraste de estos principios y desarrollos teóricos con la posición sustentada por el *a quo* reafirma, reitero, la viabilidad de la presente queja.

Habida cuenta de que las alegaciones involucraban la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, del debido proceso penal, de revisión del fallo condenatorio y del principio de legalidad, nos encontramos ante la primera causal de arbitrariedad –conforme la sistematización de Genaro R. y Alejandro D. Carrió en *«El Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema»*, que puede incluso catalogarse –cuando, como en el caso, un tribunal se abstiene de pronunciarse sobre puntos conducentes para la efectividad de los derechos controvertidos- como un supuesto de privación de justicia. (v. Fallos 212:561 citados por Carrió, op. cit. T. I, Tercera Edición actualizada, Tercera Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 65 y ss.)

Por lo expuesto, a la luz de la sabia doctrina de V.E. que afirma que: *«Existe cuestión federal, si se ha cuestionado la inteligencia de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas»* (Fallos: 324:975), solicito haga lugar a la presente queja y ordene a la Cámara Nacional de Casación Penal el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

14. A. Sentencia de la Corte y comentario

Con el voto de los jueces Zaffaroni y Maqueda, la Corte declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la resolución recurrida. Por su parte, los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Argibay y Lorenzetti remitieron a sus respectivos votos recaídos en el precedente «Casal» de Fallos, 328:3399.

A continuación se transcriben los considerandos en los que el voto de la mayoría avanzó en la línea de «Casal» puntualizando los alcances de la materia revisable.

«*36) Que en el caso que nos ocupa, el tribunal a quo rechazó el recurso de casación, al considerar que la defensa intenta ingresar en temas de valoración de la prueba para determinar el juicio de subsunción en la figura de la emoción violenta, como así también en el procedimiento de individualización en concreto de la pena, materia que es propia de los tribunales de juicio, y en principio ajena al ámbito cascinal, excepto en supuestos de extrema arbitrariedad. Estos argumentos, a todas luces demuestran, que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación efectuada por el tribunal inferior en grado restringe el alcance del recurso de casación, en tanto no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la parte, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Casación tratara los agravios expuestos por el recurrente, ya que la inmediación no impedía examinar*

el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, tanto para desechar la posibilidad de aplicación de la emoción violenta y del in dubio pro reo, como así tampoco impedía revisar la fundamentación realizada al determinarse la clase y cuantía de pena a imponer en el caso. Por ende, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación efectuada en la sentencia impugnada, no sólo se contrapone con las garantías internacionales mencionadas, sino que tampoco condice con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda su discusión en el ámbito casacional.»

Si bien la Corte Suprema ya se había expedido sobre la interpretación de la garantía de revisión del fallo condenatorio en el caso «Casal», en «Martínez Areco» ahondó en los alcances de la materia revisable para incorporar dos institutos procesales de suma importancia.

El primero, referido a la mensuración de la pena y el segundo -reafirmando la doctrina sentada en «Casal»- abarcó al razonamiento lógico expresado en la sentencia, el procedimiento de valoración probatoria y la vigencia del principio *in dubio pro reo*.

15) «Garrone, Angel Bernardo» (sentencia del 6 de marzo de 2007, publicada en Fallos, 330:393)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. NULIDAD DE LO ACTUADO. DOCTRINA DEL PRECEDENTE «MALDONADO, DANIEL ENRIQUE»

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a) La sentencia condenatoria

A fs. 265/275vta. obran agregados los fundamentos de la sentencia del 3 de marzo de 1994 dictada por el disuelto Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia letra «D», Secretaría Nº 8 de la Capital Federal (absorbido por el Juzgado Nacional de Instrucción Nº 49, Secretaría Nº 207), que condenó a Ángel Bernardo Garrone por considerarlo coautor del delito de robo en poblado y en banda reiterado –dos hechos- en concurso ideal con lesiones leves el primero de ellos, a la pena de 3 años de prisión en suspenso, accesorias legales y costas.

El Sr. Juez dio por acreditado el primer hecho motivo de acusación en tanto que: «*…el día 25 de octubre de 1990, siendo aproximadamente la hora 1.15 mientras Gustavo Ramón Rivero viajaba en un tren del Ferrocarril Belgrano, desde la estación Aristóbulo del Valle hacia Retiro, y cuando el convoy partía desde la estación Scalabrini Ortiz, fue abordado por Jorge Cesar Baez, Raúl Alberto Perez, Marcelo Guillermo Insaurralde y Ángel Bernardo Garrone, quienes le exigieron la entrega del dinero que portaba en ese momento y al carecer del mismo, lo despojaron de un paso de naipes marca «Joker», para luego obligado a descender del transporte, ocasionándole lesiones de carácter leve.*» (cf. fs. 267 vta.).

Además, el sentenciante tuvo por probado que: «*…en el día referido, los procesados Jorge Cesar Baez, Alberto Perez, Marcelo Guillermo Insaurralde y Ángel Bernardo Garrone, mediante similar «modus operandi», relatado en el*

considerando que precede, y siendo aproximadamente la hora 2.40, desapoderaron ilegítimamente a Orlando Ramón Olmedo de siete casetes con temas musicales, en circunstancias en que viajaba en la misma línea, desde Retiro hacia la estación Don Torcuato, y a pocos minutos de haber partido, para posteriormente ser obligado a descender en la estación Saldías del Ferrocarril Gral. Belgrano.» (ver fs. 270vta).

Al momento de mensurar la pena a imponer al GARRONE, el Sr. Juez de sentencia refirió que: *«…tengo en consideración las características, modalidades y consecuencias del obrar de los encartados, el perjuicio ocasionado, sus respectivas edades, el nivel de instrucción que posee cada uno de ellos, las conclusiones de los respectivos informes ambientales agregados en sus legajos de personalidad,…, la excelente –respecto de Isaurralde y Garrone- y mala –con relación a Baez y Perez- impresión que me formara de ellos en las audiencias de conocimiento personal celebradas a fs. 248, 249, 252 y 256, y los demás índices de mensuración que determinan los artículos 40 y 41 del Código Penal. Tales pautas me persuaden de que la pena a imponer a los encartados Insaurralde y Garrone no se efectivice sino que sea dejada en suspenso en los términos del Artículo 26 del Código Penal, teniendo en cuenta además el tiempo ya sufrido en detención por ambos encausados, por lo que resulta inconveniente reintegrarlos a la vida carcelaria a ya largo lapso de sus respectivas solturas, pues es factible que hayan logrado su reinserción laboral y orientado su vida por carriles honestos, conforme me lo hicieran saber en las audiencias con ellos mantenidas…»* (fs. 272vta./273)

b) Los recursos de apelación de la defensa y del fiscal

Tanto la defensa oficial como el Representante del Ministerio Público Fiscal recurrieron la sentencia de mérito. Cabe destacar que el Sr. Fiscal actuante, Dr. Quantín, presentó como único motivo de agravio el monto de la pena impuesta a GARRONE.

Por su parte la defensa aseguró que la sentencia adolecía de arbitrariedad en tanto la misma no contaba con un desarrollo lógico de las razones por la que se había arribado a un fallo condenatorio. En esa línea, se argumentó que los elementos de prueba reunidos durante el proceso resultaban insuficientes para asegurar que GARRONE había participado en los hechos tal como se habían dado por probados. La defensa concluyó que, ante la evidente falta de respaldo probatorio, el sentenciante había incurrido en severos vicios lógicos que derivaron en la aparente fundamentación a la condena en crisis.

El día 27 de abril de 2005, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional decidió rechazar el recurso impetrado por la defensa oficial y admitir el libelo interpuesto por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal (cf. fs. 667/668).

En primer lugar respondieron al recurso interpuesto por la defensa de GARRONE, afirmando que: «…*las pruebas acopiadas al legajo resultan ser harto suficientes como para justificar la condena asumida, a poco se observe que las manifestaciones de las víctimas en ambos hechos los cuales tuvieran un mismo modus operandi sindicaron a los acriminados en autos como los autores de los episodios denunciados, a lo que se suma el secuestro de los efectos de los damnificados en poder de los integrantes del grupo, lo cual aunado a las restantes evidencias a que se hace expresa mención en la sentencia recurrida imposibilita cualquier duda al respecto.»* (fs. 667)

En el siguiente párrafo los integrantes de la Sala VII analizaron el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público Fiscal. Así, los magistrados consignaron que: *«…en lo atingente al reclamo del Dr. Quantín, debo*

decir que su planteo me parece absolutamente legítimo, a poco se repare la simultaneidad con que los enjuiciados perpetraran los dos atracos, y la gravedad con que en uno de ellos lo consumaran, arrojando a un hombre del tren a toda marcha, mientras lo golpeaban salvajemente, lo cual me lleva a propiciar la elevación de la pena a imponérsele a cuatro años de prisión. Nada debo decir respecto de la calificación escogida que merece mi plena adhesión.» (ver fs. 667 el resaltado no corresponde al original).

Más adelante, el voto concurrente del Dr. Piombo añadió que *«...la responsabilidad que se atribuye al encausado Garrone surge indudable de la prueba que el Sr. Juez a quo ha valorado con acierto y total apego a las normas rituales. Así, la firme imputación de las víctimas cuya descripción, en el caso de Rivero permitió al personal policial lograr la individualización y posterior detención de aquél junto con sus consortes de causa, en consonancia con el resto de la prueba a la que hace mención el Dr. Bonorino Peró, me llevan a adherir a su postura, así como también en lo relativo a la elevación de la pena propuesta por el Dr. Quantín, habida cuenta la correcta calificación de la conducta desplegada, y en concordancia con las pautas mensurativas impuestas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, con el grado de responsabilidad, la peligrosidad evidenciada, y el antecedente que registra (fs. 602) cuya sanción habrá de ser unificada con la impuesta en esta causa, vueltos que sean los autos a la primera instancia.»* (fs. 667vta., el subrayado me pertenece)

c) El Recurso extraordinario federal

A fs. 691/697 luce agregada la fundamentación del Recurso Extraordinario interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Sergio A. Paduczak, quien contestó la vista conferida a raíz de una presentación directa de GARRONE. La defensa técnica se agravió, en lo que aquí respecta, de que la resolución de la Sala VII adolecía de arbitrariedad por falta de motivación suficiente.

En tal sentido y luego de remarcar la desmesura de la cuantía punitiva escogida, el Sr. Defensor adujo que el fallo de la Cámara de Apelaciones no había tomado en cuenta los diversos elementos subjetivos que sí habían sido ponderados por el sentenciante.

El día 30 de junio de 2005, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto.

A tales efectos, adujo, pues, el *ad quem* que: *«...si bien incumbe al Máximo tribunal juzgar sobre la existencia o no de arbitrariedad, ello no exime a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, prima facie valorada, cuenta, respecto de cada uno de los agravios que la originan, con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad (Fallos: 215:199; 310:1014 y 2122, entre muchos otros). Así las cosas, el recurso a estudio ha demostrado que los agravios resultan ineficaces para habilitar la vía intentada, ya que remiten al examen de cuestiones fácticas y de prueba, materia de exclusiva valoración del sentenciante y ajena –como regla y por su naturaleza- al remedio del artículo 14 de la ley 48, sin que a criterio de esta Sala, se advierta un supuesto de excepción que justifique la apertura de la instancia extraordinaria. Ello es así, en razón de que el Tribunal analizó la prueba valorada por el magistrado de la causa y de su conjunto resaltó –entre otras cuestiones-, que las víctimas señalaron a los incriminados como los autores de los episodios denunciados, a lo que se suma el secuestro de los efectos de los damnificados en poder de los integrantes del grupo; conclusiones que no pueden ser desacreditadas con la mera disconformidad con*

lo resuelto y apoyado en el personal punto de vista del recurrente, porque en definitiva, debió demostrar el error de hecho o de derecho del fallo lesivo a los interese del imputado. Por otra parte, tampoco es procedente el reclamo que se vincula con el monto de la pena impuesta, porque la pretensión no suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que los artículos 40 y 41 del Código Penal no contienen bases taxativas de fijación sino que dejan librada ésta, dentro de los límites normativos, a la apreciación discrecional de los magistrados en el caso concreto, y en el sub examine, han sido aplicadas dentro de los márgenes mínimos y máximos establecidos por la ley para los delitos por los que se condenó al imputado (Fallos: 315:319), razón por la cual, la mera disconformidad sin indicar el apartamiento a los topes legales, es demostrativo de la insuficiencia del agravio planteado en relación a este tópico. En consecuencia, como reiteradamente señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de la arbitrariedad tiene carácter excepcional e impone un carácter restrictivo para analizar su procedencia, en cuyo caso, no basta la sola invocación de una hipótesis diferente, la mera disconformidad o la aislada mención de normas constitucionales, porque para su procedencia es necesario que las resoluciones recurridas prescindan inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezcan de una absoluta falta de fundamentación (Fallos: 308:1041; 310:1707; 311:346, entre otros), lo que no se aprecia en el sub lite, ni tampoco demostró el impugnante. Lo contrario importaría abrir una nueva instancia ordinaria en los casos en que las partes consideren equivocadas o desacertadas las decisiones de los jueces de la causa, lo que resulta ajeno a la naturaleza del recurso federal (Fallos: 290:95; 302:1564; 304:267, entre muchos otros).» (vid fs. 701/vta.)

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

Contrariamente a lo sostenido en el auto en crisis, el recurso extraordinario federal debió ser habilitado.

En este sentido, el desarrollo argumental realizado en por el Dr. Paduczak, permite advertir que los cuestionamientos erigidos no se circunscribieron a una genérica tacha de arbitrariedad, sino que transitaron un cuestionamiento constitucional muy concreto que, por lo demás, se ajusta a los parámetros sostenidos por V.E. en la materia.

Así, incluso antes del criterio sentado al resolver en el caso «Martínez Areco» (v. Considerando 36° *in fine* a cuyos términos remito en homenaje a la brevedad), V.E. tenía dicho que «*...si bien, de acuerdo con la doctrina del tribunal, el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones, que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 306:1669; entre otros), cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:948, 2314, 2402 entre otros). Que con dicho alcance, la* ***cuestión federal*** *sometida a estudio es apta por la vía intentada, toda vez que el tribunal de la instancia anterior sólo explicó el incremento de la sanción sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento en lo que refiere a la* ***individualización de la pena*** *(Fallos:315:1658); y que no fue posible merced a una consideración fragmentaria y aislada de las pautas a valorar. Que si bien el tribunal a quo*

mencionó que hizo aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, ello es sólo aparente; pues no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar. Que de tal forma, puede afirmarse que ha sido soslayado el derecho que tiene todo procesado para que en la fijación del monto de la pena, sean incluidos aquellos aspectos que hacen a su atenuación...Desde este punto de vista, resulta adecuada la valoración... [que] tuvo en cuenta todos aquellos aspectos de esencial importancia para arribar a una correcta solución...; no sólo atendiendo a la naturaleza de la acción y de los medios empleados, la extensión del daño y el peligro causado, sino también, aquellos vínculos a la personalidad del inculpado, como la edad, educación, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir -entre otros- circunstancias que demuestran la mayor o menor peligrosidad y que en definitiva se traducen -en el caso- en la determinación de no someterlo a un régimen de penado, para el futuro... [y así la] deficiente valoración de los elementos a tener en cuenta, que permitió de esa forma arribar a un resultado arbitrario -conforme lo ya señalado- aparece como un caso de significativa gravedad, en tanto importa disponer el encierro de los enjuiciados; aspecto éste de suma relevancia, teniendo en cuenta la falta de fundamentación de tan gravosa medida, que excede el marco propio de la finalidad perseguida en la condena» (15-7-97, caso «Miara, Samuel y otra»; Fallos: 320:1463).

De ahí que corresponda elevar a consideración del máximo Tribunal de garantías el estudio de la cuestión, no sólo por la significación que el reproche adquiere en el caso puntual, sino también en virtud de una alarmante tendencia inflacionaria que de seguro no pasa inadvertida a V.E., en franco desdibujamiento de la función política de la noción de bien jurídico.

Sobre el particular, tiene dicho V.E.: «*...son incompatibles con la Constitución las penas...que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.»* (Fallos: 314:424, Considerando 8°).

Me permito recordar aquí que en primera instancia se había condenado a GARRONE a la pena de tres años de prisión en suspenso.

Para ello, se tuvo en cuenta no sólo la naturaleza y modalidad de los hechos, sino también los rasgos de personalidad del encausado conocidos de primera mano por el Sr. Juez de sentencia merced a haber mantenido una entrevista personal con el justiciable.

Más de **diez años después** de dictada la primera condena y a casi **quince años** de iniciada la causa, sin siquiera dar cumplimiento a la audiencia *de visu* impuesta por la ley sustantiva (e indispensable no sólo con arreglo a la doctrina de V.E. en el precedente «Maldonado» sino, particularmente, teniendo en cuenta el prolongadísimo lapso transcurrido) la Cámara de Apelaciones incrementó sustancialmente el reproche, sobre la base de consideraciones ora insuficientes, ora vedadas a su conocimiento, según una correcta inteligencia del principio que proscribe la *reformatio in pejus*.

Cabe observar, en tal sentido, que el incremento del monto de la sanción tuvo lugar sobre la base de pautas objetivas, sin detenerse a fundar cuáles serían las subjetivas que, en valoración conjunta con las anteriores, habrían de justificar el aumento de pena. Y esto resultaba estrictamente necesario cuando de la lectura del expediente surge que la misma Sala había confirmado la excarcelación bajo caución real que fuera concedida a GARRONE el 10 de diciembre de 1990 (ver fs. 11 del incidente de excarcelación respectivo); que mi defendido permaneció en prisión preventiva más de cuatro meses; y que al momento del dictado de la sentencia de primera instancia el proceso llevaba más de tres años de duración.

Pero, más allá de lo apuntado, los integrantes del Tribunal ad quem adicionaron argumentos descalificantes de su propia cosecha.

Con estos nuevos elementos negativos, inesperadamente incorporados en la instancia de revisión (concretamente: «...*la simultaneidad con que los enjuiciados perpetraran los dos atracos, y la gravedad con que en uno de ellos lo consumaran, arrojando a un hombre del tren a toda marcha, mientras lo golpeaban salvajemente...*»), se perfeccionó, de manera flagrante y sorpresiva, una nueva e igualmente severa violación al derecho de defensa en juicio, pues se modificó en perjuicio de GARRONE el sustrato objetivo sobre cuya base se mensurara originariamente la pena.

Recuerdo aquí que la sentencia de 1º instancia describió el segundo episodio juzgado afirmando que la víctima había sido «...*obligado* (a) *a descender en la estación Saldías del Ferrocarril Gral. Belgrano».*

Sin que el Sr. Fiscal presentara cuestionamientos sobre el particular y excediéndose así en la competencia asignada, el Tribunal de apelación no sólo incrementó significativamente la pena impuesta sin siquiera recibir al justiciable en audiencia personal sino que lo hizo a partir de consideraciones que importaron alterar la plataforma fáctica consolidada por la falta de recurso de la fiscalía.

Observo aquí que las alegaciones de inocencia esgrimidas por esta parte nunca procuraron cuestionar la existencia del hecho punible. Lo cierto, en cualquier caso, es que incluso cuando a título argumentativo diéramos por cierta tal hipótesis, lo cierto es que ella tampoco habría habilitado la competencia del Tribunal para perjudicar la situación procesal del justiciable, de acuerdo con los postulados del principio que proscribe la reforma peyorativa.

De esta forma, entiende esta parte que el único camino procesal posible a fin de restaurar las garantías constitucionales violentadas, es el acceso ante V.E., férreamente clausurado por la Sala VII de la Cámara de Apelaciones.

Si bien las consideraciones expuestas alcanzan para establecer la viabilidad del presente recurso, entiendo indispensable efectuar algunas consideraciones adicionales.

En este sentido, la valoración de la pretendida «peligrosidad» de GARRONE, a los efectos de acrecentar la pena individualizada, también suscita agravio federal, puesto que su apelación genera contradicción con los principios de reserva, legalidad y *ne bis in idem*.

Cabe agregar que en lo que a la utilización del elemento «peligrosidad» se refiere es claro que su valoración remite, ora a supuestas «prognosis criminales» inasibles, ora a características personales del imputado que se pretenden utilizar en su perjuicio.

Ninguna de ambas inteligencias resultan constitucionalmente admisibles.

La primera, toda vez que remite a un ejercicio de futurología penal carente de base empírica asible y controlable que, por consiguiente, abre la puerta a la discrecionalidad judicial. Y la segunda, dado que su pretensión de reprochar

características físicas del justiciable o institucionalizaciones anteriores, a la par de violentar los principios de legalidad, reserva, culpabilidad por el hecho y *ne bis in idem*, legitima una confusión absoluta entre moral y derecho, propugnando, en suma, el retorno a una cosmovisión punitiva impropia de un estado secularizado.

Es que calificar a un ser humano como «peligroso» y a partir de lo expuesto legitimar un mayor rigor punitivo implica, en definitiva, imprimirle a aquél el trato de «cosa», y más específicamente, el de «cosa causante» (Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, 2° ed., Buenos Aires, 2002, p. 673 y ss.). Tal circunstancia trae como consecuencia una subversión absoluta de la propia antropología constitucional, toda vez que racionaliza un entendimiento determinista del ser humano (cf. Niño, Luis Fernando, *La libertad y el derecho penal*, en AAVV, «Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier», Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 913 y ss.). No en vano, hace ya varios siglos, Emmanuel Kant afirmaba que lo que separa a una persona de una cosa es precisamente, su capacidad de autodeterminación (cf*. Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizarraga, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1873, pp. 32-33), de modo que por ello, mal una sentencia judicial puede justificar el acrecentamiento de la cuantía penal, utilizando un pretendido cartabón que niega esa rudimentaria base antropológica.

Cabe enfatizar que cualquier fundamento con el que se aspire a legitimar la agravación de la pena por «peligrosidad» resulta censurable a la luz del principio de culpabilidad, puesto que el objeto del reproche, de acuerdo a un liberal entendimiento de aquél, nunca podrá estar constituido por el pronóstico de pretendidas conductas delictivas futuras, como así tampoco, por las características personales del incuso. En el sentido indicado, tiene dicho Zaffaroni que: «*la culpabilidad por la conducción de la vida es el más fino esfuerzo llevado a cabo para reprochar el carácter o la personalidad, obviando la objeción de que con ello se reprocha el equipo biológico y los mismos genes, aunque en ese esfuerzo se traicione a Aristóteles y se haga caso omiso de la legalidad, todo ello sin contar con que semejante idea parece responder a una omnipotencia sin límites, toda vez que pretende una función divina, al querer juzgar (reprochar) la existencia misma de un semejante. Este supuesto concepto de culpabilidad es casi aterrador, pues parece un incidente del juicio final, desprendido y resuelto por adelantado, mucho más arbitrario que la vieja peligrosidad positivista*» (cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Comentario de «Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo» de Francisco Muñoz Conde*, en «Nueva Doctrina Penal», 2003/A, p. 356).

Como conclusión de todo lo ya sostenido, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –cuyas decisiones resultan sino obligatorias, al menos orientativas para todos aquellos estados que le han reconocido competencia, cf. Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 183 y ss.)- tuvo oportunidad de sostener en fecha reciente que: «*el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía* (...) *En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la*

calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención» (caso «Fermín Ramírez vs. Guatemala», del 20/6/2005, considerandos 94 y 96, destacado en el original).

En esta línea de razonamiento, no puedo pasar por alto que en fecha muy reciente, V.E. anatematizó la utilización de la peligrosidad como pretendido elemento de agravación. Así pues y en palabras textuales, dijo esa Corte que: «*La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia ese concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto*» (cf. C.S.J.N. *in re*: «Maldonado, Daniel Enrique» del 7/12/2005).

V. OTRAS CONSIDERACIONES

Con arreglo a la doctrina sentada por ese Tribunal en el precedente *«Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario»*, entiendo indispensable -a los fines del acabado ejercicio de mi ministerio- ahondar en cuestiones que, aunque no se integraron explícitamente al debate de las instancias previas, resultan consustanciales con la protección de derechos humanos elementales, cuyo incumplimiento podría hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional.

Como consecuencia de la impugnación de la sentencia realizada por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, la Cámara del Crimen agravó la respuesta punitiva originaria, condenando al incuso a la pena de 4 años de prisión.

En este contexto, cabe afirmar que el recurso acusatorio en perjuicio del imputado implicó someter a este último a un riesgo cierto y real de ser perseguido nuevamente por un hecho ya juzgado, como así también a un indebido agravamiento de las condiciones originarias de la condena dictada.

Así pues y para comenzar el análisis, no puede pasarse por alto que reconocerle al agente fiscal la posibilidad de interponer un recurso en perjuicio del encartado, luego de la realización del juicio originario, importó legitimar un entendimiento notoriamente falsificado del derecho al recurso.

Es que tal derecho, lejos de estar establecido en «*favor de la ley*» como antaño se ha pretendido (Cf. Pastor, *La nueva imagen de la casación penal: evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 38 y ss.), constituye un verdadero derecho subjetivo del justiciable. Derecho al fin, que impone como requisito de licitud de una condena su revisión integral por parte de otro tribunal diferente de aquél que la dictó originariamente (*doble conforme*).

No es vano recordar que el recurso del condenado ha sido reconocido como un verdadero derecho humano por parte de los instrumentos internacionales correspondientes; reconocimiento, pues, cuya tutela institucional ha sido reforzada

en fecha reciente por V.E. (Cf. CSJN *in re*: «Casal, Matías Eugenio» y «Martinez Areco, Ernesto»).

Si el recurso contra la condena está redefinido normativamente como un derecho humano, y por tanto, tutela al justiciable, no se comprende el motivo por el cual la legislación infraconstitucional le confiere al acusador público (estado) una potestad de estas características. Como correctamente se ha sostenido, ese reconocimiento implica legitimar un verdadero «efecto boomerang» de las garantías que tutelan a la persona humana (Cf. Rey, Sebastián, *¿Efecto «boomerang» de las garantías?,* en «Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal», N° 18-19, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 521 y ss.).

En fecha reciente, tal línea interpretativa ha sido expresamente defendida por parte de la Sra. Jueza Angela Ledesma en su voto en disidencia *in re*: «Chabán, Omar Emir» del 24/11/2005. Así pues y en palabras textuales, adujo la Sra. Jueza que: «*Definida como viene la suerte de la cuestión planteada, sólo me resta insistir en que en el caso no existe cuestión federal que habilite la intervención de esta Cámara Nacional de Casación Penal. Ello, por las siguientes razones:* ***La primera, vinculada con la intervención del Ministerio Público Fiscal, toda vez que no le asiste constitucionalmente el derecho al recurso****, establecido en los arts. 8.2h (C.A.D.H. y art. 14.5 P.I.D.C.y.P. (art. 75 inc. 22 C.N.), conforme expresamente lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente* ***'Arce'. Allí, se sostuvo que '(...) la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional****.»* (Cf. C.N.C.P., Sala III *in re*: «Chabán, Omar Emir» del 24/11/2005, voto en disidencia de la Dra. Angela Ledesma, destacado agregado).

Así las cosas, es claro que los organismos públicos (estado) no son titulares ni de derechos subjetivos, ni de derechos humanos (Cf. Gordillo, Agustín, *Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado*, en «La Ley», 1997-F, p. 696).

A diferencia de lo que sucede con los particulares, en donde *todo lo que no está prohibido está permitido* (19, 2° párrafo, Constitución Nacional), los representantes del estado sólo pueden actuar válidamente, dentro del ámbito competencial que tanto la ley como la Constitución les asignan. Es claro que no son titulares de ningún derecho, sino a lo sumo, de competencias normativamente regladas.

Ahora bien, podría afirmarse que la legislación procesal al haberle reconocido al acusador estatal la posibilidad de recurrir la sentencia que lo «agravie», delimitó normativamente su propio ámbito de competencias.

El problema es que tal delimitación entraña el riesgo latente de que sea utilizada para perjudicar los derechos humanos de los imputados (verdaderos destinatarios de los derechos y garantías). Si ello así, y tal como sucedió en este caso, pues entonces el reconocimiento de dicha facultad bien podría ser calificada como inconstitucional y por lo tanto, constitutiva de un agravio federal a los efectos del recurso extraordinario.

En el sentido indicado, la más prestigiosa doctrina de nuestro país tuvo oportunidad de manifestar que: «*Parece armonioso y recomendable -a más de conocido en el Derecho procesal penal comparado: juicio por jurados- evitar el recurso del acusador, público o privado, contra la sentencia, en busca de una decisión que revoque la absolución y condene, o de una condena más grave que la impuesta en el primer juicio, pues la facultad bilateral de recurrir la sentencia, tanto del acusado como del acusador, logra en la práctica, tolerar un regressus ad*

infinitum, que no es necesario pero sí es posible. A la par de ello, la concesión al acusador de la facultad de recurrir un fallo adverso le otorga, indebidamente, una segunda posibilidad de obtener la condena pretendida, esto es, significa, materialmente, un bis in idem, y coloca al condenado en situación de riesgo condenatorio por segunda vez, cuando ya ha sorteado el juicio. Así, lesiona el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (ne bis in idem), por todos conocido. (…) *Para que la organización de justicia no resulte colapsada y porque, en cumplimiento de principios prexistentes (ne bis in idem y prohibición de la reformatio in peius) y reglas de racionalidad (evitar un regressus in infinitum), yo postulo también —quizás con alguna excepción que ahora no viene al caso— la imposibilidad de que el acusador, el Estado o la fiscalía, recurra la sentencia, aspecto que reducirá notablemente la tarea de los tribunales que deben apreciar la seriedad de los recursos interpuestos*» (Cf. Maier, Julio B. J., *Tres lustros después*, mimeo, pp. 1-2, pp. 7-8, destacado agregado; *íd*., *Derecho Procesal Penal*, t. I, «Fundamentos», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 705 y ss).

Sentados esos elementales puntos de partida, resta analizar en lo que sigue los motivos por los cuales la interposición del recurso acusatorio en perjuicio del justiciable, posibilitó racionalizar los principios de *ne bis in idem* y *reformatio in pejus* cuya tutela constitucional, cabe recordarlo, ***sólo*** está establecida en favor de éste último.

Así pues y en esta senda, expresó Maier que: «*Todavía existe otra prohibición principista que, si se concede la facultad de recurrir la sentencia al acusador, queda vacía de contenido material:* ***se trata de la prohibición de reformatio in pejus, pues se deja en las manos del acusador tornarla inoperante con el ejercicio de la facultad para recurrir la sentencia (mero valor formal)***» (Cf. Maier, Julio B.J., *Tres lustros después*, *mimeo*, p. 2, destacado agregado).

Si se afirma que el único titular del derecho al recurso es el condenado, reconocerle a un órgano del estado la posibilidad de utilizar ese mecanismo institucional en perjuicio del primero y para colmo de forma tal de agravar la respuesta condenatoria originaria, importa, en resumidas cuentas, quitarle cualquier funcionalidad real al principio que proscribe la *reformatio in pejus*.

Bastaría, pues, con la mera exteriorización de la voluntad recursiva fiscal para neutralizar el valor hermenéutico de tal elemental principio. Cabe recordar que -según se sostiene- la prohibición aludida, ni siquiera cede en aquellos supuestos en los cuales tanto el imputado como el agente fiscal recurran la sentencia, de modo que ello, a la par de lo expuesto, implica establecer un aberrante privilegio en favor del estado que ni siquiera es el titular de los derechos subjetivos en juego, sino antes bien, el principal obligado a satisfacerlos.

La confusión jurídica -e incluso filosófico política- que ello trasunta, permite afirmar que la prohibición de *reformatio in pejus* rige sólo en aquellos casos en los cuales el imputado recurra exclusivamente o el agente fiscal lo haga en su favor. Ahora bien, cuando el imputado recurra y también lo haga el fiscal, la cosmovisión criticada legitima la neutralización del real valor garantista de la *reformatio in pejus*.

No puedo dejar de reiterar que dicha solución, a la par de establecer un indebido privilegio en favor del estado, torna plausible legitimar un entendimiento puramente formal del principio en cuestión. El *sub lite*, resulta una buena muestra de cuanto se viene afirmando, máxime si se tiene el consideración el extensísimo lapso transcurrido desde la sentencia de 1° instancia.

Por último, el recurso acusatorio impetrado en perjuicio de GARRONE importó racionalizar un correcto entendimiento de aquél principio liminar del

procedimiento penal que impide la múltiple persecución por un mismo hecho (*ne bis in idem*).

Sin perjuicio de ello, podría objetársenos que tal violación, en este caso en particular no ha existido, toda vez que el recurso fiscal no pretendió transformar una absolución en una condena, sino antes bien, una condena más leve en otra más gravosa.

No obstante lo expuesto y acudiendo nuevamente a las enseñanzas de Maier, cabe replicar a tal objeción que: «*Conceder recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella, significa sin duda, una nueva instancia, que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena de 'primera instancia', es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado (…)* ***De manera idéntica sucederá si el fiscal recurre a una sentencia condenatoria, leve en su opinión, para transformarla en otra más grave y logra éxito, pues, respecto de esa concreta condena lograda, ella es la primera condena***…» (Cf. Maier, Julio B.J., *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, en Abregú, Martin; Courtis, Christian (comps), «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 415-416 y nota 15, subrayado en el original, destacado agregado).

Es claro que el acusador estatal contó con una chance para lograr la satisfacción del propio contenido de su pretensión punitiva. Emitida la primera sentencia de condena, tal pretensión debió quedar naturalmente agotada, por un elemental respeto a la proscripción de *double jeopardy*.

Es por ello que la interposición del recurso en perjuicio de GARRONE implicó un *bis in idem* para este último, toda vez que tornó plausible que el acusador estatal redoblara sus chances originarias y de ese modo agravara la situación del encartado.

En este sentido, cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso «Green vs. US» de 1957 (U.S. 355, 184) tuvo oportunidad de sostener que: «…***es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aún cuando la absolución puede aparecer como errónea***» (Citado por Bertelotti, Mariano, *El principio ne bis in idem desde una perspectiva histórico-comparada*, en Edmundo Hendler (comp.), «Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado», Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 125, nota 59, destacado agregado).

Asimismo, V.E., mediante el voto de disidencia de los Sres. Jueces Enrique Petracchi y Gustavo Bossert, sostuvo en el precedente «Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771» del 7/5/1998", con cita expresa de la Corte Suprema de los Estados Unidos que: «… *cuando un recurso acusatorio contra una absolución puede originar procedimientos que violan la cláusula del non bis in idem, el recurso en sí mismo carece de un objeto válido [has no proper purpose]. Conceder una apelación así, frustraría el interés del acusado en obtener la finalización de los procedimientos en su contra. Por lo tanto, el Superior Tribunal [de Pennsylvania] sostuvo correctamente que* ***la cláusula del non bis in idem*** *impide la apelación acusatoria contra la sentencia de absolución no sólo cuando de ella resultaría un segundo juicio,* ***sino también cuando la revocación se pudiera traducir en 'ulteriores procedimientos de alguna clase, tendientes a la resolución de cuestiones de hecho referentes a los elementos del delito imputado'*** (..) ***Por lo tanto, cualquiera sea la forma de reducir a conceptos al juicio de reenvío, lo cierto es que -en casos como el presente-, para el imputado absuelto, aquél constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero,***

en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo. Ello es suficiente, pues, para que la garantía del non bis in idem impida al Estado provocarlo» (considerandos 12º y 14º, destacado agregado).

Por las consideraciones expuestas, reafirmo que el recurso acusatorio interpuesto en perjuicio de GARRONE suscita cuestión federal de enorme trascendencia a los efectos del recurso extraordinario, de modo tal que ello debiera conducir a V.E. a declarar la admisibilidad y ulterior procedencia del libelo aquí impetrado.

VI. PETITORIO

(...)

15. A. Sentencia de Corte

Con voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni la Corte resolvió declarar procedente el recurso por remisión a lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal.

En disidencia, los jueces Fayt, Argibay y Lorenzetti declararon inadmisible la queja en los términos del art. 280 CPCCN

En su dictamen, el Dr. González Warcalde apuntó: *4. En mi opinión, el a quo incurrió en una valoración arbitraria de los elementos causídicos. Veamos: a) El «antecedente» citado no es tal, por la sencilla razón de que la condena fue impuesta después de varios años de dictada la presente, por un hecho cometido con posterioridad a los que aquí se juzgan. De seguir esta tesitura, una segunda condena serviría para elevar la pena de la primera no firme, lo que es irracional, pues, como ya se dijo, no sería entonces un «antecedente», sino un delito futuro con efectos retroactivos gravosos, más allá de lo que permite la ley penal (v. gr. Artículos 58 o 50 del C. Penal) (caso M. 1022. XXXIX, Recurso de hecho, «Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174-», resuelta el 7/12/2005, considerando 11, mutatis mutandi). B) Para remarcar la gravedad del hecho, se dice que los autores culminaron el robo «arrojando al hombre del tren a toda marcha, mientras lo golpeaban salvajemente». Ahora bien, esta descripción de la cámara, no condice con la de la sentencia (fojas 267 vuelta y 268), de la que la alzada no se debió apartar sin dar los fundamentos adecuados. Por consiguiente, estos extremos perjudiciales para el imputado, mal pudieron ser usados para aumentar la pena. C) Los jueces de la cámara no cumplieron con lo que V.E. llama «la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena», según lo establece el artículo 41, inciso 2°, del Código Penal, «regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada» (fallo «Maldonado», considerandos 18 y 19). D) Con respecto a la «peligrosidad» –categoría a la que echa mano la cámara- postula V.E. que, aun cuando se la admitiera por hipótesis dentro de nuestro sistema constitucional, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico (precedente «Maldonado», considerando 39). Y esto puede aplicarse a este caso, donde se eleva la pena impuesta a un condenado, después de 15 años de cometido el hecho y de 12 de que se le impusiera la condena en primera instancia, y sin más herramientas que*

los informes personales obtenidos al inicio de la causa. Considero que pasado tanto tiempo, la supuesta «peligrosidad» extraída solamente de la modalidad del hecho, queda sin fundamento subjetivo, por lo que no es posible trasladar tal valoración a su actual situación de la que nada se sabe –más allá de la nueva condena- teniendo en cuenta la cambiante evolución del ser humano.»

15. B. Proyecciones

Si bien la Corte no lo afirmó expresamente, es indudable que al utilizar argumentos no analizados en la instancia previa, adhirió a la tesis defensista que denunciara la afectación del principio que proscribe la reforma peyorativa o *reformatio in pejus*.

El caso llama a reflexionar sobre prácticas consuetudinarias que, lamentablemente, forman parte del acervo jurisprudencial en la instancia jurisdiccional intermedia.

El caso paradigmático en esta línea es aquél en el que la instancia intermedia mantiene la pena impuesta no obstante reconocer que asiste razón a la defensa en la errónea aplicación de alguna circunstancia agravante de calificación (v., entre otros, el precedente de Fallos, 330:1478).

Suponer que el menor grado de injusto derivado (pensemos en el caso en que la conducta pase del tipo agravado al tipo básico) no posee correlato en la disminución del reproche equivale a actualizar *in pejus* un aspecto de la sentencia (la mensuración) que ya se encontraba resuelta de manera definitiva (salvo, naturalmente que, en simultáneo, la fiscalía se hubiera agraviado por la escasa cuantía punitiva impuesta y deducido el correspondiente recurso de casación).

De otro modo, es decir, en caso en que la parte acusadora no hubiere articulado el correspondiente recurso, el menor injusto derivado de la calificación más leve exige de una adaptación proporcional de la pena al nuevo estado de cosas. Se trata de un ejercicio aritmético pues las pautas subjetivas de mensuración, ya pasadas en autoridad de cosa juzgada, no podrían actualizarse sin recurso de la fiscalía en la medida en que pasaron a formar parte del derecho de propiedad del justiciable.

16) R. 1749. XLI, «Rosales, Roberto Felipe» (sentencia del 11 de marzo de 2008)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. DOCTRINA DEL PRECEDENTE «OLMOS, JOSE HORACIO». AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a. Cómputo

El día 22 de mayo de 2001 la Cámara Segunda en lo Criminal de la Ciudad de Río Cuarto (sentencia nº 39) condenó a Roberto Felipe Rosales a la pena de ocho años y seis meses de prisión por haberlo hallado coautor «…*material y penalmente responsable del delito de robo calificado por uso de arma, por el hecho único correspondiente al primer proceso en los términos de los arts. 45 y 166 inc. 2º - primer supuesto- del C. Penal y coautor material y penalmente responsable del delito de robo simple por el hecho único correspondiente al segundo proceso en los términos del art. 164 del C. Penal, todo en concurso real*» (cf. fs. 628).

Contra dicho decisorio el justiciable dedujo sendos recursos de casación. Denegados tales remedios los días 10/10/2002 y 16/12/2002 respectivamente, el encartado articuló dos recursos extraordinarios que fueron declarados formalmente inadmisibles el día 13/11/2003 (cf. fs. 628/37).

Cabe aclarar que ora en el expediente principal, ora en en el propio sistema informático de esa Corte, no existen constancias documentales que certifiquen la deducción de un recurso de queja por extraordinario denegado contra la decisión emanada del tribunal cimero cordobés. En tal sentido y a fs. 707 obra una presentación formulada por el Asesor Letrado del encartado en la que se afirma que: *«Se le reiteró*

[al justiciable] *que se **han agotado los recursos** que prevé el Código Procesal Penal (casación, extraordinario y revisión)*» (fs. 707, destacado agregado).

Sentado ello, el día 10/12/2003 la Cámara Segunda de Río Cuarto realizó el respectivo cómputo de pena (cf. fs. 646/47).

En lo que a Roberto Rosales se refiere estableció que: «…*habiendo sido detenido con fecha **24/7/00** y puesto en libertad con fecha **8/8/00** (**dieciséis días detenido**) y detenido nuevamente con fecha 22/9/00, y debiendo **computarse el término de un año, un mes y veintiún días**, por aplicación del art. 7 de la ley 24.390 que resulta del lapso que corre desde los dos años posteriores a la detención, es decir desde el 22/9/02 y hasta el 13/11/03, fecha en que resuelve el Excmo. Tribunal de Justicia, por aplicación ultractiva de la ley 24390 –según Sentencia número treinta del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de fecha 14/5/2002 en autos 'Aguilera, Angel Roberto –homicidio simple- recurso de casación'; **cumplirá íntegramente la pena impuesta, el día QUINCE DE ENERO DE DOS MIL OCHO***» (fs. 647, énafasis agregado, destacado en el original).

Cabe agregar que el Sr. Fiscal de Cámara fue notificado del respectivo cómputo sin que obren constancias documentales que den cuenta acerca de su eventual oposición al respecto (cf. fs. 647vta.).

El día 1º de marzo de 2004, es decir, algo más de tres meses después de realizado el cómputo, la defensa técnica de Walter Adrián González (coimputado de Roberto Rosales en uno de los hechos) observó el cómputo que le fuera realizado a su asistido y, por tal motivo, solicitó su rectificación (cf. fs. 769).

Tal requerimiento ameritó una opinión negativa del Sr. Fiscal de Cámara (fs. 773). Asimismo, por fuera de los plazos procesales respectivos y negando elípticamente **el principio de cosa juzgada**, el representante del Ministerio Público aprovechó la oportunidad para requerir la rectificación del cómputo de **Roberto Rosales**.

Así pues, preparando el terreno para introducirse en el análisis de la situación de Rosales (sobre la cual nada dijera en oportunidad de notificarse del cómputo) sostuvo: «*De modo previo corresponde acotar que la solicitud efectuada no tropieza **con ningún obstáculo de admisibilidad puesto que lo decidido sobre un cómputo no hace cosa juzgada formal ni material**, **pudiendo ser corregido en cualquier momento a pedido de parte o de oficio**. La aprobación del cómputo, sea porque no existió observación o bien porque fue rechazada, no impide la posibilidad ulterior de rectificación, ya que ésta restablece la intangibilidad de la cosa juzgada de la sentencia condenatoria*» (fs. 773, énfasis agregado).

Y así, tras rechazar la petición del defensor de González, en el punto II del dictamen en cita, concluía en la «…*necesidad de rectificar el cómputo efectuado respecto a Rosales, lo que así dejo solicitado.*» (v. fs. 773vta.)

Ambas solicitudes fueron denegadas por el *a quo*.

En lugar de advertir el ilegítimo repliegue intentado por la fiscalía, aprovechando un recurso articulado por la defensa de un coprocesado en su intento por remover una decisión que le fue oportunamente notificada sin manifestar oposición, la Magistrada se avino a responder a la pretensión de la fiscalía. Concretamente sostuvo: «…*este Tribunal tiene el criterio de que el cese de jurisdicción del Superior Tribunal de Justicia se produjo el trece de noviembre de dos mil tres* (...) *con la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, extendiéndose hasta ese momento el carácter suspensivo de los recursos*» (fs. 782).

b. El Recurso de Casación interpuesto por el agente fiscal

Contra la decisión dictada en el marco descripto el agente fiscal interpuso

recurso de casación en los términos establecidos por los artículos 468 y 479 del Código Procesal Penal de Córdoba (cf. fs. 786/88).

En palabras textuales expresó que: «***A raíz de un pedido de rectificación de cómputo planteado por la defensa de otro penado, al correrse vista a este ministerio advertimos que se ha considerado incluido dentro del art. 7º de la ley 24.390 al período que va desde la declaración de inadmisibilidad de la casación hasta el rechazo del recurso extraordinario, ambos articulados a favor de Roberto Felipe Rosales.*** *Atento que lo decidido* ***en un cómputo no causa estado****, peticionamos la corrección del mismo, resolviendo la Sala no hacer lugar por entender que el cese de jurisdicción del Superior Tribunal de Justicia se produjo el 13 de noviembre de dos mil tres con la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, extendiéndose hasta ese momento el carácter suspensivo de los recursos…*» (fs. 786vta., destacado agregado).

Ese punto de partida lo condujo a censurar la tesis que indica que la firmeza de la sentencia recién se adquiere con el rechazo del recurso extraordinario dispuesto por el tribunal superior provincial (fs. 786vta./87).

Así pues, destacó que por el contrario, una sentencia ha de considerarse firme (y por tanto también el *hasta cuándo* del cómputo privilegiado establecido en el otrora vigente artículo 7 de la ley 24.390) cuando el recurso de casación sea denegado por el tribunal competente (fs. citadas).

Con cita de precedentes provinciales y nacionales concluyó que: «…*En el caso, el único recurso que tiene asignado* ***efecto suspensivo es el de casación, el que fue declarado formalmente inadmisible*** (...) ***Conforme a tal tesitura, rechazada la casación articulada, el embate posterior resulta inhábil para seguir en posición de mero encausado y no hace mella sobre la cosa juzgada*** (...) *Así las cosas, propiciamos que el presente se resuelva de conformidad al art. 479 del C.P.P. disponiéndose la rectificación del cómputo de la condena impuesta a Rosales, con aplicación del '2 x 1' exclusivamente al período posterior a los dos años hasta la fecha de rechazo del recurso de casación articulado a favor suyo*» (787/88, destacado agregado).

El día 2 de abril de 2004 y a fs. 791, la Cámara de Río Cuarto concedió el remedio de mención.

Pese al emplazamiento efectuado por el *a quo* y a las sucesivas presentaciones articuladas por Rosales (cf. fs. 792/810/818/829), la defensa técnica del encartado no manifestó expresión alguna tendiente a propiciar el rechazo del recurso interpuesto por el agente fiscal.

El día 30 de noviembre de 2004, el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba por medio de la sentencia nº 16, hizo lugar al recurso de casación y, en consecuencia, dejó sin efecto el cómputo de pena efectuado en autos (cf. fs. 838/842).

Para ello decidir, la Dra. Aída Tarditti (en voto al cual luego adhirieron los restantes dos magistrados) defendió el criterio conforme al cual el cómputo privilegiado establecido en el hoy derogado artículo 7 de la ley 24.390, se proyecta hasta el día en que el recurso de casación sea rechazado o declarado formalmente inadmisible por el tribunal respectivo (cf. fs. 839vta. y ss.).

Tal decisión estuvo condicionada por una confusión entre el efecto suspensivo de los recursos y el momento en que una sentencia puede calificarse como pasada en autoridad de cosa juzgada –firme- (cf. fs. 840).

Así pues y con cita de diversos precedentes anteriores de la sala expresó que corresponde: «…*computar como 'prisión preventiva' el tiempo transcurrido desde su detención hasta la resolución que declaraba formalmente improcedente o*

rechazaba el recurso de casación deducido en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de juicio, solución que obedecía al efecto suspensivo de los recursos (CPP, 494), el que incide al privar de la calidad de penado al recurrente (...) *Por ello es que* ***durante el trámite del recurso de casación no se puede ejecutar la decisión que se impugna****. Consecuentemente, el encarcelamiento del imputado durante ese tiempo es soportado a título de prisión preventiva hasta la resolución*» (fs. 840/vta., énfasis en el original).

Por último y luego de recordar que conforme a su punto de vista la condena dictada en perjuicio de Rosales había adquirido firmeza el día en que el tribunal cimero rechazó el segundo de los recursos de casación, adunó que: «…*en el espíritu de la ley 24.390 cuya sanción obedeció a la necesidad de resolver la situación de los encarcelados en prisión preventiva que, no obstante gozar de la presunción de inocencia que dimana del art. 18 C.N., aún no habían sido juzgados sin razón justificada, no parece ser la situación de aquellos que, como en el caso, agotaron todas las vías extraordinarias locales para cuestionar una decisión ya definida. El art. 7º de la ley 24.390 debe ser interpretado en función de los objetivos perseguidos por la ley* (...) *y de las disposiciones procesales vinculadas al efecto de los recursos. En el caso, el único recurso que tiene asignado efecto suspensivo es el de casación*» (fs. 841).

En razón de ello, hicieron lugar al recurso de casación y, en consecuencia, le ordenaron al tribunal de origen que formulara un nuevo cómputo de pena acorde con lo allí decidido (fs. 842).

A fs. 845 la Cámara de Río Cuarto dispuso que la pena dictada en perjuicio de Rosales se cumplirá integramente **el día 12 de febrero de 2009** (fs. 845vta.).

c. Recurso Extraordinario

A fs. 2/vta. del Expediente Letra «R», Nº «35» obra el recurso extraordinario interpuesto *in forma pauperis* por Roberto Felipe Rosales.

A fs. 5 consta una pretendida fundamentación técnica de dicha voluntad impugnativa (efectuada por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Gerardo Mastrángelo), la que por carecer de las mínimas formalidades requeridas al efecto fue remitida nuevamente al defensor técnico por parte del Tribunal Superior provincial (fs. 7).

A fs. 9/12 el Sr. Asesor Letrado dedujo recurso extraordinario federal en favor del encartado.

En tal presentación, el Asesor Letrado calificó de arbitrario el pronunciamiento recurrido (fs. 10). Así pues: «*La sentencia impugnada ha violado el art. 18 de la Constitución Nacional que garantiza la 'inviolabilidad de la Defensa en Juicio de la Persona y de los Derechos*» (fs. 10/vta.).

A renglón seguido empuñó la tesis conforme a la cual la firmeza de la sentencia a los efectos del cómputo privilegiado se producirá cuando el tribunal superior rechace el recurso extraordinario por ante ella deducido (fs. 10vta./11/11vta.).

En tal sentido: «*Mientras no haya una sentencia final, y ésta corresponde –dentro de la República- a la Corte Suprema, subsiste el principio de inocencia, la calidad de 'procesado' del imputado y el principio de inocencia que constitucionalmente goza. Aplicar lo contrario solamente en el ámbito de la jurisdicción provincial es una arbitrariedad absoluta que merece ser rectificada por el Tribunal de Alzada que dictará sentencia ante este recurso extraordinario*» (fs. 11vta.).

Por todo ello, solicitó la revocación de la decisión impugnada (fs. 12).

A fs. 29/34 el justiciable allegó una presentación escrita por medio de la cual

solicitó la revocación de la sentencia casatoria. Con buen criterio y sin que tal planteo fuera advertido por el tribunal (o por su propia defensa) se interrogó: «*¿Cómo es posible que siendo un fiscal cometa la desfachatez de apelar un cómputo de pena cuando los términos ya vencidos superaban los '3 meses'?* (...) *Mi cómputo fue fijado el día 10 de Diciembre del año 2003 y el 11 de Marzo de 2004 '3 meses después', el Dr. Cabrera, interpone oposición pidiendo la rectificación de mi cómputo. ¿Cómo puede ser posible que el Excmo. Tribunal Superior haga lugar a dicha apelación sabiendo por ley la nulidad que esta conlleva por ser extemporánea?*» (fs. 30vta.).

Cabe aclarar que la presentación de marras no fue tomada en cuenta por el sentenciante. En palabras textuales postuló que: «*..en el futuro, los pedidos relacionados con el trámite procesal de la causa los deberá canalizar por intermedio de su defensor*» (fs. 44).

El día 22 de julio de 2005 el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba por medio del auto nº 230 declaró formalmente inadmisible la presentación federal articulada por el incuso (cf. fs. 46/50).

Luego de afirmar que la problemática debatida en autos trasuntó una cuestión de derecho común, el tribunal cimero destacó el restringido alcance aplicativo que cabía asignarle a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (fs. 47).

Por último, sostuvo que la presentación federal adolecía de déficit formales que tornaban inviable su admisibilidad, a la par de agregar que los planteos del recurrente sólo importaban una mera discrepancia con lo decidido (fs. 49vta./50).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE COSA JUZGADA, LEGALIDAD DE LA PENA Y DEL QUE PROSCRIBE LA *REFORMATIO IN PEJUS*. VULNERACION AL DERECHO DE PROPIEDAD. DOCTRINA DEL PRECEDENTE «OLMOS, JOSE HORACIO». ARBITRARIEDAD NORMATIVA. ERRONEA HERMENEUTICA DEL ARTICULO 7 DE LA LEY 24.390

Cabe sostener que pese a lo afirmado dogmáticamente por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, el remedio extraordinario ha sido mal denegado.

En efecto y como primera medida, no puedo dejar de soslayar la presentación allegada por Rosales al Tribunal Superior cordobés (cf. fs. 29/30 del Expte., Letra «R», Nº 35).

Así pues y sin que tales planteos hayan tenido favorable acogida (ora por la defensa del encartado, ora por el sentenciante), de ellos surge claramente que en el presente existe cuestión federal bastante de cara al remedio previsto y regulado por el artículo 14 de la ley 48, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el principio de cosa juzgada, el derecho de propiedad, el principio de legalidad de la pena y la proscripción de *reformatio in pejus* y el *iter procesal* que medió entre la oposición extemporánea del fiscal y el rechazo de la impugnación extraordinaria fue contrario a las prerrogativas que el justiciable pretendió fundar en dichas cláusulas (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

Sentado ello, es dable destacar que la Cámara de Río Cuarto formuló cómputo de pena en los términos del artículo 504 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

Dado que en punto a mi asistido aquél no fue observado oportunamente, resulta ostensible que a su respecto tal auto judicial quedó firme y, por ese motivo, pasó en autoridad de cosa juzgada.

Tiempo después, la defensa de uno de sus consortes de causa formuló una

observación al cálculo oficiado en perjuicio de su pupilo, circunstancia que ameritó una presentación del agente fiscal en la que se opuso a una tal rectificación. Asimismo y de manera claramente inexplicable pretendió modificar aquél que tuvo lugar en favor de Rosales; propósito que al no haber tenido favorable acogida, motivó la interposición de un recurso de casación oportunamente concedido por parte del tribunal cimero de la provincia de Córdoba.

Tal temperamento estuvo condicionado por la pretendida fundamentación del agente fiscal, según la cual los cómputos de pena no hacen cosa juzgada material ni formal, de modo que su revocación podía ser perseguida en cualquier tiempo y lugar.

Dicha tesis, a la par de poder ser considerada contraria al texto legal (a la luz de lo dispuesto por el artículo 504 del rito provincial) suscita contradicción con los principios políticos referidos al comienzo de esta impugnación.

Así pues, el citado artículo 504 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba establece que: «*El juez o el presidente del tribunal practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el decreto respectivo al condenado y a su defensor, y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los* ***tres días***. ***Si no se dedujera oposición en término***, ***el cómputo quedará aprobado*** *y la sentencia será ejecutada inmediatamente. En caso contrario se procederá conforme a lo dispuesto por el artículo 502*» (énfasis agregado).

Tal como claramente surge de los términos (puramente exegéticos) de la norma de mención, la oposición solo pudo haberse formulado dentro de las temporalidades (3 días) que a este respecto establece el dispositivo legal. Fuera de dicho plazo, el cómputo quedó firme y, por ello, amparado por el principio de la cosa juzgada.

La oposición formulada por la defensa del consorte de Rosales en modo alguno autorizaba al representante del Ministerio Público Fiscal a perseguir la revisión de aquél otro que había sido dictado en favor del segundo.

Si la oposición no fue deducida en término, pues entonces el agente fiscal carecía ya de la posibilidad de intentar la revocación del cómputo, apelando para ello a un criterio hermenéutico lisa y llanamente inconstitucional.

En este contexto, también resulta inexplicable no sólo el temperamento del Tribunal Superior, sino también la posición asumida por la defensa del encartado, toda vez que ni siquiera advirtió la situación que aquí se destaca.

Por el contrario, ha sido el propio justiciable en el escrito allegado a fs. 29 quien clamó para que dicha irregularidad no fuese relegitimada.

En tal sentido y como primera medida, cabe afirmar que la revocación del cómputo resultó a este respecto contrario a las claras prescripciones que en la materia establece el artículo 504 del Código Procesal Penal provincial.

Por otro lado, tal temperamento tampoco hubiese podido ser legitimado al amparo del 5to párrafo del artículo 489 del dispositivo legal referido (recurso de revisión). Dicha norma establece que el recurso de revisión procederá en todo tiempo: «..*5. Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por el Tribunal Superior, al momento de la interposición del recurso*».

Lo dicho, toda vez que este tipo de remedio sólo procede **a favor** del condenado y a la par de ello, la hermenéutica trasuntada en la sentencia del *a quo* resultó más favorable a la propia posición de Rosales.

Más allá de la ostensible ilegalidad detectada, el desarrollo procesal provocado por el agente fiscal mediante su intempestiva oposición resultó claramente contrario a los principios de cosa juzgada, de legalidad de la pena, de *reformatio*

in pejus y del propio derecho de propiedad.

Así pues, resulta meridianamente ostensible que una sentencia no impugnada por ninguno de los sujetos procesales, adquirirá firmeza con el mero transcurso de los plazos en los cuales ello pudo haber tenido lugar (cf., O. 136. XXXVII, «Olmos, José Horacio», voto del juez Enrique Petracchi, considerando 11).

Para colmo y si se toma en cuenta que el cómputo sólo fue impugnado (intempestivamente) por parte de uno de los coimputados de Rosales, pues entonces mal el agente fiscal o el tribunal cimero pudieron pretender la reforma peyorativa respecto de aquél otro cuyos términos habían sido oportunamente consentidos por el representante del Ministerio Público.

Si el cómputo fue consentido por el representante de la *vindicta pública* (por el mero transcurso de los plazos en los que pudo haberse deducido impugnación), luego no podrá perseguirse su revocación y mucho menos aún peyorativamente, toda vez que en este caso concreto el sujeto procesal que se agravió por la resolución del *a quo* fue el propio coimputado.

Y así, agravar la situación de un imputado (o del coimputado ajeno) cuando haya sido aquél quien pretendió la revocación de un auto judicial, se contrapone claramente con el clásico principio constitucional que proscribe la reforma peyorativa.

En fecha reciente y retomando una jurisprudencia consolidada en el propio seno del Tribunal (cf. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 131 y ss.), V.E. no ha hesitado en afirmar que: «…*resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad –en ausencia de recurso de la parte acusadora- su situación procesal se vea empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta*» («Olmos, José Horacio», cit., considerando 4 del voto de la mayoría).

Más allá de que para esta defensa, el sistema bilateral de recursos entrañe en sí mismo una violación a la proscripción de la reforma peyorativa, lo cierto es que incluso desde una posición tradicional tal cartabón adquiere virtualidad cuando sólo sea el imputado (o el fiscal en su favor) el que recurra la sentencia.

Lo dicho no resulta contradictorio con el hecho de que haya sido el propio fiscal el que interpuso el recurso de casación en perjuicio de Rosales, puesto que la proscripción de *reformatio in pejus* operó con la oposición formulada primigeniamente por parte de la defensa de Walter Adrián González.

Una situación similar a la descripta fue resuelta por V.E. en *Fallos,* 308:521. Allí sostuvo que: «…*al anular el 'a quo' la unificación de penas declarada en primera instancia, sin que mediara recurso acusatorio y agravando de ese modo la situación del condenado, ha recurrido en un supuesto de 'reformatio in pejus' que descalifica la sentencia*» (*Fallos,* 308:521).

Por otro lado, la revocación del cómputo originario resultó aberrante frente al principio de cosa juzgada y, en última instancia, ante el propio derecho de propiedad.

En este sentido, es claro que si el cómputo no fue impugnado originariamente, la situación (material o procesal) por él decidida resultó consolidada y, por ello, adquirió firmeza. Esa situación importó que la decisión en sí misma ingresó al acervo del propio imputado, de modo que si luego se pretendiera revocarla ello contradiría con el principio que declara inviolable la propiedad.

Así las cosas: «***la revocatoria de una sentencia o resolución firme, aunque se invoque error al dictarse ésta, afecta a la garantía*** *de inviolabilidad de la*

propiedad, garantizada por el art. 17 de la Constitución Nacional, por cuanto la estabilidad de las sentencias judiciales es garantía que atañe al orden público y tiene además jerarquía constitucional, como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte» (cf. *Fallos,* 237:563, destacado agregado).

Por lo expuesto, resulta claro que el Tribunal Superior de Córdoba pretendió, en definitiva, aplicar el efecto extensivo de los recursos en perjuicio de aquél encartado que no había recurrido y, para colmo, cuando la oposición había sido formulada originariamente por un sujeto procesal que se encontraba a cubierto por la prohibición de *reformatio in pejus* (cf. *mutatis mutandi*, D. 1704. XL, «Duque Salazar, Francisco Javier s/ su presentación» del 21/3/2006.).

Por lo demás, la cohorte de irregularidades constitucionales detectadas también contradijeron claramente el principio de legalidad de la pena, pues si se admitiera que el cómputo concreto pudiese ser impugnado en cualquier instancia procedimental, el encartado, en suma, desconocería en qué fecha específica podría acceder a la libertad.

Tal circunstancia, lo recalco, resultó absolutamente insostenible ante el principio de legalidad referido.

En cuanto al fondo del planteo cabe afirmar que la sentencia atacada puede ser también calificada como arbitraria y a la par de ello suscita cuestión federal bastante en punto al recurso extraordinario federal, toda vez que se halla en tela de juicio la correcta hermenéutica de la disposición contenida en el art. 7 de la ley 24.390 (norma federal), como así también de aquella otra estatuída en el artículo 7 punto 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el auto atacado ha sido contrario a las pretensiones que el recurrente pretendió fundar en dichas cláusulas (art. 14 inc. 3, Ley 48).

Vale aclarar a modo de introducción que -pese a lo pretendido por el tribunal cimero provincial- la hermenéutica que quepa formular en punto a la ley 24.390 en modo alguno constituye una cuestión de derecho común, ajena a los confines del Recurso Extraordinario Federal, puesto que en la especie, nos hallamos ante una problemática interpretativa que compromete la recta inteligencia de una norma de carácter federal.

Y ello es así dado que la propia ley 24.390 en su artículo 9 (versión original) se autoproclama como reglamentaria del art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De modo que por ello, la cuestión federal ha de considerarse como correctamente trabada (*Fallos,* 318:2611; 319:1840; y, en especial, *Fallos,* 321:1328).

Esta defensa considera que la problemática de fondo sobre la cual trasunta el *sub lite*, se ordena a delimitar objetivamente *hasta cuándo* debe aplicarse el cómputo privilegiado establecido en el hoy derogado (por la ley 25.430) artículo 7 de la ley 24.390.

Y en tal sentido, debe reafirmarse que el criterio legitimado tanto por el *a quo* como por el *ad quem* no constituye (de acuerdo a la inveterada fórmula de esa Corte) «*derivación razonada del derecho vigente con particular consideración a las circunstancias comprobadas en la causa*». A la par de ello, cabe afirmar que el criterio según el cual el cómputo privilegiado debe cesar rechazado el recurso de casación por parte del tribunal cimero, encuentra apoyatura en la singular *«voluntad de los jueces intervinientes*». Ambas circunstancias contribuyen en este aspecto, a reafirmar la arbitrariedad del decisorio impugnado.

En efecto, no resulta correcto afirmar que el rechazo del recurso de casación implique allegar firmeza a una decisión de carácter jurisdiccional. El recurso

mencionado es uno de aquellos instrumentos de los cuales puede valerse el imputado a los efectos de mejorar su situación procesal, pero ello no importa que sea el «último» mecanismo institucional al que pueda acudir.

Así pues, la posibilidad de que la defensa articule el Recurso Extraordinario Federal por ante V.E. está indicando a las claras que tal decisión jurisdiccional aún puede ser revocada por un tribunal diferente de aquél que la dictó.

Por tal motivo, si los efectos de la decisión originaria aún pueden ser neutralizados, no se comprende el motivo por el cual el *ad quem* afirmó que el rechazo del remedio casatorio importe otorgar firmeza al acto impugnado.

No puedo dejar de reiterar que el Recurso Extraordinario Federal, pese a poder ser calificado como un mecanismo circunscripto a la discusión de cuestiones calificables como federales, puede adquirir la virtualidad de revocar la sentencia impugnada. Pues entonces, si ello es así, resultaría un verdadero contrasentido sostener que algo «firme» pueda ser «casado».

La posición sustentada por el *ad quem* parece legitimar un entendimiento algo curioso del concepto de la cosa juzgada, toda vez que admitiría que una sentencia firme pueda llegar a ser revocada por fuera de los supuestos típicos de revisión. Tal criterio, lo reitero, amén de trasuntar una contradicción en términos resulta arbitrario.

Por lo demás y en respuesta al pretendido criterio sustentado por el Tribunal Superior cabe afirmar que la posibilidad de ejecutar una sentencia en modo alguno puede ser confundida con el hecho de que ese acto sentencial haya adquirido firmeza.

Más allá de que resulte censurable poder ejecutar una sentencia cuando aún no se encuentre firme, lo cierto es que incluso admitida la ejecución anticipada, ello en forma alguna implica que tal decisorio haya pasado en autoridad de cosa juzgada (sobre esta confusión, cf. Díaz Cantón, Fernando; Pastor, Daniel R., *La insostenible situación del derecho impugnativo en el derecho procesal penal*, en «XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal», t. II, Rubinzal Culzoni, 2003).

Si la posición sustentada fuese la contraria, no se explicaría la propia existencia de V.E. y mucho menos su posibilidad latente de revocar algo que se pretende «firme»

En tal sentido, no puedo menos que destacar que la firmeza de la decisión solo podrá ser afirmada cuando se agoten todos los recursos de los cuales el justiciable pueda valerse, ora provinciales, ora federales.

En este caso en concreto, al no existir un recurso de queja dirigido a cuestionar el acto sentencial por medio del cual se condenó a Rosales, la firmeza se produjo cuando el tribunal superior provincial rechazó el respectivo recurso extraordinario.

Lo reitero, la posición censurada no podría explicar correctamente bajo ningún punto de vista el hecho de que V.E. pueda revocar sentencias que, para este pretendido criterio, se encuentran «firmes».

Por lo demás, la tesis aquí defendida ha sido aquella que ha acogido esa Corte en diversos pronunciamientos. No puedo sino recordar el último de ellos, en el que frente a la afirmación de la defensa en orden a que el rechazo del recurso extraordinario por parte del tribunal superior de la causa implicaba que el plazo de prescripción *de la pena* adquiría virtualidad, V.E. replicó que: «…*aun cuando* ***la condena no se encuentre firme*** *(****lo cual torna inaplicable el art. 66, Código penal****), con prescindencia del nomen juris invocado en la presentación, no es posible soslayar la circunstancia de que desde la sentencia condenatoria de primera instancia (fechada el 1º de marzo de 1993) el tiempo transcurrido excede con holgura el plazo de prescripción de la* ***acción penal*** *previsto para los delitos imputados*…» (cf. P. 762. XXXVII, «Podestá, Arturo Jorge» del 7/3/2006, considerando 2, énfasis agregado).

Así también, la propia Cámara Nacional de Casación Penal en pleno, por medio del voto en disidencia del Dr. Rodríguez Basavilbaso tuvo oportunidad de manifestar que: «*De todas maneras, creo que lo importante no es el nombre que se otorgue a la presentación directa sino su efectiva incidencia sobre la firmeza del fallo al que esté referido.* ***Y en esa inteligencia, sostener que una resolución sujeta a tales reclamos se encuentra firme es tanto como decir que su posible modificación -eventualmente habilitada la inspección extraordinaria- habría de avanzar sobre la cosa juzgada****; si ello no es así -porque sabemos que sólo la acción de revisión confiere al tribunal ad quem esa excepcional facultad-* ***es precisamente porque el pronunciamiento no ha adquirido aquella autoridad****. Así lo ha entendido el Alto Tribunal en cuanto dejó sin efecto la decisión que consideró firme un fallo anterior fundada en que frente al rechazo del recurso extraordinario interpuesto la parte había consentido la decisión al no recurrir de hecho, siendo que había presentado ese recurso ante la Corte (Fallos: 311:1245; entre otros).-Debo decir, también, que la circunstancia de que la queja tenga o no efecto suspensivo -extremo al que acude el precedente 'Pereyra' y de cuya distinta regulación por los artículos 442 del C.P.P.N. y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación advierte, asimismo, el fallo 'Molina' (c. N° 2001, del registro de la Sala II) no concurre, en mi opinión, a la resolución del caso. Se trata, en cambio, de consultar la existencia cierta de recursos -ya otorgados o posibles- y no* ***a los alcances con que éstos deban ser concedidos****: repárese, por ejemplo, en las sentencias absolutorias, en los autos de procesamiento y de falta de mérito, en los que conceden la exención de prisión o la excarcelación o el sobreseimiento, los que decretan el embargo o la inhibición; su impugnabilidad -prevista en los arts. 311, 332,337, párrafo segundo, 491, párrafo segundo, y 518 del C.P.P.N. apareja obviamente su falta de firmeza, y por cierto que a ello no obsta el carácter no suspensivo de los recursos de los que son pasibles. Hasta aquí, con pequeñas modificaciones, mi voto disiente en la causa N° 3591, 'Romero, J.A. y otros s/rec. de queja', del registro de la Sala que integro. Podría agregar, a mayor abundamiento, que el mencionado art. 285 del C.P.C y C., modificado por la ley 22.434, no se aplica tampoco a rajatabla; circunstancias excepcionales y razones de interés público o institucional habrán de autorizar el carácter suspensivo de la presentación ante la Corte, más allá del texto incorporado (para mayor detalle de la doctrina y jurisprudencia sobre el punto, confr. Lino Enrique Palacio, 'El Recurso Extraordinario Federal', Tercera Edición, Ed. Abeledo Perrot, pág. 351, notas 60 y 61).-Parece claro, entonces, que la mera posibilidad de que existan soluciones ambivalentes sobre el curso de los procedimientos no se compadece con el grado de certeza que habría de conferirse a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.* ***Pienso, en suma, que no hay sentencia firme hasta que la Corte Suprema no rechace el recurso extraordinario federal si fuere otorgado, o deniegue la queja si por la denegación de aquél se hubiere interpuesto***» (cf. CNCP, en pleno: «Agüero Irma Delia s/ recurso de casación», del 12/6/2002, destacado agregado).

En este singular contexto, en el que la interpretación ajustada a los principios constitucionales vigentes fue enarbolada únicamente por el justiciable en un reclamo que no fue oído ora por sus asistentes técnicos, ora por los jueces de la causa, se impone que V.E. haga lugar a la queja y, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

16. A. Sentencia de la Corte

La Corte Suprema (por mayoría y tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal) hizo lugar a la queja en el entendimiento de que la rectificación del cómputo originario –promovida por el agente fiscal por vía del recurso de casación- resultó violatoria del principio de cosa juzgada, en tanto y en cuanto había sido el fruto de una reflexión tardía formulada por fuera de los plazos legales establecidos en la materia.

Por su parte, la jueza Argibay propugnó el rechazo de la pieza en la medida en que –a su juicio- los planteos constitucionales invocados en la queja no habían sido introducidos en la primera oportunidad posible.

16. B. Proyecciones

No obstante lo dispuesto por la Corte, entendemos que esa postura en modo alguno podría ser proyectada al supuesto de imputados que pretendan una revisión de su cómputo en función de circunstancias nuevas –u otras oportunamente no consideradas-. Ello es así pues, en ese caso, no se produciría violación alguna a la cosa juzgada o al derecho de propiedad.

17) C. 2979. XLII, «RECURSO DE HECHO deducido por Catrilaf, Ricardo en los autos: Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/ causa N° 6799» (sentencia del 26 de junio de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO ANTONIO DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. 1. La sentencia condenatoria

A fs. 221/234 obran los fundamentos de la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2005 a raíz de la cual Catrilaf, Ricardo resultara condenado como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con armas y con la intervención de un menor de dieciocho años de edad en grado de conato, a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, con más la imposición de una medida curativa en los términos del art. 16 de la ley de drogas (23.737).

El Tribunal tuvo por cierto que «*…el día 22 de enero del corriente año, siendo aproximadamente las 20:30 hs.,* Catrilaf, Ricardo*..., junto con el menor P.L.E., intentaron desapoderar a Isidro IBARRA de sumas dinerarias que llevaba consigo, al momento que aquel cruzaba por el interior de la plaza Canadá, ubicada en la calle Zuviría y las avenidas Ramos Mejía, San Martín y Antártida Argentina de esta ciudad. Para ello amedrentaron a su víctima, P.L.E. por delante, con una varilla de metal con punta que tenía una empuñadura casera hecha de un género y una piola, que utilizó para hacer un ademán sobre el vientre de IBARRA; y* CATRILAF*...por detrás, con un palo de madera en cuya exhibición se apoyó para dar pábulo a sus amenazas de golpear al damnificado; todo esto para lograr la*

entrega del dinero, que fue exigida por ambos imputados. Asimismo, ante la negativa del transeúnte a entregar sus pertenencias, el menor le dio la varilla de metal al aquí imputado, quien a los gritos nuevamente le volvió a ordenar la entrega del efectivo, a la vez que le dirigió el trozo de metal hacia el estómago. Pese a ello, el damnificado logró escaparse, y dar aviso a personal policial que se encontraba a bordo de un patrullero en las inmediaciones, custodiando la terminal de ómnibus de Retiro, casi a la altura de la cabecera de la línea ex San Martín; y luego se procedió a la detención de los imputados en el interior de la referida plaza, secuestrándose la varilla de metal a la altura de la cintura de CATRILAF, *y en el suelo, junto a P.L.E., el trozo de madera.»* (fs. 222vta.)

Puestos a justificar el encuadre legal escogido, los sentenciantes apuntaron: «*En primer lugar con cita de Diccionario de la Real Academia Española 'arma es aquel instrumento medio o máquina, destinados a ofender o a defenderse' (…), estamos ante una referencia de medio que contiene el tipo, en la que quedan atrapadas tanto las denominadas armas propias -aquellas que por su naturaleza están específicamente destinadas al ataque o a la defensa activa de las personas-; como las impropias –aquellas que, sin estar destinadas al ataque o a la defensa activa, son dispuestas por el agente como instrumentos para vulnerar la integridad física del otro, como ha sido claramente el caso del trozo de madera de una rama de un árbol que fuera usado en el hecho, por su contundencia…se aduna que entre las dos categorías anteriores debe colocarse a la varilla metálica con punta, pues aquella posee una empuñadura casera, de género e hilo de embalar, que más allá de haber sido agregada en forma manual y rústica, le ha conferido de antemano un indudable destino hacia la agresión, pues como bien lo dijera el propio menor en su indagatoria, no se trata más que de una 'faca', porque tiene un filo en su punta como ha sido ya señalado, y ello amén de su contudencia en caso de que se le hubiera dado el fin de golpear «* (v. fs. 226)

A fs. 227vta.y ss. añadieron, respondiendo a la defensa, que la calificante acuñada en el art. 41 *quater* CP no requería de ultrafinalidad alguna ni era necesario a los efectos de su configuración que quien se valiera de un niño tuviera más de veintiún años.

Cabe apuntar que, amén de las alegaciones enderezadas a cuestionar la calificante del arma y aquella acuñada en el art. 41 *quater*, el Dr. Iglesias propició la necesidad de **perforar los mínimos legales** estipulados en abstracto, dada la escasa envergadura del injusto cometido y sobre la base de la doctrina «Mill de Pereyra» -en materia de inconstitucionalidad de oficio-, planteo que no tuvo respuesta por parte de los miembros del Tribunal Oral.

III.2. El Recurso de Casación. Introducción de nuevos motivos en el juicio de casación. Su pretendida improcedencia. Rechazo del remedio. Disidencia de la Sra. Jueza Angela Ledesma

A fs. 239/249 se encuentra agregado el recurso de casación articulado por el Dr. Gustavo Iglesias.

En dicha presentación el citado Magistrado encauzó sus agravios bajo el supuesto de errónea aplicación de la ley sustantiva, puntualmente en cuanto concierne a la aplicación de la agravante acuñada en el art. 41 *quater* del CP.

El Dr. Iglesias propició la inadecuación de la figura agravada en los términos del art. 41 *quater* CP por considerar que su aplicación suponía por un lado un autor mayor de veinitún años y, de consuno, el aprovechamiento de la condición de niño del coautor o partícipe.

Concedido el recurso a fs. 250/1, la Dra. Eleonora Devoto se presentó en término

de oficina ampliando las argumentaciones vertidas por el Dr. Iglesias (v. fs. 269/274)

Más allá de reforzar las consideraciones que perseguían la inaplicación del art. 41 *quater*, la defensa introdujo un nuevo motivo de casación, retomando las alegaciones opuestas en juicio por el Dr. Iglesias, conforme a las cuales los elementos incautados en poder de CATRILAF y el niño que lo acompañaba no constituían arma en el sentido requerido por la figura agravada en los términos del art. 166, inc. 2º del Código Penal.

La Dra. Devoto justificó la ampliación de motivos destacando que *«…el recurso de casación se integra en dos momentos: por un lado el remedio interpuesto por el defensor de juicio (o en su caso el de instrucción), y por el otro el desarrollo y ampliación que pueda efectuar el defensor de casación, quien tampoco está limitado por los motivos introducidos por el anterior asistente técnico,* ***ya que si así fuera se estaría desnaturalizando la posibilidad de la revisión integral que ordena una exégesis adecuada del derecho al recurso.*** *Por ello no es el caso de forzar las argumentaciones pretendiendo que es uno el agravio que en verdad es otro: cuando el recurso de casación aparece como el único medio de revisar una sentencia condenatoria los jueces deberían entender en todos los agravios expuestos, con independencia de qué defensor los presente o desarrolle. Tal, por otro lado, como proceden algunos jueces. Es que la revisión, más allá de constituir una garantía del procesado, aprovecha también a un diseño judicial dotado de la racionalidad que exige el sistema republicano y, también, a un sano deseo de cierta uniformidad en dirección a la protección de la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica. Porque hoy el recurso de revisión ha dejado de ser un remedio extraordinario. No puede olvidarse que para que una condena aparezca legitimada es menester que ella sea el producto de mecanismos respetuosos de la ley y de los principios constitucionales. Y, si, aún en apariencia existe alguna desarmonía entre una disposición legal y una garantía judicial constitucional, no cabe otra solución que esclarecer la primera a la luz de la naturaleza de la segunda. Y es impropio que la ley acote la garantía constitucional (art. 28 de la C.N.). Y así, con los más elementales recaudos de término y legitimación activa, el derecho al recurso y muy especialmente al doble conforme condenatorio será vehiculizado por un remedio amplio que permita el reexamen completo de los hechos de la causa y el derecho a ellos aplicado»* (fs. 272/3vta.).

El día 4 de mayo de 2006, el tribunal intermedio ordenó que «…*del escrito presentado por la Defensa Oficial, hágase entrega de las copias correspondientes al señor Fiscal General, conforme a lo previsto en el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación*» (fs. 275), extremo cuyo cumplimiento se llevó a cabo el día 8 de mayo de análogo año (idem).

A su vez y el día 16 de mayo de 2006, se designó fecha de audiencia en los términos establecidos por el artículo 465 del ritual, cuya realización tuvo lugar el día 31 de mayo del corriente año.

En dicho contexto, la Sra. Defensora Devoto a la par de reforzar el planteo en punto a la incorrecta aplicación del artículo 41 *quater* CP, adunó elementos que certificaban la impertinente utilización de la figura del robo agravado por el uso de armas (fs. 279).

Por último, expresó que: «…*habiendo obviado peticionar a VV.EE. acerca de la modalidad de cumplimiento de la pena cuya adecuación y disminución solicitara, lo hago ahora, impetrando que la reducida sanción penal a aplicar lo sea de cumplimiento condicional*» (idem).

Cabe agregar a lo dicho que a fs. 280 obra una constancia en la cual se explicitan los avatares suscitados en la audiencia celebrada en la instancia de casación. Así

pues, «…*dejando constancia que en el día de la fecha se celebró la audiencia prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, a la que asistió la señora Defensora Oficial, doctora Eleonora Devoto, quien informó oralmente e hizo uso del derecho que la ley le acuerda de presentar breves notas. Articuló en el acto nuevos agravios, que explicita también en el escrito presentado. Entiende que se encuentra habilitada para eso, en atención al alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al derecho al recurso del imputado, en el fallo 'Casal'*» (fs. 280).

El día 3 de julio de 2006, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (por mayoría integrada por los Dres. Tragant y Riggi, dado que la Dra. Ledesma se pronunció en disidencia) rechazó el recurso de casación deducido por la defensa (v. Resolución Registro Nº 727/2006 obrante a fs. 282/296).

En primer lugar, la mayoría entendió que debía circunscribir su análisis a los agravios articulados por la defensa al momento de interponer el recurso de casación de fs. 239/49. En este sentido, se expresó que aquellos que fueron impetrados por la Sra. Defensora Devoto en el respectivo juicio de casación habían resultado tardíos.

En palabras textuales, se puntualizó que: «…*teniendo en consideración la oportunidad en que ha sido planteado este nuevo reproche queda claro entonces que la impugnación en trámite debe limitarse sólo al agravio oportunamente invocado* (...) *'Es precisa y clara la normativa del Código de forma –art. 463- en cuanto a la ocasión en que deben invocarse los motivos por los cuales se recurre en casación y que no es otra que el momento de interposición del mismo. Esta norma a su vez se relaciona con el art. 466 ibidem que establece que en el término de oficina se podrán desarrollar o ampliar por escrito los fundamentos de los agravios preestablecidos, por lo que debe entenderse que el referido momento de la determinación de los puntos de impugnación es exclusivo y excluyente de todo trámite ulterior'. 'Es que en la sistemática del nuevo código el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso, sin que corresponda el análisis de nuevas causales de impugnación; pues como señala Núñez, el escrito debe expresar separadamente cada uno de los motivos por los que se objeta la resolución; sin que puedan introducirse nuevos agravios una vez vencido el término legal, temperamento que también debe observarse en la audiencia de informe oral previo a la deliberación* (...) *Que además, cabe poner de resalto que la solución que propongo no se enfrenta a la doctrina emanada del fallo* (...) *'Casal, Matías Eugenio...'* (...), *cabe recordar que allí el Sr. Procurador Fiscal al dictaminar propició reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación (patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.), extremo que no fue favorablemente acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sí en cambio en esa oportunidad amplió el marco tradicional, señalando profundizar en esta instancia el análisis de cuestiones de hecho y prueba, pero sin alterar ni suprimir cuestiones instrumentales, es válido entonces deducir que estas mantienen su vigencia, no sólo para las partes, sino también para este Tribunal* (...)» (fs. 285/vta.).

En esta línea argumental y contrariando claramente las constancias de fs. 276 y 280 (que, lo recuerdo, daban cuenta de la situación contraria), se sostuvo que «..*en el caso, el acusador público no ha tenido posibilidad de intervenir y contradecir, en esta instancia, sobre el extremo que se pretende modificar, en atención a que el mismo no había sido objeto de agravio por parte de la defensa del imputado. De tal modo, el contradictorio no se encuentra resguardado, y se afecta el derecho a la bilateralidad, al no haber sido oído el Sr. Fiscal General al respecto*» (fs. 286).

Sentado ello, la mayoría se introdujo en la cuestión de fondo y, en este sentido,

resolvió que la agravante contenida en el artículo 41 *quater* CP resultaba aplicable a a) los «mayores» que hayan cumplido los 18 años de edad y b) con independencia de que el autor del hecho haya pretendido valerse del menor con el objeto de descargar su responsabilidad en aquél (fs. 286/289vta.).

A su turno, la Sra. jueza Ledesma se pronunció en contra de la tesis mayoritaria.

En cuanto a la cuestión troncal sobre la cual versa el *sub lite*, entendió que «...***a partir de la máxima capacidad de rendimiento que le compete a esta Cámara***, *establecida por nuestro más Alto Tribunal en el fallo...*Casal*..., donde se señaló que '...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...', agregando que '...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación…'; **corresponde revisar la sentencia ante un planteo como el que nos ocupa donde se advierte una transgresión al principio de legalidad**, me refiero puntualmente a la aplicación al caso en concreto de la agravante de **robo con arma contemplada en el inc. 2º del art. 166 del Código Penal. Es más, inclusive si el agravio no hubiera sido planteado por la defensa y se advierte en esta instancia tal vicio, amerita que igualmente sea tratado, por la profanación de garantías constitucionales que contiene y en mira a una situación procesal más beneficiosa para el imputado***» (fs. 290, énfasis agregado).

Sentado ello, entendió que llevaba razón el recurrente al descalificar la aplicación del artículo 41 *quater* en el caso de marras. Lo dicho, en la medida en que la agravante referenciada sólo adquiere vocación aplicativa en el supuesto en que el sujeto activo haya cumplido los 21 años de edad (fs. 290/291vta.).

Por último y en punto al agravio introducido por la Sra. Defensora Devoto en el específico juicio de casación, también entendió la ponencia que la impugnación de la asistencia técnica debía prosperar (fs. 292 y siguientes).

Al amparo de numerosas citas de doctrina –locales y sobre todo foráneas- y luego de recordar la distinción entre la mera legalidad y la estricta legalidad, la Sra. Jueza expresó de manera enfática que: «*Si bien el término 'arma' puede dar lugar a varias interpretaciones sobre su alcance, el mero reconocimiento de que una gran cantidad de tipos penales contengan conceptos vagos no puede funcionar como 'excusa para atropellar los límites de este principio central de un estado de derecho*» (fs. 293).

Así pues, también cuestionó el propio concepto de arma impropia, toda vez que a su juicio resultaba violatorio del principio de estricta legalidad ya que «...*extiende la alocución más allá de su acepción legal y el concepto mismo de 'impropio' es adverso a la finalidad de la palabra arma* (...) *Frente a ello, entiendo que debemos preguntarnos cuál es la necesidad de crear –pretorianamente- un nuevo elemento del tipo penal que para darle ciertos visos de legalidad se intenta encubrir bajo la fórmula 'impropio'*» (fs. 293vta.).

En dicho contexto hermenéutico y tras abrevar en las constancias causídicas, expresó que la varilla de metal utilizada por el encartado en forma alguna podía ser redefinida como un arma en sentido estricto, circunstancia que no empce a valorar su utilización dentro de la escala legal establecida para el delito de robo simple en grado de conato (fs. 295).

En razón de lo expuesto, entendió que debía hacerse lugar al recurso articulado por la defensa y, en consecuencia, obliterar la aplicación del artículo 41 *quater* del CP, como así también la agravante contenida en el artículo 166 inciso 2º, CP. (fs. 295vta.).

III. 3. El Recurso extraordinario federal

Contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, el justiciable dedujo el recurso extraordinario federal *in forma pauperis* de fs. 300, fundado técnicamente por la Sra. Defensora Oficial, Dra. Eleonora Devoto a fs. 302/321vta.

En primer lugar, la defensa técnica cuestionó la falta de tratamiento de lo agravios impetrados en el juicio de casación, bajo el argumento de que una tal tesitura resultó contraria al derecho de defensa en juicio del imputado (fs. 312vta. y ss.).

En este sentido, adunó que el precedente «Casal» en manera alguna obliteró la posibilidad de completar los agravios articulados en el primigenio recurso de casación, en la medida en que la doctrina de la «capacidad de rendimiento» invocada por V.E. reforzaba tal potestad (fs. 313/14).

Así pues y tras invocar doctrina y jurisprudencia favorable, la Sra. Defensora expresó que: «...*sólo cabe concluir en que las normas de carácter procesal como lo son los arts. 465 y 466, en modo alguno pueden ser limitadores de derechos constitucionales, porque así expresamente lo sostuvo la Corte, determinando los alcances del derecho al doble conforme, lineamientos en los cuales se hizo eco de la normativa internacional al respecto*» (fs. 314/vta.).

Como específico modo de reforzar los antedicho, entendió que argumentos de tipo «procedimentalistas y formalistas» en manera alguna podían ser argüidos para obturar el amplio ejercicio de un derecho constitucional (fs. 314vta.). «*Por otro lado cierto es -en cuanto a la objeción que trae el voto mayoritario- que la Corte nada dijo respecto de la acotación de los requisitos formales de admisibilidad propiciada por el señor Procurador. Pero ello no ha de hacerse valer en contra de la pretensión de la defensa. Y ello porque, en rigor, cuando la asistencia técnica invoca nuevos agravios no lo hace en virtud de una 'licencia temporal', sino en el ejercicio del derecho de defensa amplio que garantiza la Constitución Nacional, en el caso, a través de la garantía de defenderse, al menos, dos veces. Tal afirmación, en modo alguno, resulta contradictoria con lo aquí propugnado toda vez, que lo que esté en juego en el presente es el derecho a la doble instancia de mi asistido que se vio vulnerado en virtud de argumentos 'procedimentales y formalistas'* (...) *Por último, es del caso agregar que reafirmo mi postura en cuanto entiendo que el recurso de casación se integra en dos momentos: por un lado, el remedio interpuesto por el defensor de juicio, y por el otro, el desarrollo y ampliación que pueda efectuar el defensor de casación, quien tampoco está limitado por los motivos introducidos por el anterior asistente técnico, ya que si así fuera se estaría desnaturalizando la posibilidad de la revisión integral que ordena una exégesis adecuada del derecho al recurso*» (fs. 314vta./15).

Luego de lo expuesto, la asistencia técnica retomó el planteo referido a la interpretación arbitraria que, en punto al artículo 41 *quater*, se había formulado en las instancias anteriores (fs. 316/19).

Como último punto de agravio, se destacó que resultaba contrario al principio de *lex certa, stricta, scripta* considerar que una «varilla» reuniese las calidades objetivas como para ser considerada «arma impropia». Y en este sentido, pretender que dicho objeto satisfacía el concepto de arma del tipo agravado en forma alguna podía sostenerse, en la medida en que dicha posición además de violentar el principio de legalidad resultaba imposible en términos lógicos (fs. 319vta.).

En palabras textuales: «*Es claro, que una varilla en modo alguno puede ser considerada un arma. Por todo lo expuesto, se concluye en que los jueces de la Sala, en mayoría, han realizado una interpretación analógica in malam partem de lo establecido en el art. 166 inc. 2 del CP, ya que una varilla en modo alguno*

puede ser considerada un arma. Los jueces debieron recurrir a tal 'interpretación' forzando el tipo penal para incluir en él una conducta no descripta ni 'atrapada' por el sistema penal sino que debieron subsumir la conducta bajo la figura penal básica» (fs. 321vta.):

Corrida la vista de ley, el Sr. Fiscal General entendió que el recurso extraordinario era inadmisible «...*por considerar que se advierten defectos que obstan a su admisibilidad*» (fs. 323vta.).

En tal sentido, entendió a) que la cuestión federal no había sido correctamente introducida, b) se basa en juicios discrepantes con la resolución de la Cámara que inadvierte la acreditación de la relación directa e inmediata, c) pretende la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, cuando en el caso no se configuran los extremos que la tornen viable (fs. 323vta./24).

El día 1 de noviembre de 2006, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (compuesta en la especie por los Dres. Tragant, Riggi y Fégoli) resolvió, remitiéndose a los fundamentos y conclusiones del Fiscal General, no hacer lugar al recurso extraordinario deducido (Resolución Registro Nº 1272/2006 obrante a fs. 325).

IV. CRITICA A LA SENTENCIA QUE DENEGO EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. FUNDAMENTACION APARENTE. FALTA DE CONEXIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS COMPROBADAS EN LA CAUSA. AUTOSUFICIENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. DESARROLLO PUNTUAL DE LOS AGRAVIOS CONSTITUCIONALES

Contra lo afirmado por parte de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, el recurso extraordinario federal debió ser concedido.

Ello es así, por cuanto no resulta certero afirmar –tal como lo hiciera el Fiscal General en su respectivo dictamen de fs. 323/4- que la pieza recursiva articulada por la Sra. Defensora Devoto no haya identificado con corrección la cuestión federal suscitada en el presente.

En efecto y al repasar el escrito de interposición del remedio federal, puede advertirse que la asistencia técnica desarrolló autónomamente y con sumo rigor analítico, los problemas constitucionales trasuntados por la resolución apelada.

Así las cosas, se identificó claramente la problemática derivada de la inadmisión de nuevos motivos de casación en el juicio respectivo desde la óptica de los artículos 8.2h de la CADH y 14.5 del PIDCyP (cuestión federal simple) y se tacharon de arbitrarias las interpretaciones enarboladas en punto al art. 41 *quater* del CP y al concepto de arma del art. 166 inc. 2 de análogo digesto.

En ese contexto, una simple lectura de dicho recurso habla a las claras de la adecuada y detallada individualización de las cuestiones constitucionales sometidas al imperio jurisdiccional de V.E., de tal forma que las imputaciones argüidas por el Sr. Fiscal –y luego compartidas por la mayoría de la Sala III- no encuentran sustento alguno en las constancias causídicas incorporadas al expediente.

Por otro lado, la pretendida falta de demostración de la relación directa e inmediata exigida por el artículo 15 de la ley 48 tampoco puede deducirse –o afirmarse dogmáticamente- a partir de la exégesis de la pieza de mención.

Ello, toda vez que resultó claro que en el presente lo debatido giraba en torno al alcance que cabía asignarles a las cláusulas federales de mención, circunstancia que era esencial para resolver aquello que fue materia del pleito.

Por las razones expuestas, estimo que la sentencia que denegó el recurso extraordinario puede ser calificada de arbitraria y, además de ello, adolece de un

excesivo rigor formal, puesto que a partir de fórmulas genéricas y que carecen de conexión con los obrados desestimaron la vía apelada establecida en el artículo 14 de la ley 48.

En suma y a partir de lo acontecido en este proceso, puede afirmarse sin hesitaciones que la cuestión troncal sobre la cual gira el presente reside en determinar si resulta posible jurídicamente introducir nuevos motivos de agravio en el juicio de casación, otrora no advertidos por la defensa que articuló el primigenio recurso de casación.

A la par de ello, también se ponen en discusión determinadas normas de derecho común, cuya hermenéutica fue reputada violatoria de principios políticos y garantías constitucionales.

Así también, se problematiza la cuantía de la pena impuesta, a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por último y a partir de lo expresado en primer término, también se encuentra en discusión el alcance que debe asignársele a un precedente dictado por V.E., temática que según la reiterada doctrina de esa Corte suscita cuestión federal suficiente (v. *mutatis mutandi*: S. 717. XXXVI, «Sanz, Tomás Miguel s/ calumnias», del 30/5/2006, voto en disidencia de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti y sus remisiones; Fallos, 312:1316).

Tales agravios, lo reitero, fueron adecuadamente introducidos por la defensa preactuante, de modo que su rechazo a partir de fórmulas estereotipadas refuerzan la tacha de arbitrariedad de la sentencia que en ello incurrió.

IV. A. DERECHO AL DOBLE CONFORME. DEBATE EN PUNTO A LOS ALCANCES DE LA DOCTRINA DERIVADA DE FALLOS, 328:3399 Y 328:3741. POSIBILIDAD DE INTRODUCIR NUEVOS MOTIVOS DE AGRAVIO EN EL JUICIO DE CASACION. REVISION AMPLIA. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO. DEFENSA TECNICA EFICAZ. DOCTRINA DE FALLOS, 327:5095. PRETENDIDA VIOLACION A LA BILATERALIDAD. ARBITRARIEDAD FACTICA

Sentado lo expuesto y en la medida en que se pone en tela de juicio la posibilidad de introducir nuevos agravios en el juicio de casación, fundado ello en el propio artículo 8.2h de la CADH y la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa resolvió en forma contraria al derecho que el apelante fundó en dicha cláusula, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente.

Por otro lado y al debatirse el alcance que cabe asignarle a un precedente de esa Corte sobre la problemática del doble conforme y siendo la decisión apelada contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en él, la cuestión federal bastante también queda trabada (artículo 14 inciso 3 de la ley 48).

En primer término, no puedo dejar de advertir que la cuestión federal cuyo tratamiento se somete a V.E. ha sido adecuadamente abordada, ora por la Sra. Defensora Devoto, ora por la Sra. Jueza Ledesma en su respectivo voto en disidencia.

Sin embargo y a los efectos de satisfacer el requisito de fundamentación autónoma establecido por el artículo 15 de la ley 48, se impone agregar algunos argumentos adicionales que refuerzan la solución aquí defendida.

En efecto e incluso antes de sentar la señera doctrina forjada en los precedentes «Casal» y «Martínez Areco», V.E. tenía dicho que el recurso de casación sólo podría resultar funcional a las garantías reconocidas en los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP «*en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la* ***sentencia***

recurrida en general*, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado,* ***en especial los de defensa y al debido proceso***» (Fallos, 321:494, voto de los jueces Fayt y Petracchi, entre muchos otros, énfasis agregado).

Dicha petición de principios, otrora enarbolada por los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos (CIDH, Informe 24/92, «Costa Rica», *Derecho de revisión del fallo penal*, casos 9.328, 9.329, 9.984, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992, párr. 30) resulta clara en sus consecuencias políticas.

Así pues, para que el recurso contra la sentencia condenatoria resulte compatible con el ámbito tutelar delimitado por las normas convencionales de mención, su interpretación y aplicación jurisdiccional (y legislativa) no puede encontrarse rodeada de confines rituales que, de ese modo, frustren por completo su dinámica y finalidades políticas concretas.

Una tal doctrina –complementada ahora por aquella recaída en Fallos, 328:3399 y 3741- pretende aligerar las pretendidamente enhiestas vallas procesales en pos de garantizar de la forma más amplia posible el ejercicio de los derechos recursivos del justiciable.

Ello es así, en la medida en que el recurso de casación lejos de poder ser considerado –como antaño- un **remedio extraordinario** dirigido a reparar los errores jurídicos de la sentencia, ha de ser interpretado como un **mecanismo procesal ordinario** que debe satisfacer –sin ritualismos e imposiciones fatuas- el derecho del condenado a recurrir las sentencias adversas (sean definitivas o interlocutorias).

Esta verdadera transformación en punto a los fines y a la propia dinámica del recurso impone, tal como se afirmó, un relajamiento institucional de los requisitos objetivos que hacen (y obstan) a su habilitación concreta.

Lamentablemente no ha sido esa la tesis argüida por el tribunal intermedio en el caso que nos ocupa, toda vez que al amparo de una pretendidamente férrea interpretación legal, obliteraron el tratamiento de un agravio que si bien no fue introducido en el escrito recursivo, sí lo fue durante el juicio de casación e incluso antes, esto es, en la propia etapa de debate oral.

En resumidas cuentas, el primer fundamento que podría utilizarse con el objeto de desarticular el exceso ritual en este campo, reside en embanderar la interpretación que sobre este remedio **ordinario** forjó V.E. en los pronunciamientos que se han mencionado anteriormente.

Por otro lado, coincido con las afirmaciones ensayadas por la defensa preactuante en el sentido de que el juicio de casación se compone de dos etapas distintas. La primera delimitada por el escrito recursivo. Y la segunda por la intervención de los sujetos procesales en el específico juicio de casación.

Tales etapas en modo alguno son autónomas entre sí, pues –según creo- su sincretización permitirá delimitar en concreto los agravios de los cuales el tribunal intermedio deberá ocuparse, facilitando el debate contradictorio en la propia etapa de casación.

Ningún pretendido principio de preclusión podría oponerse en el presente, dado que el escrito recursivo en modo alguno agota la instancia casatoria. Y, por otra parte, no está demás decirlo, aquél principio político básico no podría utilizarse –en modo alguno- con el objeto de frustrar el derecho de defensa del imputado.

Y es en este punto donde creo que la necesidad de admitir los nuevos motivos de agravio adquiere importancia supina. Me refiero naturalmente a la necesidad

de garantizar en todo momento posible el ejercicio de una defensa técnica eficaz.

Dicho principio político básico del procedimiento penal, cuya tutela ha sido preocupación de V.E. a lo menos desde el precedente registrado en Fallos, 5:459 («Indalecio Peralta») exige que ante una situación que de alguna manera u otra implique colocar al imputado en una posición de minusvalía jurídica, sea reparada de la forma más amplia posible y, cabe aclararlo, en el instante procesal desde que se la conociera

Así las cosas, no está de más recordar que la tuición del derecho del imputado a gozar de una asistencia técnica sustancial y eficaz «…***no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por el tribunal a quo****, a quien correspondía salvar la falta de asistencia técnica antes aludida*» (Fallos, 324:3545, considerando 5, énfasis agregado, y Fallos, 326:3635, entre muchos otros).

En este sentido, la omisión del defensor de articular en el recurso de casación respectivo un agravio que –como en el caso- resultaba esencial para modificar la situación procesal del justiciable -tanto más cuando la hermenéutica del concepto «arma» trasuntó una clara arbitrariedad normativa- en forma alguna pudo ser convalidada por el *ad quem*, pues hacerlo importó claramente privilegiar formalidades pretendidamente extremas por sobre el derecho de defensa protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Si a lo expuesto se le suma que, en la propia instancia intermedia, la Sra. Defensora Devoto articuló nuevos motivos de agravio cuya falta de abordaje hubiesen coronado una ostensible lesión a la eficacia del derecho de defensa, pues entonces el temperamento del tribunal intermedio resultó más descalificable aún.

En otro orden de ideas, podría llegar a afirmarse que, pese a lo pretendido por la mayoría de la Sala III, el carácter complejo del juicio de casación precisamente está organizado de ese modo para reparar eventuales omisiones de la defensa en la introducción «oportuna» de los agravios.

Ello importa que ese trámite bilateral y contradictorio le permite a la defensa corregir eventuales disfuncionalidades y propender de la forma más amplia posible a la protección de la situación procesal del imputado, algo que, cabe aclararlo, también debió haber privilegiado la mayoría de la Sala.

En dicha senda, debe señalarse que si la defensa técnica eficaz es un requisito de legitimación interna de cualquier decisión jurisdiccional mínimamente respetuosa del estado constitucional de derecho, una situación incompatible –o tendencialmente incompatible- con su adecuado desarrollo no podrá ser tolerada o legitimada por los tribunales intervinientes al amparo de unas formas procesales que se utilizan como vallas obstaculizadoras de ese medio esencial.

Por tal motivo, si la defensa no articuló agravios u omitió «mantener» aquellos otros que efectivamente había empuñado en las instancias anteriores (circunstancia luego corregida por los asistentes que intervinieron con posterioridad), era misión del poder judicial advertir dicha situación con el objeto de que el derecho a la defensa técnica del justiciable adquiera, en tal dinámica, un *status* privilegiado.

¿Qué hubiese sucedido si en el caso de «Ricardo Alberto Núñez» (Fallos, 327:5094), en el de «Raúl Hilario Gordillo» (Fallos, 310:1934) o en el de «Carlos Schenone» (S. 62. XL del 3/10/2006) –entre muchos otros- V.E. hubiera enarbolado las mismas vallas rituales que empuñó el *ad quem*? Es claro que si ello hubiese sido así, la violación al derecho de defensa en juicio registrada en los casos de mención hubiera sido claramente convalidada, situación que, lo recuerdo, fue enmendada por esa Corte a través de una férrea declaración de nulidad.

Si bien la situación planteada en el presente no resulta totalmente análoga a las anteriores, la petición de principios que emerge de dichos precedentes resulta por demás ostensible y exhorta a quienes integran el poder judicial a relajar las formas allí cuando la defensa en juicio o bien haya sido violada, o bien se encuentre en una severa crisis que descalifique al procedimiento como conjunto de actos jurisdiccionales válidos.

Por otra parte, cabe recordar que: «*la negligencia del abogado defensor no puede acarrearle perjuicios al imputado, ni se puede sancionar la falta del defensor en cabeza del defendido*» (Fallos, 328:3284, voto en disidencia del juez Zaffaroni y sus citas).

Una semejante doctrina ha sido desconocida por el a*d quem*, circunstancia que en este contexto, priva a la sentencia de bases constitucionales firmes que la validen como acto jurisdiccional válido.

Por último, quisiera puntualizar dos cuestiones que la mayoría de la Sala III pasó enteramente por alto al momento de construir su respuesta.

En primer término, no es cierto que V.E. no haya relajado en numerosos pronunciamientos los requisitos rituales en punto a la interposición de los recursos por parte de los justiciables. La doctrina citada al comienzo de esta presentación y aquella otra forjada en punto a las presentaciones *in pauperis* dan cuenta de la situación contraria, omitida por la mayoría de la Sala III.

Y en segundo lugar, tampoco resulta ajustado a las constancias del expediente afirmar que, en el presente caso, se haya violado la bilateralidad (doctrina de Fallos, 328:1874, considerando 5) o la facultad del agente fiscal de contradecir los planteos de la defensa en la etapa intermedia (en orden a los «nuevos agravios», claro está).

En este sentido, las constancias de fs. 273vta., 279 y 280 nos hablan a las claras de que la pretendida obliteración del «derecho a la sustanciación» no ha existido en forma alguna en la especie, puesto que el representante del Ministerio Público Fiscal pudo conocer y contradecir los agravios articulados por la Sra. Defensora Devoto en su respectiva presentación.

En definitiva, el respeto incondicionado al derecho de defensa (y, en especial, a su eficacia) debió haber predeterminado la validación de los «nuevos» motivos de agravio, como así también su abordaje concreto por parte del tribunal intermedio, dado que las formas procesales en manera alguna pueden ser utilizadas como ritos caprichosos que privilegian un pretendido respeto a la «ley» por sobre las posibilidades de resistencia de la parte más débil de la relación procesal.

Por lo demás, remito en un todo a las consideraciones que en punto al tratamiento del tema formularon tanto la Sra. Defensora Devoto, como así también la Sra. Jueza Angela Ledesma en sus respectivas intervenciones.

IV. B. ARBITRARIEDAD NORMATIVA. PRETENDIDA PERTINENCIA DEL ARTICULO 41 *QUATER* CP. MANIPULACION DEL CONCEPTO DE ARMA IMPROPIA. VIOLACION AL PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD. NECESIDAD DE PERFORAR LOS MINIMOS PUNITIVOS EN ORDEN A UNA EFICAZ TUTELA DE LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

Sentado lo expuesto en primer término, debo decir que el agravio referido a la improcedencia de la aplicación del artículo 41 *quater* CP, cuanto aquél atinente a la aberrante manipulación del concepto de arma impropia, han recibido un por demás completo tratamiento, ora por la Sra. Defensora Devoto en sus presentaciones, ora por la Sra. Jueza Ledesma en su voto en disidencia.

En razón de lo expuesto, remito a tales líneas argumentativas en honor a la brevedad.

Sin embargo y en punto a la admisibilidad formal de dichos agravios, cabe recordar que si bien lo atinente a la hermenéutica de los tipos penales en juego remite a cuestiones de derecho común inabordables por la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, debe hacerse excepción a ello cuando –como en el caso- las interpretaciones forjadas en derredor de dichas normas trasuntaron una arbitrariedad normativa que descalifica a la sentencia como acto jurisdiccional válido (Fallos, 321:1909, entre muchos otros).

Ello es así, en la medida en que el pretendido carácter de arma impropia que revestiría la «varilla» utilizada por el incuso no puede sostenerse sino en violación a los principios de legalidad y taxatividad; extremo que, a la par de ello, importó prescindir del texto legal aplicable (Fallos, 326:1389; 327:5614, entre muchísimos otros).

Por último, no puede dejar de señalarse una circunstancia que, impetrada por el Dr. Iglesias en el marco del debate oral, no obtuvo respuesta alguna en dicho contexto (ni en ningún otro), cuando las propias particularidades del caso daban cuenta de la necesidad de que ello ocurriese.

Me refiero específicamente a la perforación de los mínimos punitivos que, en el contexto apuntado, debieron haber propugnado los jueces de debate e incluso aquellos que conformaron el tribunal casatorio.

Si tomamos en cuenta las particularidades del hecho por el cual fue condenado CATRILAF, la inexistencia de violencia, la frustración de la consumación por causas ajenas a su voluntad, la utilización de un objeto que en manera alguna podía ser considerado arma a los efectos del tipo agravado, **como así también la situación de abandono social (y estatal)** vivenciada por el justiciable, pues entonces la pena aplicada en la especie adquiere una inusitada rigurosidad incompatible con los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, férreamente defendidos por esa Corte en el precedente «Gramajo, Marcelo Eduardo» del 5/9/2006.

Es en este contexto situacional que la perforación de los mínimos punitivos debió haber sido empuñada como la única solución aplicable.

Por lo demás, cabe recordar que un tal criterio dogmático, a la par de haber sido propugnado por calificada doctrina (cf. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, 2º edición, Buenos Aires, 2002, pp. 954-955), fue legitimado por parte del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 de Necochea en el precedente*:* «López, Marcelo s/ robo agravado» del 10/9/2002.

En efecto, se trató allí de un caso de robo con arma impropia, en el que se consideró que el mínimo punitivo establecido por el artículo 166 inc. 2 del CP (5 años) resultaba desproporcionado, razón por la cual se propugnó su «perforación» y se condenó a López a la pena de 1 año de prisión. El voto de la mayoría sostuvo que: «*los razonamientos precedentes, sumados al conocimiento del caso concreto, me llevan a concluir una vez más que de imponerse al causante el mínimo de la sanción prevista por la escala respectiva* (...) *se superarían los límites que imponen los principios de culpabilidad de acto y lesividad objetiva, transformándose dicha pena en 'cruel e inhumana', por lo que debería decretarse la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal* (...) *y para el caso concreto, imponiendo al causante la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento, con más las costas del proceso, ello por colisionar con el artículo 19 de la Constitución Nacional...»* (publicado en *Suplemento de Jurisprudencia Penal*, «La Ley», 3/3/2003, p. 11, destacado en el original).

A mayor abundamiento, cabe agregar que una tesis similar a la descripta fue defendida por el Juzgado en lo Correccional Nº 2 de Morón *in re*: «Sepúlveda, Lucía del Carmen» del 29/9/2000 (su texto en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, «Lexis Nexis», Nº 13, septiembre de 2005, Buenos Aires, pp. 1397-1399; declaración de inconstitucionalidad de la escala penal que, para el delito de daño simple, establece el artículo 183 CP).

Las particularidades del caso aquí analizado (en donde el grado de ofensividad y culpabilidad resulta, a lo menos, de poca entidad) y por las razones antes expuestas, tornan plausible apelar a dicha solución, la que lejos de importar una indebida intromisión del poder judicial en un ámbito pretendidamente reservado al exclusivo resorte del poder legislativo, implica, en resumidas cuentas, interpretar las normas penales de acuerdo con la más elemental hermenéutica constitucional, armonizando las prescripciones abstractas con las particularidades del caso concreto, todo ello desde la perspectiva de los derechos humanos. Tal ejercicio, a la par de no importar violación alguna al principio de división de poderes, resulta ser la tarea primordial que el estado constitucional de derecho (por oposición al paleopositivista) le tiene asignada a los jueces penales (cf. Ferrajoli, Luigi, *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el estado constitucional de derecho*, trad. de Mary Beloff y Christian Courtis, en «Crimen y Castigo», Nº 1, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 21 y ss.).

Por las razones expuestas, estimo que V.E. –haciendo lugar a la queja- debe declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

V.- PETITORIO

(...)

17. A. Sentencia de la Corte y comentario

Por remisión a lo resuelto en el caso «Casal» (Fallos, 328:3399), la CSJN ordenó el reenvío de lo actuado a la Cámara Nacinal de Casación Penal.

El hecho de que el tribunal hiciera lugar al recurso es una pauta inequívoca de que incluyó dentro de la materia revisable la totalidad de las cuestiones articuladas, incluidos los agravios que habían sido introducidos por la defensa ante la Cámara de la especialidad.

Esta desformalización del recurso de casación se enrola en la doctrina del precedente «Casal» y vuelve a priorizar la inviolabilidad de la defensa en juicio por sobre cualquier valladar ritual.

18) C. 1699. XXXIX, «RECURSO DE HECHO deducido por Carlos Daniel CARRIZO, en los autos: «Carrizo, Carlos Daniel s/robo calificado - causa N° 15040/01» y, corriendo por cuerda, P. 1201. XXXIX, «RECURSO DE HECHO deducido por Roque José PALACIOS, en los autos PALACIOS, Roque José s/causa N° 24256/2» (sentencia del 14 de febrero de 2006)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)Que la presentación de ambos encausados es temporánea. Ello por cuanto el rechazo de los recursos extraordinarios federales fue notificado a CARRIZO y a PALACIO (v. fs. 3694vta.) y a las anteriores defensas (v. fs. 3691/2vta. del principal) el 29 de julio de 2003, en tanto las voluntades impugnativas que dan origen a las presentes actuaciones fueron presentadas a las autoridades de la Unidad Carcelaria que los aloja el día 15 de agosto de ese mismo año, esto es, dentro del plazo legal. (Art. 158 CPCCN).

En este sentido, es de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional del Reino de España en el precedente 290/1981. En el caso, el Tribunal de mención se propuso, en primer término, ***«determinar en qué momento debe entenderse que el recurrente ha presentado el escrito cuando se encuentra internado en un Establecimiento penitenciario.»,*** para afirmar: «*5. Planteada así la cuestión, la solución aparece clara.* ***Debe entenderse que el escrito se ha presentado –a los efectos legales- en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria****. Esta conclusión es una lógica consecuencia del carácter unitario del Estado –como institución compleja- ... Es decir, que* ***la Administración Penitenciaria no se limita simplemente a enviar el escrito a su destino a través del servicio de correos, sino que el Director lo recibe y se hace cargo del mismo como representante del Estado y lo remite a la Autoridad que estima competente por la vía de la comunicación entre órganos****; lo que acredita que el escrito ya está recibido formalmente –y, por tanto, ha de tenerse por presentado-* [dentro del plazo legal]» (el destacado me pertenece).

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a) La Sentencia condenatoria

En la sentencia de fecha 3 de julio de 2002, los integrantes de la Cámara Segunda en lo Criminal de la Ciudad de Salta (conf. fs.3274/3326vta.) condenaron a ROQUE JOSÉ PALACIOS a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas, por haberlo encontrado coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por haber sido cometido con armas; y a CARLOS DANIEL CARRIZO a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas, por haberlo encontrado partícipe necesario penalmente responsable del delito de robo calificado por haber sido cometido con armas.

Respecto de la materialidad de los hechos, el Tribunal señalaba: *«...el hecho, objeto de juzgamiento, se ubica temporalmente el día 03/12/97 siendo aproximadamente las 15,25 horas, cuando tres hombres con armas de puño ingresaron a la oficina de Tesorería de la Dirección de Atención de Primer Nivel, ubicada en calle Simón Bolívar 687, esquina Entre Ríos de esta ciudad. Uno de los desconocidos se quedó en la puerta de la oficina y los otros dos, previo hacer tirar al piso a los empleados que fueron sorprendidos cuando preparaban el pago de haberes del resto del personal, se apropiaron de las llaves de la caja fuerte y de allí se apoderaron la suma de $380.036,29. con el botín en sus manos, los desconocidos se alejaron rápidamente del lugar, sin que el resto de las personas que ya estaban aguardando el pago de sus haberes se percatara de lo sucedido. Iniciada la investigación policial, se detiene al oficial ppal. JUAN CARLOS SACARÍAS, quien confesó que a través del Subcomisario Vilte conoció a DANIEL CARRIZO, Que conversaron sobre la posibilidad de cometer el ilícito en la Dirección de Primer Nivel de Atención en ocasión del pago de haberes al personal. Así la investigación policial fue avanzando procediendo a la detención de CARLOS DANIEL CARRIZO (padre); WALTER OSCAR OLMEDO; ROQUE JOSÉ PALACIOS y al policía VICTOR HUGO VILTE...»* (Ver fs. 3274vta/3275.)

Seguidamente, los magistrados analizaron qué calificación correspondía asignar a los hechos por probados. En este punto, consignaron que: *«...de los elementos colectados en la causa y que fueran merituados precedentemente, surge, sin hesitación, la configuración del delito de robo calificado por el uso de arma, previsto y reprimido por el art. 166 inc. 2° del Código Penal. En efecto, en todo el momento comisivo del hecho, los acusados utilizaron armas propias que revisten la capacidad de aumentar su poder ofensivo (cfme. Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal Argentino, T IV pág. 171; C.CC.C. Fallos, IV-173). El arma toma su carácter no tanto de la materia que la forma, como el uso a que se destina; todo lo que pueda dañar «omne quod nocendi causa habitur», todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas. Esta amplitud interpretativa que ha sido seguida por la doctrina (Soler, Sebastián «Derecho Penal Argentino» t. IV pág. 287), reconoce en la jurisprudencia respecto del delito de robo que, además del carácter de arma en sentido propio, los elementos utilizados lo sean efectivamente, descartándose como tales, y por ende como típicamente agravantes, los revólveres de juguete y en algún caso, el trozo de madera aplicado como arma a la espalda de un taxista para despojarlo, ya que se excluye la simulación, requiriéndose el empleo de arma verdadera, propia o impropia (C.C.C., J.P.B.A., 20-2651). También, válido*

es recordar aquí que es suficiente, para la configuración de la agravante, el empleo de un revólver que, aunque inútil como arma propia, valía como arma impropia capaz de intimidar, no se trata de simulación de violencia armada que descalificaría el delito como los casos de armas de juguete y armas en pésimo estado, situación que no se presenta en autos. El revólver auténtico excluye toda discusión sobre su carácter de arma en sentido lato y de arma de fuego en sentido específico, habiéndose entendido en algunos fallos que la falta de proyectiles no altera su poder intimidatorio, en orden a que dicha circunstancia no es conocida por la víctima (C.C.C., J.P.B. A., 26-4064; aunque reconoce este decisorio una disidencia en minoría que exige actitud materialmente vulnerable). Esta situación fue resuelta más adelante por la C.N. Crim., en pleno, C.5552, Sciosa, C. , 10/12/76, L. 15/12 y 20/12/76. En autos concurre la falta de peritación sobre el arma, que en principio podría afectar la configuración de la agravante. No obstante, el Tribunal ha entendido, en precedentes, que concurre la misma, toda vez que la falta de aquél peritaje no empece dicha conclusión (C.C.C., S.5ta., c.8921, J.P.B.A., 34). La jurisprudencia ha sostenido que «no es menester establecer la idoneidad del arma porque lo que califica el delito es la posibilidad eventual de herir o matar, excediendo el exceso de violencia del artículo 164 (C.C.C., J.P.B.A., 32-5484) siendo indiferente que estuviera descargada o no fuese apta para descargar (C.C.C. S.2da. c.20921, 16/9/77, J.P.B.A. 35). Entendemos que el accionar de Olmedo y Palacios se adecua al grado de coautoría y el de Carrizo en coparticipación necesaria, toda vez que no sólo han cumplido actos típicamente consumativos sino que esto denota presencia activa y concomitante, queriendo el hecho como obra propia y cumpliendo actos que integran la objetividad y la subjetividad del suceso delictivo (T.S.J. Córd. C. Crisyeche; 1969; J.P.B.A. 23-F-3693). Coautores son no sólo quienes realizan conjuntamente la acción principal o típica consumativa en que el delito consiste (con actos parificados o acciones que aunque heterogéneas son significativas de una división del obrar requerido por el tipo, sino también quienes toman parte en la ejecución (art. 45). Es evidente que en el caso medió un acuerdo tácito e inequívoco entre los nombrados.» (Vid. Fs.3317vta./3318vta.)

III. b) Rechazo de los Recursos de Casación

A fs. 3362/3370 se agregó el recurso de casación presentado por el entonces defensor de CARRIZO.

En esa empresa, el Dr. Guillermo Lizarraga señaló que la condena se había dictado en forma arbitraria, por entender que el fallo condenatorio se había edificado mediante el sistema de evaluación de la prueba de íntima convicción. Asimismo, señaló que parte de los elementos probatorios habían sido arrimados al proceso en forma contraria a lo estipulado por el código de rito. Recalcó que las circunstancias expuestas tornaban a la sentencia nula en virtud de impedir al justiciable el debido control de los actos jurisdiccionales; vulnerándose las garantías constitucionales del debido proceso legal y defensa en juicio.

Puntualizó, en tal sentido y siguiendo los postulados de la regla de exclusión, que la instrucción sumarial se encontraba viciada de nulidad, toda vez que, la información que dio cauce a la investigación se recabó ilegítimamente. Según sostuvo el Dr. Lizarraga, los encuentros de la prevención con Forrondona -quien registraba orden de captura por haberse fugado de la cárcel- antes que habilitar la introducción de testimonios intrínsecamente nulos (pues se impidió a la defensa toda posibilidad de control, tal como lo reclaman las previsiones de los Art. 8, 2 «f» CADH y 14.3 «e» PICDP) ameritaba la efectiva la intervención policial, en procura de la detención impuesta por ley. A la omisión señalada se sumaba –

sostuvo el letrado- el hecho de que no se procediera a la inmediata detención de Sacarías, pese a que, con la información barajada al proceder a la detención de Carrizo, ya se lo había identificado como partícipe en el hecho. En cualquier caso, toda vez que la información incriminatoria se recabó en el marco de una actividad delictiva, se imponía la nulificación de lo actuado.

En otro orden, el letrado denunció diersas irregularidades ocurridas tanto durante la instrucción de la causa como en la audiencia de debate. Puntualizó, en este sentido, que de manera homogéna, Carrizo no fue reconocido sea durante la instrucción de la causa, sea durante el debate, como partícipe del hecho investigado, en tanto que los escasos reconocimientos positivos, amén de no haber sido asertidos, ponían en evidencia diferencias sustanciales entre las características fisionómicas asignadas a los sospechosos y el justiciable.

Ya elevadas las actuaciones, el Dr. Garzón, amplió la fundamentación del recurso, postulando la nulidad de la sentencia por falta de motivación suficiente toda vez que –sostuvo- la sentencia de mérito se limitó a transcribir pasajes completos del auto de procesamiento, extremo que redundó en la repetición de errores y contradicciones. Destacó, asimismo, el hecho de que se omitiera, arbitrariamente, de elementos de juicio idóneos para probar que CARRIZO no se encontraba en la ciudad de Salta el día del hecho.

Por su parte, el letrado de confianza de PALACIOS interpuso recurso de casación contra la sentencia, en el entendimiento de que la misma carecía de motivación suficiente en cuanto había realizado una arbitraria valoración de la prueba rendida en el debate (vid. fs. 3371/3385). Señaló además que la Cámara Segunda había incurrido en violación a las garantías fundamentales del debido proceso y defensa en juicio, al denegar varias de las medidas probatorias solicitadas oportunamente por la defensa.

Puntualizó el Dr. Defrancesco que la incorporación de escuchas telefónicas no ordenadas por el juez de la causa, importaba la nulidad de esos actos, pues no solo no se habían cumplido las formas taxativamente impuestas por el Art. 225 del ritual local, sino que tal incorporación tuvo lugar sin posibilidad de control alguno de la defensa, a lo que se sumaba la simultánea vulneración de la garantía de privacidad (Art. 22 Cons. Salta).

Explicó, en otro sentido, que ninguno de los identikits utilizados en el marco de la dilucidación de la identidad de los partícipes del robo coincidía, siquiera remotamente, con los rasgos fisonómicos de PALACIOS, ni existía coincidencia entre los antecedentes criminales asignados al sospechoso y los que registraba el nombrado, desconociéndose en consecuencia las razones y datos objetivos que habrían precipitado su identificación. Puntualizó, en el mismo orden, que Sacarías no hizo referencia a Roque PALACIOS sino hasta «*...después de que la policía de Córdoba brinda este nombre a la policía de Salta, y* ***luego de haberse entrevistado con autoridades policiales,*** *tal como da cuenta el informe de* ***fs. 229*** *de autos de fecha Abril de 1998, cuestión sumamente irregular y que todavía no fue explicada en esta audiencia... Mas curioso aun resulta ser que la policía de Córdoba envíe* ***fotografías de Roque PALACIOS las que en su oportunidad fueron cotejadas por los testigos del hecho sin obtener reconocimiento alguno (fs. 209 a fs. 218). Siendo que el asalto en el que supuestamente participó mi defendido se realizó a cara descubierta.»***»

Destacó, en aras de demostrar las irregularidades subyacentes en el testimonio de Sacarías, el hecho de que ninguno de los testigos presenciales reconociera a PALACIOS por fotografías, pero que sí lo hiciera aquél, aunque aportando datos incompatibles con los de éste, circunstancia más que significativa teniendo en

cuenta que por su condición de preventor, las notorias diferencias no podían explicarse en términos de inadvertencia o falta de debita atención, ello sin contar con que cualquier reconocimiento fotográfico carece, por sí, de valor incriminante.

Controvirtió, circunstanciadamente, el valor cargoso de las versiones brindadas por ...(las testigos), enmarcando sus protestas en clave constitucional al denunciar la falta de comparecencia de las nombradas al debate con la consiguiente imposibilidad interrogarlas.

Concluyó cuestionando el indicio derivado de la sábana de llamadas obtenida, destacando que el teléfono supuestamente utilizado por PALACIOS, era de propiedad de su concubina, y el rechazo de diversas diligencias de prueba, oportunamente solicitadas por la defensa con el objeto de esclarecer el detalle de las comunicaciones a través de las empresas de telefonía y, asimismo, con la finalidad de probar que el día del hecho PALACIOS se encontraba cumpliendo funciones en la empresa «Rigars».

El 22 de agosto de 2002 la Cámara Segunda en lo Criminal concedió los remedios casatorios interpuestos. (confr. fs. 3405/3407).

El 23 de abril de 2003, la Corte de Justicia de Salta resolvió no hacer lugar a los recursos de casación (vid. fs. 3576/3585).

El máximo tribunal provincial señaló, en el análisis de los agravios esgrimidos por la defensa de CARRIZO, que: *«...en cuanto al cuestionamiento de la labor instructoria por el supuesto ocultamiento de declaraciones y denuncias efectuadas por Forrondona, se advierte en primer término que la hipotética situación mencionada no ha sido acompañada de una argumentación que indique de qué manera concreta la circunstancia aludida pudo haber incidido en el derecho de defensa que se dice violado. Ello era necesario porque las deficiencias procesales, cuando se invocan con la pretensión de afectar la validez de una sentencia, deben hallarse íntimamente vinculadas con aspectos esenciales de su estructura, pues no debe perderse de vista que el objeto del recurso de casación es la sentencia misma. Por ello debió el recurrente indicar con precisión la influencia decisiva que el acto, cuya irregularidad se denuncia, tenía sobre el decisorio (Fernando de la Rúa, «La casación penal»,pág. 80 y sgs.).- Nada de eso hizo el recurrente, quien se limitó a expresar que personal policial no cumplió con sus obligaciones al no labrar un acta de denuncia frente a los dichos de Fonrrodona, y al omitir detenerlo por su vinculación con el hecho.- Cabe referir, además, que fuera de los casos en que la ley la impone especialmente como una obligación, la denuncia es un acto voluntario al que no puede querer prestarse quien aporta datos sobre un hecho delictivo a la autoridad policial; de allí que carezcan de razonabilidad las afirmaciones acerca de que, en el caso, se habría incumplido el mandato de los arts. 169 y 170 del C.P.P.- Por otro lado, es necesario destacar que si bien el discurso del recurrente pareciera indicar que la declaración del nombrado Forrondona no se produjo ni por vía de denuncia ni de declaración testimonial, lo que podría dar pie a un agravio por falta de incorporación de prueba relevante, tal como en los fundamentos de la sentencia se refiere Daniel Alberto Fonrrodona prestó las declaraciones que constan a fs. 442/443vta. y 1411, que ante la incomparecencia del nombrado a la audiencia de debate fueron incorporadas por su íntegra lectura (fs. 3286 vta.). 11°) Que las razones antes apuntadas, que impiden la declaración de nulidad cuando ella tiene un fin en sí misma, también permiten rechazar como argumentos tendientes a la invalidación del fallo otras cuestiones que vertiera en el debate y ciertos aspectos de la investigación que el nombrado, junto al comisario Frías, llevaron a cabo respecto del hecho cometido. lo mismo ocurre con las circunstancias que el impugnante refiere acerca de un supuesto trato*

privilegiado que se habría dispensado al imputado Sacarías, en cuanto con ello no puede inferirse menoscabo alguno al debido proceso que debía observarse respecto de Carrizo. Para cerrar la consideración de este capítulo de la impugnación, solo resta decir que la disconformidad del recurrente no ha sido expresada con concreta invocación de normas de las que se desprenda la nulidad que alega, ni se ha razonado adecuadamente en torno la posible existencia de un supuesto de nulidad virtual, lo que conduce al rechazo de la pretensión articulada.»

Más adelante el Tribunal consignó que: *«En cuanto a la insuficiencia probatoria que el recurrente atribuye a la sentencia, cabe recordar que además de los testimonios aludidos, cuya apreciación se ha efectuado a partir de las normas de la sana crítica racional, sin quebrantar ningún principio del recto razonamiento humano, el tribunal tuvo en cuenta para formular el juicio de certeza sobre la responsabilidad de Carrizo, entre otras cosas, que éste se comunicó telefónicamente con los otros causantes, las declaraciones del testigo Forrondona, del suboficial Ferreyra y las del coimputado Sacarías y la documentación secuestrada que da cuenta de consumos que no se condecían con su situación socio económica. Todo ese plexo probatorio fue objeto de la correspondiente valoración en los fundamentos del fallo, para establecer la participación que a Carrizo le correspondió en el hecho, y los parámetros lógicos que para ello se emplearon impiden que en el caso se considere vulnerado el principio de inocencia por insuficiencia de prueba, tal como lo afirma el recurrente.»*

La Corte provincial refirió en cuanto a los argumentos esgrimidos por la defensa de PALACIOS que: *«...el recurrente cuestiona un conjunto de aspectos de la investigación, sosteniendo que el identikit que las autoridades policiales llevaron a la Provincia de Córdoba no coincidiría con la fisonomía de Palacios, y que los antecedentes referidos por los investigadores no condicen con los que surgen de un informe del Registro Nacional de Reincidencia, obrante en autos. Asimismo, refiere que el Comisario Frías omitió averiguar la existencia de otros sospechosos, tales como un sobrino de Palacios. Seguidamente formula una conjetura acerca de que Sacarías habría incriminado a Palacios con el fin de evadir su responsabilidad. Todo el referido discurso carece de entidad para poner de manifiesto la existencia de algún defecto procesal nulificante, pues se trata de simples especulaciones con las que infructuosamente la defensa pretende, sin un fundamento serio, cuestionar la regularidad de la investigación, sin embargo, la pretensión no se basa en ningún hecho concreto ni se acompaña con cita legal alguna, por lo que este agravio no puede prosperar. «* (fs. 3581vta). Finalmente y luego de repasar los restantes agravios de la defensa, el tribunal concluyó que: *«...el vicio de falta de motivación que el recurrente atribuye a la sentencia debe ser siempre de tal entidad, que el fallo resulte privado de razones suficientes, aptas para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones de la causa, se debe distinguir, sin embargo, la falta de motivación de la simple insuficiencia de motivación, que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. Ello es así pues la ley manda que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta o defectuosa (esta Corte, T. 81;575; Fernando de la Rúa, «La casación penal»,pág. 113 y sgs.; en el mismo sentido, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, B.J.C., VII, 6, 380 y XXVI, 9, 733).- También, cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consignado que la omisión de considerar una prueba determinada no tiñe de arbitrariedad al fallo, si éste contempla y decide las cuestiones planteadas y las resuelve con elementos de juicio suficientes para fundarlo. En otras palabras, la resolución que encuentra fundamento en pruebas suficientes, no puede ser objeto de tacha de arbitrariedad,*

aunque omita el tratamiento de una prueba a que se refiere el apelante, siempre que no se trate de una prueba que pueda considerarse trascendente para la resolución de la causa (Fallos, 263:588; 297:222; 301:636; 306:1290).- 21°) Que, en el presente caso, la sentencia cuenta con una expresión de motivos suficiente, pues aúna los aspectos esenciales del plexo probatorio, analizándolos desde los principios de la sana crítica racional; queda de ese modo desvirtuada la nota de arbitrariedad a que hace alusión la defensa, por lo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto.»

III. c) Recurso Extraordinario

El 1° de mayo de 2003, la defensa de CARRIZO interpuso recurso extraordinario federal. (ver fs. 3607/3614).

El Dr. Garzón, en representación del justiciable, hizo explícitos los recaudos formales necesarios para acceder a la vía extraordinaria, destacando la arbitrariedad del pronunciamiento condenatorio y la de la decisión del Tribunal Superior local, cohonestándolo. Puntualizó, asimismo, que el fallo impugnado había incurrido en violación al principio de congruencia, en omisión de pruebas legalmente incorporadas y en flagrante arbitrariedad, de lo que derivaba la vulneración del principio constitucional de inocencia y el derecho a la libertad.

El letrado fue asertivo en su reseña de la indeterminación reinante durante la instrucción en lo que a la identificación de los partícipes del hecho concernía, destacando, muy particularmente, el cúmulo de probanzas incorporadas a la causa que corroboraron la defensa material ensayada por CARRIZO. La reseña del letrado fue particularmente incisiva a a la hora de mostrar las marchas y contramarchas de la investigación que, de una liberación inicial, fundada en el resultado negativo de diligencias de allanamiento, dio paso a la detención cautelar, mantenida hasta la fecha, sostenida en información «confidencial» y en una distorsionada interpretación de testimonios de cargo que, si pudo justificar el auto de procesamiento, a la vista del grado de conocimiento exigido en la instancia instructoria, nunca pudo sostener una sentencia de condena. En este sentido la defensa observó, muy particularmente, el hecho de que no se lograra la comparecencia del principal testigo de cargo, privándose así al justiciable del derecho a interrogarlo en el marco de la audiencia oral.

El Dr. Garzón cuestionó enfáticamente el hecho de que CARRIZO recibiera un trato diferenciado respecto de otros procesados. Así, en tanto el descrédito generado a partir de la versión de Sacarías jugó un papel trascendente para disponer la imposición de una sanción sensiblemente inferior al coprocesado Vilte, constituyó, para CARRIZO, prueba de cargo dirimente, pese a que, en simultáneo, se habían opuesto testimonios objetivos que daban cuenta de que éste no se encontraba en la ciudad de Salta (sino en la localidad de Morillo) el día de los hechos.

Destacó, asimismo, la circunstancia de que el Tribunal Superior de Justicia local reprodujera casi literalmente los fundamentos expuestos en la sentencia, sin atender ni analizar, siquiera mínimamente, las protestas erigidas en su contra. Entre esas críticas, la defensa había señalado que la sentencia condenatoria contenía párrafos enteros tomados del originario auto de procesamiento, cuestión que volvió a introducir en el recurso ante la falta de todo tratamiento por parte de la Corte local.

Desde este lugar, el defensor erigió sus críticas contra la legitimidad del pronunciamiento todo, no sólo porque la importación de argumentos completos extraídos de anteriores instancias suponía la vulneración de los postulados propios de la oralidad, sino porque la base material que esos argumentos reflejaban tendía,

en la etapa en que fue expuesta, a fines absolutamente diversos e inconciliables con los que de la etapa de juicio.

Concluyó que, en esas condiciones, la sentencia nunca pudo entenderse satisfaciendo el mínimo estándar de razonabilidad y coherencia, pues, fruto de la ilegítima importación de fundamentos, las probabilidades presentadas durante la instrucción se transformaron en verdades apodícticas.

A fs. 3617/3640 PALACIOS se presentó, por derecho propio, deduciendo recurso extraordinario federal, el que fue fundado técnicamente a fs. 3649/3655 por la defensa oficial.

PALACIOS cuestionó, circunstanciadamente, el hecho de que se lo afectara a proceso pese a la existencia de múltiples probanzas e indicios que, lejos de avalar tal hipótesis, robustecían la posición liberatoria que adoptara en ejercicio de su defensa material.

Entre otras cuestiones hizo notar el resultado negativo de numerosos reconocimientos fotográficos, pese a que el hecho tuvo lugar, según la hipótesis sostenida en la sentencia, a cara descubierta; o que no se ahondaran pistas e indicios que permitían sospechar de la intervención de un sobrino suyo, cuyo apodo coincidía con el que barajaba la instrucción en los comienzos de la causa y con las características físicas asignadas a la persona sospechada; que se desvalorara en su perjuicio el testimonio de Silvia Vedia pese a que la nombrada afirmó que fue obligada a incriminarlo; y que se utilizaran elementos de juicio ajenos a la causa, sin tener presente las pruebas de descargo que avalaban su posición liberatoria. Puesto que ninguna de esas cuestiones había sido analizada por la Corte local, el justiciable hizo extensivas sus protestas a la decisión que rechazara el recurso de casación.

La defensa oficial, a su turno, ahondó en las distintas protestas erigidas por el justiciable, destacando asimismo que, fruto de la falta de debido control casatorio (extremo que supone la vulneración autónoma de la garantía acuñada en los Arts. 8, inc. 2 «h» CADH y 14.5 PIDCP), mantiene vigencia una condena arbitraria e inconstitucional.

El día 28 de julio de 2003 la Corte de Justicia de Salta resolvió denegar los recursos extraordinarios federales impetrados en favor de CARRIZO y PALACIOS (fs. 3685/3687vta.).

La máxima autoridad judicial de la Provincia de Salta sostuvo respecto de los agravios esgrimidos por la defensa de PALACIOS que: *«...8°) Que los fundamentos de la presentación que aquí se analiza aparecen exclusivamente orientados a desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria pronunciada en contra del acusado Palacios; sin embargo,* ***ha omitido la recurrente delinear un agravio de naturaleza federal****, que alcance a los aspectos esenciales que dan sustento a la resolución que esta Corte emitió rechazando el planteo de casación, que es justamente la decisión susceptible en la órbita jurisdiccional de la Provincia. En relación a esta última deficiencia , la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de puntualizar que la aserción de una determinada resolución jurídica, en tanto ella no constituya agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contemple los términos del fallo en recurso, es insuficiente para hacer prosperar la apelación extraordinaria (Fallos, 306:1095). Además, las características que ha de reunir la crítica que debe dar sustento al recurso extraordinario se desprenden de la condición de autónomo que éste tiene que revestir, insoslayablemente referidas al decisorio que se apela (Fallos, 302:265; 302:334; 304:162). A partir de la insuficiencia de fundamentación precedentemente aludida, cabe concluir que esta impugnación tampoco puede prosperar.»*

En cuanto a la presentación efectuada en favor de CARRIZO, la Corte provincial

consignó: *«10°) Que en su dictamen de fs. 3664/3665, el Sr. Fiscal ante la Corte N° 1 afirma, al igual que respecto de los otros recursos analizados, que tampoco aquí concurre una cuestión federal o un caso de arbitrariedad. Sostiene, acerca de la participación que le cupo a CARRIZO en el delito investigado, que el tribunal de juicio efectuó un profundo análisis tomando en cuenta diversos elementos probatorios que otorgan, a la condena, tal como lo refirió esta Corte en casación, una motivación que excluye la arbitrariedad atribuida. 11°) Que en la resolución recurrida, esta Corte efectuó un análisis de los agravios vertidos en casación que pretendían afectar la validez de la sentencia condenatoria, llegando a la conclusión de que las diversas pruebas consideradas habían sido valoradas conforme a parámetros lógicos para establecer la responsabilidad que le cupo al acusado en el hecho. Se descartó la insuficiencia probatoria con referencia específica de los múltiples testimonios y otros elementos de convicción que, razonablemente, conducían al pronunciamiento condenatorio en contra de CARRIZO, lo que implicó considerar que el tribunal de juicio había hecho un uso adecuado de sus facultades discrecionales.12°) Que en ese contexto, la reiteración de los agravios que efectúa la defensa en el marco del recurso extraordinario federal, se presenta como una disidencia relativa a cuestiones de hecho y prueba. Sobre el particular, cabe recordar que la Corte Federal ha indicado que no hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente solo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa. Señaló, asimismo, que la tacha de arbitrariedad es excepcional, y no procura sustituir a los jueces en asuntos que les son privativos, ni revisar el acierto con que meritaron tal prueba, aunque se alegue error en la solución del caso...»*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

La resolución de la Corte Suprema de Salta que aquí critico, consideró que los recursos extraordinarios federales interpuestos se apoyaba en discrepancias inhábiles y no contradecía los argumentos de la Corte, en tanto ésta había considerado que no era posible advertir la existencia de arbitrariedad configurante de cuestión federal que habilitara la vía intentada.

No desconoce esta parte la doctrina de esa Corte conforme la cual «...*la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, aun en el caso de las presunciones*» (Fallos: 264:301; 269:43; 279:171 y 312; 292:564; 294:331 y 425; 301:909, entre muchos otros).

Sin embargo, esa regla *«...no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa»* (Fallos: 315:495).

Entiendo que el caso que se presenta a consideración se enrola dentro del grupo de casos en los que, aunque con carácter excepcional, esa Corte se avocara al examen de cuestiones de derecho común a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, tanto más cuando los vicios del pronunciamiento condenatorio no fueron subsanados en la máxima instancia jurisdiccional local, en desmedro de la garantía de revisión de sentencias.

Debe recordarse aquí que tanto las defensas como los propios justiciables se encargaron de enfatizar –singularizándolas- la existencia de diversos vicios y falencias que presentaba la Resolución de la Corte de Justicia de Salta, señalando

los motivos por los que los recursos intentados eran procedentes y en definitiva, se agraviaron de que sus rechazos eran violatorios de garantías constitucionales, más precisamente del derecho de defensa en juicio, del debido proceso, violación derivada de la arbitrariedad del fallo por fundamentación aparente.

La confirmación de la sentencia de mérito por remisión circular a los mismos fundamentos que procuraba impugnarse a través del recurso de casación, vino así a sumarse a la arbitrariedad fáctica atribuida a la sentencia de mérito.

De esta forma, el desacierto de la resolución que se impugna al afirmar que la defensa no logró rebatir los argumentos que sustentaban la arbitraria motivación de la sentencia, resulta palmario, como osensible la pertinente introducción de cuestión federal, tanto más cuanto en la instancia jurisdiccional intermedia se eludió, con exceso ritual manifiesto, el tratamiento de cuestiones constitucionales básicas, entre las que se destacaran, las alegaciones defensistas postulando la aplicación de la regla de exclusión; la vulneración de la garantía emanada de los Arts. 8, 2 «f» CADH y 14.3 «e» PIDCP; el principio de inocencia y, como corolario, del deber de fundamentación de la sentencia de condena, la garantía del debido proceso proceso penal.

Retrotrayéndonos en el tiempo es notable observar cómo, durante el debate, quedó en evidencia el cúmulo de irregularidades e indeterminaciones reinante. El repaso de las actas de debate, antes que dar cuenta de la autoría responsable en el episodio investigado, se inclinó por «juzgar» la investigación preliminar, en el marco de sospechas de la más variada índole. En este sentido, desde barajarse la posibilidad de «protección» tanto de la policía tucumana como de la cordobesa (v. fs. 3144) hasta procurarse una elucidación de las razones del pase a disponibilidad del preventor Frías (quien encabezara la investigación preliminar); mientras se discurría sobre ello, el Tribunal procuraba –sin éxito- la convocatoria de Forrondona. (3148; 3149 y 3152), para arribar luego a una suerte de «cross examination» entre Roque PALACIOS y el Tribunal; llegándose a asentar aseveraciones tales como que «...*un inocente no se fuga*» (fs. 3182vta.) o que «*el fiscal le hace notar que sería como vulgarmente se dice: el comedido sale jodido, respondiendo CARRIZO: «aparentemente»*» (fs. 3204).

Conforme se desprende de la reseña de lo actuado, las defensas preactuantes impugnaron el fallo condenatorio por contener vicios lógicos de tal magnitud que lo invalidan como acto judicial.

Si bien los fundamentos expuestos han quedado explicitados, no está de más insistir en que, por razones diversas, tanto CARRIZO como PALACIOS fueron ilegítimamente imputados de la comisión de un robo acontecido el 3 de diciembre de 1997, a resultas del cual la Tesorería de la Dirección de Atención de Primer Nivel, fue desapoderada de más de trescientos ochenta mil pesos.

La búsqueda de los autores del episodio –el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia se refieren a los autores como «tres hombres... desconocidos» dio paso a procedimientos cuestionados por su absoluta falta de ortodoxia por las defensas preactuantes, incluyéndose prácticas inconstitucionales que, según sostuviera la defensa de PALACIOS Incluyeron el ejercicio de presión sobre testigos para que involucraran al nombrado.

Los caminos que guiaron a la instrucción en procura de la aprehensión de ambos justiciables han sido suficientemente cuestionados en las instancias anteriores, razón por la cual corresponde remitir a sus fundamentos.

Interesa destacar aquí, sin embargo, que la falta de todo control en la etapa casatoria ha profundizado la ilegitimidad derivada de la arbitraria sentencia de mérito, sumando al elenco de preceptos violentados, los de los Arts. 8, inc. 2 «h» CADH y 14.5 PIDCP.

Cabe reiterar que la defensa cuestionó la estructura del pronunciamiento condenatorio por encontrar que estaba construido sobre la base de hipótesis de probabilidad o de verosimilitud, grados del conocimiento inhábiles para destruir el estado de inocencia del que goza el acusado conforme el principio in dubio pro reo consagrado en el Art. 3° CPPN, de acuerdo a la doctrina pretoriana de esa Digna Corte en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 324: 4039).

En igual sentido Morello señala que arribar a un pronunciamiento condenatorio sin que se verifique en grado de certeza lo que debía ser probado en causa penal, importa una afectación a la presunción de inocencia (conf. Augusto M. Morello, «La presunción de inocencia ante las dificultades en materia de prueba en el proceso penal», en La Ley, T.2002-F, pág. 624).

Sin embargo, la Corte provincial desoyó los agravios de la defensa, y se dedicó a reivindicar el rechazo de la vía casatoria, sobre la base de meras afirmaciones dogmáticas, incurriendo además en un excesivo rigor formal.

Y es que, pretender que las alegaciones defensistas no encuentran cauce constitucional capaz de habilitar la competencia de esa Corte importa, en las condiciones expuestas, privar a ambos justiciables del derecho de recurrir ante el máximo Tribunal de garantías, en salvaguarda de sus derechos constitucionales. El remedio federal de excepción intentado, es viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional. Y vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. «*configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce* (*Fallos*: 279:40; 297:338, en el pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...» (Fallos: 310:1934).

El repaso de lo actuado ha puesto en evidencia que ninguno de los cuestionamientos constitucionales oportunamente introducidos por las defensas fue siquiera abordado, pese a que de su esclarecimiento dependía la determinación de la legitimidad del procedimiento, a la luz de la garantía del debido proceso en materia penal.

Nótese que, puesto a tratar este orden de cuestiones, el Superior Tribunal local se limitó a cuestionar la forma en que esas objeciones habían sido planteadas por las defensas.

Sin perjuicio de remitir a los fundamentos que han quedado trascriptos, me interesa señalar, tan solo a título de ejemplo, cómo se verificó la instancia de exceso ritual que coartara, a la postre, la subsanación de los vicios constitucionales en la instancia intermedia.

Así, pese a haberse postulado la aplicación de los presupuestos de la regla de exclusión, en virtud de las ilicitudes denunciadas durante el inicio de la causa, el tratamiento de estas cuestiones fue evadido, imputándose a la defensa la falta de introducción del tema dentro de las denominadas «nulidades virtuales».

Es evidente que, cuestionada la legitimidad de la instrucción y postulada la aplicación de la regla de exclusión, el examen constitucional competía ineludiblemente al Tribunal superior en el orden provincial, no sólo en salvaguarda de la garantía del debido proceso en materia penal sino también en resguardo de la garantía de revisión del fallo condenatorio.

Es así como se vuelve a advertir la arbitrariedad del pronunciamiento de mérito que se limitó a reinvindicar su anterior intervención (objetable a la luz de las garantías de los Arts. 8, 2 «h» CADH y 14.5 PIDCP, tal como lo destacara la defensa oficial preactuante) desconociendo la inequívoca materia federal planteada por

las defensas desde el dictado mismo de la sentencia de condena y mantenida (junto con las pertinentes reservas) hasta esta instancia de manera ininterrumpida.

En virtud de la arbitrariedad de la sentencia atacada y, a fin de resguardar las garantías de la defensa en juicio y debido proceso (Fallos: 308:1041; 2116 y 2172, entre otros), entiendo que corresponde revocar el auto en crisis y, haciendo lugar a los recursos extraordinarios articulados, disponer el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Sin perjuicio de lo apuntado precedentemente, en aras de abastecer cabalmente el mandato que por ministerio legal ejerzo, no puedo dejar de señalar, a título subsidiario, que, ateniéndome estrictamente a las condiciones materiales en que se desenvolvió el episodio que se tuvo por probado, la condena impuesta a ambos justiciables no puede entenderse respetuosa del principio de legalidad en materia penal.

En efecto, con la sanción de la ley 25.882 el legislador nacional ha distinguido, en el texto del artículo 166 del Código Penal, los supuestos de utilización de arma de fuego de aquellos en los cuales la *«aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada...»*

La reforma legislativa ha zanjado las interpretaciones encontradas sobre el tema, de suerte que el supuesto de hecho objeto de la presente causa sólo pudo ser válidamente relevado en los términos de la figura de robo simple.

Y, si bien no es esta la vía regular para introducir la cuestión, no existe –a juicio de esta parte- óbice formal alguno para que, en el marco de la competencia extraordinaria reclamada, V.E. disponga la remisión del expediente a la jurisdicción local, a efectos de que se subsane la inconsecuencia señalada.

VI. PETITORIO

(...)

18. A. Sentencia de la Corte y comentario

La Corte hizo lugar al recurso, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada por remisión a la jurisprudencia sentada en el precedente «Casal, Matías Eugenio».

En la transcripción del recurso se agregaron los pasajes en los que se argumentó a favor de la temporalidad de las presentaciones articuladas por los justiciables.

Es este reconocimiento de la tempestividad de ambas presentaciones la razón por la cual hemos incluido este caso en la presente reseña.

Ello porque, amén de trasuntar una nueva muestra de la amplitud con la que el máximo Tribunal de garantías concibe el concepto de acceso a la justicia, incorpora un antecedente valioso a la hora de argumentar a favor de la temporalidad en aquellos casos de presentaciones provenientes de unidades carcelarias. Cabe agregar, por parte, que esta postura fue explícitamente acogida por el máximo Tribunal en el precedente G. 2138. XL, «Godoy, Eduardo Luis» del 4 de diciembre de 2007, cuando consideró temporáneo –tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal- un recurso extraordinario entregado en plazo ante las autoridades penitenciarias pero que, no obstante ello, había ingresado –pretendidamente- fuera de él, por ante el tribunal apelado.

19) A. 393. XXXIX, «Recurso de hecho deducido por la defensa de A.L.M., de A.J.M., de *C.V.A.*, de José Antonio Mancini y de Daniel Jesús Solohaga en los autos A.L.M. y otros s/ homicidio calificado – causa N° 171/01-» (sentencia del 19 de agosto de 2004, publicada en Fallos, 327:3087).

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

I. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

La Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la Ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, mediante Sentencia N° 9, de fecha 16 de mayo de 2002, condenó a mis defendidos: A.L.M., como coautor del delito de homicidio doblemente calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y «*criminis causa*», a la pena de **25 años de prisión**; **ZOLOAGA**, como coautor del mismo ilícito, en concurso real con lesiones leves, a **reclusión perpetua**; A.J.M. y C.V.A., como coautores de los delitos de robo en concurso real con el homicidio mencionado, a la pena de **25 años de prisión**.

Asimismo absolvió a A.L.M., A.J.M. y C.V.A. en orden al delito de lesiones leves, por aplicación de lo dispuesto en la ley 22.278, en razón de que al momento del hecho el primero tenía 16 años de edad y los dos restantes, 17.

Simultáneamente condenó a José Antonio Mancini como coautor de los delitos de robo, homicidio doblemente calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y «*criminis causa*» y lesiones leves, todo en concurso real, a reclusión perpetua, con la accesoria prevista en el Art. 52 CP.

III. 1. Requerimiento de elevación a juicio

A fs. 651/674 obra el requerimiento de elevación a juicio, realizado por el Sr. Agente Fiscal de Instrucción de Tercera Nominación, cuyo acápite «HECHO DELICTIVO» a continuación transcribo:

«El día martes 2 de Enero del año 2001, alrededor de las 22:00hs., C.R.E llegó a su casa, (...) abordo de un automóvil marca Renault Clío color gris y al estacionarlo sobre la vereda de dicho domicilio, apareció por detrás el imputado C.V.A. quien, momentos antes, junto a MANCINI y A.J.M. habían estado esperando a la víctima en cercanías de su domicilio, con el fin de tomar represalias a raíz de los supuestos dichos vertidos por C.R.E. en contra de C.V.A., el día anterior, con los que lo calificaba de «gay». Es entonces que el imputado C.V.A. increpó al conductor del rodado, haciendo éste caso omiso prosiguiendo con las maniobras de estacionamiento, oportunidad en que aparece en escena el imputado JOSÉ ANTONIO MANCINI, quien, por delante del Renault Clío rodea al conductor del vehículo. Bajo estas circunstancias C.R.E. extrae del interior de su auto un bate de béisbol y se baja con éste. Al momento que C.R.E. cerraba el vehículo, C.V.A. se abalanza contra él juntamente con MANCINI y comienzan a golpearlo, mientras que A.J.M., quien ya se había acercado al lugar, se ubica al frente de C.R.E., automóvil de por medio, y le arrojó a éste en dirección a la cabeza una botella de vidrio, impactando la misma contra la pared del interior de la casa de la familia de C.R.E. Ante tal situación, C.R.E. pidió auxilio llamando a su hermano C.G.F., por lo que el imputado MANCINI despojó a la víctima del bate y juntamente con los otros dos, A.J.M. Y C.V.A. corrieron hacia la esquina. Seguidamente C.R.E. y C.G.F. ascendieron al vehículo Renault Clío con la finalidad de ir en busca del bate que le habían sacado, y se dirigen por calle 9 de Julio hacia el Sur. Cuando los hermanos C.R.E. y C.G.F. llegaron a la ochava donde está ubicado el Club Salta Central, encontraron a los tres agresores C.V.A., MANCINI y A.J.M., dos sentados en la vereda y uno parado. Los hermanos C.R.E. y C.G.F. estacionaron el automóvil a la altura del domicilio de la familia (...), y descendieron del mismo a los fines de requerir el bate a sus agresores, adelantándose C.G.F., oportunidad que el imputado MANCINI ante la orden de ataque de C.V.A. se dirigió hacia C.R.E. y a una distancia de aproximadamente tres o cuatro metros de éste desistió, porque los imputados A.J.M. y C.V.A. ya se encontraban pegándole. En ese momento MANCINI gritó a A.L.M. por ayuda, a los fines de ocuparse de C.G.F., juntamente con ZOLOHAGA. MANCINI que tenía en la mano el bate, la aplica un fuerte golpe de derecha a izquierda a la altura de la cabeza a C.G.F. quien se desplomó cayendo al suelo, encontrándose en estas condiciones los coimputados A.L.M., ZOLOHAGA Y A.J.M. siguieron golpeándolo, pegándole este último con una piedra; luego se dirigen contra C.R.E. y continúan la agresión contra éste. Por efecto de ello y tras 6 días de agonía, C.G.F murió por una falla multiorgánica, consecuencia de un traumatismo cráneo encefálico grave, determinante de una hemorragia cerebral masiva con producción de una hematoma a tensión, además de fractura en base de cráneo y hemorragia del tronco cerebral, y las lesiones de C.R.E. consistente en equimosis con excoriación en región frontal izquierdo. Traumatismo de brazo izquierdo con hematoma y lesión equimótica en banda. Equimosis en banda en región dorsal izquierda, región escapular derecha. Excoriación en región lumbar y rodilla derecha. Equimosis en zona frontal derecha, 25 días de curación con 5 días de incapacidad».

El Fiscal de Instrucción calificó estos hechos como constitutivos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y lesiones leves, en concurso real, ilícito que imputó a los cinco justiciables a título de coautores. Esta plataforma fáctica fue sensiblemente desbaratada por la prueba producida durante el juicio.

III. 2. El acta de debate

El instrumento aludido obra a fs. 809/846; del mismo surge que el letrado particular Dr. Víctor García asumió la defensa técnica de A.L.M., C.V.A. Y ZOLOAGA; su colega, el Dr. Carlos Enrique Scaltritti, la de A.J.M. y la de Mancini quedó a cargo del Dr. Víctor Guillermo Castro. En el transcurso del debate (fs. 821/vta.) C.V.A., ZOLOAGA Y A.L.M. designan codefensor al Dr. Castro.

III. 2. 1. Las defensas materiales de los encausados

Se intima a los encartados en orden a los delitos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y lesiones leves, en concurso real (Art. 80, inc. 6°, 89, 45 y 55 CP). En todos los casos se abstienen de declarar, por lo que se incorporan por lectura sus anteriores manifestaciones.

A.L.M. se manifestó en una sola oportunidad, ante la prevención policial (fs. 236/7vta.), remitiéndose posteriormente a esos dichos (400/1; 591/2); limita su intervención a la última parte del segundo enfrentamiento, oportunidad en la que intentó separar a su primo C.V.A., que peleaba con C.R.E., actividad de la que desistió al recibir trompadas de parte de ambos contendientes.

A fs. 564/5 obra la primera manifestación de ZOLOAGA (ratificada a fs. 603/vta.), quien también circunscribe su participación a las postrimerías del episodio investigado, afirmando que trató de detener la pelea entre C.V.A., -de quien también es primo-, y C.R.E., no logrando su objetivo. Ignora lo ocurrido con el occiso, puesto que cuando lo vió ya se encontraba herido.

Si bien C.V.A. declara en varias oportunidades (fs. 97/8vta, 193/vta., 409/10) y 600/1), se remite siempre a su primera versión, brindada en sede policial. Comienza señalando: «Con relación a C.G.F., antes, ni durante la pelea, que yo tuve con el hermano de él, de nombre C.R.E, tuve ningún roce con el mismo». Relata que en la víspera del día de los enfrentamientos, en horas de la siesta, en momentos en que se encontraba en compañía de F.R., pasó un vehículo tripulado por los hermanos C.R.E. Y C.G.F., «uno de los cuales, me comenzó a tirar besos con la mano, y hacerme morisquetas.» Que al día siguiente, cuando se encontraba en compañía de Mancini y A.J.M., pasó el mismo auto, conducido por C.R.E. quien, ingresando a la calle a contramano «pasó por frente a nosotros, despacito, haciendo una mirada que acompañó con besos hacia mi persona, creo yo porque él pensaba que yo era homosexual,...». En punto la primera escaramuza señala que C.R.E. frenó el auto frente a su casa y apagó el motor «y yo me acerqué hacia él, y le pregunté porque me tiraba besos, y me dice «que te pasa a vos?. E inmediatamente se bajó del auto teniendo un palo marroncito claro, no pudiendo precisar cuanto medía, pero a mi pensar era largo, y me dice «ya voy a poner bien el auto», y le pregunté «que vas a hacer con el palo» y seguidamente me pegó con el palo a la altura de la costilla en el lado izquierdo, y luego me quiso pegar en la cabeza, y yo me cubrí con el antebrazo izquierdo, golpeándome ahí, y en esos momentos se me cae la gorra que yo llevaba... entonces yo le pego una trompada con la mano derecha en la cara, y comenzamos a forcejear y yo le gano de fuerza, y el palo se cayó para atrás nuestro, y ahí nomás salí corriendo en dirección al Club Salta Central, parándome en la tapia que está en la esquina ... y abajo estaban JOSE «LAI» y «YONI» A.J.M....». Agrega que arriban ambos hermanos C.R.E. y C.G.F. «y C.R.E. me dice a mí «vení», y me bajo y contesto «bueno, pero peleemos mano a mano». Continúa relatando el enfrentamiento con C.R.E. que los llevó a caerse al piso, quedando finalmente él encima, sin golpearlo. Niega todo contacto con C.G.F.. Reconoce que R.M. intentó separarlos y afirma

que todo culminó cuando vio venir al padre de los hermanos, con algo en la mano. Culmina sus dichos manifestando: «Todo fue una pelea entre dos personas, como cualquier otra. Nunca pensé que podía pasar lo que sucedió, de lo cual tomé conocimiento por los diarios, y me asusté mucho, entonces me escondí, hasta que mi padre pudiera averiguar que pasó, y ahí decidí entregarme voluntariamente, ya que no tenía nada que con las lesiones que tenía C.G.F.».

Mi defendido A.J.M. declara por primera vez a fs. 388/90, dichos a los que se remite a fs. 594/5; coincide en líneas generales con C.V.A. en punto al primer incidente, si bien aclara que cuando C.R.E. comienza a pegarle con el bate, tanto él como Mancini, que se encontraban sentados enfrente, deciden ir a ayudarlo. Que forcejean con C.R.E., el bate vuela y lo alcanza a agarrar Mancini. Coincide con C.V.A. en punto a la segunda pelea, ratificando que éste se pelea a las trompadas con C.R.E., que C.G.F. quiere intervenir agrediendo a C.V.A., oportunidad en que él le pega una patada cerca de la cintura; «medio se inclina como cayéndose, y Mancini le pega con el bate en el tobillo y cae, y en esa oportunidad es cuando Mancini le pega con el bate en la cabeza, y yo quedé impresionado sin participar en esa altura, que si mal no recuerdo fueron tres veces las que le pegó sobre la cabeza con el bate...» Confirma que A.L.M. intentó separar a C.V.A. y a C.R.E., que continuaban peleando, y que ZOLOAGA sólo miraba, sin participar en la pelea. Agrega que cuando salieron del lugar Mancini seguía con el bate en la mano «y no nos lo quería dar el bate a ninguno de nosotros y haciendo burla decía: «le he pegado en la cincuenta y le he dejado la sien». Finaliza precisando que nunca tuvo el bate en su poder.

Vale aclarar que Mancini, que depone a fs. 434/5vta. y 611/12, aún cuando concuerda parcialmente con C.V.A. Y A.J.M., realiza algunas afirmaciones discrepantes, en particular respecto de A.J.M.. En punto al bate, dice que es C.V.A. quien, en la primera secuencia, se lo quita a C.R.E y se lo entrega a él; respecto de la producción de la lesión letal textualmente manifiesta: «C.G.F. me encaró a mí mientras los otros dos estaban con el otro, C.R.E., y C.G.F. me decía a mí, vení, vení, y me tiró un par de puñetazos y patadas, fue allí cuando le pegué con el palo en la pierna, palo que todavía lo tenía desde que me lo dio C.V.A., cayó de rodillas y se volvió a levantar, cuando me volvió a encarar le pegó una pedrada A.J.M., creo que en la cabeza, se desvaneció C.G.F. y dio contra el cordón, se para y vuelve adonde está el hermano a seguir peleando normalmente...».

III. 2. 2. Las declaraciones de los testigos

A continuación se consignan las constancias obrantes en el acta, referidas a las declaraciones de los testigos; a los fines de lograr una mayor claridad en la exposición de los agravios que planteo, resumiré la parte medular:

a) C.R.E.: (fs. 814/5) afirma que «Que en la segunda pelea el peleó con tres personas y no sabe de su hermano y sintió necesidad de defenderse»; admite haber sido quien incorporó al primer enfrentamiento el bate, así como que lo primero que pensó fue «partírselo por la cabeza, y allí fue cuando frenó el brazo en atención a lo que podría llegar a pasar.»

b) EVA MARÍA OLIVA DE MARTÍNEZ (fs. 815/6): conocía a los acusados porque siempre estaban en el barrio, «pero no distinguió a ninguno porque estaba oscuro y no veía quienes eran; Que C.V.A. estaba arriba de C.R.E.; cuando se levantó C.V.A. ahí lo distinguió a C.R.E.»; a preguntas específicas efectuadas por el Presidente del Tribunal, la testigo afirma que ella no había visto a Mancini con el bate el día del hecho, que eso se lo había dicho el testigo Muro.

c) R.M. (fs. 817vta./8): es categórico en punto a que, apenas iniciada la pelea, Mancini golpeó a C.G.F. en la cabeza con un bate y que en ese momento sólo estaban los hermanos y los tres contendientes iniciales. «...que cuando peleaban C.V.A. con C.R.E. se pegaban golpes de puño.»

d) SERGIO RAFAEL MORENO (fs. 818): «no conoce que los hermanos (...) sean personas que busquen peleas».

e) BLANCA NELLY PACHECO DE PALACIOS (fs. 818*)*: «Lo que pasó después en la esquina no sabe, estaba oscuro; ...ella no vio nada.» Señala haber visto la primera escaramuza.

f) PATRICIO GERARDO MURO (fs. 822): al igual que R.M. es categórico en punto a que fue Mancini quien golpeó a la víctima con el bate: «Que Manzini le pega a C.G.F. con el palo a la altura del cuello y C.G.F. cae con las manos hacia delante y se golpea en la frente con el cordón cuneta, estuvo dos minutos, se levanta y va hacia el lugar donde le pegaban al hermano, que C.G.F. cae contra el cordón de frente y como de costado.»

g) DANIEL LUIS GLADSTEIN (fs. 823 vta.): es el médico, primo del occiso, que lo atiende en el primer momento. Confirma la existencia de dos lesiones, una frontal derecha y otra, una fractura con desplazamiento, en la región occipital, a la que caracteriza como de mayor gravedad. «Que pudo ser por golpe recibido o por impacto contra algo»;

h) F.R.E.(fs. 825): «Que él estuvo en la cancha desde las 19 hs. no viendo que se hayan reunido A.J.M., Solohaga, Mancini y C.V.A..»

i) OMAR ANTONIO TOLEDO (fs. 825): «...su hijo que lo apodan «Pita» le dijo que él estaba regando la cancha con A.L.M. cuando este es llamado para ir a pelear.»;

j) C. R.G. (fs. 826): «Que salieron enfurecidos, rápido a buscándolos a esos tres, él pensó que ellos iban a buscarlos por venganza. Que los hermanos C.R.E. y C.G.F. salieron raudamente, que pensó que iban a busca venganza, que cree que C.G.F. dijo «Vamos a buscarlos», no sabe si lo dijo, pero sí tiene la certeza que iban a buscarlos, es una presunción que tenía, más que eso una certeza.»;

k) A.G.N. (fs. 828vta.): «Que a A.L.M. lo vio cerca de la pelea que estaba separando a los que estaban peleando, no pudo ver bien, que no sabe de donde vino lo vio cuando ya estaba allí...» Ratifica una manifestación anterior, incorporada por lectura según la cual C.G.F. le dijo a Mancini «soltá el palo» y éste, sin contestarle, le pegó con el bate en la cara, más precisamente en el sector izquierdo, cayendo C.G.F. al piso.

Se incorporan al debate, entre otros varios elementos, placas fotográficas de la reconstrucción del hecho obrantes a fs. 294/316.

III. 2. 3. El alegato del Sr. Fiscal de Cámara Dr. Jorge Silva Molina

Acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se produjo el golpe que ocasionara la muerte de la víctima, aseveró: «Que ha quedado demostrado que el autor de esos golpes fue el encartado Mancini conforme los testimonios rendidos en plenario más los dichos del acusado A.J.M. cuando dijo que fue Mancini que le pegó con el bate por el tobillo y por la cabeza a C.G.F., surgiendo también del acta de reconstrucción del hecho esta circunstancia...» (fs. 833vta./8vta.).

Con relación a C.V.A.y A.J.M., consideró que ambos resultaban coautores de homicidio calificado por el concurso de dos o más personas, en concurso real con el delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda. En punto a la intempestiva inclusión de este último ilícito, por el que mis defendidos no habían

sido intimados en momento alguno, señaló: «Que del testimonio de C.R.E. que dijo que fue despojado del bate, de los testimonios de Muro, R.M. en lo referente a que observaron a Mancini que portaba el bate cuando se dirigía al Club Salta y lo declarado por Á.G.M. quien dijo que Mancini le quitó el bate a C.R.E., y las constancias obrantes de la reconstrucción del hecho, son elementos suficientes para considerar a Mancini, C.V.A. y A.J.M. como coautores del delito de robo agravado en lugar poblado y en banda.»

Si bien estimó que esas conductas concurrían materialmente con las lesiones leves causadas por los nombrados a C.R.E., hermano del occiso, concluyó que correspondía la absolución de ambos respecto de este último ilícito, en función de la previsión del Art. 1 de la Ley 22.278. Agrega, respecto de este delito «...quedando también excluido José Mancini puesto que la misma víctima, C.R.E., dijo que no lo vio a este sujeto.»

En cuanto a A.L.M. y ZOLOAGA, sostuvo: «Que especial tratamiento les cabe a los acusados A.L.M. y Zolohaga. Que del testimonio aportado por F.R.E. que dijo que estaba regando la cancha junto a Pita Toledo, Zolohaga y A.L.M. y sintieron que afuera estaban peleando por lo que deciden ir a ver la pelea quedándose F.R.E. al lado de la pared del Club Salta Central y A.L.M. y Zolohaga se fueron a ver la pelea no observando F.R.E. la intervención que les cupo a A.L.M. y Zolohaga en la pelea. Que Omar Toledo que tiene la concesión del Club mencionado, padre de Pita, dijo que su hijo junto con F.R.E., A.L.M. y Zolohaga estaban regando la cancha y que su hijo y A.L.M. fueron llamados a pelear y A.L.M. reconoció que fue al lugar del hecho pero que fue con la noble aspiración de separar a su primo C.V.A. y a C.R.E., recibiendo incluso algunos golpes de los contrincantes porque ambos estaban enceguecidos. Que Á.G.N. dijo que A.L.M. estaba separando a los que peleaban y agregó que A.L.M. no es de pelear. Que de las constancias en el expediente ofrecido por el Ministerio Pupilar, surge que el menor A.L.M. tanto a la Psiquiatra como a la Psicóloga les manifestó que trató de separar a C.V.A. cuando peleaba con C.R.E. **por lo que solicita la absolución del menor A.L.M. de los delitos por los que viene acusado. De igual solución se hace acreedor Daniel Zolohaga por cuando no existen elementos suficientes que acrediten su participación en los sucesos acaecidos** en las inmediaciones del club Salta Central. Que Zolohaga expresó que junto a A.L.M. fueron a ver la pelea pero que de ninguna manera iba a intervenir, circunstancia esta abonada también por A.L.M. agregando Zolohaga que él no vio el bate ni cuando fue al lugar ni cuando salió del lugar. Que teniendo en cuenta la falta de antecedentes de A.L.M. menor de edad y Zolohaga de 18 años al momento del hecho, solicita la absolución de ambos por los delitos que vienen incriminados.» (fs. 837vta./8; el resaltado me pertenece).

III. 2. 4. Alegatos del querellante particular y del representante del Ministerio Pupilar

Concedida la palabra al acusador privado, Dr. Marcos Denett, expresó: **«Que en su carácter de querellante particular adhiere a la plataforma fáctica de la acusación in totum, haciendo omisión por economía procesal de la relación de los hechos perfectamente detallada por el señor Fiscal.** Que este caso trajo consternación en la comunidad de Catamarca por la muerte de este joven catamarqueño que se vaticinaba como próspero y ciudadano de bien. Que entiende que esta causa se le califica como una tragedia que afecta no sólo a los familiares de la víctima, sino también a los familiares de los imputados, tragedia ésta que termina con la muerte de un estudiante universitario. Que teniendo en cuenta las pautas establecidas por el C.P.P. para la merituación de las pruebas, la

libre convicción y la sana crítica del Tribunal, especialmente contempladas por los arts. 391, 216 y 212 del C.P.P., entienden que la acusación se debe ceñir a lo prescripto por el art. 80, inc. 6° del C. Penal en cuanto a la acusación. Que entiende que por el art. 391 última parte del C.P.P. la acusación fiscal respecto del delito del art. 167 inc. 2°) no corresponde. Si comparten el cuantum establecido por el Fiscal respecto de la concurrencia del calificante del art. 80 inc. 6°). Que en las pautas del debido proceso, piden en la calidad de querellante particular que en caso de condena se merituen las pruebas testimoniales y las pruebas obrantes en autos para cuantificar adecuadamente el monto de la pena atento la juventud de los acusados.» (fs. 838vta./9; la negrilla me pertenece).

Por su parte, el Dr. Eduardo Walther, representante del Ministerio Pupilar, -de actuación obligada en este juicio, atento la edad de A.L.M., A.J.M. y C.V.A.-, solicita la absolución del primero de los nombrados y, para el caso de que los dos restantes sean declarados culpables, atento su evolución positiva, que la pena se les reduzca al mínimo posible.

En resumen: el acusador público solicitó la ABSOLUCIÓN de A.L.M. y ZOLOAGA, en orden a la totalidad de los delitos por los que venían acusados; la ABSOLUCIÓN de A.J.M., C.V.A. y Mancini por los delitos de lesiones leves en perjuicio de C.R.E., -respecto a los dos primeros en razón de su edad y al tercero en tanto estimó no probado que hubiese intervenido en esa agresión-, y la condena de estos tres últimos en orden a los delitos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas en concurso real con robo agravado por su comisión en poblado y en banda. El acusador privado ADHIRIÓ A TODOS LOS PEDIDOS DE ABSOLUCIÓN y solicitó que se condenara a A.J.M., C.V.A. y Mancini exclusivamente por el homicidio agravado al que aludiera la acusación fiscal.

III. 3. La asignación de responsabilidad en la sentencia de mérito. Reseña del voto de la mayoría.

El tribunal de mérito transcribió el requerimiento de elevación a juicio y aludió reiteradamente a los testimonios reunidos en el debate.

Consignaré un resumen de tales testimonios, conforme los reproduce la sentencia:

1) C.R.E. (fs. 853/6vta.): respecto de la primera contienda, señala «...cuando ve que se acercaban, ve en la parte de atrás del asiento que había un «bate» de béisbol, lo agarra y sale del auto. Cuando estaba cerrando la puerta el que estaba por detrás se le viene encima, y bueno tenía el «bate» en la mano, hizo para pegarle y paró, detuvo el envión, en eso apareció alguien por detrás suyo ... y lo agarró por atrás, lo agarraron entre los dos y le sacaron el «bate» ... Ahí salieron corriendo, no estaba el palo en la vereda, deben habérselo llevado...». En cuanto al segundo enfrentamiento afirma que peleaba con dos personas. Nada dice respecto al modo en que fue lesionado su hermano, ni identifica al autor de dicha lesión. Respecto al bate se consigna: «...uno de tamaño chiquito, para jugar en las ligas chicas, pequeñas; es de madera, era un regalo de un chico que estuvo en su casa en un programa de intercambio cultural». Especifica medir un metro ochenta y cinco de altura y que su hermano era un poco más alto.

2) EVA MARÍA OLIVA DE MARTÍNEZ (fs. 856vta./7vta.): la testigo vio los enfrentamientos pero sólo identificó a los hermanos C.R.E. y C.G.F.; señaló que en el lugar había mucha gente «A los acusados no los vio en el lugar agrediendo a los C.R.E. y C.G.F., distinguirlos así, no. No los distinguió porque estaba oscuro a pesar de que ella estaba cerca, no veía quienes eran. No vio quien le pegó a C.G.F. ...Durante todo el suceso no vio que alguien este armado con cuchillos o palos.»

Consta que posteriormente agregó haber visto a (C.V.A.) que estaba arriba de C.R.E., pero no a los otros que se encontraban alrededor.

3) R.M.A. (fs. 857vta./9vta.): relata el primer encuentro en forma parcial, ya que dice que tres personas se acercaron a C.R.E., lo rodearon «y de ahí no sabe que pasó porque el auto tapaba prácticamente todo. Escuchó gritos de C.R.E. llamándolo al hermano y luego no escucho nada más»; que sigue sentado con su grupo de amigos y ve pasar a «los chicos. Ahí es cuando ve a Mancini que pasó con el «bate» en la mano, el bate no era uno normal, era brillante, tenía unas impresiones». Que los tres chicos se fueron a la medianera del Club Salta y «pasando un ratito» C.R.E. llegó con su hermano en el auto, lo estacionó, «se bajaron, se dirigieron donde estaban estos chicos y ahí empezó la pelea. Es ahí cuando ve que apenas empieza la pelea Mancini le aplica un golpe a la altura del rostro a este chico C.G.F., cae, después se levanta, el actúa en ese momento para separarlo. C.V.A. estaba peleando con C.R.E., el participa, intenta separarlos y después aparecieron más chicos, no sabe bien quienes... Quiere aclarar que ni los hermanos ni los otros chicos lo agredieron... Al tercero que no identifica no lo vió con algún objeto contundente contra C.G.F.» Volviendo al primer episodio afirma haber visto a C.R.E. bajarse del auto con un bate.

4) SERGIO RAFAEL MORENO (fs. 859vta./60): manifiesta que no conoce a A.J.M., sí a los otros cuatro acusados y que, con relación al hecho investigado, sólo pudo reconocer como participantes en el conflicto a C.V.A. y a Manzini; que también vio a R.M.A. que intentaba separarlos; arribó al lugar de los hechos sobre el final de la pelea; no especifica cómo fue lesionado el occiso ni con quién peleaba cada uno. Señala que ve a Mancini y a C.V.A. cuando se retiraban del lugar y agrega «cuando se van no llevaban nada en las manos. No conoce que los hermanos fuesen personas que buscasen peleas. Los imputados no eran en el barrio causantes de peleas frecuentes.»

5) BLANCA NELLY PACHECO DE PALACIOS (fs. 860/1): manifiesta conocer a los encausados A.L.M., Manzini, C.V.A. y A.J.M.; agrega que vio pasar a los tres nombrados en último término corriendo detrás de un auto manejado por C.R.E.; relata el primer enfrentamiento, diciendo que sólo vio que se arrojaban piedras, sindicando a C.V.A. como el autor de tal acción; agrega que luego observó a los tres chicos pasar corriendo, seguidos por C.R.E. con su auto, acompañado de otra persona a la que no pudo reconocer. «Lo que pasó después en la esquina no sabe, estaba oscuro; ...no vio nada...Normalmente los chicos no tienen peleas. A veces discuten entre ellos...»

6) LILIA ANA PONCE DE PÉREZ (fs. 861/2): dice haber escuchado una discusión a raíz de la cual se asomó a la calle; vio pasar a Mancini, C.V.A. y a un tercer joven al que no reconoce y a los hermanos C.R.E. y C.G.F., quienes ascendieron al auto; posteriormente los vio estacionar, descender y enfrentarse con los tres aludidos, quienes se encontraban en la tapia del Club Salta. Observó un forcejeo y a C.G.F. caer al piso, momento en que se dirigió corriendo a la casa de los padres, para avisarles; que no advirtió que se utilizaran palos. A su regreso pudo ver cómo C.R.E. traía a C.G.F. «como arrastrándolo». Es asertiva en punto a que el arribo de seis o siete muchachos más –de quienes no aporta datos- se produce *a posteriori*. «Que a los acusados Mancini y C.V.A. los reconoció cuando pasaron pero después no vio quien pegaba a quien».

7) PATRICIO GERARDO MURO (fs. 862/3): luego de relatar el primer incidente, que cesó cuando salió un vecino apodado «Chichi», quien retó a C.V.A., A.J.M. y Mancini, vio pasar a estos últimos en dirección al Club Salta, destacando que Mancini llevaba en sus manos un palo de aproximadamente medio metro. Prosigue

«...y los hermanos C.R.E. y C.G.F. se estacionan detrás de un auto, se bajan los dos y se dirigen a la tapia donde estaban los otros tres, baja C.V.A. y se pone a pelear con C.R.E., aclarando que él (el testigo) estaba de vereda a vereda de distancia. Que el acusado C.V.A. empieza la pelea, y C.G.F. habla con Mancini no sabiendo que le dijo y de repente salta A.J.M. desde la tapia y todos peleaban contra C.R.E., le pegaron una patada y lo voltearon a C.R.E., y su hermano C.G.F. mira hacia donde aquél se encontraba y Mancini baja de la tapia y cuando C.G.F. hizo como para mirar le pega cerca de la nuca con el palo y C.G.F. cae pegando contra el cordón cuneta y Mancini se fue hacia donde estaban peleando los otros, C.G.F. se levanta y vuelve a intervenir en la pelea, entonces alguien silba y dice «eh muchachos», y saltan cuatro personas más desde la tapia los acusados Zoloaga y A.L.M. y el «loco» Atencio y un cuarto al que no reconoce, intervienen en la pelea a favor de C.V.A. en contra de los hermanos. Que R.M.A. intervino diciendo muchachos intervengan, pero ninguno intervino, que él no fue hasta el lugar de la pelea , el único que fue, fue R.M.A. que intervino para separar... Que salió mucha gente y entraron a separar y ahí se cortó todo...».

8) MARIO WALTER TRENTINI (fs. 863/vta.): manifiesta que «Alcanzó a ver que se pegaban piñas y patadas, era un tumulto un grupo se fue por el costado del Club y otros saltaron la tapia.» Confirma que R.M.A. fue al lugar para tratar de separar a los contendientes.

9) MIGUEL OSCAR MOLINA (fs. 863vta.): sin hacer referencia a la utilización de objeto contundente alguno, relata el segundo incidente sin mayores precisiones.

10) DANIEL LUIS GLADSTEIN (fs. 864/vta.): Confirma la existencia de dos lesiones, una frontal derecha y otra occipital, de mayor gravedad.

11) OMAR DANIEL OYOLA (fs. 864vta.): da cuenta del hallazgo de una gorra, en la puerta de la familia de la víctima.

12) F.R.E. (fs. 864vta./5): se encontraba en la cancha del Club Salta, sentado en el banco de suplentes junto a ZOLOAGA, mientras que A.L.M. y «Pita» (Sebastián Omar Toledo) regaban la cancha. Escucharon que estaban peleando y junto a A.L.M. y ZOLOAGA saltaron la tapia; afirma que los dos nombrados se fueron para adelante, para el lado de la pelea, pero no puede precisar si intervinieron. Que una vez terminada los cinco imputados y él vuelven a saltar la tapia y se alejan del lugar. «Que no vio que llevaran nada en las manos... Que él estuvo en la cancha desde las 19 hs. no viendo que se hayan reunido C.V.A., A.J.M., Zoloaga y Manzini. Que estuvo con C.V.A. cuando pasó C.R.E. en un Clío gris tirando besos y haciendo morisquetas a C.V.A., eso fue a la siesta del día anterior, en esos momentos estaban sólo C.V.A. y él, y C.V.A. no dijo nada solo lo miró...»

13) OMAR ANTONIO TOLEDO (fs. 865): no aporta datos significativos. Dice que su hijo «Pita» le comentó que, cuando estaban regando la cancha con A.L.M., éste fue llamado para ir a pelear.

14) C.R.G. (fs. 865vta./6): presenció el primer encuentro de C.R.E. con A.J.M., C.V.A. y Manzini; vio que estos dos últimos golpeaban a C.R.E. ... «Que cuando va a intervenir grita «che» y estos sujetos desisten y se fueron... Que ve que C.G.F. sale y se mete en el auto por el lado derecho, estaba también el padre y C.R.E. le dio las gracias a él, se sube al auto del lado del volante y ...salen en dirección para abajo, hacia donde queda el Club Salta. Que salieron enfurecidos rápido a buscarlos a esos tres, él pensó que ellos iban a buscarlos por venganza. ...Que los vió irse a los tres no viendo a ninguno con algo en las manos, que no alcanzó a ver si tenían algo en las manos...»

15) CRISTIAN DAVID BARRIONUEVO (fs. 866/vta.): no aporta datos de interés.

16) A.G.M. (fs. 866vta./67): relata la primera escaramuza y afirma «Que C.R.E. cuando se baja del auto tenía un bate al que se lo quitó Mancini, siguieron peleando y luego Mancini se llevó el bate. Que en la esquina siguen peleando todos contra C.R.E y C.G.F., Mancini le pega con el bate en la cabeza a C.G.F., el que se cayó para adelante, no se volvió a levantar, él (el testigo) no vio que se levantara... que A.L.M. no es de pelear. Que a A.L.M. lo vio cerca de la pelea que estaba separando a los que estaban peleando, no pudo ver bien, que no sabe de donde vino lo vio cuando ya estaba allí»; que C.G.F. le dijo a Mancini que soltara el palo y que éste, sin contestarle, le pegó en el sector izquierdo de la cara.

Tras reseñar estos testimonios y mencionar los restantes elementos de juicio incorporados al debate (fs. 867vta./8vta.), el Dr. Roberto Dionisio Mazzucco, Presidente del Tribunal –a cuyo voto adhirió el Dr. Juan Carlos Sampayo-, procede a discriminar la situación de cada uno de los traídos a proceso, comenzando por Mancini (fs. 885 y ss.). Para ello transcribió una vez más las testimoniales reunidas durante el debate (en rigor, el análisis individual de los hechos de la mayoría se limitó a meras referencias a los testimonios citados en el apartado anterior). La metodología utilizada para analizar la conducta de A.J.M. (fs. 887/8) fue exactamente la misma y lo propio ocurrió con C.V.A. (fs. 888vta./9vta.).

En cambio, los casos de A.L.M. (fs. 889vta./91) y ZOLOAGA (fs. 891/2) -quienes, de acuerdo a sus propios dichos, los de sus consortes de causa y el relato uniforme de los testigos, no participaron en el primer encuentro con los hermanos y se acercaron al lugar de la pelea cuando el golpe con el bate ya había sido propinado-, obtuvieron algunas consideraciones particulares.

Todo indica que, a criterio del Presidente del Tribunal, resulta determinante en la asignación de responsabilidad a los nombrados su pertenencia a una «*barrita*», así como el hecho de que, a su criterio, R.M.A. era la única persona que intentaba separar a los contendientes. Sin embargo, esta inferencia aparece contradicha por el testimonio del propio R.M.A., de cuyos términos, citados por el Presidente a fs. 858 y 891vta., surge que Mancini golpeó a C.G.F. al comienzo mismo de la pelea, que la víctima se levantó y siguió peleando, aunque no podía precisar con quién y que sólo «...después se agregan mas, no sabe si intervinieron en la pelea y que salieron cree del Club».

El Presidente del Tribunal concluye este pasaje con la siguiente afirmación: «Es así que las distintas circunstancias invocadas por los enjuiciados para atenuar o excluir su responsabilidad en el hecho delictuoso de que se trata se han visto ampliamente desvirtuadas.», conclusión a la que sucede una extensa cita de distintos precedentes jurisprudenciales, vinculados al instituto de la confesión calificada (?) y, finalmente, la afirmación según la cual «...se ha acreditado en autos la autoría material de los traídos a proceso en los hechos que se les atribuyen».

A fin de determinar la calificación legal, el autor del voto mayoritario se limitó a evaluar los argumentos técnicos esgrimidos por la defensa de Mancini, quien planteó que la conducta que se le imputaba a su pupilo debía relevarse en los términos del Art. 81, inc. 1°, apartado b) CP.

Importa señalar que éste constituye el único análisis realizado, en torno a las posiciones de fondo asumidas por las partes, sin que se hayan examinado –ni mucho menos controvertido- las restantes argumentaciones esgrimidas por el letrado defensor de Mancini, o las sustentadas por los abogados de confianza de los restantes justiciables, así como tampoco los expresos pedidos de absolución formulados por el Fiscal de juicio, a los que adhiriera el propio querellante.

Tras rechazar la concurrencia del tipo de homicidio preterintencional, sostuvo: «...surge con claridad que en el acusado C.V.A. existía el convencimiento más allá

de haber sido o no cierto que los hermanos C.R.E. y C.G.F. lo habían ofendido en su masculinidad. Que tal extremo fue el generador de un resentimiento irracional que motivó que C.V.A. se pusiera de acuerdo con Manzini, A.J.M., A.L.M. y Zoloaga para llevar a cabo una feroz venganza en contra de los hermanos...» (fs. 897).

Citó, en apoyo de esta conclusión, el testimonio de Martínez, específicamente en cuanto aludió a los acusados denominándolos *«barrita»*, quien «...si bien no mencionó a Zoloaga nada obsta que el mismo haya estado allí, aunque de todas formas ello es irrelevante si tomamos en cuenta que por los dichos de A.L.M. y Zoloaga y de muchos testigos, los mismos estaban en la cancha del Club Salta Central antes de la agresión. Que si bien en un primer momento en dicha agresión toman parte sólo tres de los acusados esto es C.V.A., A.J.M. y Mancini, esto es cuando atacan a C.R.E. en momentos en que estacionaba su auto frente a su casa, ello no fue sino una provocación perfeccionada incluso con el desapoderamiento del bate y el lanzamiento de una botella, provocación destinada a hacer que ambos hermanos se dirigieran a la esquina del Club así C.G.R. señaló que los hermanos salieron enfurecidos rápido a buscarlos a esos tres, él pensó que ellos iban a buscarlos por venganza. A tal fin se ubicaron en una tapia en forma también provocativa los tres acusados al respecto C.R.E. al declarar en el Debate expresó que lo que determinó que ellos se detuvieran en su trayecto a la policía, fue el hecho de que «esta gente estaba subida a la tapia y le gritaba y le hacían señas y ellos frenaron. Se bajaron del vehículo'. Los tres acusados sabían de antemano que para esa siniestra emboscada contaban con el apoyo de A.L.M. y Zoloaga a quienes una vez que estaban los hermanos en el lugar llamaron, de lo que da cuenta el mismo C.R.E. cuando expresara que el que estaba arriba de la tapia es el mismo que lo habló por la ventanilla y que le salió por atrás y era el que llamaba a los de la cancha, es decir C.V.A. primo de A.L.M. y de Zoloaga conforme lo declarado por los mismos, ello se ve avalado por los testimonios de Patricio Edgardo Muro 'alguien silba y dice «eh muchachos», y saltan cuatro personas más desde la tapia los acusados Zoloaga y A.L.M....', de Omar Antonio Toledo que su hijo que lo apodan «Pita» le dijo que él estaba regando la cancha con A.L.M. cuando éste es llamado para ir a pelear; de Ramón Alfredo Díaz quien manifiesta que «dos chicos se suben a la pared de casi la esquina desde afuera... y gritan «vamos a pelear». Es decir que surge así acreditado que a instancias de C.V.A. los cinco acusados se habían puesto de acuerdo previamente para tomar una venganza mortal en contra de los hermanos.» (el destacado me pertenece).

El Presidente del Tribunal se refirió, seguidamente, a la sustracción del bate de baseball por parte de C.V.A., A.J.M. y Manzini, conducta a la que calificó de robo simple (sin explicar cómo arribaba a tal conclusión) y, tras afirmar –con cita de un precedente del Tribunal, confirmado por la Corte de Justicia local- que no se infringía el principio de congruencia, en tanto el Tribunal se encontraba facultado para dar a los hechos una calificación legal distinta de la otorgada por la Fiscalía, entendió igualmente configurado el delito de homicidio agravado en los términos del Art. 80, inc. 7° CP, hipótesis que no integró la plataforma fáctica relevada por el fiscal actuante en la instrucción, ni la del Fiscal de Cámara o el acusador particular.

Con relación a esta figura señaló: «el accionar de los acusados debe ser encuadrado en la figura prevista en el art. 80 inc. 7° del C. Penal, esto es el denominado homicidio *«criminis causa»*, esto es la muerte de un ser humano por otro ser humano llevada a cabo dolosamente y con la intención de procurar la impunidad con relación al delito ya cometido, esto es el robo.»

Y, procurando explicitar la coautoría de los justiciables, asentó: «si bien el autor que asestó el golpe mortal a C.G.F. fue A.J.M., como se expresara ut supra

tal acción desplegada fue concomitante con los demás actos materiales consumativos llevados a cabo por los demás acusados, por tanto corresponde sean considerados coautores.» (fs. 901vta.; es evidente que aquí se deslizó un error material, pues la sentencia tuvo por cierto que el golpe mortal lo infligió Mancini; este extremo fue aclarado por la Corte local).

Al mensurar las penas, afirmó que distinguía la situación de los justiciables menores de edad, a la luz de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con relación a ZOLOAGA consideró la falta de antecedentes, «la naturaleza de la acción desplegada, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión que demuestran una gran peligrosidad, ya que la indudable perversidad brutal y temibilidad del acusado cuya capacidad para comprender la aberrante criminalidad del delito se ha acreditado a lo que se suma su precocidad**,** (y) la falta total de arrepentimiento por parte del acusado con relación a los brutales delitos cometidos.»

Restó todo valor a las constancias del informe ambiental –favorable- porque, según consignó, había sido confeccionado sobre la base de las manifestaciones vertidas por la madre del nombrado y concluyó que resultaba «justa, razonable, ajustada a derecho, la pena de reclusión perpetua.»

Idéntica postura adoptó al referirse a C.V.A., A.L.M. y A.J.M. (incluida la *«invalidez»* de las constancias del legajo ambiental) bien que, por tratarse de menores de edad y a la luz de la limitación impuesta por el art. 37, inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, fijó los reproches en sendas penas de veinticinco años de prisión. Demás está decir que no hizo alusión alguna al dictamen emitido en el juicio por el representante del Ministerio Pupilar.

III. 4. El voto de la minoría

El Dr. Carlos Alberto Roselló adelantó, desde un comienzo, su «...disidencia asentada sobre la apreciación del devenir histórico fáctico del acontecer único, dual y erróneamente puesto a cargo de todos los «participantes» en el mismo.» (fs. 909).

Tras realizar atinadas disquisiciones dogmáticas, sobre los elementos constitutivos de la figura de homicidio agravado por el concurso de dos o más personas, alertó sobre su inaplicabilidad, partiendo de la distinción de dos secuencias autónomas dentro del episodio que fuera materia de juzgamiento.

Puesto a reseñar los elementos probatorios, reunidos en torno al tramo fáctico en el que se produjo la agresión a la víctima, aludió al testimonio de C.R.E. quien señaló: «...Fueron hasta la esquina, ahí había tres personas en la pared del club Salta, uno estaba subido en ella llamando gente..., otro estaba con el palo en la mano. Cuando estaban en la esquina el que estaba arriba le decía al que tenía el palo en la mano, «vos anda con aquel» y lo señalaba a el (deponente), luego que comenzó la pelea, el lo hacía con dos. Cuando el del bate se dirigía hacia él, alguien le pegó desde atrás, y nunca llegó. Al sujeto del «bate» no lo volvió a ver. El peleaba con dos personas. En la segunda pelea no se da cuenta quien los separa. Agrega además que el después vio que desde la cancha salió gente hacia la calle, pero no sabe quienes eran. No sabe cuantos eran, cree que mas de uno. No puede identificar a los que saltaron ni determinar menos quienes intervinieron en la pelea.**»** (fs. 912vta.; 853vta./4 y 879/80; el destacado me pertenece).

Aludió al testimonio de Eva María Oliva de Martínez para destacar la ausencia de todo aporte sustancial en la identificación de los partícipes del hecho. Procedo a transcribir la parte pertinente, en las que se intercalan algunas apreciaciones del Sr. Vocal: «Ella estaba cerca cuando le pegaban a C.R.E.. Escuchó que alguien decía

«Tubi» no le pegues mas. Había mucha gente. A los acusados no los vio en el lugar agrediendo a los hermanos, distinguirlos así, no. No los distinguía porque estaba oscuro, a pesar de que estaba cerca no veía quienes eran. No vio quien le pegó a C.G.F.. Agrega después que los que estaban tomando en la playa de estacionamiento, que ella vio, son los mismos que agredieron a los hermanos C.R.E. y C.G.F., C.V.A., Manzini, A.J.M. y A.L.M.. No puede decir si los que nombró son los que le pegaron a los hermanos. No los vio a los muchachos, no les observa la cara.» (fs. 913 íd.; 856vta./7vta., 880vta./1;885vta.;886; 887vta.; 889/vta.; 891 y 897).

Seguidamente pasó revista al testimonio de R.M.A., enfatizando que, de acuerdo a esta versión, el golpe con el bate a C.G.F., protagonizado exclusivamente por Mancini, se produjo apenas iniciada la pelea, en tanto que C.V.A. se enfrentó todo el tiempo con C.R.E., ignorando quién lo acompañaba (fs. 913/vta.;857vta./9vta.; 881vta.; 886/7; 889/91vta.).

Consignó asimismo las versiones de Sergio Rafael Moreno (fs. 913vta./4; 859vta./60; 881vta./2; 886/7vta.; 889/91vta.), quien, al igual que R.M.A., sólo pudo identificar a C.V.A. y a Mancini, aunque no pudo determinar con quién peleaba cada uno; de Blanca Nelly Pacheco de Palacios (fs. 914; 860/1; 882; 885vta./6; 887/vta.; 888vta./9)-, quien, aunque en forma contradictoria e imprecisa, sólo hizo alusión a la presencia de C.V.A., A.J.M. y Mancini; de Lilia Ana Ponce de Pérez (fs. 914/vta.; 861/vta.; 882vta.; 885vta./6; 887/vta.; 888vta./9; 890vta./1), quien dio cuenta del enfrentamiento entre Mancini y C.V.A. con los hermanos, sin poder precisar quién pegaba a quién, señalando, además, que fue con posterioridad que «...aparecieron seis o siete muchachos que cree salieron del Club...»; de Patricio Eduardo Muro (fs. 914vta.; 862/vta.; 882vta.; 885vta./6; 887/vta.; 888vta./9; 890, 891 y 897vta.), quien observó cuando Mancini le pegó con el bate a C.G.F., en tanto C.V.A. se enfrentaba con C.R.E.. Al igual que los restantes testigos, Muro señaló que *a posteriori* se agregaron otros jóvenes que saltaron la tapia del club; Miguel Oscar Molina (fs. 914vta.; 863vta.; 883vta.; 886vta.; 888; 889; 890vta. y 892), en cuanto señalara que «tres le pegaban a dos que estaban en el suelo, después eran más. Que eran cinco en total los que peleaban a dos» (cabe apuntar que, de acuerdo con la reseña general de testimonios, practicada por el autor del voto de la mayoría, este testigo dijo que «...vio que les pegaban con las manos y los pies no viendo algún objeto contundente.» -fs. 863vta.-; de F.R.E. (fs. 915; 864vta.; 884; 886vta.; 888; 889vta./90 y 891vta.), quien, al momento en que comenzara la pelea, se encontraba junto a ZOLOAGA y A.L.M. regando la cancha del Club «Salta»; de Omar Antonio Toledo (fs. 915; 865; 890; 891vta. y 897vta.), quien se expidiera de manera conteste; de C.R.G. (fs. 915; 865vta.; 881; 885vta.; 887vta.; 887vta. y 888vta.), quien, tras observar el primer encuentro de los hermanos con A.J.M. y otros dos jóvenes, pudo ver cómo los primeros «...salieron enfurecidos rápido a buscarlos a los tres, el pensó que iban a buscarlos por venganza. Los hermanos salieron raudamente, que pensó que iban a buscar venganza, cree que C.G.F. dijo «vamos a buscarlos», no sabe si lo dijo pero si tiene la certeza que iban a buscarlos.», de Cristian David Barrionuevo y Omar Eduardo Oyola (fs. 914vta., 915, 866 y 864vta.), ninguno de los cuales pudo aportar datos de interés para la causa, y, finalmente, el testimonio de Gonzalo Nicolás Álvarez (v. fs. 915vta., 866vta., 885vta.; 886vta.; 887vta.; 888/vta.; 889vta.; 890vta.; 892), quien observó cuando Mancini le pegó con el bate a C.G.F..

Partiendo así de idéntica plataforma fáctica que la mayoría, el vocal marcó un absoluto disenso en punto a la subsunción legal: «Que luego del primer incidente, C.V.A., Mancini y A.J.M. escapan corriendo hacia la tapia del Club Salta Central, los cuales son perseguidos por los hermanos, los que una vez ubicados, detienen el automóvil, y se dirigen hacia ellos, generándose la segunda pelea. Que todo ello sucedió rápidamente, de inmediato. Que en el momento inicial de este segundo

suceso, se encontraban solo los tres acusados mencionados y los dos hermanos C.R.E. y C.G.F.. En la riña participan en un principio C.V.A. y el tercero –A.J.M. para algunos, no identificado por otros-, contra C.R.E. y Mancini, enfrentando a C.G.F.. **El único que poseyó el «bate» a lo largo de todo el incidente fue Mancini, quien fue el autor material del único y mortal golpe que produce la muerte de C.G.F.,... También se colige de los testimonios aludidos, que el golpe mortal fue asestado de manera inmediata al inicio del suceso, y con anterioridad a la supuesta y confusa participación en la gresca de otras personas. Los testigos se expiden en forma discrepante en cuanto a la presencia de los acusados A.L.M. y Zolohaga en la reyerta, también siendo opinión divergente si los mismos participaron desplegando actos materiales de agresión, se limitaron a observar, o si alguno de ellos actuó para separar a los contrincantes.** Se repara también de los dichos testificales, que la visibilidad en la noche y momentos de la pelea era escasa... Que la denominada pelea, tiene gestión y desarrollo autónomo del primer incidente, el cual se agota en su materialidad cuando los participantes en él cejan su acometimiento y se retiran del lugar de ese suceso. Avala lo dicho la eventual concurrencia de los hermanos al escenario de la tragedia, si se tiene en cuenta que al decir del testigo C.R.G., debido a lo que él supone ánimo de venganza, o al propio dicho de C.R.E., que con su hermano se dirigen hacia la policía. **De ello también deviene la ausencia de un acuerdo previo, entre los participantes, según las pautas y exigencias contenidas por el dolo específico requerido por la figura especial del Homicidio contenido en el art. 80 inc. 6to. del C.P.**» (fs. 915vta./6vta.; la negrilla me pertenece).

Sobre estas bases, el vocal concluyó en la ausencia de elementos de convicción suficientes como para predicar la participación de A.L.M. y ZOLOAGA, en la muerte de C.G.F..

Párrafo aparte mereció la atribución de responsabilidad entre los imputados Mancini, C.V.A. y A.J.M.; el autor del voto de la minoría comenzó su análisis partiendo de los requerimientos objetivos y subjetivos del tipo agravado del Art. 80, inc. 6° CP, para finalizarlo a la luz de las reglas de la participación criminal. En primer término, descartó la existencia de nexo o relación causal necesaria o ineludible, determinante del resultado letal, para concluir, en consecuencia, que sólo el autor material podía válidamente responder por el daño individualmente deseado y causado; distinguió –atinadamente- el concierto premeditado inherente a la figura penal seleccionada por la mayoría, de la «mera confrontación interpersonal, en atención al dolo específico requerido por la figura agravada del Homicidio.»

Profundizó en la determinación de si «...el remanente ilícito no subsumible en la figura referida puede ingresar en la denominada participación criminal contemplada en la parte general del Código Penal, que distribuye igualitariamente la responsabilidad penal, ya no por acuerdo premeditado, sino por mera confluencia intencional o contribución a un resultado común.»; y concluyó: «Para el caso también es excluible la situación de autos, ya que para su existencia es requisito imprescindible la identidad de propósito. Se debe contribuir total o parcialmente a un designio común -en el caso sería el óbito de la víctima- resultado que aparece en autos como consecuencia del actuar voluntariamente único del productor del suceso.»

Así, tras citar doctrina pertinente al examen emprendido, concluyó que la asignación de responsabilidad sólo podía construirse de manera autónoma: «...me expido por la concertación para emprender la pelea y distribuyo las consecuencias de la misma en forma individual, excediendo la acción homicida particular (animus necandi) emprendida por su autor, la mera voluntad nocendi propuesta de manera convergente.»

En opinión del Dr. Roselló sólo Mancini resulta pasible de reproche por el

homicidio de C.G.F., en los términos del Art. 79 CP, en tanto A.J.M. y C.V.A., son reputados coautores del delito de lesiones leves en perjuicio de C.R.E., imputación que, dada la edad de ambos, debe ceder ante la eximente contenida en el segundo párrafo del art. 1° de la ley 22.278.

III. 5. Los Recursos de Casación

III. 5. 1. Recurso articulado por la Sra. Asesora de Menores

A fs. 21/34vta. del Expediente N° 37/02 que corre por cuerda, se agregó el recurso de casación interpuesto por la Dra. Susana del Valle Córdoba, Asesora de Menores e Incapaces, en representación A.L.M., C.V.A. y A.J.M..

Su primer agravio se basó en considerar que el Tribunal de mérito había incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, al obviar todo tratamiento acerca de los pedidos instados durante la audiencia de debate por el Dr. Eduardo Walther, subrogante legal de la representante del Ministerio Pupilar, de conformidad con las constancias favorables obrantes en los respectivos incidentes tutelares y las previsiones de la Ley 22.278. Señaló que esa omisión –sólo aceptable en caso de absolución- implicó, en la práctica, la adopción indiscriminada de «la mayor de las penas... por delitos no cometidos...», instancia que resultaba incompatible con el régimen propio impuesto por el sistema penal juvenil, en el que debieron primar las perspectivas tutelar y recuperativa.

Adhiriendo a la posición asumida en el voto disidente, entendió que la conducta de A.J.M. y C.V.A. sólo pudo quedar incursa en el delito de lesiones leves, por el que resultaban inimputables.

Finalmente se agravió de la participación atribuida en el voto de la mayoría a A.L.M., al tiempo que controvirtió la concurrencia de la figura acuñada en el Art. 80, inc. 7° CP. El recurso fue concedido por el Tribunal de mérito a fs. 35/vta. y declarado formalmente admisible por la Corte de Justicia de Catamarca (fs. 43).

III. 5. 2. Recurso interpuesto por el Defensor Particular de A.J.M.

A fs. 48/61 se agregó el recurso de casación interpuesto por el Dr. Scaltritti; como motivo sustancial, se agravió de la errónea subsunción legal llevada a cabo en el voto de la mayoría, en la inteligencia de que, a todo evento, la conducta reprochada debió encuadrarse en el art. 81, inc. 1° b) CP, o, eventualmente, en el art. 79 CP, si bien, respecto de su asistido, sólo debía tenerse por configurado el delito de lesiones leves.

Como motivo formal, denunció la indebida ampliación de la acusación efectuada por el Fiscal de juicio y, con los mismos alcances, el encuadre jurídico adoptado por la mayoría del Tribunal, por considerar que, en ambos casos, se vulneraron las garantías de inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso legal, al incorporar a la causa supuestos de hecho respecto de los cuales los justiciables no pudieron ejercer defensa material o técnica alguna (la figura de robo en poblado y en banda, en el caso de la fiscalía, y la del homicidio *criminis causa,* en el caso del voto de la mayoría).

En tercer término cuestionó la errónea aplicación de la ley sustantiva, resultante de la utilización de la figura de robo simple y dejó planteada la reserva del caso federal. Concedido el recurso (fs. 62), los miembros de la Corte local lo declararon formalmente admisible (fs. 69).

III. 5. 3. Recurso interpuesto por la Defensa Particular de A.L.M., ZOLOAGA y C.V.A.

A fs. 74/78 se agregó el recurso de casación interpuesto por el Dr. García. Señaló que, más allá de que el autor material del homicidio fue identificado plenamente (Mancini), ningún elemento de juicio vinculó a A.L.M. o a ZOLOAGA al episodio que concluyera con la muerte de la víctima, de manera que, tal como sostuviera el vocal disidente, ambos debieron ser absueltos.

En el desarrollo de sus agravios -que enmarcó como vicios *in iudicando*-, destacó que el recurso intentado debía ser resuelto a la luz de su naturaleza jurídica, es decir, como medio de impugnación idóneo para corregir errores de derecho atribuibles a la sentencia de mérito. Subrayó que, aún prescindiendo de las consideraciones del voto de la minoría, existía un pedido de absolución «*del titular de los intereses sociales*», posición que, por lo demás, fue compartida por la querella particular.

Con relación a C.V.A. sostuvo que las probanzas reunidas resultaron inequívocas en punto a su absoluta desvinculación con el homicidio de C.G.F., pues, además de no haber intervenido materialmente en el suceso que desencadenó la muerte de la víctima, tampoco se acreditó la existencia de un acuerdo de voluntades susceptible de generar responsabilidad penal.

El letrado hizo reserva del caso federal. Concedido el recurso (fs. 79), la Corte local lo declaró formalmente admisible (fs. 86).

III. 6. Rechazo de los recursos de casación

A fs. 97/105 se agregó la Sentencia N° 8 del 28 de octubre de 2002, por la cual la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca resolvió, por unanimidad, no hacer lugar a los recursos articulados por las defensas de los justiciables.

Tras reseñar los distintos argumentos ensayados por los recurrentes, el Dr. César Oviedo -a cuyo voto adhirieron los Dres. José Cáceres y Amelia Sesto de Leiva- se dedicó al tratamiento autónomo de cada uno de los recursos.

Respondiendo a los agravios planteados por la defensa de Mancini -la cita resulta indispensable pues, más allá de que la suscripta no asiste técnicamente al justiciable, la respuesta a los restantes recursos remite a estas consideraciones- rechazó la existencia de violación al principio de congruencia en el entendimiento de que, más allá del distinto encuadre legal finalmente adoptado por la mayoría, «...el hecho descripto en el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia es idéntico, existe una correlación entre los mismos, ya que en ambos se hace referencia al apoderamiento ilegítimo del bate de beisbol.»

Acerca de la errónea aplicación de las figuras acuñadas en el Art. 80, inc. 6 y 7 CP, sostuvo: «...el recurrente solo pretende que el tribunal de casación efectúe una nueva valoración de la prueba que fundamentó el decisorio del Tribunal «a quo», sentencia en la que y luego de discurrir por la misma no se advierten vicios o vacíos lógicos que afecten su motivación. Pero es bien sabido que por la vía del recurso de casación aquello no es posible, toda vez que la casación no es una segunda instancia y no está en la esfera de sus poderes revalorar la prueba y juzgar los motivos que formaron la convicción del juzgador...».

En respuesta a los agravios planteados por la Sra. Asesora de Menores, apuntó: «...tanto la pena impuesta, tal como su monto, remiten a cuestiones de hecho y derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia extraordinaria. Examinada la sentencia desde el ángulo de las formas procesales, la individualización de la pena resulta ser un poder exclusivo y discrecional del

Tribunal de Juicio, que no constituye un motivo legal de casación y por lo tanto no resulta revisable en esta instancia, salvo el caso de ejercicio arbitrario, circunstancia esta que no se advierte en autos, en tanto no se ha demostrado la ausencia de razonabilidad en la apreciación de las circunstancias tenidas en cuenta para la imposición de la pena... En lo atinente al otro agravio introducido por la referida Asesora de Menores, en cuanto a que no existen elementos de convicción suficientes y ciertos que determinen la participación de sus asistidos, es menester puntualizar que bajo aparente alegación de errónea aplicación de la ley sustantiva, la mencionada funcionaria judicial pretende que esta Corte efectúe una nueva valoración de la prueba -inadmisible en casación-, pues no de otro modo podría, hipotéticamente, llegarse a determinar que quien fuera condenado por el Tribunal de Sentencia no tuvo la participación que este le atribuye, y solamente efectuándose una revaloración de la prueba se podría llegar en esta instancia extraordinaria de casación a una conclusión distinta, circunstancia que se encuentra vedada -reitero- para esta Corte por no ser materia de casación.»

Puesto a responder los agravios introducidos por la defensa de A.J.M., el vocal preopinante de la Corte local remitió a los argumentos expuestos al resolver los de la defensa de Mancini.

Finalmente, en respuesta a los cuestionamientos introducidos por la asistencia técnica de A.L.M., ZOLOAGA y C.V.A., sostuvo: «...bajo aparente alegación de errónea aplicación o inobservancia de la ley sustantiva, lo que en realidad se cuestiona es la valoración efectuada en la sentencia recurrida de cuestiones de hecho y prueba, siendo bien sabido que por vía del recurso de casación aquello no es posible, **a poco que se advierta que la casación no es una segunda instancia, que no es un recurso ordinario y que como recurso extraordinario y excepcional no integra su ámbito de discusión y eventual decisión la revalorización de prueba merituada en la instancia condenatoria, no pudiendo en consecuencia juzgar las motivaciones que conformaron la convicción del juzgador**, siendo en consecuencia improcedente el recurso de casación cuando se discuten las conclusiones de hecho del Tribunal de juicio y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia (De La Rúa, El recurso de Casación), por lo que tratándose de idénticas argumentaciones a las efectuadas en los Considerandos VIII y que merecen similar solución, me remito a lo allí explicitado, debiéndose en consecuencia rechazarse el recurso interpuesto en todas sus partes.» (el resaltado me pertenece).

III.7. El recurso extraordinario federal

A fs. 1/17 del Expediente N° 81/02 de la Corte de Justicia de Catamarca, se agregó el recurso extraordinario federal articulado por los Dres. María Elena Gilligan y Víctor Guillermo Castro, en representación de todos los encartados.

Los letrados se agraviaron de la decisión por la cual se rechazaron los recursos de casación por considerarla arbitraria. Señalaron que el único sustento de ese decisorio era un apego «*mecánico*» a la fórmula, conforme la cual, las cuestiones de hecho y prueba resultan ajenas a la instancia casatoria, que no consultó la esencia de las distintas pretensiones esbozadas por las defensas ni se integró por un análisis individualizado de la situación de los justiciables.

Tras reseñar los argumentos utilizados al presentar los recursos de casación, así como las cuestiones constitucionales involucradas, concluyeron enfatizando que la respuesta jurisdiccional fue tan solo aparente, al tiempo que incurrió en arbitrariedad tanto fáctica como normativa.

III. 8. Rechazo del Recurso Extraordinario Federal

Por Auto Interlocutorio N° 4, del 10 de marzo de 2003, los miembros de la Corte de Justicia de Catamarca decidieron denegar el recurso. En sustento de esa decisión señalaron que, la falta de adecuada introducción de la pertinente reserva del caso federal, obstaba el tratamiento de los recursos articulados a favor de Mancini, C.V.A., A.L.M. y ZOLOAGA.

Puestos a evaluar la situación de A.J.M. y, tras describir principios generales en materia de arbitrariedad de sentencias, concluyeron que «...el decisorio impugnado no encuadra en ninguno de los expresados conceptos, ya que cuenta con fundamentos suficientes que permiten calificarlo como decisión judicial válida. Ello es así, porque en el fallo recurrido se han interpretado, armonizado y determinado el verdadero sentido y alcance de normas constitucionales y procesales locales, con un criterio que podrá o no ser compartido, pero que en modo alguno puede imputársele el no constituir una derivación razonada del derecho vigente en la conceptualización conformadora de doctrina y jurisprudencia ejemplificadas con las precedentes referencias. En efecto, la sentencia en recurso cuenta con una construcción argumental suficientemente fundada, razonada, lógica y coherente, por cuanto tiene fundamentos de hecho y de derecho, que al margen de su acierto o error, aparecen sin embargo suficientes, en la medida en que no medie una decisiva carencia de fundamentación o un apartamiento inequívoco para la solución normativa del caso.»

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

Conforme lo señalara, daré fundamento técnico a los recursos informales de cuatro de los justiciables: A.J.M., C.V.A., A.L.M. y ZOLOAGA, en tanto no encuentro incompatibilidades en la asunción conjunta de tales defensas.

Dicho esto, procederé a examinar, en primer lugar, la situación procesal de A.L.M. y ZOLOAGA, para, seguidamente, hacer lo propio con la de A.J.M. y C.V.A.. A estos fines y, puesto que los serios vicios de la sentencia de mérito no fueron ni siquiera tangencialmente abordados en las instancias subsiguientes, la impugnación de la decisión en crisis estará precedida por el análisis de los agravios constitucionales suscitados a partir del decisorio originario. Sobre el final de esta presentación se señalarán agravios comunes a los cuatro justiciables; cuestionaré, en concreto, la interpretación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio que sostiene el voto de la mayoría, la violación al principio de imparcialidad, la interpretación que se otorga a la Convención sobre los Derechos del Niño y la garantía de revisión de sentencias.

Esta defensa procurará demostrar cómo, en todos los casos, la posición asumida por la mayoría del Tribunal de mérito, así como por el *a quo,* constituyen la negación de los principios constitucionales subyacentes en cada uno de esos planteos; y cómo esas interpretaciones, contrarias a la vigencia de las garantías, han incidido -categóricamente- en las condenas impuestas a mis asistidos.

IV.1. Situación procesal de A.L.M. y ZOLOAGA

IV. 1. 1. Violación a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa en juicio

Sabia y arraigada jurisprudencia de V.E. ha reconocido, particularmente en materia penal, la necesidad de controlar, aún de oficio, el desarrollo del procedimiento, en tanto se encuentren involucrados aspectos que atañan al orden

público (Fallos 312:579), a fin de evitar la confirmación de vicios susceptibles de acarrear nulidades que afecten garantías constitucionales (Considerando 3° del voto del Dr. Fayt, en Fallos 320:1896 y sus citas: Fallos 183:173; 189:34).

Las graves cuestiones constitucionales que se abordarán en este acápite se inscriben, decisivamente, en el terreno de las excepciones reconocidas por ese alto Tribunal y habilitan a sortear el óbice formal que suponen las imperfecciones rituales en la habilitación de la instancia, máxime cuando, como se verá, de declararse la violación constitucional aquí denunciada, de ello se seguiría, de manera necesaria, la absolución lisa y llana de A.L.M. y ZOLOAGA, hoy condenados a la pena de veinticinco años de prisión y a reclusión perpetua, respectivamente.

En cuanto aquí concierne, las condenas impuestas a A.L.M. y ZOLOAGA se dictaron **pese al pedido de absolución propugnado tanto por el Sr. Fiscal de Cámara como por la parte querellante, quien adhirió, «*in totum*», a la plataforma fáctica elaborada por el acusador público.**

Debo destacar, en abono de la procedencia de este agravio puntual, que al deducir recurso de casación el letrado particular hizo expresa referencia a la ausencia de acusación, dejando planteada la correspondiente reserva del caso federal, cuestión que debe entenderse implícita en las protestas erigidas por los defensores que dedujeron el recurso extraordinario.

IV. 1.1. A) Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Se impone entonces abordar, en observancia de los requisitos propios de este recurso, la evolución jurisprudencial que culmina en el precedente *«Marcilese, Pedro Julio y otros s/ homicidio calificado –causa N° 15.888/98»* (M. 886. XXXVI, rta. el 15 de agosto de 2002), a efectos de reinstalar la cuestión respecto a si es factible que un tribunal dicte sentencia condenatoria sin que medie acusación.

Para una mayor claridad expositiva historiaré brevemente la evolución de la jurisprudencia de V.E.:

a) El precedente que aborda por primera vez el tema es el recordado fallo *«Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad – causa 341/87- F° 78-»,* de fecha 28 de diciembre de 1989, recién publicado en Fallos 325:2022, como nota al pié de página.

En dicho decisorio, rubricado por los Sres. Ministros Dres. Petracchi, Belluscio y Bacque, se sostiene: *«4°) Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas* (las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia)*, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio..., durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso..., y, pese a ello, el tribunal de juicio emitió la sentencia recurrida, por lo que corresponde decretar su nulidad y la de las actuaciones posteriores que son consecuencia de ese acto inválido».*

b) Esta doctrina es ratificada por unanimidad en los fallos *«García»* (Fallos: 317:2043, 22/12/94, suscripto por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Levene (h.), Boggiano y López); *«Cattonar»* (Fallos 318:1234, 13/6/95, suscripto por los Dres. Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi y Bossert); *«Bensadon»* (Fallos: 318:1400, 10/8/95, suscripto por los Dres. Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Levene (h.), Boggiano, López y Bossert) y «*Ferreira»* (Fallos: 318:2098, 20/10/95, rubricado por los Sres. Ministros precedentemente nombrados, con excepción de los Dres. Fayt y López).

Vale desde ya aclarar que en el segundo precedente citado: *«Recurso de hecho deducido por los defensores de José Armando García y José Armando García en la causa García, José Armando s/ p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación»*, existía actor civil y éste había peticionado condena, lo que no resultó óbice para que ese Alto Tribunal mantuviese la jurisprudencia mencionada.

c) El primer apartamiento de esta sabia doctrina, a la cual adhiere firmemente la suscripta, en su calidad de representante del Ministerio Publico de la Defensa, se produjo el 25 de septiembre de 1997, en los autos *«Cáseres, Martín H. s/tenencia de arma de guerra»* (Fallos 320:1896).

En dicho decisorio, si bien la mayoría de ese Alto Tribunal mantuvo la doctrina vigente, una minoría, integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, y Vázquez, afirmó: *«8°) Que, en efecto, el ejercicio de la jurisdicción del tribunal oral está precedida por una previa acusación formulada en la requisitoria de elevación de la causa a juicio -art.347 del Código Procesal Penal de la Nación- que fija los hechos en forma clara, precisa y circunstanciada, su calificación legal y los motivos en que se funda, presupuestos éstos que no deben ser violados a fin de asegurar el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional... De esta forma, el tribunal oral tendrá a su cargo expresar la voluntad de la ley, asegurando una decisión justa sobre una pretensión jurídica efectuada por el ministerio público, para un caso determinado. 9°) Que en cuanto al pedido concreto de pena por parte del fiscal al finalizar el debate, cabe aclarar que no resulta una obligación de su parte, toda vez que esos funcionarios acusan o no, de acuerdo a la convicción que se hayan formado sobre el mérito de los elementos reunidos durante la sustanciación del juicio... 11) Que finalmente y a mayor abundamiento, debe destacarse que si bien es cierto que al momento del requerimiento no se individualiza la pena que en definitiva el ministerio público solicita para cada caso, no lo es menos que al calificar legalmente la conducta, el propio ordenamiento penal establece en cada delito un mínimo y un máximo punitivo, dentro del cual el juez en caso de considerar el hecho probado y de acuerdo con la tipificación que a él le atribuya, cuantificará el monto de la sanción que considere adecuada...»* (del voto del Dr. Nazareno).

Aun cuando volveré sobre el tema, no puedo dejar de señalar que, - más allá del insólito rol que se le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal actuantes en la etapa de juicio, quienes, conforme los términos de este voto, podrían perfectamente estar ausentes de todos los debates, lo que implica un expreso menosprecio al espíritu y a la letra del Art. 120 CN-, la lesión que se inflige al derecho de defensa es inconmensurable y va mucho más allá de lo que el propio código de rito tolera. Adviértase, por ejemplo, que el cuerpo legal mencionado faculta al defensor, quien es titular de la última palabra, a refutar argumentos adversos que antes no hubieran sido discutidos (Art. 393 CPPN y 386 del Código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca) ¿cómo puede ejercer este derecho si los argumentos adversos pueden ser elucubrados por el tribunal, en sesión secreta? (Art. 396 CPPN y 389 CPP de la Pcia. de Catamarca).

Es más, con esta peculiar interpretación respecto a la insignificancia de la falta de solicitud de pena por parte del Fiscal actuante, se impone a la defensa la absurda e impracticable tarea de tener que discurrir sobre reacciones punitivas que pueden variar, en el caso de un homicidio simple, entre los ocho y los veinticinco años de prisión. Es evidente que un razonamiento de este tipo importa, en realidad, un certificado de defunción del sistema acusatorio.

Los restantes votos disidentes, correspondientes a los Dres. Moliné O'Connor y Vázquez, abundan en la misma línea de pensamiento, insistiendo en que -por

acusación- debe entenderse la que se produce en la etapa prevista por el Art. 347 CPPN. Vale aclarar, que ninguno de los tres votos se hace cargo de la habitual modificación de la plataforma fáctica, que suele producirse durante el debate, extremo que, en numerosas oportunidades, torna absolutamente incongruente la que se construyera en la requisitoria de elevación a juicio.

d) La minoría ratifica su postura en *«Fiscal c/ Fernández, Pedro Ricardo s/ homicidio culposo»*, de fecha 27 de febrero de 2001 (Fallos: 324:428), oportunidad en la cual, por mayoría, se impone la doctrina sentada en el precedente «*Tarifeño».*

e) Sin embargo esta línea de pensamiento ya había sufrido su primer embate por parte del Tribunal, el 13 de agosto de 1998, en autos *«Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación»* (Fallos 321:2027), suscripto por los Sres. Ministros Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert, Nazareno, Moliné O'Connor y Vázquez, estos tres últimos por su voto.

En este caso, riguroso resulta reconocerlo, la situación era diversa, en tanto existía querellante particular, quien había formulado acusación y requerido una pena determinada. Ante ello, el voto de la mayoría afirma: *«9°) Que esta Corte, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales..., y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (doctrina de Fallos 234:2700). 10) Que de ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5).»*

Cabe agregar, que el voto de la mayoría en este caso también se afianzó en el marco del derecho a la jurisdicción, reconocido al querellante particular a partir de las facultades conferidas legalmente de «*formular acusación en juicio penal*» (Considerando 15), por y a partir de la idea de que *«...todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, Considerando 2°).»* (Considerando 11°).

f) Finalmente, en autos *«Recurso de hecho deducido por la defensa de Pedro Julio Marcilese en la causa Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado -causa N° 15.888/98-»,* de fecha 15 de agosto de 2002, V.E., por mayoría, estimó que el requerimiento de elevación a juicio satisface la exigencia constitucional de acusación; los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y Vázquez, mantuvieron la posición que sustentaban; a ellos se sumó el Dr. López y, por su voto, el Dr. Fayt, votando en disidencia los Dres. Belluscio y Bossert.

Más allá de mi falta de coincidencia con los argumentos expuestos por el Sr. Ministro Dr. Carlos S. Fayt (Considerandos 11, 12 y 17), vale aclarar que él mismo impone una limitación, -relacionada al principio de contradicción, como corolario de la garantía de defensa en juicio-, a su nueva postura.

Al respecto aclara: *«Precisamente, lo que debe evaluarse es la posibilidad que tuvo la defensa de colocarse en una posición tal capaz de resistir la acusación. Para ello es necesario verificar si la sentencia contuvo alguna precisión que hubiera podido significar una «sorpresa» para el imputado, es decir algo que no haya podido rebatir. En el sub lite la acusación -requerimiento fiscal de elevación a*

juicio- y su consiguiente ampliación presentaron todos los elementos necesarios para garantizar una defensa válida.» (Considerando 17).

Tal afirmación impide que esta nueva visión se aplique al caso *sub exámine*. En efecto, no sólo no existió ampliación del requerimiento de elevación a juicio, sino que la sentencia incorpora hechos y agravantes que sólo pueden ser calificados por la defensa como una absoluta «*sorpresa».*

IV. 1. 1. B) Análisis del fallo de mérito a la luz del voto del Sr. Ministro Dr. Carlos Santiago Fayt en el precedente *«Marcilese»*

En el requerimiento de elevación a juicio, obrante a fs. 651/74, se describe la conducta de A.L.M. y ZOLOAGA, tal y como se transcribe en el apartado **III. 1.**

Durante el debate, el Fiscal de juicio, en lo que a ZOLOAGA y A.L.M. se refiere, construyó otra plataforma fáctica, apartándose radicalmente de lo afirmado por su antecesor, en base a la pruebas producidas en la audiencia, conforme surge del apartado **III. 2. 3**.

El Dr. Marcos Denett, en ejercicio de la acción penal en representación de la querella, expresó que adhería a la plataforma fáctica de la acusación fiscal *«in totum».* Es decir, suscribió la versión que descarta todo accionar reprochable de mis pupilos A.L.M. Y ZOLOAGA.

Ahora bien, ante la inexistencia de acusación tanto de parte del acusador público como del privado y, concurriendo una efectiva modificación del relato de los hechos efectuado en el requerimiento de elevación a juicio, producto de la prueba colectada durante la audiencia de debate, no cabe ninguna duda de que, al actuar el Tribunal de mérito como lo hizo, vulneró groseramente el contradictorio, lesionando -seriamente- el derecho de defensa en juicio de mis pupilos.

Tan es así que el voto mayoritario, no sólo se apartó de las conclusiones a las que habían arribado el Fiscal de juicio y el querellante, sino que también abandonó la recreación fáctica contenida en el requerimiento de elevación a juicio, incorporando una versión inédita que, indudablemente, tomó por sorpresa a los defensores.

En efecto, para el Presidente del Tribunal, autor del voto que funda la mayoría, el encausado C.V.A. estaba convencido de que los hermanos C.R.E. y C.G.F. «lo habían ofendido en su masculinidad» lo que generó «un resentimiento irracional que motivó que C.V.A. se pusiera de acuerdo con Manzini, A.J.M., A.L.M. y Zoloaga para llevar a cabo una feroz venganza en contra de los hermanos.»

Vale resaltar que esta creativa innovación de la plataforma fáctica, más allá de encontrarse huérfana de toda prueba, no fue en momento alguno objeto de debate. Fue, insisto, una incorporación sorpresiva, debida exclusivamente a la íntima convicción de uno de los miembros del tribunal.

Pero esto no es todo: como se le endilga a Mancini, C.V.A. Y A.J.M. el robo del bate de baseball, hipótesis inexistente en el requerimiento de elevación a juicio, incorporada en su alegato por el Sr. Fiscal de Cámara -que la calificó como robo en poblado y en banda-, el vocal preopinante agrega -también para ZOLOAGA Y A.L.M.- una nueva agravante del homicidio que les imputa, en tanto lo califica *«criminis causa».*

La plataforma fáctica de tal calificación, como es de suponer, TAMPOCO FUE OBJETO DE TRATAMIENTO DURANTE LA ETAPA DE JUICIO.

Este panorama me permite sostener que, aún aceptando la nueva tesitura del Sr. Ministro Dr. Fayt, tal desarrollo resulta de utilización imposible en esta causa, en tanto configura uno de aquellos supuestos en los que su aplicación irrogaría una evidente violación al derecho de defensa en juicio.

IV. 1. 1. C) Sobre la necesidad de reinstaurar la doctrina sentada en el precedente «Tarifeño»

Si bien la obligada extensión de esta presentación, me inhibe de abundar en las razones que abonan la imposibilidad de dictar una sentencia de condena sin existencia de acusación, sobre todo, a la luz de las garantías vigentes en el proceso penal, no puedo evitar realizar algunas referencias breves y puntuales.

En primer lugar, cabe recordar que -para solventar la falta de acusación por parte del fiscal que interviene en el debate (que, por cierto, puede ser el mismo magistrado o funcionario que actuó en la etapa de instrucción)- quienes adhieren a la doctrina sentada en el precedente «*Marcilese»,* estiman que el requerimiento de elevación a juicio posee virtualidad suficiente como para habilitar la función jurisdiccional.

Resulta irrebatible que esta idea importa, en la práctica, un peligroso retorno al procedimiento escrito, de fuerte matiz inquisitivo. En efecto, afirmar que una pieza fiscal a la que sólo se le exige *«una exposición sucinta de los motivos en que se funda»* (Art. 347 CPPN y 350 del Código de rito local), elaborada sobre un expediente conformado por pruebas no sometidas al contralor de la defensa y obtenidas -en numerosas oportunidades- mediante el ejercicio de facultades delegadas a fuerzas policiales, en el que hasta puede faltar la defensa material del encausado, satisface la exigencia constitucional relativa a la acusación, es descalificar la eficacia del debate oral.

Cierto es que parte de la doctrina que sustenta tal postura esgrime, entre otros argumentos, que nuestro sistema no es acusatorio puro, sino mixto, y que sólo en los primeros, en los que el fiscal tiene la disponibilidad de la acción penal en tanto rige el principio de oportunidad, es imprescindible un alegato acusatorio para que los jueces puedan dictar sentencia.

En un sistema como el vigente en el ámbito federal, agregan, regido por el principio de legalidad, es suficiente que el debate sea provocado por una acusación fiscal ajena al tribunal de juicio, para asegurar la imparcialidad (ver sobre el punto el voto del Dr. Julio MAIER en el Fallo TSJ, *«Pariasca, Julio León Eloy s/art. 47, Código Contravencional s/recurso de queja por denegación de recurso de constitucionalidad»*, 29/9/2000; en contra vid RÚA, Gonzalo S., *«¿Puede el juez condenar ante un alegato fiscal desincriminante? Un nuevo planteo, sobre un aspecto harto debatido en la ciudad de Buenos Aires. Nota al fallo «Pariasca»,* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N° 15, p. 679).

Discrepo sustancialmente con semejante argumento, que confunde la posibilidad de disponer de la acción, en virtud del principio de oportunidad, -ausente en nuestro sistema ritual-, con la facultad de promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, que, en el ámbito federal, expresamente le concede a los integrantes del Ministerio Público el Art. 25, inc. «c», de la Ley 24.946. Esa misma ley, aludiendo a las atribuciones de los Fiscales Generales, explícitamente consigna: *«Promover ante los tribunales en los que se desempeñan el ejercicio de la acción pública o continuar ante ellos la intervención que el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido en las instancias inferiores, sin perjuicio de su facultad para desistirla, mediante decisión fundada»* (Art. 37, inc. «a»).

En casos como el presente, la situación, aunque discurra en jurisdicción provincial, no varía. El fiscal no dispone de la acción en virtud de razones de política criminal; por el contrario, ejerce responsablemente su función y, ante la alteración del plexo cargoso producida durante la audiencia de debate, desiste del impulso sancionatorio requiriendo -**fundadamente-** la absolución del encausado. La tesis contraria llevaría a sostener que, haciendo caso omiso de lo

ocurrido en la audiencia de debate, el Fiscal de juicio **siempre** debe acusar o, si no encuentra mérito para fundar su acusación, callar.

Por lo demás, respecto del sistema procesal penal imperante, es indiscutible la tendencia del legislador en la materia, en orden a acentuar el protagonismo del Ministerio Público Fiscal, como lo demuestra la sanción de las Leyes 24.825, 24.826 y 25.409.

Repárese, por otra parte, que esta línea de pensamiento hace tabla rasa con el requisito de imparcialidad judicial. En efecto, cuando los jueces deciden, como en este caso, lisa y llanamente ignorar el alegato tanto del Fiscal de Cámara como el del querellante, privilegiando su propia versión de los hechos, abandonan su rol neutral ante el conflicto, asumiendo la posición de una de las partes.

Es más, si -en atención a las reglas del contradictorio- su cometido es resolver un conflicto entre partes, en igualdad de armas, ¿qué clase de contradicción resuelven, cuando ambas partes coinciden en la insuficiencia del plexo probatorio para arribar a una condena?

En resumen, por más atajos conceptuales que se tomen, de mantenerse esta doctrina, lo que ocurrirá en la práctica es que los jueces, luego de un debate que culmine con un pedido de absolución por parte del fiscal, con el que no están de acuerdo, tomarán el requerimiento de elevación a juicio, lo recompondrán *«en sesión secreta»*, incorporándole los supuestos elementos cargosos introducidos al debate, hasta convertirlo en una verdadera acusación y, finalmente, dictarán sentencia en base a esa pretensión incriminante que ellos mismos habrán construido.

Predicar la vigencia de la garantía de imparcialidad judicial o del derecho de defensa en juicio en semejante esquema es, sencillamente, una utopía.

Con acierto señala el Sr. Procurador General ante esa Corte, Dr. Nicolás Becerra, en el dictamen emitido en el antecedente «*Marcilese*» que *«...cabe colegir que es parte visible del espíritu constitucional garantizar, ya desde el mismo diseño procesal, que la actividad decisoria del juez se vea resguardada de cualquier adjudicación de responsabilidades vinculadas con la puesta en funcionamiento de la acción estatal en cualquier etapa del sistema de enjuiciamiento»* (Fallos 325.2:2012).

En abono de la postura que sustento, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, en fallo *«Pinelli, Luis Alberto»*, de fecha 10 de agosto de 1993, abordó así la cuestión: *«...Que en primer lugar debe tenerse presente que en el nuevo ordenamiento procesal penal la «acusación» se integra con dos actos procesales distintos y complementarios que tienen características particulares tales que impiden sostener que cualquiera de ellos cumple, por sí solo, con la exigencia del art. 18 de la Constitución Nacional en el sentido de que presupuesto de una sentencia condenatoria en materia penal es que haya mediado acusación y prueba. Así, el requerimiento de elevación a juicio regulado por el art. 347 C.P.P.N. es un requisito indispensable para la apertura del juicio propiamente dicho, en tanto él fija el límite de su objeto fáctico. Por cierto, este acto de promoción de la acción penal es un acto de acusación en el sentido de que expresa oficialmente la subsistencia del interés del ministerio público en el ejercicio de la acción penal contra el imputado. Con arreglo a la trascendencia que reviste ese acto la misma ley exige no sólo la descripción circunstanciada del hecho y su calificación legal, sino, además, una exposición sucinta de los motivos en que se funda. Sin embargo, esa pretensión es ejercida sobre la base de motivos «provisionales», pues en verdad, los hechos que configuran un objeto deben probarse en el juicio, a punto tal que ninguna de las probanzas que dieron «motivo» al requerimiento de elevación podrán ser tenidas en cuenta por el Tribunal de Juicio sin o son introducidas de modo regular al debate. De allí se sigue que culminada la recepción de la totalidad*

de la prueba en el debate corresponde al ministerio público formular su «acusación» en los términos del art. 393 CPPN. Sólo en ese momento puede éste evaluar hasta qué punto están probados los hechos contendidos en el requerimiento de elevación a juicio. Si el fiscal de juicio llega fundadamente a la conclusión de que no existe prueba sobre el hecho objeto de la acusación, o que este no es punible según la ley penal, está habilitado a pedir la absolución, pues el ministerio público no debe ser ciego en su afán de persecución y debe reconocer lealmente que ha llevado a juicio al imputado sin motivo suficiente».

Ahora bien, ¿cuál es el temor, no suficientemente explicitado, que subyace en aquellos que sostienen que es posible una sentencia condenatoria sin acusación fiscal? El ejercicio arbitrario de la acción pública por parte del representante del Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, aquí sí debemos distinguir entre nuestro sistema mixto y un sistema acusatorio puro; en este último, por más infundado que luzca el pedido de absolución, el Estado habrá perdido su chance de obtener una condena.

En el sistema vigente, tanto en la órbita federal como en la Provincia de Catamarca, si el pedido de absolución emitido por el fiscal no reúne los requisitos de validez que debe contener todo acto jurídico, el órgano jurisdiccional deberá declarar su nulidad y resultará forzosa la realización de un nuevo juicio, ante otro tribunal y con la actuación de un fiscal diferente. Pero, claro está, sólo si se trata de un acto nulo; no puede aplicarse tal hipótesis al caso de una mera discrepancia entre jueces y acusadores.

El Tribunal Oral ya citado, en *«Moya, Casimiro David s/ robo en grado de tentativa»*, del 3 de septiembre de 1993, afirmó *«...una vez que se ha agotado la prueba, y puesto que no procede la absolución de la instancia, el ministerio público puede verse convencido de que los motivos expresados en el requerimiento de elevación a juicio, fundados de manera provisional en la prueba del sumario, no han subsistido a la amplitud de debate y prueba del verdadero juicio. En estas condiciones, si lo hace fundadamente, puesto que de lo contrario estaría en juego no sólo su responsabilidad disciplinaria, sino la validez del acto procesal mismo, el Tribunal carece de una pretensión penal actual sobre la cual pronunciarse.»*

Este esquema devuelve la discusión a sus justos términos: a) el alegato fiscal absolutorio no es vinculante para el tribunal; b) en caso de encontrarse suficientemente fundado, el órgano jurisdiccional debe aceptarlo como acto jurídico válido y resolver en consecuencia, por haber desaparecido el contradictorio que excitara su jurisdicción; c) en caso contrario el juez puede -y debe- declarar su nulidad.

Esta solución es la que se adopta (o debería adoptarse) con la otra parte en el litigio, esto es, con la defensa. ¿Qué ocurre si, terminado un debate, el Fiscal de Cámara, con elementos mínimos y contradictorios, solicita una condena y el defensor, de pésima actuación durante la audiencia, coincide con el acusador y aún postula una pena más elevada? En teoría nadie discute que habría que declarar la nulidad de la defensa, y, por ende, de la audiencia y celebrar una nueva. Sin embargo, en la práctica, los jueces consienten este tipo de disfunciones, en tanto continúan aferrados al viejo esquema inquisitorial que aduce que si el reo es culpable ¿de qué le sirve un abogado defensor?; y, si es inocente, ¿qué mejor defensor que el propio juez?.

IV. 1. 1. D) Análisis de la sentencia condenatoria conforme los presupuestos sentados en el acápite precedente

Bien vale apuntar, en este contexto, que ni la acusación fiscal ni la que emitiera el querellante particular, fueron cuestionadas, confutadas o tachadas de

arbitrariedad -de hecho ni siquiera fueron analizadas-, por la mayoría del tribunal de mérito, de manera que se despejan aquí eventuales reparos vinculados al recto ejercicio de la actividad acusatoria.

Las constancias del acta de debate y de la sentencia de mérito permiten afirmar que ambos acusadores expresaron sus alegatos ateniéndose a las exigencias rituales y que, sobre la base del examen razonado de las constancias del debate, concluyeron libre y válidamente -de hecho se verá cómo, en rigor, la solución que propiciaron es la única que puede entenderse ajustada a los postulados que dimanan del Art. 18 CN- que no existían elementos de juicio que hicieran posible arribar a un veredicto condenatorio respecto de A.L.M. y ZOLOAGA.

Ante este panorama, es indudable que el tribunal de mérito no tenía habilitada su jurisdicción para dictar una condena, encontrándose tan sólo legitimado para dictar un fallo absolutorio, que acreditara la incolumidad del estado de inocencia del que continuaban gozando A.L.M. Y ZOLOAGA.

Observo aquí que, en tanto la fiscalía representa el interés de la sociedad en su conjunto de que los delitos no queden impunes, la víctima procura hacer valer, a través de sus representantes y en ejercicio de su derecho a la jurisdicción, el interés personal, por su condición de afectado directo (v. *mutatis mutandi,* Fallos 279:91).

Ahora bien, ¿es aceptable, aún en un sistema mixto, que se permita al órgano jurisdiccional, cuya única función es resolver el conflicto, apartarse de las pretensiones –genuinas y válidas- de las partes, cuando éstas agotan el universo de intereses en juego?

La respuesta a este interrogante no puede prescindir de los postulados básicos de legitimidad de todo proceso penal, entre los que se cuenta la existencia de pretensiones contradictorias, cuya resolución competa a la judicatura.

Son elocuentes las palabras de FERRAJOLI: «*Los jueces,... no persiguen ningún interés prejudicial sino sólo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto...*» («Derecho y Razón», Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 579).

En un sentido similar, CLARIÁ OLMEDO erige la idea de pretensión, en tanto *«Marca el nexo entre la acción y el poder punitivo, y permite corregir la exageración de las doctrinas abstractistas que conciben la acción como un derecho abstracto de obrar, y también permite rechazar las doctrinas concretas que la conciben como derecho a la tutela jurídica o pretensión de tutela del derecho... La exageración de la corriente abstracta resulta de presentar el poder de acción como descarnado de toda materialidad, olvidando que su contenido es la pretensión y ésta es sustancial de naturaleza ...El poder de acción es el que se ejercita postulando la pretensión así penalmente fundada, para que el tribunal la satisfaga con la sentencia sobre el fondo.»* («Derecho Procesal Penal», T. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984, p. 160).

El riesgo de tornar difusa la división entre las funciones persecutorias y decisorias es demasiado alto. Al respecto señala la doctrina: *«El principio acusatorio... exige la estricta separación de las funciones persecutorias y decisorias, y su respectiva atribución a órganos estatales diferentes: ministerio público y tribunales. Esta separación no constituye un fin en sí mismo, sino que, antes bien, representa un presupuesto ineludible para garantizar la imparcialidad del tribunal. Es una finalidad instrumental del principio acusatorio, en este contexto, fomentar, facilitar o posibilitar la actuación imparcial del órgano acusador.»* (BOVINO, Alberto, «Problemas del derecho procesal penal contemporáneo», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 43).

A la luz de las consideraciones efectuadas, resulta incuestionable que la mayoría del Tribunal de mérito no se encontraba legalmente habilitada para fallar como lo hizo; la condena de A.L.M. y ZOLOAGA, en estas condiciones, importa una evidente inobservancia de las formas sustanciales del juicio, que resulta en una irrefutable violación a la garantía contenida en el Art. 18 CN y, simultáneamente, al Art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, a los Art. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a los Art. 8.1 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a los Art. 14.1 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos todos de jerarquía constitucional, merced a lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22 CN.

En virtud de lo expuesto corresponde que V.E. declare la nulidad de la sentencia de mérito que condenara a mis defendidos A.L.M. y ZOLOAGA, así como de todos los actos procesales que resulten su consecuencia, decrete la absolución de los nombrados y disponga su inmediata libertad.

IV. 1. 2. Violación de los Art. 16,18 y 19 CN; 15.1 PIDCP; 9 CADH; 11.2 DUDH. Arbitrariedad normativa

La demostración cabal de que la condena impuesta tuvo lugar en contravención de los principios constitucionales aludidos, no sólo se desprende de la misma plataforma fáctica relevada por todos los integrantes del Tribunal de mérito (mayoría y minoría), sino que aparece debidamente documentada y puesta en imágenes a través de la reconstrucción del hecho, realizada durante la etapa de instrucción.

Esa diligencia, formalmente incorporada al debate (fs. 868, punto 17) y expresamente valorada en la sentencia, fue practicada con la colaboración de C.R.E., Muro, Oliva de Martínez, Moreno y R.M.A., es decir, de la víctima supérstite y los principales testigos de cargo. La reconstrucción permitió ilustrar la secuencia fáctica que culminó con la lesión letal de C.G.F., graficándola como un hecho aislado, perfectamente identificable.

Las fotografías que plasman el momento en el cual Mancini golpea a C.G.F. son las placas identificadas con los N° 34 a 37 (fs. 312/4). Las imágenes son elocuentes en el sentido de que, al momento del golpe, era sólo Mancini quien acometía contra C.G.F., consumando un acontecer ilícito que, por sus características, excluye toda posibilidad de intervención, sea en forma de asistencia, apoyo o facilitación.

Ahora bien; si el voto de la mayoría del Tribunal de mérito tuvo por cierto que ni A.L.M. ni ZOLOAGA golpearon a la víctima y que, por lo demás, sólo arribaron al lugar con posterioridad a esa secuencia ¿cómo puede comprenderse -y no ya en un sentido técnico jurídico, sino echando mano al más elemental sentido común- que ambos hayan sido condenados como coautores del homicidio de C.G.F.?

Las consideraciones vertidas por el autor del voto que conformó la mayoría no ayudan –ciertamente- a disipar este interrogante. Aún cuando comienza remitiéndose a la descripción de las conductas de A.L.M. y ZOLOAGA que efectuara el requerimiento de elevación a juicio, luego la abandona, a la luz de los testimonios prestados durante el debate.

Veamos entonces cuáles son las conductas concretas que el Presidente del Tribunal le adjudica a A.L.M. y a ZOLOAGA: provocar; tomar (beber); formar parte de una barrita; saltar una tapia junto a dos personas más e intervenir en la pelea en defensa de C.V.A. **después** de la agresión de Mancini a C.G.F.; haber saltado nuevamente la tapia, al terminar la pelea, y haberse alejado junto a C.V.A., A.J.M. y Mancini, caminando rápidamente (fs. 890); haber estado en el lugar de la pelea; haber intervenido en la misma, ya iniciada (fs. 889 vta./92).

Ahora bien, ¿cómo logró el magistrado que estas conductas –las únicas que atribuyó a los encartados de mención- encuadraran en la figura de homicidio doblemente agravado del cual, a su criterio, resultan coautores? Muy simple. Inventó un complot del que no sólo se carece de toda prueba, sino que ni siquiera fue tangencialmente aludido en etapa alguna de la instrucción o del debate.

La afirmación de que C.V.A., convencido de haber sido «ofendido en su masculinidad» por los hermanos C.R.E. y C.G.F., generó «un resentimiento irracional que motivó... que se pusiera de acuerdo con Manzini, A.J.M., A.L.M. y Zoloaga para llevar a cabo una feroz venganza en contra de los hermanos», no sólo es un argumento incoherente y definitivamente divorciado de las pruebas colectadas durante el proceso, sino que es una palmaria demostración de que la actividad de este magistrado, lejos de ser neutral, se hallaba directamente encaminada a imponer a los jóvenes encausados la pena más alta posible.

Todos los testimonios ponderados en la sentencia (reseñados en el apartado **III. 3.**, a cuyas constancias me remito), descartan la posibilidad de que A.L.M. o ZOLOAGA hayan intervenido, de forma alguna, en la agresión a C.G.F.. De hecho, esos elementos de juicio no han sido asertivos en punto a que alguno de los nombrados haya intervenido activamente siquiera en los tramos finales de la pelea.

Las conductas probadas de A.L.M. y ZOLOAGA son, en punto al homicidio de C.G.F., penalmente irrelevantes. A lo sumo se podría aceptar, como mera hipótesis no acreditada, que intervinieron en las postrimerías del altercado, alertados por una persona no identificada, ya sea para separar a los contendientes o para proteger a su primo C.V.A.. La conexión causal, tanto objetiva como subjetiva, entre el homicidio cometido por dos o más personas y «criminis causa» que se les endilga y las conductas efectivamente comprobadas es inexistente.

No desconozco que el abordaje de esta cuestión parece remitir a cuestiones de hecho y prueba, ajenas por principio a la instancia extraordinaria. Pero, como viene señalándose, este tratamiento resulta imprescindible para demostrar la violación del principio de culpabilidad y, en última instancia, del Art. 18 CN. Como consecuencia de la adscripción a criterios de responsabilidad objetiva, A.L.M. y ZOLOAGA han sido condenados a sendas penas de veinticinco años de prisión y reclusión perpetua, no obstante que, insisto, se estableció fehacientemente que no tomaron parte en la ejecución del hecho a raíz del cual se produjo la muerte de la víctima.

Las dogmáticas conclusiones asumidas en el voto mayoritario obligan a recordar los primeros pronunciamientos de esa Corte, en los que se detectaran sentencias *contra legem* (Fallos 184:137), fórmula que, en el desarrollo posterior (Fallos 188:482; 190:50, 228 y 409; 192:104; 193:135; 194:220; 198:145; 200:22; 201:581; 205:72; 206:341; 207:72; 236:27; 238:550; 244:521 y 523; 249:275, entre muchos otros) consagró definitivamente, la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, de la que el presente caso representa un supuesto paradigmático.

Reciente jurisprudencia de V.E. coadyuva a reafirmar este agravio en concreto. En el caso «B.C., G.E.», del 4 de marzo de 2003, el Sr. Procurador General de la Nación, a cuyo dictamen adhirió por mayoría V.E., no sólo relevó distintos testimonios -soslayados de plano en la instancia previa- que descartaron un actuar negligente o imprudente en el justiciable, sino que, además, delimitó el umbral indispensable a partir del cual se habilita la imputación penal. Sostuvo: «*...en el fallo impugnado se ha considerado en forma fragmentaria la prueba producida, extremo que impidió tener una visión totalizadora que hubiese sido relevante a los efectos de discernir la eventual configuración de la conducta delictuosa... Desde otro lado, y en lo que al análisis de la ley sustantiva respecta, es mi parecer que el fallo del tribunal contradice la doctrina estable que fundamenta el contenido de ilícito de la culpa*

penal y el texto de la ley, que en su art. 94, establece que el resultado es punible cuando se produce por el carácter imprudente o negligente del hecho causal... Queda claro entonces que el fallo así presentado, además de dogmático, es legalmente incompleto, pues la imputación penal por delito culposo requiere la demostración plausible de la creación de un riesgo o el aumento del riesgo permitido para la actividad correspondientes y la realización o proyección de ese riesgo en el resultado, lo que no ha quedado demostrado en el caso de autos.»

El principio de culpabilidad garantiza a todo ciudadano que no será objeto de sanción penal sin que se verifique, a su respecto, la concreción de un comportamiento exterior evitable, con relevancia jurídico penal, ya sea en el ámbito de la tipicidad dolosa o culposa.

Y es un hecho indiscutible que la mera presencia de mis asistidos en el interior del Club Salta Central, en el momento en que Mancini agrediera a C.G.F. con el bate de baseball en la vía pública, en modo alguno puede entenderse satisfaciendo los requerimientos típicos de la figura de homicidio doblemente agravado. No, cuando menos, en un estado de derecho.

En este sentido apunta FERRAJOLI: «*'Las leyes sólo se encargan de castigar acciones exteriores', afirma Montesquieu,*(...) *El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el estado;*(...) *Esta frontera, definida por el requisito de materialidad de la acción, será firmemente defendida, una vez más, por la Escuela Clásica, frente a los ataques de la Escuela Positiva: contra la idea, propagada por los positivistas, de que los delincuentes son una especie dentro del género humano, Enrico Pessina reafirmó el principio -más igualitario que liberal- según el cual 'el hombre delinque no por lo que es, sino por lo que hace.»* (FERRAJOLI, op. cit., p. 482).

Descartada entonces la presencia de ambos jóvenes al momento de la agresión de Mancini a C.G.F., corresponde analizar el escueto razonamiento que esparció -indiscriminadamente- sobre todos los procesados el reproche por la muerte acaecida.

Como veremos, el mismo está compuesto por una secuela de falacias. El Presidente del Tribunal comienza afirmando «...surge con claridad que en el acusado C.V.A. existía el convencimiento más allá de haber sido o no cierto que los hermanos lo habían ofendido en su masculinidad.» Eso sí, omite explicar los elementos en los que funda tal afirmación. Es más, las confusas y escasas pruebas producidas al respecto parecen indicar que el conflicto tenía como contraparte a C.R.E. y no a ambos hermanos.

Bien, supongamos que el problema existió. Según el magistrado «...tal extremo fue el generador de un resentimiento irracional...» De aceptarse la versión cargosa, C.V.A. lo único que hizo fue, -en compañía de otros dos jóvenes-, enfrentar a C.R.E. en la puerta de su casa, en momentos en que llegaba con su auto. Tanto el nombrado como Mancini y A.J.M. se encontraban absolutamente desarmados y nada en la conducta desplegada por C.V.A. en esos momentos permite hablar de un *«resentimiento irracional»*. Y, de todos modos, si así hubiera sido, tal sentimiento era privativo del nombrado y sólo podía servir como eventual elemento reductor de la culpabilidad.

Sin embargo, no es así como piensa el Presidente del Tribunal, en tanto entiende que tal sentimiento «...motivó que C.V.A. se pusiera de acuerdo con Mancini, A.J.M., A.L.M. y Zoloaga para llevar a cabo una feroz venganza en contra de los hermanos.» ¿Qué pruebas releva para acreditar el supuesto complot? Ninguna.

Es más, ni siquiera se toma el trabajo de confrontar su osada hipótesis con la realidad, actitud que le hubiera demostrado que la misma es insostenible.

A fin de deformar lo ocurrido para adaptarlo a su teoría, asegura que el primer

encuentro constituye una «provocación perfeccionada incluso con el desapoderamiento del bate provocación destinada a hacer que ambos hermanos se dirigieran a la esquina del Club» (en este pasaje reseña el testimonio de C.R.G., quien afirmó que fueron los hermanos quienes salieron a buscar al trío, en busca de «venganza»; sin embargo, en la misma oración, el sentenciante sostiene exactamente lo contrario: que los hermanos se subieron al vehículo para dirigirse a la Comisaría).

Ahora bien, si existió un acuerdo previo entre los cinco encausados para llevar a cabo una «feroz venganza» contra los hermanos ¿por qué fueron sólo tres a interceptar a uno de los hermanos? ¿Cómo sabían, ex ante, que C.R.E. llevaba en el auto un bate de baseball, que intentaría utilizarlo contra ellos y que podrían quitárselo? Pensemos que C.R.E. se encontraba en la puerta de su casa, por lo cual, entre muchas otras variantes, podría haber ingresado a la misma y solicitar desde allí ayuda policial.

Pero esto no es todo; las incoherencias fluyen: agraciados por el don de la clarividencia, C.V.A., A.J.M. y Mancini no sólo habrían adivinado que C.R.E. llevaría en su auto un bate de baseball, que lo usaría para enfrentarlos y que ellos podrían sacárselo para provocarlo, sino la conducta subsiguiente de ambos hermanos, esto es, que se subirían al auto e irían a reclamar el bate.

Cabe preguntarse: si la feroz venganza tenía como objetivo la muerte de los supuestos ofensores, ¿por qué el agredido más severamente fue C.G.F. y no C.R.E., quien sólo resultó con las heridas leves propias de una pelea a golpes de puño? Toda vez que era imposible que supieran de la existencia del bate ¿de qué otra manera iban a intentar la «feroz venganza»? Es más, ¿en qué momento C.V.A., A.J.M. y Mancini se pusieron de acuerdo con ZOLOAGA y A.L.M. quienes, no sólo ignoraban que aquellos tenían en su poder un bate, sino que ni siquiera se encontraban en el lugar?

Recordemos que A.L.M. y ZOLOAGA, según el inequívoco testimonio de F.R.E., estaban en el interior del Club, regando las canchas y que recién se alertan cuando se enteran de que había una pelea. ¿Es compatible esta actitud con dos sujetos que están emboscados, prestos a ayudar a otros tres a propinar una feroz venganza a dos jóvenes, «inocentemente» atraídos al lugar?

Si ahora recordamos que C.G.F. murió como consecuencia de un único y aislado golpe, inferido por Mancini, no encontraremos, frente a las condenas impuestas, más que perplejidad.

Todos –absolutamente todos- los testigos, se refirieron al episodio como una pelea. Si bien ninguno de ellos pudo precisar acabadamente las razones que originaron el primer encuentro entre los hermanos y C.V.A., A.J.M. y Mancini, sí se manifestaron contestes en que fueron los primeros quienes corrieron detrás del trío. Lo hicieron, según la versión de C.R.E. (*EXPRESAMENTE VALORADA POR EL DR. MAZZUCCO*) procurando venganza.

En este segundo encuentro se traban en lucha, por un lado, C.R.E., con C.V.A. y otro joven -no identificado por algunos testigos, A.J.M., para otros- en tanto que C.G.F., se mide con Mancini. Es en este contexto cuando el último golpea a la víctima, causándole heridas que derivan en su muerte. A.L.M. y ZOLOAGA, que estaban en el interior del club regando las canchas, arriban *a posteriori*.

De hecho, el salto lógico que se verifica entre la plataforma fijada y la conclusión legal, base del pronunciamiento, sólo me habilita a concluir que, en rigor, el reproche se asignó siguiendo criterios de responsabilidad objetiva.

Todo parece indicar que A.L.M. fue condenado por integrar la «barrita» a la

que hiciera referencia la Sra. Eva María Oliva de Martínez, la misma -debo ser insistente en este punto- que, tras afirmar, bajo juramento, que los que integraban el grupo fueron quienes agredieron a los hermanos, dijo -en el transcurso de la misma declaración- que no podía determinar si quienes integraban la «barrita» habían participado en la pelea, básicamente, porque, «a los acusados no los vio en el lugar agrediendo a los (hermanos)».

Ciertamente que la condena de ZOLOAGA -quien aparentemente ni siquiera integraba la «barrita»- escapa a cualquier especulación teórica.

Otro ejemplo claro de arbitrariedad lo constituye la utilización de la figura agravada del Art. 80 inc. 7 CP. Transcribo aquí la cita pertinente: «el accionar de los acusados debe ser encuadrado en la figura prevista en el art. 80 inc. 7° del C. Penal, esto es el denominado homicidio «criminis causa», esto es la muerte de un ser humano por otro ser humano llevada a cabo dolosamente y con la intención de procurar la impunidad con relación al delito ya cometido, esto es el robo... si bien el autor que asestó el golpe mortal a C.G.F. fue [Mancini], como se expresara ut supra tal acción desplegada fue concomitante con los demás actos materiales consumativos llevados a cabo por los demás acusados, por tanto corresponde sean considerados coautores.»

¿A qué «demás actos materiales consumativos» alude la sentencia? ¿Cómo se puede afirmar, en un decisorio judicial que exige certeza, que A.L.M. y ZOLOAGA «mataron» a C.G.F., mientras todavía se encontraban en el interior del club, para procurar la impunidad por un supuesto desapoderamiento que no habían presenciado ni les constaba?

Ahora bien. Dejemos por un momento de lado el fantástico relato conforme al cual A.L.M. y ZOLOAGA mataron a la víctima –sin encontrarse en el lugar del hecho- para «saciar» la sed de venganza de C.V.A.

Si, paralelamente, procuraban la impunidad (propósito excéntrico si tenemos en cuenta que el episodio estaba siendo presenciado por gran cantidad de vecinos del lugar) por un apoderamiento que no les constaba, ¿no era lógico que también acometieran letalmente a C.R.E., quien sólo sufrió lesiones leves?

En virtud de lo expuesto estimo que, a la luz de los elementos de prueba recogidos, queda más que en evidencia que la sentencia condenatoria dictada en perjuicio de mis defendidos carece de todo asidero y se yergue como la más acabada muestra de decisionismo judicial: la mayoría del Tribunal de mérito, divorciada por completo de la base fáctica objetivamente reconstruida, asume una postura literalmente *dogmática*, toda vez que presenta su mera opinión sobre los hechos como verdad inconcusa, aunque nada la respalde, salvo sus propios prejuicios frente al caso y sus protagonistas.

La afirmación apodíctica de la existencia de un estado psíquico vinculado a la hipotética ofensa a la masculinidad en cabeza de C.V.A., es sólo el comienzo de este derroche de subjetivismo por parte del voto mayoritario: a ella añade la virtual generación en la psiquis del joven de un resentimiento «irracional», al que, a su vez, encadena con una supuesta convergencia intencional con los otros imputados, en orden a desatar una «feroz» venganza sobre los hermanos.

En las antípodas de lo que debe caracterizar a un juez, al menos en un Estado democrático y liberal de Derecho, la mayoría del Tribunal de mérito resuelve con base en una suma de intuiciones propias, jalonando esa arbitraria interpretación con profusa y aventurada adjetivación.

Cabe recordar que, así como es inimaginable un ordenamiento jurídico que se compusiera solamente de normas individuales, por cuanto no pasaría de ser una

mera forma de anarquía, en la que cada caso se decidiría arbitrariamente, el hecho de que el juez pueda decidir sin sujeción a ese patrón de la norma general y abstracta bajo la que encaja la conducta que juzga, equivale a otorgarle el supremo poder de decidir sin límite alguno y someter a los individuos a la incertidumbre permanente.

Semejante sistema de libre creación del Derecho por el juez -que de eso se trataría- es la antitesis de la esencia republicana de división de poderes, pues implica la usurpación por éste de las funciones propias del legislador, con supresión del principio de seguridad jurídica, y el abrupto fin de todo orden jurídico (KELSEN, Hans, «Teoría pura del Derecho», México, UNAM, 1982, p. 260 y ss.).

El principio de igualdad formal, como lo señala Juan Antonio GARCÍA AMADO, no se satisface con la igualdad en la ley o ante la ley, sino también en la igualdad en la *aplicación* de la ley: *«además de prohibir que el legislador discrimine, estableciendo diferencias de trato irrazonables, prohíbe también que los jueces discriminen...»* («Igualdad y Discriminación», módulo de la Cátedra de Filosofía del Derecho, Universidad de León, Reino de España http://www.geocities.com/jagamado/santafeart.html). Por ende, sentencias como estas también violentan la Constitución Nacional, en tanto quebrantan los preceptos fijados en su art. 16.

A criterio de esta parte, y así expresamente lo solicito, corresponde **declarar la nulidad de la sentencia de mérito**, en tanto ha quedado acreditada de manera categórica su absoluta desconexión, tanto con el sustrato fáctico relevado, como con las normas sustantivas aplicables.

La arbitrariedad del pronunciamiento de mérito y su inequívoca e íntima conexión con las condenas impuestas, habilita la competencia de esa Corte, a fin de que se restablezca la vigencia de las garantías constitucionales flagrantemente vulneradas en el caso.

No se trata, V.E., de corregir una sentencia injusta. Antes bien, el reclamo transita por terrenos inequívocamente constitucionales pues, según se ha visto, los groseros yerros en que incurrió el voto de la mayoría guardan relación directa e inmediata con los principios de máxima taxatividad legal e interpretativa, de culpabilidad, de inocencia y de igualdad.

El juicio de subsunción adoptado en el caso -inseparable de las condenas impuestas- trasciende así, con creces, un ejercicio de aplicación del derecho común, pues, insisto, mis asistidos han sido condenados sobre la base de criterios de responsabilidad objetiva, ajenos a nuestra tradición jurídica y a los postulados de nuestro Estado de Derecho y opuestos, por lo demás, a la denominada doctrina de la verdad jurídica objetiva.

En palabras de BERTOLINO: «*a) debe prevalecer en el proceso la búsqueda de la verdad jurídica objetiva [C.S.J.N., 3/7/72, ED, 44-194; íd. 13/12/74, ED, 60-131; íd. 29/3/90, JA 1990-III-13; íd., Fallos 310:2456 y 709; 323:3207...] como exigencia de un adecuado servicio de justicia garantizado por el art. 18 de la Const. Nacional [Fallos 247:176; 288:55; 307:1984; íd. 10/4/86, LL, 1987-A-489; íd., 29/9/98, ED 133-277]], y b) no es derivación razonada del derecho vigente una sentencia que importe una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva [Fallos 240:99; 261:322; 305:944; 307:1174; 320:1038; íd., 10/4/86, LL, 1987-A-489]. Esto importa condenar... todo apartamiento, voluntario y con pleno conocimiento de quien lo hace, de la consideración de datos procesales (de hecho, pero también de derecho) que apareciendo como patentes, resulten esenciales para la resolución de los casos judiciales (...) En fin, la idea de exceso ritual importa... una incuestionable superación del positivismo normativo.»* («La verdad jurídica objetiva», p. 65, y «La renuncia consciente a la verdad jurídica y objetiva y su incompatibilidad con el adecuado

servicio de la justicia», ED, 99-660, conf. cita de SAGÜÉS, op. cit., p. 201 y 216).

Y puesto que, como reiteradamente se señalara, el erróneo juicio de subsunción es inseparable de la lesión al principio de culpabilidad, la habilitación de instancia se robustece en función de la violación de los Art. 18 y 19 CN y de los artículos 15.1 PIDCP.; 9 CADH; 11.2 DUDH.

La coexistencia de principios constitucionales y preceptos convencionales directamente lesionados como consecuencia de la sentencia en crisis y la manifiesta arbitrariedad verificada permiten predicar la trascendencia del caso. Esta doble afectación ha sido reconocida en reciente jurisprudencia de la Corte (Expte. G. 458. XXXVI «*Recurso de hecho Georgitsis de Pirolo, Catalina c/ Amato Negri, María Palmira»,* rta. el 25 de marzo de 2003), reafirmando, una vez más, la procedencia de los agravios aquí presentados.

IV. 2. Situación procesal de C.V.A. y A.J.M.

IV. 2. 1. Violación de los Art. 15, 18 y 19 CN, 15.1 PIDC P; 9 CADH; 11,2 DUDH - Arbitrariedad normativa

No puede desconocerse que C.V.A. y A.J.M. confrontaron con C.R.E. frente al domicilio de este último, ni tampoco que ambos se encontraban frente al Club Salta cuando los hermanos se hicieron presentes buscando venganza.

Todos los testigos –sin excepción- (remito nuevamente al apartado **III. 3.**) se refieren al episodio como una pelea; Trentini puntualiza que se generó un tumulto; A. y Muro -que sindican con firmeza a Mancini como el autor del golpe- también hacen alusión al desorden generalizado; y lo propio hacen Molina y el mismo C.R.E.. C.R. llega a asumir que fueron C.R.E. y C.G.F. quienes gestaron la pelea; R.M.A. aclara que el golpe letal es aplicado ni bien iniciada la riña, que continúa desordenadamente hasta que se acercan otras personas.

El relato uniforme de los testigos tampoco da lugar a dudas en punto a que, este segundo tramo, se verifica en dos escenarios cercanos, pero independientes: por un lado C.V.A. y A.J.M., se enfrentan a golpes de puño con C.R.E.; en un contexto próximo, pero absolutamente independiente, a estar a los testimonios reunidos y a las placas fotográficas que plasmaron la reconstrucción del hecho, confrontan C.G.F. y Mancini.

La autonomía de ambos episodios es corroborada por C.R.E. cuando afirma que, tras forcejear con dos personas «…vio a su hermano que venía tambaleante…» (fs. 853vta.). Es evidente que, aunque no se haya determinado la distancia que separaba a uno y otro grupo, cada uno actuaba dentro de su propio escenario.

Mancini aplica el golpe mortal a la víctima y lo hace en circunstancias de hecho que tornan imposible toda intervención de C.V.A. y A.J.M., quienes, según se vio, se encontraban enfrentando a C.R.E., quien textualmente describe lo ocurrido como sigue: «Cayeron al suelo, empezaron a pelear, peleaba con ese chico, vino alguien más, porque eran dos los que lo tenían» (fs. 853vta.).

Ahora bien; ha quedado acreditado que C.R.E. no presenció el momento en que Mancini golpeó a su hermano porque, simultáneamente, combatía cuerpo a cuerpo con C.V.A. y A.J.M., conforme lo consignan expresamente Muro y R.M.A. en sus testimonios. El hecho de que ambos enfrentamientos transcurrieran en un mismo contexto temporal, descarta toda posibilidad -tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo- de intervención de C.V.A. y A.J.M.en la muerte de la víctima.

Esta conclusión es coherente con la génesis de la pelea. Recordemos que todo el episodio giró en base a un aparente conflicto entre C.R.E. y C.V.A.. Es lógico que, enfrentados en la vereda del Club Salta, ambos se trenzaran a golpes de puño; la intervención de A.J.M., por su parte, se asocia a este contexto de acción.

La actividad autónoma de Mancini, golpeando en la cabeza a C.G.F. con el bate de baseball supone -más allá de su significación jurídica- la puesta en marcha de un curso causal absolutamente diverso y ajeno a las capacidades de previsión y -lo más importante- de dominio del hecho, de C.V.A. y A.J.M..

Los testigos que presenciaron la agresión son categóricos en punto a que Mancini se encontraba enfrentado cara a cara con C.G.F., quien llegó incluso a exigirle que soltara el bate. Este extremo en particular es de por sí demostrativo de la autonomía de los escenarios trazados, y de que la actuación paralela de C.V.A. y A.J.M.no procuró ni coadyuvó al embate sorpresivo contra la víctima. Es más, ni C.V.A. ni A.J.M. tuvieron en su poder, en momento alguno, el elemento en cuestión.

La conclusión a la que arribara la sentencia en crisis no sólo presupone un grosero avasallamiento de principios básicos de nuestro sistema constitucional, sino un apartamiento temerario de las mismas pruebas de cargo que expresamente releva, en particular, del testimonio del hermano de la víctima.

El escenario en cuyo marco se profirió el golpe mortal, dista mucho de satisfacer las exigencias propias del homicidio convergente. Todos los testigos -sin excepción- reconocen sus limitaciones en orden a desentrañar plenamente cómo se desenvolvió la reyerta, no sólo por las condiciones del lugar, -concretamente la falta de luz natural y artificial-, sino, además, como consecuencia del desorden generalizado.

El resultado letal fue -y tomo aquí la expresión usada por la querella- el producto de una tragedia. El propio A.J.M. se refiere a lo ocurrido como un accidente. Recordemos que ninguno de los tres justiciables se encontraba armado y que quien blandió en primer término el bate de baseball fue el hermano de la víctima.

Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, sólo es posible afirmar que ambos justiciables causaron lesiones leves a C.R.E.. La solución cuestionada se inscribe así, según nos enseña FERRAJOLI, en el terrero de la insensatez: «*...no cabe culpabilidad sin imputabilidad ni sin imputación penal subjetiva o sin nexo causal entre acción imputada y resultado producido.*(...) *Las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógica y sensatamente prohibidas. En efecto, las prohibiciones penales son normas 'regulativas', en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese.*» (op. cit., p. 490 y 492).

«Pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, ***el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho****, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una* ***cosa causante****... Pero si bien la exclusión del caso fortuito (imputación por la mera causación) es un paso necesario para satisfacer el requisito del reconocimiento jurídico penal de la persona (y por ende el principio de culpabilidad y del estado de derecho) no es suficiente: la imputación no puede ser absolutamente* ***irracional****, es decir que requiere un momento más específico, para el cual proporciona fundamento expreso el art. 19 CN, mediante la reserva legal.*

A nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad –cuando menos- de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta...» ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, «Derecho Penal. Parte General», Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 132).

Si nos adentramos en el análisis de las figuras objeto de encuadre legal, veremos la falta absoluta de correspondencia con la plataforma fáctica tenida por válida en la sentencia.

En torno al homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, la doctrina explica que la mayor penalidad de la figura radica, básicamente, en *«las menores posibilidades de defensa de la victima ante la actividad de varios agentes»* y que la agravante supone que *«...dos o más personas, ...sea realizando actos materiales que constituyan (golpear todos ellos) o no (p. ej., alcanzar el arma) ejecución de violencia sobre la víctima, sea por medios de carácter moral (dirección, aliento)»* (CREUS, Carlos, «Derecho Penal, Parte especial», T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 24).

Si bien el autor participa de una concepción -a mi juicio- exageradamente amplia en materia de convergencia, no desconoce -como sí lo hace el voto de la mayoría- la necesidad de que se verifiquen aportes en la ejecución de violencia sobre la víctima.

GODOY LEMOS y ESTRELLA, afirman, con cita de CREUS y NÚÑEZ, que la calificante se excluye cuando el aporte es posterior a la ejecución, ya que en estos casos *«...por no intervenir en el hecho, no disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima, fundamento de la agravante.»* (GODOY LEMOS, Roberto, ESTRELLA, Oscar Alberto, «Código Penal. Parte Especial. De los Delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada», Ed. Hammurabi, Buenos Aires,1995, p. 88).

No olvidemos, por otra parte, que en el plano subjetivo debe existir un acuerdo de voluntades, específicamente reclamado por el tipo cuando especifica la necesidad de un **concurso premeditado.**

«La disposición contiene un elemento subjetivo: con el concurso premeditado de dos o más personas. No se trata, pues, de la mera concurrencia de voluntades que satisface la participación; aquí se requiere que los partícipes se hayan puesto de acuerdo previamente para matar.» (FONTÁN BALESTRA, Carlos, «Derecho Penal. Parte Especial», Décima Edición actualizada por LEDESMA, Guillermo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 46).

Va de suyo que este elemento subjetivo del tipo necesita ser legalmente acreditado y no aparecer, como en el caso, producto de la imaginación.

No existe prueba alguna que demuestre que la intención primigenia de Mancini, C.V.A. y A.J.M. fuera otra que la de trenzarse a golpes de puño con C.R.E.; no sólo la aparición en escena de C.G.F. fue sorpresiva, sino que también lo fue la conducta del autor del golpe letal, que actúa así al verse solo, enfrentado al nombrado.

Es más, tengo para mí que ya es absolutamente compleja la acreditación del dolo homicida por parte de Mancini, quien, opuesto a un contendiente que seguramente lo superaba en talla, reaccionó con el único elemento que tenía a mano, sin medir las consecuencias de su conducta. Tal comportamiento, que sólo puede encuadrar en las figuras de homicidio preterintencional o, a lo sumo, de homicidio simple a título de dolo eventual, excluye completamente la hipótesis de concierto previo.

Lo propio ocurre con la figura de homicidio *criminis causae.*

GODOY LEMOS y ESTRELLA puntualizan el carácter eminentemente subjetivo

de la figura. El autor deberá actuar -sostienen- *«expresamente motivado por la finalidad de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o procurar su impunidad o la de otro, o motivado por el despecho ante el fracaso de su intento criminal. No basta la concomitancia, la concurrencia material o accidental con el otro delito, aunque exista inmediatez entre ambos, pero no es necesario una preordenación al homicidio anticipada, deliberada y resuelta de antemano [Nuñez]»* (op. cit., p. 89).

FONTÁN BALESTRA por su parte precisa *«El Código ha adoptado el sistema de la conexión entendido como exigencia no solamente del concurso con otro delito, sino, además, del elemento subjetivo caracterizado por el propósito definido, específico, de matar para preparar, facilitar u ocultar otro delito o asegurar la impunidad, o matar por no haber logrado el fin que se propuso al intentar otro delito. En ambos casos, no es el homicidio el objetivo central de la acción, sino el otro delito, ya sea que su ejecución haya sido el medio elegido para llegar al fin perseguido con el otro hecho o que el autor lo haya considerado necesario o conveniente para otros determinados aspectos de ese hecho, o bien que la decisión surja como consecuencia de no haber obtenido el fin que se propuso al intentar el otro delito... el autor mata para lograr algo relacionado con el otro hecho delictuoso...»* (op. cit., p. 46/48).

Ahora bien, ¿cuál sería, en este caso, el otro delito? Según la sentencia, el robo del bate de baseball. Aceptando críticamente que el apoderamiento que hiciera Mancini del bate, durante el encuentro primigenio con C.R.E., pueda calificarse de robo, ¿cuál es la relación entre la muerte de C.G.F. y ese supuesto robo?

Increíblemente la sentencia afirma que Mancini hirió de muerte al occiso **para procurar la impunidad por el robo del bate de baseball.** Esto es, **utiliza el objeto contundente para agredir a su contrincante, en el medio de una gresca presenciada por numerosas personas**, para evadir el reproche penal en orden a la sustracción de ese mismo elemento.

Recordemos que la doctrina enseña que, en el caso de esta agravante, el objetivo central de la acción no es el homicidio, sino el otro delito. Por lo que debemos colegir que, según la sentencia, el objetivo central de los condenados era apoderarse de un pequeño bate de baseball, cuya existencia ignoraban previamente.

Es más, en tren de evidenciar nuevas contradicciones, debemos analizar el voto del Presidente del Tribunal en toda su extensión, para encontrar que, tras afirmar la conexión final propia del homicidio *criminis causae* -y puesto ahora a mensurar las penas a imponer- sostuvo, con la inexplicable firmeza de siempre, que constituía una circunstancia agravante el «instinto de perversidad brutal».

El instinto de perversidad brutal supone «*dar muerte sin causa, fuera de la sed brutal de sangre, cuando no media odio ni pasión, ni lucro y el hombre se dibuja como una fiera que actúa por odio al género humano»* ([S. C. Mendoza, 29/7/65 «Fiscal c/ B.L. p/ Homicidio s/ Casación», LS, 93-98, citado por Godoy Lemos-Estrella, cit., p. 102) y constituía una agravante presente en diversos antecedentes legislativos (Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo -1891-, Código Penal reformado -1903-, Proyectos de 1906, 1917, 1951 y 1953, Código Penal de 1921 y en las reformas de facto de 1963) suprimida en los Proyectos Coll, Gómez -1937-, Peco -1941-, Soler -1960-, Proyecto de 1979 y leyes 17567 y 21.338).

SOLER afirma sobre el tema: «*Tradicionalmente se decía que esta agravante procedía cuando el hecho era cometido obrando el homicida en forma totalmente carente de motivos, pues entonces el peligro de ser víctima de las agresiones de tal sujeto producen alarma en todos, ya que nadie puede razonablemente saberse a cubierto de tal riesgo. Acentuando ese sentido de la agravación, se destacaba*

en la doctrina italiana el hecho de que la ley se refiriese al «sólo» impulso de perversidad brutal, de manera que cuando existía algún motivo, por trivial que fuera, la agravación no procedía. Tales dificultades, junto con la irrealidad de la situación a la cual la ley se refiere, determinan el abandono de esa fórmula y su sustitución por previsiones de contenido mucho más real.» («Derecho Penal Argentino», Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, T. III, p. 38/39).

Las autocontradicciones del decisorio son insoslayables: ¿mataron a C.G.F. sin motivo alguno, poseídos por un instinto de perversidad brutal? ¿o lo hicieron por venganza? ¿o con el fin de lograr impunidad respecto a la sustracción del elemento deportivo?.

A todo lo dicho se agrega la circunstancia –indiscutible, tanto más si tenemos presente que es el mismo C.R.E quien la avala- de que C.V.A. y A.J.M. se encontraban impedidos –tanto física como psicológicamente- de contribuir a la conducta autónoma de Mancini, lo que descarta de plano cualquier idea de convergencia (inherente a la figura agravada por el concurso premeditado de dos o más personas) o de ultraintención (ínsita en el homicidio *criminis causae*).

De hecho, la historia de la codificación penal argentina ha dado muestras muy concretas de la incorrección jurídica que aquí se analiza.

De acuerdo con las previsiones de los art. 201 y siguientes del Código de la Provincia de Buenos Aires (1884) «*Cuando varios individuos entablen una riña de ambos lados, y pierda uno de ellos la vida, el juez observará en la aplicación de la pena las disposiciones siguientes. 202. Si fuere notorio quien ha sido el autor de la herida mortal, él solo será considerado como homicida. Si el muerto hubiese recibido de varios partícipes heridas mortales, no solo por su reunión sino por su naturaleza propia, serán castigados como homicidas todos los autores de estas heridas..».* (ZAFFARONI, Eugenio R., ARNEDO, Miguel A., «Digesto de codificación penal argentina», Ed. A-Z, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 323).

Esa estructura, que se repitió en el Código Penal de 1886 (art. 98, inc. 1°) fue suprimida en el Proyecto Piñero, Rivarola, Matienzo, básicamente por encontrar *«...injusto que ...según una mera presunción juris, sean reprimidos todos los que tomaren parte en la riña. Bastará presumir autores de la lesión o muerte a los que ejercieron violencias o estuvieron en contra del ofendido.»* (op. cit., T. II, p. 393).

Según se ve, el legislador excluía expresamente la atribución de responsabilidad en casos incluso más discutibles que el que nos ocupa. La supresión de las reglas de participación, antes que procurar una ampliación de la punibilidad, se enderezó a evitar presunciones legales que pudieran redundar en desmedro del principio de culpabilidad.

Retomemos ahora la construcción argumental que siguió la sentencia a la hora de dar encuadre jurídico al supuesto de hecho juzgado (v. apartado **III. 3.** y **IV. 2.**). Me interesa destacar, en lo que sigue, cómo la imputación de la figura de robo responde al mismo patrón.

Durante el primer encuentro, C.R.E. es quien, munido del bate de baseball, enfrenta al trío compuesto por C.V.A., A.J.M. y Mancini y es este último quien toma el bate, para luego retirarse del lugar.

Sin embargo, pese a que la sustracción del bate es puesta únicamente en cabeza de Mancini y a que la mayoría del Tribunal califica esta conducta como robo simple, nos encontramos que, en la práctica, el reproche se dirige igualmente a A.J.M. y a C.V.A., en calidad de coautores.

El encuadre es ciertamente original: tres individuos intervienen activamente -son **coautores**, según la sentencia- en una sustracción. Tal conducta sólo podría

relevarse en los términos del tipo agravado del Art. 167, inc. 2° CP. Sin embargo, en la visión del autor del voto de la mayoría, se califica como un robo simple, que se imputa **individualmente** (!) a cada uno de los autores.

Si algo viene a demostrar esta nueva anomalía es la coherencia del voto mayoritario, a la hora de asignar reproches de manera indiscriminada.

Todo parece indicar que, en opinión del sentenciante, la imputación jurídico penal se satisface sin necesidad de establecer previamente conductas causal o finalmente conexas con determinado resultado disvalioso. A su juicio, basta la mera presencia física del individuo para generar, *ipso facto*, la atribución de responsabilidad, siempre que, en su contexto, se verifique la afectación de algún bien jurídico.

En esta concepción, que suscribe sin hesitación los postulados de la denominada *versari in re illicita,* y que, insisto, está presente en toda la argumentación de la sentencia condenatoria, encontramos una prueba más de su inconstitucionalidad.

Demostrado que Mancini tomó el bate apremiado por la actividad previa de C.R.E., que lo esgrimía contra C.V.A., el análisis jurídico de su conducta no podía prescindir del estudio de la antijuridicidad de ese apoderamiento. Pero, independientemente de que ese filtro en concreto pudiera entenderse sorteado en la especie (la especulación responde, nuevamente, a la parquedad del fallo), no se encuentra sustrato material alguno capaz de ampliar la imputación hasta incluir a C.V.A. y a A.J.M., máxime cuando, insisto, el apoderamiento se atribuyó a título individual.

En cualquier caso, probado que mis asistidos no se apoderaron del bate de baseball, y descartada la autoría por división de funciones (en tanto se dejó de lado la figura agravada del Art. 167, inc. 2° CP) así como cualquier otra forma de participación, la imputación **paralela** del apoderamiento cometido por Mancini constituye, en el mejor de los casos, una aporía.

Más allá de lo expuesto, entiendo que, tal y como ocurrieron los hechos, la actividad de Mancini sólo pudo relevarse jurídicamente ya sea como hurto simple (art. 162 CP), pues es claro que los actos de violencia desplegados en este contexto fueron recíprocos -de hecho se vieron definitivamente condicionados por la actividad desarrollada por C.R.E.- y respondieron a un móvil absolutamente diverso de la voluntad de apoderamiento de objeto alguno; ya como injuria (art. 110 CP), en tanto está debidamente probado que, ni C.V.A. ni sus circunstanciales acompañantes, se acercaron a C.R.E. con fines de robo; por el contrario, como sabemos aquel lo encaró con el fin de pedirle explicaciones por los gestos dudosos de los que era objeto, momento en el cual es C.R.E. quien incorpora el elemento contundente a la escena y lo usa para agredir a su oponente; fue en este marco que se produjo la toma del bate, no como fin en sí mismo, sino como medio de defensa personal -y de terceros- que, a su vez, otorgó al tenedor la reafirmación simbólica de haber superado al contrincante). La misma sentencia lo reconoce cuando califica la incautación del bate de provocación.

Sea cual fuere la hipótesis que se estime ajustada a derecho, debe descartase de plano la autoría de C.V.A. y A.J.M., de manera que la imputación responde, nuevamente, a la adscripción a criterios extremos de responsabilidad objetiva.

Observo, V.E. que incluso desde las perspectivas teóricas más cercanas a esta forma de atribución de responsabilidad, se reconoce la impropiedad de la asignación indiscriminada de reproches. Apunta Ramón RAGUÉS i VALLÈS: *«Respecto a la cuestión concreta de la imputación de resultados, uno de los criterios con los que se opera durante bastantes siglos es la fórmula canónica del versari in re illicita, que imputa al sujeto como queridos todos aquellos resultados que*

deriven de una actuación inicial ilícita. La naturaleza normativa de este juicio es evidente, pues en él no importa lo más mínimo qué es lo que dicho sujeto realmente se haya representado o haya querido. Sin embargo, es también obvio que un criterio de imputación como éste resulta, desde la óptica actual, bastante primitivo y conduce, desde tal perspectiva, a resultados arbitrarios.» («El dolo y su prueba en el proceso penal», J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 279).

El mismo autor que -insisto- participa de criterios de atribución de responsabilidad que desdeñan, en gran medida, el contenido subjetivo del injusto –concretamente la concepción del dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo-, reconoce como presupuesto indispensable de cualquier concepción dogmática la *«legitimidad y aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales»*, parámetro que, por cierto, se hace extensivo a la judicatura (en este sentido ver MIR PUIG, Santiago, «Por una dogmática penal creadora», en «La sentencia penal», Madrid, 1992, p. 24. citado por el autor, nota 508, p. 193).

El punto de partida de cualquier construcción dogmática -y jurisdiccional- supone, entonces, que *«...el Derecho penal no puede perseguir determinados objetivos a toda costa, sino que, en el ejercicio de su función, debe respetar una serie de principios limitadores. En este sentido, una concepción del Derecho penal o un concreto desarrollo de ésta que transgreda tales principios debe ser considerada ilegítima y, por tanto, rechazada. Las exigencias de legitimidad vienen establecidas, básicamente, por lo que de forma tradicional se denomina límites del ius puniendi, de tal modo que el respeto a estos límites debe exigirse a todos los conceptos que en su tarea interpretativa elabore la dogmática. Los conceptos delineados de tal manera que con ellos se transgreda alguno de tales límites deben ser considerados ilegítimos.*(...)*Ya no la seguridad jurídica, sino la más mínima exigencia de racionalidad en el discurso jurídico, exigen que en el proceso de aplicación del Derecho las cosas se llamen por su nombre y que se explicite el auténtico fundamento de las decisiones que se puedan adoptar»* (RAGUÉS i VALLÈS, op. cit., p. 192 y 203).

Es evidente, V.E., que el voto de la mayoría no resiste el examen de legitimidad que propone la doctrina citada. También lo es que, amén de irrazonable, el reproche asignado se inscribe, decisivamente, en el terreno de la *versari in re illicita*.

Así las cosas, la avocación reclamada se impone necesariamente, pues, como he sostenido a lo largo de esta presentación, no se está cuestionando aquí, de manera preeminente, el ostensible yerro jurídico en que incurrió la mayoría del Tribunal, sino, antes bien, su notoria violación al principio de culpabilidad.

La adscripción a criterios de responsabilidad objetiva es, en el caso, el hecho disparador del erróneo juicio de subsunción, de manera que el principio constitucional vulnerado guarda una relación directa e inmediata con la sentencia que se cuestiona, más allá de que, paralelamente, resulte innegable la arbitrariedad normativa presente en el voto de la mayoría.

V. INTERPRETACIÓN DE LA GARANTÍA DE INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO - DECISIÓN CONTRARIA A LA VALIDEZ – DEBIDO PROCESO

Para el tratamiento de los agravios que aquí se analizan basta el mero cotejo de la estructura externa de la sentencia de mérito, reseñada en los apartados **III. 3.** (voto de la mayoría) y **III. 4.** (voto en disidencia).

Se ha visto que el voto de la mayoría se construyó con la transcripción del requerimiento de elevación a juicio y el relato de los testimonios reunidos, metodología que repitió, en cinco oportunidades, al referirse a la situación

individual de los justiciables.

Sin embargo, ninguno de los pasajes incursionó en el terreno de la valoración probatoria ni, ciertamente, en el análisis de la posición de fondo asumida no sólo por los justiciables y sus defensas técnicas sino, como se señaló en el apartado anterior, por los acusadores público y privado y, en los casos correspondientes, por el representante del Ministerio Pupilar.

Es principio indiscutible que el juzgador no está obligado a responder a todas y cada una de las argumentaciones de las partes. (Fallos 294:261 y 357; 297:362; 3012:970), pero es igualmente cierto que no puede prescindir del examen de las cuestiones propuestas y de apreciar los elementos probatorios susceptibles de incidir en una solución distinta del pleito (Fallos 298:214; 305:343; 306:344; 307:724, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, la ausencia de toda respuesta a las defensas materiales y técnicas así como al dictamen del representante del Ministerio Pupilar, se inscribe, decisivamente, en el terreno propio de la garantía constitucional del Art. 18 CN, generando así cuestión federal suficiente pues, como se verá, se ha verificado en el caso un claro supuesto de arbitrariedad por violación al principio de congruencia.

Clara muestra de lo que planteo es la conclusión asumida en torno a la defensa material ensayada por A.L.M. y ZOLOAGA; en sus versiones, incorporadas por lectura, lejos de prestar una confesión calificada, los justiciables han pregonado, inequívocamente, su falta de participación en los hechos investigados (ver apartado **III. 2. 1.**).

C.V.A. circunscribe adecuadamente su aporte y afirma una absoluta desvinculación con la suerte corrida por C.G.F. (ver apartado citado). Este extremo, en particular, es puntualmente avalado por el testimonio de R.M.A., reseñado en **III. 2. 2.**, quien intervino tratando de separar a C.V.A. y a C.R.E..

A.J.M., por su parte, puntualizó que, tras el primer encuentro, C.R.E. se trabó en lucha con C.V.A. y responsabilizó directa e inequívocamente a Mancini por la agresión letal a C.G.F., punto en el cual coincide con los dichos de los principales testigos (ver apartados **III. 2. 1**. y **III. 2. 2. «c»; «f» y «k»**).

Como dato a esta altura prácticamente anecdótico, también corresponde recordar que al ejercer su defensa material A.J.M. planteó textualmente «...*Reitera que el hecho fue un accidente, fruto de una pelea callejera en que cada uno intentaba defenderse, es decir, cada uno actuó en legítima defensa.»* (fs. 594/595), causa de justificación que en momento alguno fue -ni siquiera tangencialmente- abordada por quienes dictaron la sentencia.

Volviendo al punto central, es fácil advertir que, pese a que los cuatro justiciables alegaron invariablemente su inocencia, sus dichos, en la particular visión del voto de la mayoría, son confesiones calificadas.

Dada la importancia del tema, transcribo el pasaje completo de este peculiar razonamiento y la cita de autoridad que lo avalaría: «Que de lo precedentemente transcripto surge el reconocimiento de los imputados en cuanto a la existencia del hecho, su presencia en el lugar y tiempo en que acaeciera el mismo lo cual permite considerar a tal declaración como confesión, ya que al respecto Cafferata Nores destaca que «La confesión es el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial por el imputado acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra», el mismo autor señala que la confesión es calificada «si se le añaden circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal... o atenuada...» («La Prueba en el Proceso Penal», pág. 169). Como se ha visto los acusado han invocado diversas circunstancias tendientes a excluir y/o atenuar su responsabilidad penal.

Que por tanto en el caso de autos las declaraciones de los imputados revisten el carácter de confesiones calificadas.»

¿Puede sustentarse jurídicamente que las manifestaciones de A.L.M., ZOLOAGA, C.V.A. y A.J.M.constituyen, respecto del homicidio de C.G.F., una «confesión»? ¿Puede, un magistrado judicial, desconocer que quien alega que no le pegó a la víctima, ni acordó nada en tal sentido, o que quien dice que el resultado fue el producto de un accidente, está oponiendo una defensa material; que se está proclamando inocente, nada menos que de la muerte de otro ser humano?

Ciertamente la respuesta es negativa, pero, en todo caso, la necesidad de plantear esos interrogantes demuestra, de manera categórica, la inexplicable desconexión del voto de la mayoría con la plataforma fáctica recreada pues, insisto, no sólo se reputaron confesiones calificadas (!!!) claras alegaciones de inocencia, sino que se omitió, a un tiempo, todo tratamiento de las defensas materiales articuladas, así como de las defensas técnicas planteadas por los defensores, situación que, en el caso de A.L.M. y ZOLOAGA, adquiere mayor relevancia aún, pues en este caso el reclamo de inocencia estaba acompañado por los dictámenes de los acusadores requiriendo sus absoluciones.

El tratamiento de esta cuestión resulta consustancial con la vía escogida. Se trata de controvertir aquí la interpretación que la sentencia ha otorgado al precepto constitucional que proclama la inviolabilidad de la defensa. No cabe ninguna duda de que la interpretación en crisis conduce a tener por no escrito el principio acuñado en el Art. 18 de nuestra Carta Fundamental.

Consultando la obra de CAFFERATA NORES (4ª Edición, Capítulo VI, p. 157/163) se advierte la impertinencia de la cita. De hecho, el autor parte de una visión absolutamente opuesta a la que aquí se analiza, conforme la cual la confesión: *«carece del valor decisivo que antes se le atribuía. Frente a ella, el juez penal no queda hoy día dispensado del deber de proseguir la investigación, al punto de que puede aun apartarse de la confesión, declarándola insuficiente, falsa, etc. En suma, ésta no exime al magistrado del deber de investigar la verdad real.»* .

El párrafo citado en la sentencia, lejos de dar fundamento a la atribución de la calidad de confesión calificada a las manifestaciones de mis defendidos, conduce a la solución exactamente contraria. Según CAFFERATA NORES, habrá tal confesión cuando el justiciable, reconociendo libre y voluntariamente su participación en el hecho (que no es –ciertamente- lo mismo que el reconocimiento de encontrarse en el lugar en que éste ocurre), añade «*circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado)».*

En el presente caso solo podría hablarse de confesión calificada aludiendo exclusivamente a los dichos de C.V.A. y A.J.M. respecto de las lesiones leves que presentara C.R.E., pero en modo alguno puede extenderse tal calificación a sus dichos respecto del homicidio de C.G.F..

El error –que no es aparentemente semántico sino dogmático- se advierte sin mayor dificultad. La calificación de la confesión supone el previo reconocimiento de la participación en el hecho imputado. Sin embargo, en la inconstitucional interpretación de la mayoría del Tribunal de mérito, quien se manifiesta inocente de una imputación penal, pero reconoce haber estado en el lugar, en realidad está confesando su participación; la alegación de inocencia constituiría, en esta concepción, un «plus», que convertiría esa anómala confesión en calificada (!).

Sigamos la lógica del razonamiento: «Que cada uno de los acusados en la

presente causa ha confesado su presencia, en las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjera el hecho delictuoso, pero como se expresara más arriba han tratado de mejorar en unos casos y en otros de excluir por completo su responsabilidad penal en el evento. Pero en ese camino como se apreciará claramente a continuación han incurrido en serias contradicciones entre las versiones dadas por unos y otros.» (conf. fs. 876vta.)

Si bien volveré sobre las supuestas contradicciones de los justiciables, interesa aquí –puesto que se está cuestionando la inteligencia que se ha dado a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, en su manifestación material- destacar una vez más la interpretación realizada de la cláusula constitucional del Art. 18 CN, dada su íntima conexión con la sentencia finalmente impuesta.

Y es que, al desdeñar el valor inequívocamente defensivo de las alegaciones de los justiciables, se omitió, simultáneamente, todo tratamiento de esas defensas, en desmedro del deber de fundamentación inherente a todo pronunciamiento condenatorio.

Basta observar, a los efectos de acreditar la absoluta falta de análisis sobre el punto, el relato seguido a la hora de señalar las alegadas contradicciones entre los justiciables (876vta./8vta.).

Sin embargo, la sentencia no explica cómo y por qué las distintas versiones de mis defendidos eximen al Tribunal de efectuar el análisis de las defensas de fondo cuando, todos los imputados, se proclamaron inocentes de la muerte de C.G.F.. No aclara tampoco en qué pasaje de las versiones de los inculpados se introduce el reconocimiento de su participación delictiva, ni, mucho menos, su demostración.

Teniendo en cuenta que la posición liberatoria inequívocamente asumida por los encausados, -reconocida por el Dr. Roselló en su voto en disidencia-, fue lisa y llanamente ignorada en la sentencia de mérito y sustituida por una serie interminable de elucubraciones *in malam parte,* totalmente disociadas del plexo probatorio conformado durante el debate, resulta incuestionable que tal instrumento no puede entenderse derivación razonada del derecho vigente, con apego a las constancias de la causa. Por el contrario, el decisorio luce como la paradigmática muestra de un fallo que avasalla de manera flagrante la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, como consecuencia de una interpretación inconstitucional de sus alcances.

VI. VIOLACION AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - DEBIDO PROCESO - CONTRADICTORIO - INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO

Abordaré aquí una nueva violación a la garantía del debido proceso, que se desdobla, a su vez, en dos supuestos diferenciados; en ambos casos, la vulneración constitucional derivó en un palmario ejemplo de privación de justicia y en una nueva afectación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.

VI. 1. Sentencia *citra petitum*

Esta manifestación de incongruencia surge de la sola lectura de la sentencia de mérito.

En efecto. Aunque la mayoría respetó la intervención de las partes en el proceso, lo hizo de manera meramente formal. El repaso del voto respectivo demuestra que las consideraciones vertidas por las partes a lo largo del debate no fueron reseñadas, ni mucho menos controvertidas o refutadas.

Los pedidos absolutorios del querellante ni siquiera se mencionan, y los del Fiscal de Cámara, en una auténtica muestra de la consideración que se les brinda,

son colocados entre paréntesis, al final de una frase en la que se alude a las condenas pedidas, que, en su parte pertinente, textualmente reproduzco: «(Habiendo solicitado la absolución de A.L.M. y Zoloaga).» (ver fs. 894 vta.).

De hecho, sólo se analizó -lacónicamente por cierto- la alegación de la defensa del imputado Mancini postulando la aplicación del tipo de homicidio preterintencional, dejando a las demás partes sin ningún tipo de respuesta en torno a los múltiples reparos y alegaciones formuladas.

Desde esta perspectiva la sentencia que, a la luz de la manda constitucional del artículo 18 CN y del principio contradictorio, debería constituir una atinada ponderación de la totalidad de los elementos de juicio reunidos, conjugados con las posiciones asumidas por las partes, se tradujo en un monólogo absolutamente desentendido de la realidad material que estaba juzgando.

Forzoso es concluir, ante las circunstancias del presente caso que, al marginar del análisis todo contenido contradictorio, la sentencia resulta violatoria de la garantía del debido proceso en materia penal, concretamente, por violación al principio de congruencia.

La falta de todo tratamiento a las cuestiones planteadas nos enfrenta a una sentencia *citra petitum*, tanto más cuanto la posición de las partes en el proceso concuerda, si bien no tanto como la que asumiera el vocal que redactó el voto minoritario, con la plataforma fáctica relevada por los propios emisores del voto de la mayoría. Es evidente así que, ajustada al principio general conforme al cual sólo existe obligación de atender los argumentos serios de las partes, los cuestionamientos mantienen todo su rigor.

La violación constitucional vuelve a trasuntar una causal autónoma de arbitrariedad (en tanto la mayoría omitió todo tratamiento de la materia debatida) que ingresa así en uno de los supuestos de privación de justicia (en este sentido SAGÜÉS, op. cit., p. 220).

Reafirmando la arbitrariedad por incongruencia se ha expedido V.E. en Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 303:757, 874, 1148 y 1766; 306:178, 344 y 950; 307:530; 308:884 y 1217; 317:1155; 319:215, 692, 1377 y 1416; 320:1339; 2178 y 2198; 322:989; 323:1774; 324:1119, 1429 y 2133; entre mucho otros.

VI. 2. Sentencia *extra petitum*

Como anticipara, en una nueva violación de la garantía del debido proceso penal, mis asistidos han sido condenados como coautores de delitos respecto de los cuales no fueron acusados durante el juicio y en torno a los cuales no se les dio oportunidad procesal de oponer defensas materiales.

La situación adquiere matices peculiares en el caso de C.V.A. y A.J.M., quienes, pese a no haber sido intimados por ningún apoderamiento ilegítimo, resultaron condenados, además, como coautores de robo simple.

Observe V.E. este último contrasentido: la sentencia recepta parcialmente la intempestiva pretensión fiscal de que ambos sean condenados como coautores de robo en poblado y en banda, si bien concluye condenándolos como coautores de la figura de robo simple.

Bien vale señalar que el mismo Fiscal de juicio reconoce que no se dio cumplimiento a la previsión del Art. 375 del Código Procesal local (idéntica al Art. 381 CPPN y que, con los mismos alcances, faculta al Ministerio Público Fiscal a ampliar la acusación). En rigor, esa omisión resulta lógica en el contexto de esta violación en particular.

Como puede apreciarse, el legislador local –al igual que el nacional- sólo habilita la ampliación de la acusación en dos supuestos taxativamente enumerados: la apreciación de un hecho pasible de integrar una continuación del delito atribuido o la existencia de una circunstancia que califique ese mismo delito. El Fiscal de juicio no amplió su acusación, porque no se daba ninguno de los requisitos legales, es decir, no había forma de que un homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas en concurso real con lesiones leves admitiera la inclusión de un robo en poblado y en banda.

Pese a ello, y a que, insisto, la imputación en concreto no fue materia de intimación a los justiciables, en el requerimiento de elevación a juicio el acusador público defiende su posición afirmando que, en realidad, «la pieza acusatoria incorporada a plenario, da cuenta que Mancini despojó a la víctima del bate y juntamente con A.J.M. y C.V.A. se fueron hasta la esquina, es decir que los tres acusados fueron debidamente intimados en los términos del art. 271 [destaco aquí que el art. 271 del Código Procesal de Catamarca sienta los principios generales en materia de reconocimiento de personas] por ese despojo y se abstuvieron a declarar ante el Tribunal.» (v. fs. 836 del acta de debate obrante a fs. 809/849vta.).

Algunas observaciones sobre este punto.

El Fiscal afirma que Mancini tomó el bate de la víctima. Sin embargo, cuando alude a C.V.A. y A.J.M., sólo describe que se retiraron junto con aquel hacia la esquina, comportamiento que en modo alguno equivale a la exteriorización de una conducta activa compatible con un apoderamiento.

El mismo querellante no compartió esta imputación respecto de la cual señaló que, a su criterio y de conformidad con el Art. 391, última parte, del código de rito, no correspondía.

Como se observa, C.V.A. y A.J.M. nunca fueron intimados por apoderamiento ilícito; el auto de mérito, obrante a fs. 614/633vta. no hace alusión a tal figura ni lo hace el Fiscal de instrucción en su requerimiento de elevación a juicio (fs. 651/674).

Sin embargo, la sentencia no sólo condenó a mis dos defendidos por el delito de robo simple en calidad de coautores, sino que utilizó tal calificación para habilitar una nueva agravante para el homicidio, **que extendió a todos los justiciables**, en tanto lo calificó como *«criminis causa»*.

Ahora bien, la inclusión de una agravante sí es uno de los dos supuestos enumerados taxativamente en el Art. 375 del código de rito local, por lo cual, la falta de ampliación de la acusación por parte del Fiscal de Cámara, -quien, obviamente, no aplicó esta calificante en su acusación-, inhabilitaba de manera absoluta al tribunal para condenar a los justiciables por este ilícito. Este único elemento, si no hubiera tantos otros, obligaría a decretar la nulidad de la sentencia por una grave violación formal que incide directamente en la garantía del debido proceso legal y de la defensa en juicio.

Reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Reino de España me permite ilustrar acabadamente la afectación constitucional que aquí se presenta. Sostuvieron los Magistrados: *«3. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar, en no pocas ocasiones, que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. Ahora bien, por «cosa» en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate*

contradictorio recae «no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica» tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre. En la última Sentencia citada recordábamos cómo ya la STC 53/1987, de 7 de mayo, ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el principio acusatorio y el derecho de defensa al señalar que: «El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso» (STC 53/1987, FJ 2). Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2, y 36/1996,de 11 de marzo, FJ 4).» ... « No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STC 10/1988, FJ 2)...el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3). «A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: A la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995, son delitos o faltas «generalmente homogéneos» los que «constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse» (FJ 2). Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.» En opinión de estos Magistrados, la resolución del Amparo constitucional -misión que, en nuestro ordenamiento, compete a V.E.- demanda de un contralor muy circunstanciado a la hora de verificar posibles afectaciones al principio acusatorio que presupone determinar «...*la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos (ATC 36/1996, FJ 3): «es imprescindible ponderar las circunstancias concretas que concurran en cada caso, comprobando cuidadosamente cuáles han sido los términos en que se desarrolló el debate procesal» (ATC 11/1992, FJ 3).» En definitiva, concluíamos que: «Desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La «homogeneidad» entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil,*

extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate.» (Sentencia 4/2002, resuelta el 4 de enero de 2002, Recurso de amparo N° 4597/98).

Según la jurisprudencia en cita, lo relevante, más allá de eventuales correspondencias, es si «... *en las circunstancias concretas del caso, el demandante de amparo pudo contradecir, en lo que ahora interesa, la totalidad de los elementos que integran la valoración jurídica o tipificación de los hechos efectuados en la resolución judicial... Desde una óptica externa, que es la que corresponde a este Tribunal, ha de concluirse que, en este caso concreto, no todos los elementos que configuran la falta de coacciones por la que los demandantes de amparo fueron condenados* ***se deducen de los hechos por los que se formuló acusación y que después se declararon probados, por lo que no se respetó la necesaria correlación entre el debate procesal y los términos de la condena.***(...) *Ahora bien, si la ausencia de ánimo de lucro condujo al órgano judicial a entender que los hechos no podían ser calificados como apropiación indebida, ello no quiere decir que cupiese calificarlos como falta de coacciones sin la adición por el órgano judicial de instancia de una perspectiva jurídica respecto de la cual no existió ni pudo existir debate procesal, pues tal calificación no se deducía de los hechos por los que se acusaba y que pasaron, sin alteración sustancial, a considerarse probados.* (...) *Pues bien, por más que el concepto de violencia exigido por el precepto legal haya sido entendido jurisprudencialmente con progresiva amplitud, cuya adecuación ahora queda extramuros de nuestro enjuiciamiento, es lo cierto que la concurrencia de tal elemento estuvo ausente del debate procesal desarrollado ante el Juzgado de lo Penal, y que* ***sólo al apelar la Sentencia ante la Audiencia Procesal, cuando la vulneración del derecho ya se había producido, los demandantes de amparo tuvieron ocasión de rebatir la concurrencia de la violencia exigida por el tipo penal aplicado, provocando entonces el primer razonamiento judicial, el de la Audiencia Provincial, sobre la aptitud de uno de los hechos imputados.»*** (los resaltados me pertenecen).

Es innegable la identidad de los casos; también aquí las defensas sólo pudieron válidamente controvertir la ilegítima incorporación de la figura de homicidio *criminis causae*, al deducir los respectivos recursos de casación. La ultraintención inherente a esa figura escapó a todo contradictorio, a toda posibilidad de discusión dogmática y, lo más importante, a la capacidad de previsión que razonablemente podía exigirse a los letrados defensores.

Una vez más la sentencia en crisis resulta cuestionable desde perspectivas eminentemente constitucionales, así reconocidas en copiosa e invariable jurisprudencia de V.E. (Fallos 301:104; 302:315; 318:1342; 321:469; entre muchos otros).

VII. VIOLACION A LA GARANTÍA DE JUEZ IMPARCIAL (artículos 18 CN; 10, DUDH; 26 DADH; 8, 1 CADH; 14, 1 PIDCP)

El desarrollo anterior me habilita a afirmar que, quienes suscriben el voto de la mayoría, resolvieron la situación de mis asistidos desposeídos de la neutralidad que su cargo les impone.

En efecto, los magistrados parecen haber albergado la íntima convicción de que A.L.M. y ZOLOAGA merecían un grave castigo por pertenecer a la barrita de jóvenes que se enfrentó con los hermanos C.R.E. y C.G.F. y que, pese a haberse identificado al autor material del homicidio, C.V.A. y A.J.M. no podían responder únicamente por el delito de lesiones leves.

Sólo esa conclusión puede extraerse de la revisión de los conceptos utilizados para imponer penas severísimas a cuatro adolescentes, sin antecedentes penales

que, según los propios términos de la sentencia, o bien se limitaron a presenciar una gresca callejera o a intervenir en las postrimerías del enfrentamiento, intentando separar a los contendientes o ayudar a uno de ellos (ZOLOAGA y A.L.M.) o bien se trabaron en lucha con el hermano de la víctima, causándole lesiones leves (C.V.A. y A.J.M.).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha delimitado acabadamente cómo debe evaluarse la imparcialidad, en tanto requisito inherente al ejercicio de la judicatura, en jurisprudencia adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En «Piersack vs. Belgium». del 10/10/82, sostuvo: «*30. Mientras que la imparcialidad denota normalmente ausencia de prejuicio o predisposición, su existencia puede..., particularmente bajo el artículo 6, 1 de la Convención, ser probada de varias maneras. En este contexto se puede realizar una distinción entre un acercamiento subjetivo, que intenta comprobar la convicción personal de un juez dado en un caso dado, y una aproximación objetiva, consistente en determinar si el juez ofreció las garantías suficientes como para excluir cualquier duda legítima a este respecto».*

En el Informe 78/02 (caso 11335 «Guy Malary, Haití, 27/12/02), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatizó: «74. *La imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia. Con relación al alcance de la obligación de proveer de tribunales imparciales según el artículo 8(1) de la Convención Americana, la CIDH ha afirmado en ocasiones anteriores que la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice.[Ver: Informe Nº 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28. No publicado. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, caso Piersack v. Bélgica del 1° de octubre de 1982, serie A, n° 53, p. 14, par. 30. Asimismo, los «Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura» aprobados por el VII Congreso de las Naciones unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990, señalan que la imparcialidad se refiere, entre otros aspectos, a que no tenga opiniones preconcebidas ni compromisos o tome partido con alguna de las partes sobre el caso que se le somete. Es la actitud psicológica de probidad y rectitud para buscar la verdad procesal que se corresponda con la verdad material.] ...Asimismo, la Comisión Interamericana ha distinguido, al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos,... dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo... El aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un juez o de un tribunal en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. 76. Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.[Véase Caso Saint-Marie v. France Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 16 E.H.R.R. 116, párr. 50. y Corte Europea de Derechos Humanos, caso Piersack vs. Belgica (1982) 5 E.H.R.R. 169, párr. 30.] Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad.[En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea D.H., caso Hauschildt del 24 de mayo de 1989, serie A n° 154, p. 21, par. 48]...*

El Tribunal Constitucional español también se ha referido a la garantía analizada en la sentencia STC 162/1999, de 27 de septiembre de 1999. Sostuvo: «*La separación y alejamiento de las partes en litigio y sus intereses permite al*

Juez «situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia» (SSTC 54/1985, fundamento jurídico 6º, y 225/1988, fundamento jurídico 1º). Esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser «Juez y parte» ni «Juez de la propia causa», puede resumirse en dos reglas: ***según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte****; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra (Sentencias del T.E.D.H. de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros).*

Ninguna duda cabe de que en el proceso que concluyera en la condena de mis defendidos la mayoría del Tribunal, al integrar una agravante que no había sido legítimamente incorporada al proceso, al condenar a dos de los acusados por un hecho por el que no habían sido conminados y al ignorar los pedidos absolutorios respecto de A.L.M. y ZOLOAGA formulados tanto por el Sr. Fiscal de Cámara como por la querella, sin oponerles argumentación alguna, se despojó de toda imparcialidad para asumir vehementemente el rol de la parte acusadora.

Tal percepción se reafirma al recordar que aquello que para el voto de la mayoría constituye una *«feroz venganza»* es, para la querella, es decir, para la parte procesal directamente afectada por el hecho y presente en el proceso para proteger el interés resultante de la muerte de la víctima, una *«tragedia»*.

Otra muestra de la falta de neutralidad que destaco es la ya aludida utilización de una agravante, hace ya largo tiempo derogada y unánimemente descalificada por la doctrina (el *«impulso de perversidad brutal»*), para imponer a alguno de los jóvenes condenas notoriamente injustas.

En este sentido apunta NÚÑEZ: «*Carmignani consideró injuriosa para la naturaleza humana la idea de aumentar la imputabilidad política del delito por la falta de causa para delinquir. 'Como si los hombres –dice- no pudieran ser impulsados a delinquir por ninguna otra razón que no sea un instinto de ferocidad a la manera de tigres».* («Tratado de Derecho Penal», Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, T. III, Vol. I, p. 59).

En la misma línea el voto de la mayoría, por una parte, desconoce las defensas materiales de los justiciables, por la otra las tilda de confesiones calificadas y, como si esto fuera poco, las pondera como circunstancias agravantes en tanto dice que no demuestran arrepentimiento.

En su empeño vindicativo llega a relevar, en perjuicio de mis defendidos, «*su precocidad*», pese a que reconoce el status preferencial que adquiere la condición de niño en nuestro derecho, a la luz de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño; predica la «*gran peligrosidad*» y «*temibilidad*» (?) de mis asistidos, y, simultáneamente, reconoce que la víctima murió como consecuencia de un único golpe, proferido por Mancini.

A ello debe agregarse la deliberada omisión de todo elemento favorable a los encausados. No me refiero, en este caso, a los pedidos de absolución, sino a las constancias de los informes ambientales –notoriamente propicios para los cuatro imputados- a los que no dudó en descalificar a partir de la afirmación de que fueron familiares de mis asistidos quienes participaron en su confección, extremo que, en rigor, responde a una modalidad constante en la realización de ese tipo de estudios. A ello se agrega que también se omitió toda referencia al dictamen del representante del Ministerio Pupilar, que también resultaba favorable para los menores de edad involucrados. Esto último es particularmente grave en tanto se sometió a los tres adolescentes a sendos tratamientos tutelares cuyo resultado

positivo ni siquiera se mencionó. Es más, tampoco aclaró la sentencia los motivos por los cuales, atento la evolución favorable demostrada por los jóvenes, no utilizó el mecanismo de cesura expresamente previsto en el Art. 4° de la ley 22.278 con el fin de morigerar la reacción punitiva.

Señalo este ultimo punto exclusivamente a los efectos de demostrar -nuevamente- la animosidad que destila el voto de la mayoría, puesto que, tal y como lúcidamente lo consignara el voto de la minoría, todos los menores de edad son ajenos a los delitos por los que fueron condenados.

Aunque es un principio indiscutido que -salvo supuestos delictivos- los jueces no pueden ser cuestionados por las consideraciones vertidas en sus fallos (Fallos 274:415, Considerando 3°), *«...es obvio, asimismo, que en el ejercicio de su delicada función una de las virtudes del juez debe ser la prudencia, la circunspección, la mesura y la estimación respetuosa y comedida de todos los integrantes de la sociedad que de un modo u otro cumplen su misión dentro de un orden republicano»* (Considerando 4°).

VIII. VIOLACION A LA GARANTÍA DE REVISIÓN DE SENTENCIAS

Ya hemos visto que, de acuerdo con la plataforma fáctica fijada en la sentencia, C.V.A. y A.J.M. no intervinieron, en forma alguna, en el tramo fáctico en cuyo decurso Mancini asestó el golpe mortal a la víctima, toda vez que confrontaban, en paralelo, con C.R.E.. Y que A.L.M. y ZOLOAGA, por su parte, ni siquiera se encontraban en ese momento en el lugar de la contienda.

El contraste de esta reconstrucción de los hechos con las calificaciones legales adoptadas alertaba -incluso con una lectura superficial de la sentencia y, en particular, comparando el voto de la mayoría con el del Dr. Carlos Alberto Roselló y considerando los pedidos absolutorios efectuados por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el querellante- acerca de la patente irregularidad de las condenas impuestas.

Sin embargo, pese a la evidencia de los serios vicios de repercusión constitucional que aquejan al voto mayoritario, y a nulidades tan obvias como la incorporación *contra legem* de una agravante de la figura de homicidio, el *a quo* rechazó el recurso de casación escudándose en motivos formales propios de un sofista. Para ello afirmó, dogmáticamente, que con el pretexto de una errónea aplicación sustantiva, las defensas procuraban modificar la plataforma fáctica fijada por la sentencia. Ninguna explicación adicional se ofreció sobre el punto.

Va de suyo que, al realizar tal aseveración, acusó indirectamente al autor del voto minoritario del mismo pecado.

Los agravios, correctamente introducidos, fueron tergiversados sin fundamento, privando a los justiciables de la instancia de revisión de sentencias que instrumentos de jerarquía constitucional les garantizan.

Veamos cómo esa omisión repercutió en las situaciones procesales de mis asistidos: si el *a quo* tuvo por válida la reproducción de los sucesos establecida por la sentencia, cohonestó que ni A.L.M. ni ZOLOAGA tuvieron intervención en el episodio en el que tuvo lugar la muerte de la víctima y que C.V.A. y A.J.M. sólo causaron lesiones leves a C.R.E..

Siendo esto así, la imposición a los dos primeros de sendas condenas como coautores de los delitos de homicidio doblemente calificado debió, cuando menos, generar algún tipo de observación, si de preservar el principio lógico de no contradicción se trataba.

Si el *a quo* estudió la sentencia lo suficiente como para sostener que dicha pieza valoró los hechos probados ajustándose a legítimos criterios de sana crítica racional, debió dar respuesta a las defensas, quienes procuraban establecer la absoluta desconexión entre el acervo cargoso acumulado durante el debate y las figuras jurídicas escogidas para encuadrarlo.

Por ejemplo, puesta a resolver los recursos de casación interpuestos a favor de C.V.A. y A.J.M., la Corte local se encontraba obligada a sentar, en estricta observancia de la función casatoria, la recta aplicación de la ley sustantiva.

En el caso, a partir de la plataforma fáctica fijada en la sentencia, se cuestionaba, particularmente, que la mera intervención de los justiciables en la contienda, enfrentando a C.R.E., carecía de toda conexión causal o final con la muerte de C.G.F., y, toda vez que la mayoría reconoció que el autor material del golpe propinado a la víctima fue Mancini, el reclamo resultaba perfectamente ajustado al supuesto de casación específicamente citado.

Según se ve, la labor para la que estaban llamados los miembros de la Corte local, se identificaba con la resolución de agravios sustantivos, así introducidos por las defensas técnicas.

Eludiendo esta tarea y aferrándose a una concepción inconstitucional de la garantía de revisión de sentencias condenatorias (en tanto reniega de su condición de instancia jurisdiccional intermedia, predicando que el recurso de casación constituye una vía extraordinaria), el máximo órgano jurisdiccional local incumplió con su función específica, colaborando así a la cristalización de las violaciones de raigambre constitucional emergentes de la sentencia de mérito.

V.E. ha sentado, con impecable rigor técnico-jurídico, los alcances y función del instituto de la casación, de cara a la satisfacción de la garantía de revisión de sentencias condenatorias, cuando sostuvo: «*5°) Que en el remedio sometido al estudio del a quo, el apelante mencionó la calificación que correspondía darle al hecho, se remitió al voto de la minoría en el que se habían citado todas las normas y tratado con profundidad esas cuestiones, con el apoyo de la opinión de autores, sostuvo por qué su defendido no había obrado con alevosía sin modificar el plexo probatorio y que no había existido equívoco alguno acerca de la cuestión en debate, en tanto no había otras disposiciones en el Código Penal que plantearan una discusión semejante. Cabe concluir, por tanto, que la cámara ha incurrido en un excesivo rigor formal en el examen de su competencia asignada por la ley, al prescindir del sentido común y jurídico de las expresiones empleadas en el recurso, que le hubiese permitido advertir con simpleza que la parte reclamaba una distinta aplicación del derecho común al caso, porque consideraba errónea la de la sentencia impugnada (art. 456, inc. 1° del Código Procesal Penal). 6°) Que tal exceso ritual manifiesto ha conducido al a quo a negar el tratamiento de cuestiones propias de su competencia, lo cual determina la descalificación de lo resuelto por guardar relación directa e inmediata con las garantías constitucionales invocadas.*» (Conf. «Tabarez, Roberto Germán s/ delito de homicidio agravado por alevosía – causa N° 232-», Fallos 321:494).

En el voto de los Sres. Ministros Dr. Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi, se aprecia, además, la amplitud de criterio que ha fijado V.E. en orden a considerar los presupuestos de admisibilidad de la vía casatoria. Sobre el particular, advierten: «*8°) Que, a su vez, la estricta exigencia de una rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei,*

«La Casación Civil», trad. De S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, «Derecho y Razón», trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1995, págs. 54 y sgtes.). 9°) Que el celoso rigor en la custodia de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación importa, en el sub examine, la arbitraria renuncia de la misión que, según la interpretación válida de las normas supremas en juego, compete al tribunal a quo. Su excesivo apego a las formas resulta, en las condiciones que han sido expuestas, inadmisible. El pronunciamiento apelado debe, por tanto, ser revocado.»

Cabe observar que, de la mano de esas consideraciones, V.E. reconoció que, encontrándose en juego el derecho consagrado en los artículos 8. 2. «h» CADH y 14.5 PIDCP, «*...queda restringido el principio según el cual la determinación de los límites de la competencia de los tribunales de alzada, cuando conocen por vía de recursos concedidos para ante ellos, compromete sólo cuestiones de derecho procesal y es por ello materia ajena a la instancia extraordinaria de esta Corte.»* (Considerando 5° del voto citado). Desde esta perspectiva, es evidente que el agravio puntual se inscribe, decisivamente, en la materia constitucional regulada en la ley 48, dejando habilitada así la competencia de esa Corte.

Por lo demás, la posición asumida por el *a quo* importa la negación de la doctrina sentada a partir de Fallos 318:514, mantenida en «Tabarez» y, más recientemente, en el Expte. (C.S.J.N.) letra C. N° 1566. XXXVI RECURSO DE HECHO Caric Petrovic, Pedro; Fernández de Caric, María; Caric Fernández, Andrés Alejandro; Sargenti, Alejandro José y Durán Acevedo, Valeria Alicia c/ Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Angel», sentencia del 28/5/2002.

La avocación reclamada encuentra sustento, además, en la doctrina invariable de ese Tribunal conforme la cual: *«En la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales que le asigna el inc. 3° del Art. 14 de la ley 48, no se encuentra limitada la Corte por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar «una declaratoria sobre el punto disputado» (Art. 16 de la ley citada) según la interpretación que ella rectamente le otorga.*» (Fallos 307:1457, Considerando 2°, in fine).

La decisión del *a quo* supone un apartamiento infundado de los precedentes sentados por V.E. en la materia, extremo que ha sido expresamente reconocido como causal de arbitrariedad (Fallos 307:1094; 323:2322, entre muchos otros).

A ello se agrega que el recurso de casación fue rechazado a partir de la deformación de las legítimas pretensiones de las partes, por lo que la arbitrariedad que se le endilga a esa denegatoria deviene ostensible.

Es más, en este caso en particular, la nuda remisión automática a fundamentos aquejados de tan severos vicios, configura un supuesto autónomo de arbitrariedad de sentencias.

En tal sentido se expidió V.E. en la jurisprudencia sentada en el caso Hercovich de Perel, Ana s/ denuncia, sentencia del 24 de noviembre de 1992, cuando sostuvo:»*6°) Que esta Corte tiene dicho reiteradamente que, si bien en principio es bastante fundamento de las decisiones judiciales la remisión a lo resuelto en pronunciamientos anteriores (Fallos 278:135; 290:95; 302:1675; 304:1343, entre muchos otros), sin que esas remisiones importen de por sí la arbitrariedad de una sentencia (Fallos 278:271; 296:363), en el presente caso, la mera remisión a una providencia igualmente desprovista de fundamentos, y que por lo tanto no hace referencia a las cuestiones oportunamente propuestas por el apelante y conducentes a la solución del juicio, exterioriza una decisiva carencia de fundamentación que la*

descalifica como acto jurisdiccional válido por desconocer la garantía constitucional de la defensa en juicio (Fallos 276:132; 283:198; 307:821; 311:512, 2293).»

La evolución de la doctrina –coherente con la jurisprudencia de V.E.- ha superado, con creces, la vetusta concepción arraigada en el *a quo,* que cree que el recurso de casación debe considerarse un mecanismo excepcional y extraordinario.

La interpretación correcta se encuentra avalada por pronunciamientos emitidos, tanto por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (Informes 24/92, 17/93 [caso N° 11.086 también conocido como Caso Maqueda] e Informe N° 55/97 [caso Abella]), como por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Dictamen emitido el 20/7/2000, en el trámite de la Comunicación N° 701/96, presentada por Cesario Gómez Vázquez contra el Reino de España).

El debate en torno a las condiciones de admisibilidad del recurso de casación ya no consulta divisiones estáticas -e inextricables, por cierto, como V.E. apuntara en el fallo «Tabarez», ya citado- sino, antes bien, la satisfacción de la garantía convencional en la que se inserta institucionalmente.

«*...resulta necesario llevar a cabo el esfuerzo necesario para conseguir que la impugnación de la sentencia, en tanto derecho fundamental del imputado, no quede ligada con las ataduras de los viejos moldes, pues la reprobación de la sentencia debe ser lo más amplia posible y, por lo contrario, la sola mención de la palabra casación supone ya la idea de un remedio siempre limitado. Por ello, entiendo que hay que llevar la transformación de la casación más lejos de lo alcanzado hasta ahora; más precisamente: hay que lograr que su misión actual prioritaria sea el permitir la reprobación y eliminación de las sentencias condenatorias erróneas hasta los límites que el sistema procesal permita. Y en esto, las comodidades personales de los funcionarios o las dificultades para cumplir eficazmente con la protección de los derechos no pueden justificar un contra-argumento. ...¿En qué se ha convertido el recurso de casación en virtud de las solemnidades rituales exageradas impuestas a su admisibilidad? Para contestar, nada mejor que la reflexión, cargada de fina ironía, de RODRÍGUEZ: 'una suerte de mágico artilugio de fórmulas secretas y sólo conocidas por los iniciáticos que podrán, luego de largo trajinar, aprehender las reglas internas del recurso, no frecuentemente explicitadas por un laconismo que se ha hecho propio de los tribunales supremos, y tan siempre dependientes de la conformación del tribunal que decide, y que casi por normalidad tratan de escamotear -con nuevas y distintas reglas que condicionan su admisibilidad formal y que a modo de dilemas imprevistamente son impuestas- el acceso a una plena jurisdicción.»* (PASTOR, Daniel R., «La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal», Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 115/116 y 193).

Esta nueva violación a los derechos humanos de los justiciables, que ataca preceptos convencionales de reconocida jerarquía, reafirma la imperiosa necesidad de que V.E., en su carácter de supremo custodio de las garantías constitucionales, restablezca el imperio de la Ley Fundamental.

IX. VIOLACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Por su gravedad, no puedo dejar de señalar otra muestra de arbitrariedad intrínsecamente relacionada con la conculcación de los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento expresamente mencionado en el voto de la mayoría.

Si bien es cierto que la inocencia de mis asistidos en el homicidio de C.G.F. tornaría

innecesario este abordaje, de alcances notoriamente más restringidos, su mención procura evidenciar, una vez más, no sólo el ostensible tinte inquisitorial de la sentencia, sino además, el bagaje argumental utilizado, contrario a los criterios fijados por los órganos de protección de los Derechos Humanos.

Las pautas de mensuración de la pena han sido reseñadas en el apartado **III. 3.**, a cuyas constancias me remito.

Según se ve, en opinión del voto de la mayoría, la *«precocidad»* constituye una circunstancia de agravación -aparentemente objetiva- del injusto.

Veamos ahora cómo se concibe la «precocidad» en el sistema penal juvenil y en las premisas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al aludir al mencionado sistema, el experto Carlos URIARTE habla de *«principio de subsidiariedad de la privación de libertad»* y aclara que, *«Según este principio, la privación de libertad de niños adolescentes, como consecuencia de sus infracciones, debe ser dispuesta como medida de último recurso, ya sea impuesta como medida provisoria -cautelar- o definitiva. Este principio, en realidad, es una regla tradicional del derecho de menores (Código del Niño, art. 124; Reglas 13.1.17-1 b y c de Beijing; Reglas 1,2,17 de RIAD; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b)...»* («Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción. Un Programa Mínimo de Contención y Límites Jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las Penas de los Jóvenes)», UNICEF, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1999, p. 244/245).

Tanto el paradigma de la mínima intervención como el del interés superior del niño aparecen incluidos en el «Compendio de los estándares y normas en materia de prevención del crimen y justicia criminal de las Naciones Unidas», junto con las Reglas de Beijing, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de su Libertad, las Directrices de Riad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

Así, las Reglas de Beijing, textualmente consignan *«...Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible»* (17.»b»).

Por su parte, la Regla 5 refiere a dos de los más importantes paradigmas de la justicia juvenil: ***«... promover el bienestar del joven» (menor).*** *Este es el foco principal de aquellos sistemas legales en los que los menores criminales son tratados por cortes de familia o autoridades administrativas, pero el bienestar del menor también debería ser enfatizado en los sistemas legales que siguen el modelo de corte criminal, contribuyendo así a la evitación de sanciones meramente punitivas»* y el principio de proporcionalidad: *«Este principio es reconocido como un instrumento para controlar sanciones punitivas, mayormente expresadas en términos de justa retribución en relación con la gravedad de la ofensa. La respuesta a los jóvenes criminales debería estar basada en la consideración, no sólo de la gravedad de la ofensa sino también de las circunstancias personales. Las circunstancias individuales del criminal (por ejemplo: status social, situación familiar, el daño causado por el crimen, u otros factores que afectan a las circunstancias personales) deben influenciar la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo al tomar en cuenta el esfuerzo del criminal por indemnizar a la víctima o su voluntad de alcanzar una vida fructífera.)»*

En el comentario a las Reglas 6.1, 6.2, y 6.3, contenido en el Compendio citado, puede leerse: *«combinan algunos rasgos importantes de administración de justicia juvenil efectiva, justa y humana; la necesidad de permitir el ejercicio de poder*

discrecional en todos los niveles significativos del proceso de manera que aquellos que realizan determinaciones puedan tomar las acciones consideradas como las más apropiadas en cada caso individual, y la necesidad de proveer controles y balances a efectos de controlar cualquier abuso en el poder discrecional y para salvaguardar los derechos del menor criminal. La consideración y el profesionalismo son los instrumentos más aptos para controlar a la decisión amplia. De este modo, la capacitación profesional y el entrenamiento experto son enfatizados aquí como medios valiosos de asegurar el ejercicio juicioso del poder de decisión en temas de menores criminales (ver también reglas 1.6 y 2.2). La formulación de guías específicas en el ejercicio de la decisión y la provisión de sistemas de revisión, apelación y similares en orden a permitir el escrutinio de decisiones y consideraciones son enfatizadas en este contexto...»

Las previsiones del Art. 5, inc. 5° (CADH), en cuanto centra el objeto del sistema penal juvenil en el tratamiento del menor procesado, complementa los principios anteriores y establece un status analítico diferencial para los transgresores menores de edad. Idéntica solución adopta el Art. 10, inc. 3, PIDCP.

Especial atención merece la Opinión Consultiva N° 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28 de agosto de 2002, emitida a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que afirma: *«115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal: el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional. 116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia. (...) 118. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40. 119. Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la*

posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (infra 135 y 136): «siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a las niños a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales»(artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).»

La actitud francamente hostil hacia los sometidos a juicio que parece develarse del texto del voto de la mayoría, adquiere una gravedad mucho mayor a la luz de estos conceptos, en particular si tenemos en cuenta que los afectados por sanciones evidentemente desproporcionadas e injustas contaban, al momento del suceso, con 16, 17 o, a lo sumo, 18 años de edad.

En un hecho como el examinado en este proceso, utilizar el concepto de «precocidad» como elemento agravante de las penas o, como lo señalara «ut supra», omitir los dispositivos de la ley 22.278 para mejorar la situación de los adolescentes sometidos a juicio, importa, lisa y llanamente, apartarse de los paradigmas definidos por la Convención.

Si se tiene presente que los instrumentos internacionales citados ponen especial énfasis en la necesidad de tutelar los intereses de los niños sometidos a proceso criminal, se advierte, sin dificultad, **cómo la sentencia en crisis vuelve a colocar al Estado Argentino en riesgo de incurrir en responsabilidad, por incumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente**, extremo que –otra vez más- corrobora la trascendencia del presente caso y la exigencia de que sea V.E. quien restablezca las garantías constitucionales vulneradas.

X. ARBITRARIEDAD DEL PRONUNCIAMIENTO RECURRIDO – GRAVEDAD INSTITUCIONAL

No sorprende que, en las condiciones del caso, el *a quo* rechazara la concurrencia de cuestión federal suficiente. Pero no por previsible esa solución puede entenderse legítima, tanto más si reparamos en que los miembros de la Corte hicieron un aporte más que sustancial a la de por sí grave saga de violaciones constitucionales que signaron lo actuado.

De manera inexplicable, la Corte local aduce que las defensas de C.V.A., A.L.M. y ZOLOAGA no efectuaron reserva del caso federal *«de manera adecuada»*, pese a que, según se advierte en la presentación de fs. 74/78, la reserva fue oportunamente introducida por el Dr. Víctor García (ver Petitorio, apartado «d», de la presentación obrante en el Expediente Nro. 37/02 de la Corte de Justicia de Catamarca, Secretaría Penal, que corre por cuerda).

Más allá de que es probable que el *a quo* haya incurrido en un involuntario error material, la ausencia de todo tratamiento a los agravios introducidos en favor de los tres justiciables se traduce, en la práctica, en un claro supuesto de arbitrariedad.

Con las limitaciones ya señaladas, el Dr. García, en ejercicio de la defensa de A.L.M. y ZOLOAGA, se agravió expresamente de que se haya condenado a sus pupilos pese a las absoluciones solicitadas por el Sr. Fiscal de Cámara y por el querellante.

Es evidente entonces que, planteada una cuestión constitucional pura y

deducida oportunamente la correspondiente reserva, la única y lacónica respuesta brindada al recurso articulado a favor de A.J.M., no puede entenderse cumpliendo en la especie, el requisito de fundamentación inherente a todo pronunciamiento jurisdiccional, tanto más cuando, como se verá, esa respuesta es, asimismo, arbitraria.

Por lo demás, frente a violaciones constitucionales tan significativas como las denunciadas a lo largo de esta presentación, privar a los justiciables de la posibilidad de obtener un pronunciamiento del más alto Tribunal de garantías de la Nación, -que restaure sus derechos, gravemente vulnerados-, alegando deficiencias técnicas únicamente atribuibles a los letrados que intervinieron a lo largo del proceso, importa convalidar una visión formalista y vacía del sistema jurídico.

Si bien es cierto que las pautas ordenadoras del proceso tienden a la agilización de los expedientes, excluyendo pretensiones írritas, no pueden, en este caso puntual, obturar la instancia extraordinaria que se reclama, cuando, como se ha visto, ante la existencia de agravios constitucionales de toda índole, los justiciables, sancionados con las penalidades más severas que posee nuestro ordenamiento jurídico penal, no han recibido -hasta ahora- respuesta jurisdiccional a sus protestas de ninguna especie.

En este sentido apunta SAGÜÉS, con cita de BERTOLINO: «*...a) el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales o mecánicos, conforme a un ritualismo caprichoso; b) el proceso está destinado al establecimiento de la verdad jurídica objetiva; c) la conducción meramente formalística, mecánica o ritualista del proceso, oculta la obtención de la verdad jurídica objetiva; d) a la verdad jurídica objetiva se le debe dar primacía; e) los jueces no pueden renunciar, para obtener la verdad jurídica objetiva, a dar a los casos que juzgan su fundamentos de hecho, cuando ese fundamento sea relevante para la obtención de la verdad; f) la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de la justicia; g) el adecuado servicio de la justicia está garantizado por el art. 18 de la Cons. Nacional, y h) el ocultamiento de la verdad jurídica objetiva por excesos rituales o formales, importa la frustración en la aplicación del derecho.»* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, «Derecho procesal constitucional, Recurso extraordinario», Ed. Astrea, 4ª. Edición, Buenos Aires, 2002, Tomo 2, p. 196)

Parafraseando a V.E., el ciego, injustificado y estéril ritualismo formal que impregna la decisión en crisis resulta particularmente grave teniendo en cuenta, no sólo el mayor arraigo que esa doctrina reconoce en el ámbito del derecho penal, donde la averiguación de la verdad real constituye un fin en sí mismo, sino que C.V.A., A.J.M., A.L.M. y ZOLOAGA se han declarado inocentes a lo largo del proceso y que, como se ha visto, la única subsunción legal jurídicamente aceptable es la adoptada por el Dr. Carlos Alberto Roselló, en su razonado voto en minoría.

Vuelvo a insistir aquí en la materia federal involucrada en el caso. La avocación de V.E. se impone en tanto se ha acreditado cabalmente la relación directa e inmediata entre la sentencia dictada y los principios constitucionales violentados. Hemos visto que la arbitrariedad normativa es, en rigor, el colofón de violaciones constitucionales primarias, que involucran los principios de legalidad, culpabilidad, debido proceso, inviolabilidad de la defensa, inocencia y la garantía de juez imparcial.

Las características de la causa y, particularmente, la severidad de los vicios detectados coadyuvan a predicar la trascendencia del caso.

En tanto se ha cuestionado la interpretación dada por el *a quo* a los preceptos convencionales que receptan la garantía de recurrir la sentencia de mérito, resulta de aplicación al caso la Doctrina de Fallos 319:3148, citada en el apartado anterior. Sostuvo allí V.E. «*reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la*

responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (causa R. 165. XXXII., «Riopar S.R.L. c. Transportes Fluviales Argenrio S.A.», sentencia del 15 de octubre de 1996). Es, pues, el Estado Nacional el que ha de velar porque las normas internas no contradigan la norma del tratado internacional con jerarquía constitucional» (Causa «Monges, Analía M. C/ U.B.A. –resol. 2314/95-», rta. el 26 de diciembre de 1996, Considerando 18°)

De la decisión que V.E. adopte en el presente caso no sólo dependerá la restauración de las garantías constitucionales violentadas sino, además, la vigencia de precedentes inveterados de esa misma Corte que, al tiempo que proyectan la recta interpretación de la garantía de revisión de sentencias, demarcan el límite infranqueable, a partir del cual nuestro Estado puede quedar expuesto a responsabilidad internacional, por incumplimiento de los compromisos asumidos.

Finalmente no puedo dejar de señalar, valiéndome de la expresión usada por el letrado representante de la querella, que la muerte de un joven de 23 años, en las condiciones relatadas en este expediente es, efectivamente, una tragedia. Pero segar el futuro de cuatro adolescentes inocentes, en una reacción más propia de rituales vindicativos que de la actuación de los órganos jurisdiccionales de un Estado de Derecho, **lejos de cicatrizar el daño sufrido, generará un nuevo drama, tornando más irracional aún el desatinado episodio originario.**

XI. PETITORIO

(...)

19. A. Sentencia de la Corte Suprema

Por remisión a lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el máximo Tribunal dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Si bien se enfatizó en la falta de todo control por parte del superior Tribunal de justicia local, la Procuración se avocó al fondo de los agravios y, en sintonía con lo planteado por la defensa, concluyó que el voto de la mayoría había incurrido en los vicios constitucionales oportunamente denunciados por la Dra. Stella Maris Martínez.

Como consecuencia de ello, los miembros del Tribunal volvieron a dictar sentencia y en este marco absolvieron a los cuatro jóvenes de la imputación de homicidio, que se atribuyó únicamente a Manzini[8], a título de autor, y en los términos de la figura básica acuñada en el art. 79 CP.

19. B. Proyecciones

Si trasladamos el caso de autos al escueto esquema de trabajo habilitado por la Acordada N° 4/2007 veremos que ninguno de los planteos articulados en el recurso de queja podría haber sido introducido, no solo por la extensión prevista para el recurso (diez páginas) sino, fundamentalmente, por encontrarse expresamente vedada la incorporación de nuevos agravios (artículo 6 de la Acordada citada).

El mismo impedimento se traslada a la vista de la clara existencia de intereses contrapuestos, que llevó a la Dra. Stella Maris Martínez a excusarse

[8] Sobre el final de este trabajo se incluyen presentaciones aún no resueltas por la CSJN que incluyen este caso en el que la Procuración General de la Nación dictaminó a favor de la pretensión de la Defensa Oficial.

de asistir técnicamente al encausado Manzini, cuya defensa fuera asumida por el Dr. Eduardo Dromi.

El cúmulo de despropósitos que signaron la sentencia de mérito permite vislumbrar sin dificultades de ninguna índole la presencia de una auténtica sentencia arbitraria.

Más allá de remitir al contenido del recurso (en el que se pusieran de manifiesto todas y cada una de las vicisitudes acontecidas durante el debate y las múltiples inconsecuencias deslizadas en el voto de la mayoría) el caso es importante porque muestra la superlativa importancia que adquiere la instancia jurisdiccional intermedia a la hora de evitar que auténticas sentencias inconstitucionales confinen a detención perpetua a seres humanos ajenos a todo hecho criminal.

De hecho, la cuota de azar inherente a todo proceso penal quiso que el caso llegara a conocimiento de la Corte Suprema cuando comenzaba a modificarse su integración y los procesos penales volvían a integrar la agenda del Tribunal.

Durante los primeros años en los que la Dra. Stella Maris Martínez estuviera a cargo de la DOCSJN se registró otro proceso de características similares que, fruto de la inactividad en la producción jurisprudencial penal de la Corte, fue rechazado por extemporáneo[9].

En el caso, que fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los jueces del Tribunal de mérito condenaron a un hombre y a su hija como autor y partícipe necesaria, respectivamente, del homicidio del marido de la segunda, en orden al delito de homicidio calificado por el vínculo (el hecho de que el partícipe haya comunicado la agravante al autor, constituye casi una sutileza, a la vista del cúmulo de vicios de fundamentación que signaron esa sentencia).

Sin arma homicida y sin testigos presenciales, la condena se construyó a partir de una serie inarticulada de pretendidos indicios que, en rigor, no hicieron sino de vehículo de una saga inaceptable de prejuicios de género. Entre las manifestaciones más graves en este sentido se cuenta la idea de que la mujer no se había comportado como una «**doliente viuda**». En palabras del Tribunal: *...nos encontramos ante el típico caso de la* ***«viuda Alegre»****...»* , ello a la vista de que varios meses después del fallecimiento de su marido había acompañado a unas amigas a bordo de un rodado en el que rodearon la plaza del pueblo tocando bocina, celebrando la despedida de soltera de una de las mujeres del grupo. En la misma línea se aventuraron a afirmar que *«El fin de las anoréxicas nerviosas es* ***el suicidio a través de algo directo*** *o a través de una enfermedad aguda y fatal, o en gran cantidad de casos,* ***terminan con causas por homicidios o lesiones gravísimas a terceros.»***

La sentencia introdujo consideraciones de similar tenor que incluyeron la asociación del autor con el núcleo de la víctima por ser «...***la persona conocida de los perros*** *y familiarizada con la casa»* (esto a la vista de que el perro de la familia no habría ladrado en el curso del homicidio), o la mención al tipo y características de ropa interior de la condenada, o a los hábitos sexuales de ella y su pareja, por solo citar algunos de los despropósitos que terminarían por componer las condenas perpetuas impuestas.

El caso fue presentado ante la Corte de Justicia de Salta que rechazó los recursos aduciendo la existencia de cuestiones sustraídas a su competencia. Lo paradójico del caso es que, luego, al resolver la admisibilidad del recurso extraordinario

[9]Expte. CSJN, Letra «C», Nº 385, Libro XXXVIII, Caratulado ««Chaves, Marcos Gilberto y otra s/ homicidio calificado» de fecha 29 de abril de 2003.

federal articulado por la defensa, lo concedió, citando al efecto la doctrina de Fallos, 323:2418 y 321:494, es decir, aduciendo la necesidad de garantizar la revisión del fallo condenatorio.

Pese a que ya por entonces la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había afirmado la incompatibilidad del recurso extraordinario federal como vehículo para satisfacer la garantía de revisión del fallo condenatorio, la Corte Suprema rechazó el recurso articulado.

20) A. 379. XXXVII, «RECURSO DE HECHO deducido por Hugo D. Amoedo, Gustavo O. Ramírez, Jorge Rino Ruarte, José María Teruel y Héctor Daniel López en autos Alcaraz, Oscar Antonio s/ P.S.A. de Robo calificado –causa N° 30/2000» (sentencia del 2 de marzo de 2007, publicada en Fallos, 330:1016)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales (leyes 48 y 4055)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. 1. Consideraciones preliminares

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente como para cumplir con el recaudo de la misma índole. No obstante es preciso advertir que serán relevados sólo aquellos que se relacionen directamente con el presente planteo, por su naturaleza eminentemente técnica.

Es importante señalar, de cara al desarrollo que sigue, que el supuesto de hecho que diera lugar a la condena impuesta en esta sede, fue asimismo objeto de juzgamiento por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1.

El hecho histórico desmembrado -indebidamente, como se verá- en las justicias de excepción y local, consistió en el intento de robo de la sede del Banco Nación sita en la localidad de Laguna Larga.

Según se sostuvo en las sentencias dictadas en ambas jurisdicciones -bien que con algunas discrepancias, que serán objeto de análisis posterior-, los aquí justiciables, junto a otros consortes de causa, organizaron su plan de tal forma que parte del grupo neutralizaría a los efectivos de la Subcomisaría zonal, procurando la obtención de la llave de la caja fuerte de la sede del Banco Nación, sita a doscientos metros, aproximadamente, de la primera, mientras los restantes perpetraban el robo del banco.

Cabe observar que la presente causa se inició con la declaración testimonial de Raúl Ángel Javier Aranda, Oficial Ayudante de la policía local –Distrito Pilar- manifestando a la prevención que el día de los hechos había recibido un llamado anónimo en el que se lo anotició del copamiento de la Comisaría de Laguna Larga.

A raíz de ello, personal de la Comisaría se dirigió a las sedes de la Comisaría y del banco, logrando la aprehensión de RAMÍREZ, TERUEL, LÓPEZ, VILLADA, AMOEDO y RUARTE.

De hecho, el expediente tramitado ante la justicia federal, se conforma, en sus primeras doscientas dieciocho fojas, con fotocopias certificadas de las actuaciones labradas ante la justicia local.

Una vez que el titular del Juzgado Federal recibió esos antecedentes (v. fs. 219 del Expte. «Villada, Roberto Omar y otros p.ss.aa. infr. Arts. 142 inc. 1°, 142 bis 1° párr., 166, inc. 2°, 45 y 55 C.PP., registrado en instrucción ciomo Expte. N° 7-V-97, que corre por cuerda), dispuso dar inicio a actuaciones sumariales «*por el hecho caratulado a prima facie 'Encubrimiento, Privación Ilegítima de la Libertad, Robo Calificado, Tenencia y Portación de Armas, Municiones y Explosivos de Guerra', hecho ocurrido en esta localidad el día 05-05-97, del cual tomara participación el tribunal de marras en forma conjunta con el Juzgado de Instrucción, Menores y Faltas de la ciudad de Río Segundo, Secretaría a cargo del Dr. STRASORIER, hecho del que resultaran damnificados el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Laguna Larga y la Sub Comisaría local, juntamente con el personal de ambas instituciones; habiéndose procedido a la detención de los ciudadanos ROBERTO OMAR VILLADA, GUSTAVO OSVALDO RAMÍREZ, HUGO DANIEL AMOEDO, HECTOR DANIEL LOPEZ, OSCAR ANTONIO ALCARAZ, JOSE MARIA TERUEL y JORGE RINO RUARTE...*»

A fs. 226, íb. el Dr. Ricardo Bustos Fierro tuvo por promovida la acción penal (el requerimiento respectivo se encuentra agregado a fs. 221/224vta.), en tanto que a fs. 234/328 se agregaron nuevas fotocopias certificadas de la causa tramitada ante la justicia local, para, acto seguido, correr vista al Sr. Fiscal federal, a fin de que se manifestara sobre la competencia.

El Sr. Procurador Fiscal Federal N° 1, Dr. Carlos Alberto Torres, se expidió afirmando la conexidad entre los episodios acontecidos en sede de la Comisaría y los que tuvieran lugar en el Banco Nación. Sin embargo, y en la inteligencia de que «*...no surge al menos por el momento que la conexidad objetiva implique la construcción de 'un hecho' que obligaría a la unificación del proceso bajo la jurisdicción material de excepción»,* estimó que no correspondía formular pedido de inhibitoria, sin perjuicio «*...de lo que nuevos elementos puedan traer sobre el particular.»* (v. fs. 330, íd.).

El proceso seguido ante la justicia de excepción prosiguió así su trámite, arribándose a la sentencia -hoy firme- de condena, dictada el 1° de diciembre de 1998 (v. fs. 857/902 del Expte. letra «V», N° 46 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, que corre por cuerda).

En su reconstrucción histórica del episodio (v. fs. 738vta./740) los miembros del Tribunal Federal partieron de la premisa de que los justiciables tomaron la Subcomisaría de Laguna Larga, procediendo a sustraer la llave del tesoro del Banco de la Nación Argentina que llevaba consigo personal jerárquico de la institución, previamente reducido en el destacamento policial, con miras a concretar el robo de la entidad bancaria «... *para lo que, previamente, debían asegurarse la obtención de la llave de su tesoro; que el imputado Héctor Daniel López pudiera presentarse en el Banco simulando ser policía que haría ese día la custodia del mismo; y finalmente asegurarse que los policías privados de su libertad no pudieran prestar ningún tipo*

de asistencia a la entidad bancaria. Logrado este objetivo, uno de los inculpados llevó la llave del tesoro hasta la entidad bancaria, para lo cual utilizó el propio patrullero de la Sub-comisaría, a la par que otro de ellos que tampoco tenemos individualizado trasladó el Renault 18 hasta la puerta, estacionándolo frente a la puerta del banco. Por otra parte, el imputado Héctor Daniel López efectivamente se constituyó en el acceso del local bancario, presentándose vestido de policía, ante el empleado Omar Abel Foressi, ordenanza encargado de la apertura de su puerta de acceso, como quien ese día efectuaría la tarea de custodia. Una vez ingresado López y mientras Foressi realizaba sus tareas habituales, procedió a abrirle la puerta al imputado Roberto Omar Villada quien también estaba vestido con uniforme policial. Fue este último quien impuso del asalto que iba a realizarse al Gerente Eduardo Germán Gómez y al Contador Enrique Eliseo Varesco quienes fueron los dos primeros en arribar, para lo cual Villada exhibió un arma de fuego obligándolo al gerente a que se quedara sentado en su oficina. Inmediatamente después López le franquea el acceso al imputado Gustavo Osvaldo Ramírez, quien vestido de civil se aproxima al escritorio de Varesco y, mostrándole una pistola le ordena que se quedara quieto, que simulara trabajar y que se iba a efectuar el robo del banco. Posteriormente, y a medida que iban entrando los empleados Gabriel Fernando Dell Acqua, Norberto Miguel Ferreyra, Italo Ricardo Tilli, Eduardo José Machiavelli, Susana Raquel Quinteros y Gustavo Omar Buffoni, fueron obligándolos a adoptar igual actitud, anoticiándolos de que se produciría un asalto a la entidad bancaria. Lograda la reducción de todo el personal y una vez que recibieron la llave del tesoro, los imputados Ramírez y Villada obligaron, bajo las amenazas proferidas, al contador Varesco y al Tesorero Del Aqcua (sic) que activaran las claves que junto con el accionamiento de la llave permitía abrir el llamado tesoro de reserva en el cual guardaba el grueso del dinero que el Banco mantenía en sus arcas. Mientras esperaban que la puerta del mismo se abriera, pues posee un mecanismo de retardo de aproximadamente 15' para la apertura, el imputado Ramírez tras abrir la caja de metal que se encontraba dentro de la caja fuerte del tesoro en la que se guardaban los billetes de baja denominación, sustrajo de la misma la cantidad de dieciséis mil catorce pesos y dieciséis mil setecientos noventa y cuatro dólares estadounidenses, cantidades éstas que colocó en un bolsa de nylon color oscuro que sacó de entre sus ropas. Oídos disparos lejanos y ante la confirmación de los empleados bancarios de que se trataba de un tiroteo, el imputado Ramírez se dirige apresuradamente hacia la puerta del Banco llevando en sus manos la mencionada bolsa con el dinero, y precedido por el imputado López, traspone la puerta de la cortina metálica, momento en el cual se producen una gran cantidad de disparos efectuados por el personal policial, al tiempo que se proferían voces de alto, lo que motiva que ambos imputados se tiraran inmediatamente al piso dejando caer sus armas y la bolsa con el dinero que portaba Ramírez, la cual, a partir de ese momento desaparece sin que haya sido posible determinar en la audiencia de debate cual ha sido el destino final de la misma. Sí quedó acreditado con la certeza que nos es requerida en esta instancia, que el mismo no tuvo posibilidad material alguna de entregar el producido del robo a ningún supuesto cómplice».

Siguiendo este análisis, los sentenciantes condenaron a Gustavo Osvaldo RAMÍREZ y a Héctor Daniel LÓPEZ como coautores responsables de los delitos de robo calificado en grado de tentativa y de privación ilegítima de la libertad calificada (nueve hechos) y partícipes necesarios en el delito de privación ilegítima de la libertad calificada (once hechos), todo en concurso real, a las penas de nueve años y seis meses, y nueve años de prisión, respectivamente.

TERUEL, RUARTE y AMOEDO, por su parte, fueron condenados como coautores del delito de privación ilegítima de la libertad calificada (once hechos), y como partícipes necesarios de los delitos de robo calificado por el uso de armas en

grado de tentativa y privación ilegítima de la libertad calificada (nueve hechos), en concurso real, a sendas penas de diez años, nueve años y seis meses, y nueve años y seis meses de prisión.

En abono de este encuadre, sostuvieron «*la pretensión de los inculpados era el desarrollo de un plan delictivo cuyo objetivo único y específico, era el robo del dinero contenido en el tesoro del Banco Nación de Laguna Larga. Por consiguiente, la privación de la libertad que infringen tanto a los policías de la comisaría como a los empleados bancarios, carece por completo de propósitos extorsivos, pues lo que les aseguraba, era solamente la impunidad y la facilitación de la tarea delictiva. Estamos entonces ante otro tipo de dolo, caracterizado por la voluntad de los autores de restringir la libertad ambulatoria de sus víctimas, tanto produciendo su encerramiento como privándolos de la libertad de desplazarse de un lado a otro. Se trata, como acertadamente lo define Soler, de privar de libertad de movimientos (Derecho Penal Argentino, T. 4°, pag. 35). Eso es precisamente lo que los imputados necesitaban de sus víctimas, para poder concretar el robo pretendido. Ahora bien, tal propósito fue conseguido por los inculpados utilizando una forma específica de la violencia, cual es la amenaza con armas de fuego o anuncios de males graves e inminentes a sufrir por quienes fueron privados de su libertad. El encuadramiento penal que corresponde a la conducta de los imputados José María Teruel, Jorge Rino Ruarte, (Oscar Antonio Alcaraz) y Hugo Daniel Amoedo, al privar de su libertad a los empleados policiales Carlos Víctor Méndez, Héctor Ramón Sálas (sic), Juan Manuel Villalba, Juan Noel Crispín, Marcelo Brandán, Oscar Omar Plano, Miguel Guerrero y Jorge Eduardo Cravero, como así también de los tres civiles que redujeron, Héctor Julio Robbiano, Ubaldo Omar Sopranzi y Raúl Alberto Massuh, (once hechos) es el de coautores de privación ilegítima de la libertad calificada por haber cometido con violencia o amenazas, en los téminos del art. 142, inc. 1° del C.P. El mismo delito les es atribuible a los imputados Gustavo Osvaldo Ramírez, Héctor Daniel López y Roberto Omar Villada, por esos mismos hechos, en el carácter que partícipes necesarios (art. 45 C.P.). Por otra parte, a estos tres últimos imputados les cabe, en relación a la privación ilegítima de la libertad de los empleados del banco (...) (nueve hechos), las mismas consideraciones que en relación a los que estaban en la comisaría, por lo que su conducta debe también encuadrarse en la figura del art. 142, inc. 1° C.P. Igual calificación debe aplicarse, por estos hechos, a los inculpados Teruel, Ruarte, Alcaraz y Amoedo, pero como partícipes necesarios (art. 45 del C.P.), ello en razón, reitero, de la unidad de propósito delictivo que a todos los inculpados animaba*».

Las penas consignadas fueron mensuradas atendiendo a «*...la naturaleza y características del hecho que dio origen a esta causa».*

Al individualizar el reproche de cada uno de los justiciables, se asentó idéntica pauta de agravación, concretamente, «*...las características del hecho, en especial, las connotaciones fácticas en que se desarrolló el mismo y la especialmente activa participación que le cupo en ellos»* (caso de RAMÍREZ); *«...las condiciones fácticas especiales en que se desarrolló el hecho que se le atribuye»* (casos de RUARTE y LÓPEZ); y *«...las condiciones fácticas especiales que rodearon el hecho que se le atribuye»* (casos de AMOEDO y TERUEL).

III. 2. La sentencia condenatoria en la presente causa

Según reza la plataforma fáctica soberanamente fijada por los miembros de la Cámara en lo Criminal de 8ª. Nominación en su sentencia del 23 de agosto de 1999 *«... con fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y siete, aproximadamente a las seis horas diez minutos (06:10 hs.) de la mañana, los co-*

prevenidos OSCAR ANTONIO ALCARAZ, HUGO DANIEL AMOEDO, HECTOR DANIEL LOPEZ, GUSTAVO OSVALDO RAMIREZ, JORGE RINO RUARTE y JOSE MARIA TERUEL ...contando con la cooperación del prevenido OSCAR ATILIO AGUIRRE,...se hicieron presentes en el local de la Sub-comisaría de Distrito de Laguna Larga -Departamento Río Segundo, de esta provincia de Córdoba, sito en la calle Belgrano s/n° de esta localidad, ***quienes mediante la utilización de armas de fuego que esgrimían*** *procedieron a ingresar a la misma y, luego de haber reducido al personal de guardia de dicha dependencia, al señor Secretario de Hacienda del Gobierno Municipal, Sr. Osvaldo Soprenzi, al Inspector Municipal Julio Robiano y un empleado del Banco de la Nación Argentina -señor Julio Massuh, los condujeron hasta una de las dependencias internas y allí los dejaron encerrados con llave, previo a atarles sus pies y manos con alambres de fardo.»*

Tras relatar el apoderamiento del uniforme de un Sargento reducido previamente, así como de las armas reglamentarias que portaba el personal policial, y de un móvil, reseñaron la fuga de los «co-prevenidos» y su posterior aprehensión.

En el marco de la reconstrucción del episodio materia de debate, se dispuso la incorporación por lectura de las actas y sentencia dictadas ante la justicia federal (v. fs. 935.), transcribiendo asimismo distintos pasajes del pronunciamiento de mención.

Tras referirse a las defensas materiales de los justiciables, los sentenciantes reconstruyeron lo que dieron en llamar «plan de acción», siguiendo lineamientos sustancialmente idénticos a los relevados en la sentencia dictada en sede federal. Señalaban: «*corresponde en primer término tener presente que los imputados se fijaron un plan de acción a los fines de asaltar el Banco de la Nación Argentina Sucursal Laguna Larga, que dentro de este plan, quedaban comprendidas distintas actividades delictivas consistentes en: La receptación de vehículos de origen delictivo, proveerse de armas y municiones de guerra, simular la identidad de los automotores y tomar la sub-comisaría de la referida localidad a los fines de poder concretar sus propósitos consistentes en el asalto del Banco de la Nación Argentina. Esta consideración previa, adquiere relevancia para demostrar la convergencia intencional de los imputados en la comisión de los distintos hechos delictivos en los que tuvieron una participación activa por parte de los mismos. (...)»*(fs. 980/vta.).

Refiriéndose a los policías reducidos en el interior de la Comisaría, apuntaron: «estas fueron las víctimas de los desapoderamientos y las personas que fueron reducidas en el local policial, quienes además de manifestar el empleo de armas de fuego por parte de los asaltantes expusieron sobre la comunicación que estos tenían con las personas que estaban en el Banco de la Nación Argentina».

El Tribunal calificó el hecho antes descrito como constitutivo del delito de robo calificado reiterado -nueve hechos- en concurso real que reprochó a los imputados a título de coautoría (fs. 1001 vta).

En abono de ese encuadre señalaron que «*mediante el empleo de armas de fuego, desapoderaron, en forma ilegítima, al personal que redujeron en la Sub-comisaría de Laguna Larga, de las armas y uniformes policiales, como así también los desapoderaron del vehículo marca R-12 afectado como móvil a dicha repartición policial. No cabe duda que sabían de la independencia de los desapoderamientos porque sustrajeron las armas y los uniformes que portaban, es decir que tenían perfectamente individualizadas la tenencia de los objetos sustraídos, además, dichas conductas se consuman con el simple desapoderamiento toda vez que el ámbito de custodia de las mismas está referido a la portación de ellas, por lo que no adquiere trascendencia, para la calificación legal, de que varias de las armas sustraídas hayan quedado en los fondos de la Sub-comisaría. La convergencia intencional con respecto a este hecho por parte de los encartados ha quedado*

plenamente acreditada, no sólo, por la presencia activa de los mismos en el local policial, sino también, por el contacto que tenían los asaltantes que habían tomado la Sub-comisaría y los que estaban en el Banco de la Nación Argentina».

En el ámbito de la mensuración de la pena, los miembros de la Cámara relevaron «*...la reiteración delictiva y la forma de la comisión de los hechos que... demuestran una peligrosidad por la envergadura de los mismos»* (situación de AMOEDO); *la reiteración delictiva, la naturaleza y modo de comisión de los hechos imputados»* (situación de RUARTE y LÓPEZ; «*la reiteración delictiva, la forma y comisión de los hechos»* (caso de RAMÍREZ) y la «*naturaleza y forma de comisión de los hechos»* (situación de TERUEL) (conf. fs. 1006/vta. de los autos principales).

En virtud de ello condenaron a Hugo Daniel AMOEDO a la pena de siete años de prisión, a Héctor Daniel LÓPEZ a la pena de siete años de prisión, a Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, a la pena de seis años y seis meses de prisión, a José María TERUEL, a la pena de ocho años de prisión, con declaración de reincidencia y a RUARTE a la pena de siete años de prisión. En todos los casos se impusieron adicionales de ley y costas.

Puestos a analizar la nulidad propiciada durante el debate, concretamente en cuanto se opusiera que los justiciables habían sido ya condenados por el mismo supuesto de hecho ante la justicia de excepción, sostuvieron los sentenciantes: «*Adelanto desde ya una opinión contraria al planteo formulado por los defensores. Ello es así, toda vez que uno de los requisitos esenciales en que se fundamenta el principio del non bis in idem, es que «nadie puede ser juzgado por el mismo hecho más de una vez», es decir que los objetos procesales deben ser los mismos cosa que no sucede en autos ya que los encartados en esta oportunidad han sido juzgados por la receptación dolosa o culposa de los automóviles que emplearon para cometer los hechos delictivos; por la tenencia de armas y municiones de guerra, por la sustracción de las armas y de un automóvil al personal policial que se encontraba en la Sub-comisaría de Laguna Larga; por la resistencia utilizada inmediatamente después de cometerse los hechos al ser reprimidos por la autoridad policial y el desapoderamiento de un vehículo por parte de uno de los imputados cuando huía después de cometer los hechos que se investigan. Esto es demostrativo de que se trata de hechos diferentes por los que fueron juzgados por el Tribunal Oral Federal, lo que permite ya rechazar el planteo formulado por los defensores sin perjuicio de advertir de que se trata de hechos conexos supuestamente cometidos por las mismas personas y en su consecuencia estaríamos en lo previsto por el art. 47 inc. 2 del C.P.P. es decir frente a la conexión material cuya violación no importa transgredir la garantía constitucional mencionada precedentemente» (fs. 975vta./976vta).*

IV. TRAMITE RECURSIVO

IV. 1. Del Recurso de Casación

Con fecha 7 de septiembre de 1999 fue presentado un recurso de casación por TERUEL, AMOEDO y RUARTE. (fs. 1025/1027vta.) Lo propio hicieron LÓPEZ y RAMÍREZ (fs. 1028/1031). En todos los casos, los justiciables adhirieron a las líneas argumentales introducidas por los restantes imputados en autos (incluido Alcaraz).

Por disposición del Tribunal, a fs. 1050 se ordenó correr vista a los defensores de los justiciables.

A fs. 1060 el Dr. Barrionuevo ratificó la presentación de RAMÍREZ, en tanto que a fs. 1064/1074, el Dr. Cabrera Paulí, representante legal de José María TERUEL

y Jorge Rino RUARTE fundó las voluntades impugnativas de sus asistidos.

A fs. 1076/1078vta. y por auto interlocutorio N° 114 la Cámara Octava del Crimen manifestó que atento a «*los recursos de casación interpuestos a fs. 1025/1027vta. por los imputados José María TERUEL –Jorge Rino RUARTE, ratificado por el Sr. Asesor Letrado Dr. Raúl Cabrera Paulí a fs. 1064/1074; y de Hugo Daniel AMOEDO, cuya vista debidamente corrida –fs. 1055- no fuera contestada por su defensor el Dr. Marcelo Brito. Los interpuestos a fs. 1028/1031 por Héctor Daniel LÓPEZ cuyo defensor el Dr. Ricardo Moreno no constestara la vista debidamente notificada a fs. 1054; y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, ratificada por su defensor Dr. Eduardo Barrionuevo a fs. 1060 (...) contra la sentencia Número Veintisiete, de fecha 23 de agosto de 1999 (...). y considerando que los recursos interpuestos reúnen los requisitos de admisibilidad previstos por los Art. 455-474 del C.P.P. (...). resuelve conceder los recursos...*»

Con fecha 5 de mayo de 2000, por auto interlocutorio Nº 113 (fs. 1094/1108), el Tribunal Superior de Justicia resolvió «declarar formalmente inadmisibles los recursos de Casación deducidos por los imputados Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ (mantenido por su defensor particular Dr. Barrionuevo) y por el imputado Oscar Antonio Alcaraz (mantenido por su defensor particular Dr. Ignacio Martín Allende) (fs. 1108).

En esta oportunidad señaló que «*antes de entrar al estudio del escrito casatorio presentado conjuntamente por los imputados Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, corresponde hacer una aclaración, si bien no compareció el defensor del primero de los encartados, no obstante las reiteradas notificaciones para que lo haga, si lo hizo el Dr. Barrionuevo (en su carácter de representante de RAMÍREZ), manteniendo en un todo el escrito deducido con idénticos motivos y en conjunto por los dos imputados, el cual fue concedido por la Cámara de Sentencia (fs. 1076/1078vta.).*

Sin embargo, es curioso advertir que inmediatamente después de este señalamiento, el *a quo* manifiesta, en respuesta al agravio deducido por el Dr. Barrionuevo, en función de la falta de fundamentación de la sentencia, que «*el recurso intentado en este agravio resulta formalmente inadmisible toda vez que no respetan los requisitos legales de una debida fundamentación que permita a este tribunal el correcto examen de su pretensión».*

Idéntico criterio asume con el argumento deducido como errónea aplicación de la ley sustantiva.

Es decir que el *a quo* entiende sorteada la falta de sustento jurídico del recurso de LÓPEZ en virtud de la actuación del defensor de RAMÍREZ, cuya eficacia, sin embargo, descarta por motivos formales.

Finalmente, vale aclarar que el defensor del imputado Alcaraz planteó como motivo de casación la violación al principio del «*non bis in idem*». Este agravio fue rechazado por remisión a los argumentos expuestos por la Cámara sentenciante.

En la misma fecha, pero por Auto N° 114, el Tribunal Superior de Justicia resolvió «*declarar formalmente inadmisible el recurso de casación deducido por los imputados Hugo Daniel Amoedo, Jorge Rino Ruarte y José María Teruel, fundados por el Sr. Asesor Letrado del 19° Turno*» (fs. 1109/1123).

También en esta oportunidad hace una salvedad: «*Antes de entrar al estudio del escrito presentado por los imputados Ruarte, Teruel y Amoedo, fundamentado jurídicamente por el Asesor Letrado, corresponde hacer una aclaración, ella es que si bien los imputados solicitan se dé participación a sus representantes legales*

para que funden el escrito casatorio presentado en forma conjunta, cosa que así lo hizo el tribunal a quo a fs. 1051vta. y 1055, no compareciendo el defensor del imputado Hugo Daniel Amoedo, y luego éste Tribunal Superior reiteró la notificación a dicho letrado (fs. 1092), sin que éste se presente. Si lo hizo el Asesor Letrado (en su carácter de representante de los imputados Jorge Rino Ruarte y José María Teruel). Por ello y atento el efecto extensivo asignado por la ley (C.P.P. 452), corresponde se examine la procedencia formal del recurso de casación sostenido y fundado por el defensor oficial, pues de prosperar beneficiaría también al imputado Amoedo».

IV. 2. Del Recurso Extraordinario in pauperis

En el Expediente Letra «A», N° 30 del registro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba que corre por cuerda, Hugo D. AMOEDO, Jorge Rino RUARTE, José María TERUEL, Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo O. RAMÍREZ, presentaron, por sí, un escrito interponiendo recurso extraordinario federal (fs. 4/10vta.).

Por Secretaría, RAMÍREZ, AMOEDO y LÓPEZ ratificaron su voluntad de continuar siendo asistidos, respectivamente, por los Dres. Barrionuevo, Brito y Moreno (conf. fs. 12) razón por la cual el Sr. Presidente de la Sala Penal ordenó librar cédula de notificación a esos letrados a fin de hacerles conocer el contenido del escrito presentado por los imputados para su fundamentación jurídica (ver fs. 13).

Las cédulas de notificación se agregaron, diligenciadas, a fs. 14/16 y a fs. 17 se ordenó dar intervención al Sr. Asesor Letrado en lo Penal, Dr. Cabrera Paulí, quien presentó Recurso Extraordinario Federal en representación de TERUEL y RUARTE, que se agregó a fs. 19/25.

En esas condiciones, sin que ninguno de los tres abogados particulares cumpliera con la intimación cursada por el Tribunal y diera fundamentación legal al recurso, y luego de que se expidiera el Sr. Fiscal de Cámara de Acusación (fs. 27/31vta.), el Tribunal Superior declaró que los recursos extraordinarios deducidos eran formalmente inadmisibles (conf. Auto N° 195 del 14 de mayo de 2001, obrante a fs. 34/40vta.).

En el apartado I. 6, señalaba el *a quo*: «*Cabe señalar que los abogados particulares de los encartados Amoedo, López y Ramírez, fueron notificados de todos los pasos procesales. Aún cuando no sustentaron jurídicamente los agravios deducidos por cuenta de sus defendidos, quienes continuaron con dicho patrocinio por propia voluntad; la supuesta indefensión resultante de dicha circunstancia, carece de toda trascendencia, desde que la Sala se avocó al tratamiento de los recursos fundados por los Dres. Ignacio Martín Allende y Raúl Cabrera Paulí, que de prosperar favorecerían también a los mencionados, atento el efecto extensivo que la ley asigna a los recursos (art. 452 C.P.P.)».*

En torno a los agravios presentados, sostuvo el Tribunal Superior: *«Al analizar los agravios expresados en los criterios de interposición de los recurso extraordinarios -y, considerando los motivos para declarar la improcedencia formal de los recursos de casación-, se advierte claramente que éstos carecen de la autosuficiencia exigida por el artículo 15 de la ley 48, pues no rebaten ninguno de los argumentos desarrollados por la Sala. Dicho defecto concurre en razón que, al estructurar el agravio de arbitrariedad que adjudican a las resoluciones, no* ***critican en forma prolija, concreta y razonada*** *los fundamentos proporcionados por la Sala en relación a la inadmisibilidad de los reproches que dirigieran en contra de la sentencia del tribunal de mérito, además de soslayar los mismos. Para aceptar los escritos como debidamente fundados, los recurrentes debieron demostrar acabadamente, conforme la causal extraordinaria invocada, que los argumentos denegatorios desarrollados por la Sala, son producto de un excesivo rigor formal, único supuesto*

que permitiría la revisión pretendida, toda vez que quien denuncia la existencia de un «exceso de rigor formal', debe extremar los recaudos para demostrar la existencia de dicho vicio. Por otra parte, finca la arbitrariedad sorpresiva en que los fundamentos de la denegatoria reiteran los de la sentencia, cuestionando que no se ingresó al análisis del fondo de la cuestión, importa soslayar por completo las razones de improcedencia formal expuestas en la resolución atacada, sin que se haya procurado demostrar el gravamen que se invoca. Por último, lo referido a la supuesta vulneración de garantías constitucionales, al no haber expresado las razones que le asisten, formulan juicios meramente dogmáticos, que evidencian su disconformidad con la solución de la Sala y en consecuencia, ***no exponen un agravio federal bastante*** *en relación a sus fundamentos, los que permanecen incólumes debido a la falta de embate hábil. En consecuencia, corresponde declarar que los recursos extraordinarios deducidos en autos son formalmente inadmisibles».*

El 15 de mayo de 2001 la Sra. Presidenta del Tribunal intimó a Hugo Daniel AMOEDO a que, en el término de 72 hs. designara nuevo abogado de confianza, en virtud de que quien viniera asistiéndolo, Dr. Marceo Brito, había asumido el cargo de Fiscal General de la Provincia.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

V. 1. Crítica de la denegatoria

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable.

La resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba se torna nula en la medida en que sumó una nueva conculcación al derecho de defensa, y consecuente violación a la garantía del debido proceso en materia penal (consagrados en el Art. 18 CN), tal como lo denunciaran mis asistidos al presentar el recurso extraordinario y su queja. Cabe apuntar aquí que recobran toda su vigencia los agravios planteados en ocasión de deducir -de manera autónoma- la nulidad de lo actuado, en función de la alegada ausencia de la asistencia técnica.

A ello se adiciona la flagrante violación al principio «non bis in idem» receptado constitucionalmente en art. 8°, párrafo cuarto, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inc. 7, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, de la C.N.), cuyas implicancias serán abordadas en el apartado correspondiente.

Ambos agravios constitucionales, por su trascendencia institucional sólo son susceptibles de ser remediados en esta instancia.

El presente recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario se dirige a demostrar la vulneración de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, surgidas en el trámite impreso ante la Cámara Octava del Crimen -en lo que hace a la presentación de los recursos de Casación respectivos- y ante el Superior Tribunal de Justicia -en cuanto confirmó lo resuelto por la Cámara en la etapa casatoria y profundizó la violación en la instancia Extraordinaria-.

Al desconocer la grave vulneración al derecho de defensa y cohonestar la violación a la cosa juzgada y al principio de non bis in idem, principios cuestionados expresamente en la presentación realizada (observo V.E., que los justiciables adhirieron oportunamente al recurso de Alcaraz), el *a quo* agregó un eslabón más a esta cadena de quebrantamientos del debido proceso.

Ello por cuanto, no sólo desestimó los agravios, sino que pretendió subsanar

la falta de letrado y de asistencia técnica efectiva con la doctrina de la aplicación extensiva de los recursos y atribuir, en última instancia, a detenidos legos la responsabilidad estatal de asegurar el debido proceso.

Recuerde V.E. las palabras del Tribunal, cuya elocuencia no merece alterarse: «*Cabe señalar que los abogados particulares de los encartados Amoedo, López y Ramírez, fueron notificados de todos los pasos procesales. Aún cuando no sustentaron jurídicamente los agravios deducidos por cuenta de sus defendidos, quienes continuaron con dicho patrocinio por propia voluntad; la supuesta indefensión resultante de dicha circunstancia, carece de toda trascendencia, desde que la Sala se avocó al tratamiento de los recursos fundados por los Dres. Ignacio Martín Allende y Raúl Cabrera Paulí, que de prosperar favorecerían también a los mencionados, atento el efecto extensivo que la ley asigna a los recursos (art. 452 C.P.P.)».*

Debo descartar de plano ambos argumentos.

En primer término es el Tribunal, como órgano jurisdiccional, quien cuenta con el deber-facultad de imponer defensor técnico y como contracara de ello controlar, desde el punto de vista constitucional, el ejercicio de la defensa que se materializa.

El Tribunal Superior omitió ambos deberes, toda vez que ante la manifiesta indefensión de LÓPEZ, AMOEDO y RAMÍREZ debió proveer a la defensa efectiva nombrando, en cualquier caso, un letrado oficial.

Sin embargo, desvió el camino que se adecuaba a los preceptos constitucionales y lo hizo, aplicando criterios analógicos in malam partem.

Ello por cuanto la doctrina que prevé el efecto extensivo del recurso a imputados que se encuentran en la misma situación procesal -y que a pesar de ello, hubieran omitido realizar la presentación, o ella adoleciera de defectos formales que, en principio, la tornaran improcedente- tiene base en el principio de equidad que, naturalmente, opera en la práctica, a favor del sometido a proceso.

Así se ha expedido V.E.: *«El efecto extensivo del recurso deducido por uno de los condenados favoreció también a los demás, y aquel tiende a ponerlos en igual situación procesal, aunque su recurso extraordinario provincial hubiera sido declarado inadmisible por inobservancia de las condiciones exigidas para su interposición (doctrina de los art. 22 y 693 del Código de Procesamiento de Materia Penal; y legislación procesal provincial dominante); fórmula que protege por tanto el supuesto de reformatio in pejus como la extensión de los recursos, que representan una clara interpretación constitucional del art. 18 de la Carta Magna, y que resulta aplicable por tratarse de analogía in bonam partem».* (Voto del Dr. José Severo Caballero. «Lanci, Oscar Rafael y otros» Fallos 307:2036).

Con similar criterio se expidió V.E. en Fallos 316:1330, reafirmando su doctrina en el principio de equidad.

En esta inteligencia, nunca podría un Tribunal conculcar válidamente el derecho de defensa en juicio so pretexto de extender al imputado indefenso los recursos que hubiera presentado un asesor letrado extraño a su esfera jurídica. Antes bien todo lo contrario, toda vez que primero debió proteger la correcta asistencia letrada y, ante defectos o planteos insustanciales, aplicar el principio invocado.

La trascendencia del planteo deviene irrefutable, tanto más cuanto «*la defensa en juicio siempre es una cuestión federal trascendente a los fines del recurso extraordinario*» (MORELLO, Augusto; E.D., Tomo 165, p. 949-950). En tal sentido debe recordarse que el derecho penal de raigambre liberal consagra los derechos en forma individual y su inviolable ejercicio no queda suplido por el ejercicio de otro, más cuando las situaciones procesales no son las mismas, ni fue idéntica la defensa material que oportunamente ejercieron los aquí implicados.

V. 2. Nulidad de lo actuado. Violación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio

Conforme surge de la reseña del trámite recursivo que precedió a estas actuaciones, los recursos de casación presentados por derecho propio por LÓPEZ y AMOEDO no contaron con la sustentación jurídica de sus letrados particulares, a quienes se corriera vista a ese fin.

Idéntica situación se advierte respecto de RAMÍREZ durante la sustanciación de los recursos extraordinarios federales que éstos articularan por sí, una vez notificados del rechazo del recurso de casación oportunamente presentado.

La reseña del trámite impreso es suficientemente demostrativa de los vicios que confluyen a invalidar estas actuaciones, respecto de AMOEDO y LÓPEZ, a partir del diligenciamiento de las cédulas de notificación agregadas a fs. 1054/1055 vta. y respecto de los nombrados y de RAMÍREZ, luego del diligenciamiento de las cédulas agregadas a fs. 14/16 del Expte TSJ Letra «A» N° 30.

Analizando lo actuado desde el punto de vista estrictamente lógico-procesal, la respuesta jurisdiccional que coartó la instancia casatoria respecto de LÓPEZ y AMOEDO (y la extraordinaria en el caso de RAMÍREZ), tuvo lugar en ausencia de un recaudo indispensable a los fines de satisfacer la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio, en tanto los justiciables se encontraban en estado de indefensión.

Los vicios apuntados no sólo son violatorios del Art. 18 CN, sino también del art. 8, 2. «e» de la Convención Americana de Derechos humanos y 14, 3, «d» del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En las condiciones señaladas las resoluciones que rechazaron sucesivamente los recursos de casación y extraordinario importaron un inadmisible menoscabo a la garantía de la defensa en juicio de los encausados.

En efecto, esta postura es la que compatibiliza con la doctrina de la Corte elaborada en derredor de la garantía de la defensa en juicio según la cual «*...los tribunales deben evitar en la esfera penal situaciones de indefensión, como por ejemplo si el defensor no hizo uso de los medios impugnativos ni agotó las instancias a favor de su defendido*» (Fallos 310:1794), como así también que «*...los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recurso de ley,* ***siendo obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia técnica letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda»*** (L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 28/2/97, pág 3/6, Fallos 308:1386; 310: 492 y 1934, entre otros) (el resaltado me pertenece).

En este horizonte de ideas, y siguiendo la línea del fallo Nápoli del 5/3/96 citado por Nelson R. Pessoa en «La nulidad en el proceso penal», p. 71 y tratándose de un supuesto similar al que nos ocupa, V.E. estableció que: «*...esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que se señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio»* (Fallos 5:459; 192:152; 237.158; 255:91, entre otros).

Destaco que en el caso de autos no se ha cumplido con la exigencia constitucional de brindar a los justiciables el adecuado asesoramiento legal, toda

vez que el Tribunal Superior rechazó el recurso de casación y el extraordinario federal, sin satisfacer el reclamo de asistencia letrada.

Ello configura una nulidad de carácter absoluto dado que afecta la intervención, asistencia y representación de los imputados en el proceso, y por ende vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio, ocasionando a mis representados un perjuicio cierto e irreparable que no puede ser subsanado sino con el acogimiento de la sanción de nulidad propugnada, conforme lo preceptuado en las normas procesales de aplicación.

Por otra parte, se produce el evidente contrasentido de que V.E. -como Máximo Tribunal de protección de garantías de la república- otorga vista a esta defensa oficial para canalizar las pretensiones de quienes recurren a Vuestros Estrados, pretendiendo la aplicación de normas de que se trate, protegiendo el derecho fundamental a la asistencia jurídica efectiva en sede penal, mientras que un Tribunal inferior considera agotada esa instancia en virtud de una errónea interpretación de las circunstancias en que debe considerarse habilitado el trámite de la solicitud efectuada.

Así se expidió la Corte en el caso V.2.XXXVII, P.V.A. «Verdugo, Nelson s/ su solicitud» resuelta el 16/10/2001) al sostener: *«5°) Que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal, el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia le impone el deber de no circunscribir su intervención al examen del procedimiento seguido en la sustanciación de la apelación extraordinaria. En ese sentido ha dicho que cuando en el trámite ante la alzada ha mediado un menoscabo a la garantía constitucional de defensa en juicio del acusado -más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia de la Corte para conocer en el caso- que afecta la validez misma del proceso, esa circunstancia debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado (Fallos: 319:192)»*.

Los principios anteriores han sido reafirmados en la jurisprudencia sentada en el Expte. V N° 388/01 «Valor, Luis Alberto y otros s/ asociación ilícita, robo calificado por abuso de armas reiterado», resuelta el 23 de septiembre del corriente año, tanto desde la perspectiva de la indefensión del justiciable (v. Considerando 5° del voto de los Sres. Ministros, Dres. Belluscio, Moliné O'Connor, López y Vázquez) como del principio de defensa sustancial (v. Considerando 5° del voto concurrente de los Sres. Ministros Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano).

Los vicios señalados afectan de manera directa e inmediata, la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio de modo que, como lo reconociera V.E. en precedentes similares, corresponde declarar la nulidad de lo actuado a partir del trámite previo a la resolución que rechazara el recurso de casación.

V. 3. VIOLACION DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo precedente, corresponde analizar la vulneración del principio *ne bis in idem,* materializada en la sentencia de mérito y cohonestada hasta esta instancia.

Interesa destacar, particularmente, que los defectos de habilitación de instancia apuntados en el apartado anterior, impiden, entre otras cosas, establecer los alcances propios de las impugnaciones deducidas *in forma pauperis* por los justiciables.

Sin embargo y puesto que, como se señalara, mis asistidos adhirieron oportunamente al recurso deducido a favor de Alcaraz -en el que se cuestionó la vulneración constitucional que aquí se analiza-, entiendo que se encuentra habilitada la competencia extraordinaria de esa Corte para expedirse en torno a este agravio en particular.

El remedio federal que se reclama encuentra doble basamento constitucional. Tradicionalmente se extrajo del artículo 33 de la Constitución Nacional -como una de las garantías no enumeradas- (conf. Fallos 248:232; 298:736; 300: 1273; 302:210) en tanto que a partir de la reforma constitucional de 1994 a esa construcción dogmática y jurisprudencial se adunó la incorporación con rango constitucional de los tratados enumerados en el artículo 75 inc. 22 CN, por lo que adquirieron plena vigencia las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, número 7) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica -art. 8°, número 4) que incluyen la prohibición.

Asimismo, esta garantía se encuentra receptada en el derecho de otros países y en el contexto internacional. Copiosa doctrina y jurisprudencia refiere que la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que «(n)adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro», declaración que, con la desaparición de las penas corporales, se interpreta como un nuevo riesgo de privación de la libertad (Conf. Maier, Julio B; «Derecho Procesal Penal. Fundamentos», Ed. Del Puerto, 1996, 2ª Edición, p. 596). Consecuente con este principio la Suprema Corte de los Estados Unidos ha resuelto numerosos casos (Abney v. United States (431 U.S. 651), Green v. United States (355 U.S. 184 -1957); Benton v. Mariland (395 U.S. 784 -1969); United States v. Dixon (509 U.S. 688 -1993); Grady v. Corbin (495 U.S. 508 –1990) entre otros –extraídos de la Sentencia dictada en el Expte. CSJN Letra «V», N° 34, Libro XXXVI: «Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción).

Por su parte, V.E. reconoció que «'*el non bis in idem procesal encuentra su último fundamento en el principio de Estado de Derecho 'Rechtstaats-prinzip" (Manz-Dürig-Herzog-Schog, Grundgesetz, Kommertar, 1989, comentario al párrafo 103 III de la Ley Fundamental alemana, n° 124, pág. 49 y sgte.)*» (Sentencia dictada en el Expte. CSJN Letra «V», N° 34, Libro XXXVI: «Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción) por lo que su trascendencia deviene irrefutable a la luz de la jurisprudencia invariable de esa Corte.

En este sentido se ha dicho que «*la alegación de que una decisión judicial ha violado la garantía constitucional contra la doble persecución penal, habilita la instancia extraordinaria, pues ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho»* (Fallos: 314:377, cons. 4° y sus citas entre otros).

El concepto de «cosa juzgada» tiene su origen en el derecho civil en el que la garantía goza, en principio, de un ámbito más restringido definido para preservar la seguridad jurídica y la estabilidad de las sentencias judiciales. «'Alterar una cuestión determinada cuando el fallo está firme comporta un menoscabo, ante todo de la garantía de la cosa juzgada, pues la estabilidad de las sentencias judiciales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica' (CS octubre 29 –991m 'Ferrer c/Minetti y Cía S.A.' LL1992-B p37)» (en Colautti, Carlos E.; «Derechos Humanos», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 110).

En materia penal, se incrementa su ámbito de proyección a dos supuestos: a.- veda la aplicación de una nueva pena por un delito ya juzgado y b.- prohíbe que una persona sea sometida al riesgo de ser juzgada dos veces por el mismo hecho, al tiempo que prevé supuestos taxativos de revisión a favor del imputado (Conf. la doctrina mayoritaria) (art. 379 CP).

Ahora bien, a fin de trasladar analíticamente el principio receptado normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente, al caso concreto, los juristas han reclamado la

conjunción de tres identidades distintas, a saber eadem persona (identidad de la persona perseguida), eadem res (identidad del objeto de la persecución) y eadem causa petendi (identidad de la causa de la persecución - muy discutida en el ámbito de la persecusión penal).

El principio de la identidad personal representa una garantía individual, por lo que ampara sólo a la persona. En el caso que nos ocupa, y tal como quedó expuesto en oportunidad de relevar los antecedentes de la causa, tanto el Tribunal Oral Federal, cuanto la Cámara Octava del Crimen de la Provincia de Córdoba, sometieron a proceso y juzgamiento a José María TERUEL, Jorge Rino RUARTE, Hugo Daniel AMOEDO, Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, y a Héctor Daniel LÓPEZ – entre otros consortes de causa-, tal como fueron identificados al dar cumplimiento a los requisitos formales de esta presentación. Asimismo, la identidad subjetiva queda demostrada por los propios actos de la Cámara sentenciante, quien incorporó en sus actas la sentencia del Tribunal Federal, descontando este aspecto.

Empero, como se advirtió, la mera identidad personal no es suficiente. Para que la regla funcione y produzca su efecto impediente característico, la imputación tiene que ser idéntica, y ello ocurre cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona, tal como sucede en el presente caso. El tratamiento de la segunda de las compatibilidades exigidas será un tanto más engorroso aunque no por eso menos evidente.

Repasemos algunos antecedentes de la causa.

Ambas sentencias coinciden en términos generales en que mis asistidos, el día 5 de mayo de 1997, aproximadamente a las 6 AM, movidos por un plan común, coparon la Subcomisaría de Laguna Larga, con el fin de consumar el robo al Banco de la Nación Argentina de esa localidad. Para ello, privaron ilegítimamente de su libertad a los policías que se encontraban allí, así como al resto de las personas que ingresaron a la dependencia, con un doble propósito: procurar las llaves del tesoro y neutralizar cualquier intervención policial susceptible de impedir el hecho.

Así lo describe el Tribunal Federal: «*procedieron a copar la Subcomisaría de la Policía de la Provincia de Córdoba, ubicada en la localidad de Laguna Larga. En esa acción redujeron y privaron de su libertad a los policías (...) y a los empleados municipales Héctor Julio Robbiano y Ubaldo Omar Sopranzi y al empleado bancario Raúl Alberto Massuh, a quien además, le sustrajeron la llave del tesoro del Banco de la Nación Argentina, sucursal Laguna Larga. El hecho descripto tuvo como objetivo el inmediatamente posterior robo al banco mencionado para lo que, previamente, debían asegurarse la obtención de la llave de su tesoro; que el imputado Héctor Daniel López pudiera presentarse en el Banco simulando ser policía que haría ese día la custodia del mismo; y finalmente asegurarse que los policías privados de su libertad no pudieran prestar ningún tipo de asistencia a la entidad bancaria*».

Y así lo hace la Cámara Octava: «*se hicieron presentes en el local de la Subcomisaría (...) quienes mediante la utilización de armas de fuego que esgrimían procedieron a ingresar a la misma y, luego de haber reducido al personal de guardia de dicha dependencia, al señor Secretario (...), al Inspector Municipal (...) y un empleado del Banco de la Nación Argentina (...) los condujeron hasta una de las dependencias internas y allí los dejaron encerrados con llave, previo a atarles sus pies y manos con alambres de fardo. Hecho esto los co-prevenidos ilegítimamente proceden a desapoderar» a algunos policías de sus ropas y a todos de sus armas reglamentarias*»

La identidad objetiva entre ambas plataformas es fácilmente apreciable: las dos describen el mismo plan delictivo, acreditan la misma plataforma fáctica (aunque como se verá, difieren en sus interpretaciones), comulgan en la

equivalencia del sujeto pasivo, y, finalmente, son simétricas en cuanto a la determinación espacial y temporal.

De su contraste surge la diferencia determinada por el desapoderamiento de las armas reglamentarias de los policías y algunas de sus ropas. Ahora bien, ¿estaba la Cámara Octava habilitada para juzgar esta conducta?

Entiendo que no y su demostración constituye el eje de este planteo. Ello por cuanto lo acontecido en el local de la Subcomisaría de Laguna Larga ya había sido materia de acusación, prueba, defensa y sentencia ante la justicia de excepción. Ya se había graduado el desvalor de la conducta (principio de proporcionalidad), ya se había fijado la plataforma fáctica (cosa juzgada), así como la calificación que se le asignaría.

Si la jurisprudencia coincide en que los autores de un hecho pasado en autoridad de cosa juzgada no pueden ser sometidos a otro proceso, ni tan siquiera respecto de aquellas conductas que surjan como desprendimiento de estos hechos principales, cuánto menos podrían hacerlo cuando, como en el caso, las conductas se integran en un mismo suceso.

Ahora bien, de la descripción reseñada se advierte que ambas sentencias se avocan a juzgar los acontecimientos que ocurrieron en un mismo contexto histórico, a saber: mismo lugar, mismo día, misma hora.

Ambas sentencias identifican un mismo plan delictivo: tomar la comisaría, privar de la libertad a quienes allí se encontraban, retirar la llave del tesoro, asaltar el banco.

¿En qué difieren? A la hora de describir los sucesos que acaecieron en la comisaría, una acota su descripción a la privación ilegítima de la libertad y así lo juzga -justicia federal-, en tanto que la otra incluye el desapoderamiento de las armas a esos mismos policías -justicia provincial-.

Antes de abordar el examen que nos toca, corresponde definir cuándo concurre un hecho y cuando varios.

Ocioso es descartar, a estos fines, la posibilidad de atender exclusivamente a datos naturales, pues ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos ni es éste el criterio que nos impone la norma.

La doctrina acuerda que el concepto de unidad de hecho es valorativo y el criterio de este valor no puede ser otro que el que determina la norma, en tanto el derecho penal siempre es fragmentario.

Por eso hablamos de unidad de hecho y no unidad de acción: toda unidad típica supondrá unidad de hecho aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos (Conf. MIR PUIG, Santiago; «Derecho Penal. Parte General», Ed. PPU, p. 591).

Siempre que exista unidad de hecho debe concurrir un sólo tipo y un sólo delito. No deja de existir un sólo hecho por la circunstancia de que el tipo realizado describa varios actos, ello porque existe una conducta típica que enmarca al resto y que, en el caso, se concentra en la privación ilegítima de la libertad, que ya fue juzgada y condenada.

Conforme lo afirma ÁBALOS, «*cuando hablamos del objeto material del proceso, nos referimos al 'hecho principal'* (...)*. El primitivo hecho principal no se transforma en virtud de modalidades suyas ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho primitivo quede intacta...También hay que destacar aquellos delitos que a pesar de estar compuestos por un número de acciones independientes, constituyen un sólo tipo...En el caso de un delito continuado y permanente, la aparición posterior a la sentencia o al avocamiento judicial de otros hechos distintos, pero pertenecientes a la continuidad delictiva,*

tampoco autoriza a la multiplicación delictiva. En estos casos la sentencia judicial de condena o absolución tiene por efecto interrumpir la continuidad del delito... Podríamos sintetizar esta identidad objetiva o material sosteniendo que en tanto el Juez de la primera causa haya podido conocer el hecho en su totalidad, o hubiera tenido la posibilidad de conocerlo y agotar la investigación, no lo modifica con consecuencias derivadas del mismo o circunstancias que se agreguen, si permanece intacto el mismo hecho histórico o su idea básica». (ÁBALOS, Raúl W.; «Derecho Procesal Penal», tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 225).

Para analizar un tipo especial como la privación ilegítima de la libertad se requiere no sólo considerar sus aspectos objetivos (concretamente «*que la privación resulte verdaderamente un ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse la situación de hecho y de derecho que condicionan su existencia, o porque existiendo ellas el agente priva de la libertad de modo abusivo*» [Creus Carlos, «Derecho Penal, parte especial», Tomo I, 4ª. Edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 299]), y subjetivos (que el autor conozca y quiera este extremo), sino que deben considerarse las conductas concomitantes que le permitan al autor asegurar su ilícito.

En el caso puntual, es evidente que a los fines de la privación de la libertad resultaba indispensable el desapoderamiento de las armas que portaban los policías. De ahí que, en el caso, esta última conducta quede integrada a la primera.

Y es que, tanto la toma de las armas como la de las ropas conforman e integran la «reducción que se pretendió».

De esta forma, forzoso es concluir que el apoderamiento de las armas y la ropa y la privación de libertad concurrieron idealmente, y que, en consecuencia, no debió arribarse al desdoblamiento de competencias verificado en la especie ni, ciertamente, a la condena dictada en esta sede en torno a esas conductas.

Sostengo que si el artículo 54 del Código Penal dispone que «cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor», tal previsión legal abarca casos como el que nos ocupa, de concurso legal heterogéneo, porque se afectan en el desarrollo de una misma conducta diversos bienes jurídicos, descriptos en diferentes tipos penales, sin que por ello pueda dejarse de lado la unidad.

En mérito a ello, es necesario acordar un significado al concurso ideal de delitos, porque en caso contrario se llegaría a la abrogación por vía jurisprudencial de la norma. En efecto, el Art. 54 CP contempla las situaciones en las cuales **un hecho**, recae bajo más de una sanción penal; en cambio, el art. 55 del mismo plexo normativo se refiere a los casos de concurrencia de **varios hechos independientes**, por lo que no es aplicable al caso en examen.

WELZEL enseña que el concurso ideal se caracteriza por la circunstancia de concurrir simultáneamente diversos tipos en la valoración penal de un hecho, que sólo en su conjunto agotan el contenido de injusto de éste, en todo sentido. Señala asimismo, que para determinar la concurrencia de un concurso ideal, resulta decisivo que la acción penal del hecho de ejecución del tipo objetivo de los diversos delitos que la integran, sea idéntica, en su totalidad o parcialmente, es decir, que existiera coincidencia o interferencia en el tipo objetivo (Conf. WELZEL, Hans, «Derecho Penal Alemán», Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 317).

«El concurso ideal requiere siempre una *acción única*, lo que supone que haya una *identidad de acción*, es decir, que la acción debe *permanecer idéntica en su aspecto objetivo*, quedando claro que la mera coincidencia de finalidad u objetivo

no es suficiente, como sucede en todo caso en que sea menester decidir sobre la unidad de acción. No obstante, en modo alguno es necesario que la identidad objetiva de la acción sea total, pues también puede ser parcial. Las lesiones jurídicas que se operan en concurrencia ideal no tienen por qué provenir de tipos que cubran la misma conducta en su totalidad, bastando con la superposición parcial de la acción ejecutiva en el tipo objetivo de las leyes penales concurrentes.» (ZAFFARONI – ALAGIA - SLOKAR, «Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 830).

En su obra anterior, ZAFFARONI también establecía la posibilidad de identidad objetiva parcial, al señalar que la conducta abarca desde que comienza la ejecución y hasta que se agota el delito, lo que posibilita que haya cobertura con otro tipo en cualquiera de los momentos comprendidos en ese espacio de tiempo. (ZAFFARONI, E. R., «Tratado de Derecho Penal, Parte General», T. IV, EDIAR, Bs. As., 1982, p. 555/556).

Los distintos estadios procesales en que se trató sobre el mismo hecho no tienen incidencia en el resultado que se reclama, por cuanto no cabe admitir una persecución penal múltiple, amparándose en diferentes calificaciones asignables a un hecho que fue único, aunque con afectación a bienes jurídicos independientes.

Ello hubiese necesariamente conducido a aplicar las normas sobre concurso ideal heterogéneo (Art. 54 CP), si se hubiera dictado una sentencia que incluyese todas las circunstancias fácticas. La indebida división del hecho único lleva reconocer que la condena dictada en sede federal, se encuentra firme e incluye la conducta que, en sede provincial, se volvió a juzgar ilegítimamente.

Y es que, según ha sostenido invariablemente V.E., lo que cuenta a fin de establecer la posible vulneración del principio *ne bis in idem* es que se trate del mismo hecho (Fallos 314:377; 316:687, entre otros), sin importar si en el primer procedimiento se agotó la investigación posible de ese hecho. Por otra parte, este extremo no guarda relación alguna con la eventual persecución de comportamientos históricos diversos, pero pasibles de subsunción en el mismo tipo penal. (Expte. CSJN Letra «V», N° 34, Libro XXXVI: «Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción).

Si la doctrina es conteste en considerar que «*esta identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial*» (BELING, Ernst, «Derecho Procesal Penal, trad. del alemán por Miguel FENECH, Ed. Labor, Barcelona, 1943, p. 84) «y si la jurisprudencia reconoce que un acontecimiento ilícito queda impune si está afectado por la cosa juzgada, en virtud de «*que el fundamento material de la regla non bis in idem es que no es posible permitir al Estado, 'con todos los recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable*» (Fallos: 321:2826, considerando 17), y que su fundamento «*se apoya en el respeto al individuo que ya ha sufrido la persecución del Estado contra la reiteración del ejercicio de la pretensión punitiva*» (Fallos 298:736), cuanto más deberá reconocerse la vulneración constitucional en el presente caso en el que el dolo enmarca ambas conductas.

En este sentido se sostiene: «*lo que en definitiva pretende la ley argentina es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que la garantía es de quien sufre el poder penal del Estado. Es por ello, que el substractum*

de la garantía es fáctico y tiene carácter objetivo». (Del Voto del Dr. Tragant, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa 3281 s/c «Ricci, José Francisco s/ recurso de casación», 13/8/01).

Y, en el mismo orden: *«El objeto es idéntico cuando se refiere al mismo comportamiento, atribuido a la misma persona. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, es decir el nomen iuris empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al hecho como acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento o período determinado»* (Maier, Julio B. J., op. cit., p. 606)

Finalmente resta manifestar que «*una correcta interpretación de las reglas concursales tiende a preservar la vigencia del non bis in idem, en tanto ellas se dirigen a evitar que un mismo hecho, o ciertos aspectos de él, sean valorados acumulativamente*» (Disidencia del Sr. Ministro Dr. Enrique Santiago Petracchi). (Arla Pita, Tamara y otros s/ extradición. 31/10/02 L.L. (supl.) 28-11-02, N° 104.809).

Ahora bien, la ilegal división de un hecho único tuvo consecuencias prácticas violatorias, por sí mismas de principios constitucionales.

Así, identificamos las siguientes: a.- violación a la cosa juzgada por alteración de la plataforma fáctica probada e interpretada; b.- violación a las reglas de competencia y, c.- violación al principio de proporcionalidad de penas.

a. Violación a la cosa juzgada (verdad real, nullum crimen sine conducta)

Uno de los fines de la sentencia es, precisamente determinar la base fáctica sobre la que se asentarán sus conclusiones y las eventuales condenas. Recordemos con Clariá Olmedo que «*la fundamentación del fallo se integra por los siguientes elementos: a) el análisis crítico de las pruebas de autos para determinar la existencia del hecho y la participación del imputado; b) el hecho que el Tribunal deja fijado; c) el examen técnico-jurídico del caso para su enfoque en el derecho positivo vigente; d) las conclusiones de hecho y derecho a que el Tribunal arriba*» (CLARIÁ OLMEDO, Jorge, «Tratado de Derecho Procesal Penal», Ed. Marcos Lernes, p. 168).

Todo el sistema de enjuiciamiento (Art. 18 C.N.) debe estar configurado de un modo que permita averiguar la verdad real del hecho que se presume cometido y aplicar correctamente la ley sustantiva. La trascendencia que reviste la correcta determinación de «el hecho histórico criminoso» es tal que «s*i los hechos no son establecidos correctamente, la aplicación del Derecho Penal sustantivo será equivocada, y no podrá alcanzarse el valor justicia al que tienden las normas jurídicas... Las formas, actos, medios de prueba disciplinados por aquél, son los que permitirán determinar quién es el verdadero culpable de un hecho presuntamente criminoso –verdad real-, para que la ley sustantiva cumpla con el objetivo de justicia al que tienden todas las normas jurídicas*» «*Sólo será justa la sentencia condenatoria, si se ha verificado en el mundo de la realidad el hecho tipificado en la Ley Penal. Para ello el Juez debe descubrir la verdad de ese hecho, lo que una vez sucedido impone la condena o absolución. Cualquiera de las dos soluciones es producto de la verdad real encontrada, ya sea porque se alcance, ya sea porque no se logró el suficiente conocimiento que permita la afirmación del hecho criminoso investigado».* (Raúl Washington Abalos, op. cit., T. I, p. 248).

«*La expresión 'hecho' significa aquí, según los autores hecho humano o acción humana. De ello se deriva con toda claridad que si el 'hecho' es la conducta humana definida en la ley como delito, jamás podríamos aceptar que este 'hecho' no esté absolutamente comprobado, verificado, conocido en sus detalles, a punto tal*

que puede ser atrapado por la norma penal que contempla esa conducta. Se debe conocer la verdad real del hecho, para que se pueda hacer la aplicación correcta de la Ley Penal sustantiva, y efectiva la garantía de justicia que campea en la Constitución Nacional... Si el proceso es el único medio (nulla poena sine iudicio) de aplicar justamente la ley penal, no cabe duda que su finalidad inmediata o específica es el descubrimiento de la verdad, puesto que esta es la única base de la justicia, y que en consecuencia, debe tener existencia práctica para reprimir al verdadero culpable en la medida que corresponda y evitar la represión del inocente (no culpable). *Ambos resultados son dos caras de una misma medalla: La verdad*» (Vélez Mariconde, Alfredo, Estudios de Derecho Procesal Penal», t. II, p. 46 citado en Abalos, Raúl Washington, op. cit., T. I, p. 249).

Se colige entonces que la determinación de la verdad real, base sobre la cual se expedirá la sentencia, se halla íntimamente relacionada con el valor justicia. Ello por cuanto el Estado de derecho no podría soportar dos pronunciamientos que determinen, en forma contradictoria, la plataforma fáctica sobre la que se juzgará. Ya sabemos que no soporta dos procedimientos por una misma causa, pero más escandaloso es que puestos jueces diversos a conocer sobre un mismo devenir histórico, arriben a conclusiones diversas de trascendencia tal que sustenten la condena de un individuo.

Ni más ni menos es lo que aconteció en este caso.

Al determinar los hecho que serían materia de juicio el Tribunal Federal coligió que no podía afirmar que todos los allí imputados -AMOEDO, RAMÍREZ, LÓPEZ, TERUEL, RUARTE, Alcaraz y Villada- hayan participado de la toma de la comisaría. Fue precisamente por ese motivo que definió que LÓPEZ y Villada sólo habían ingresado a la sede del Banco de la Nación Argentina, en tanto que AMOEDO, TERUEL, RUARTE y Alcaraz sólo habían participado de la toma de la Comisaría y RAMÍREZ había cumplido funciones en ambas sedes, trasladándose de una a la otra, a fin de acercar la llave del tesoro obtenida en la primera de ellas.

En función de ello entendió que los tres primeros debían responder como autores de privación ilegítima de la libertad en concurso real con robo en grado de tentativa (hechos del Banco) y como partícipes de la privación ilegítima de la libertad respecto de los hechos de la comisaría. Todo en concurso real.

Sin embargo, la Cámara Octava del Crimen no advirtió obstáculo jurídico alguno al fijar los hechos de modo diverso.

Entendió que todos los allí imputados habían participado de la toma de la comisaría y, por lo tanto, ¡los definió como autores del robo de las amas de los policías y de alguna de sus prendas!.

Ahora bien, más allá de la arbitrariedad o razonabilidad de las enfrentadas conclusiones a las que arribaron ambos Tribunales, es evidente que una sola puede ser la verdad histórica, o estuvieron todos o se dividieron la tarea. Sabemos también que el ordenamiento jurídico -mediante el instituto de la cosa juzgada- establece prioridad hacia la primera determinación.

Entonces, se colige que sólo es válida la plataforma fáctica fijada por el Tribunal Federal.

Sin embargo, el reconocimiento de este aspecto determina conclusiones que devienen a todas luces ilegales, a saber: si aceptamos que LÓPEZ nunca estuvo en la Comisaría, y si conforme el plan delictivo -determinado en forma idéntica en ambas instancias-, los aquí imputados nunca se propusieron el robo de las armas y ropas del personal policial, y si a eso se aduna que la Cámara atribuye como concurso real esta conducta: llegamos a la conclusión de que LÓPEZ fue condenado

por una conducta que nunca cometió –nulla poena sine conducta- ya que nunca estuvo en el lugar, ni prestó conformidad para el hecho, que, conforme lo entendió el Tribunal deviene un hecho independiente pasible de concurso real.

Como se ve, la Justicia no podría tolerar el mantenimiento de una sentencia en estas condiciones.

De hecho, la estructura del código procesal penal -tanto en Córdoba como a nivel nacional- prohíbe expresamente una coyuntura como la que aquí se analiza.

Obsérvese en este sentido que el legislador provincial y el nacional prevén que procede la revisión de sentencias cuando «los hechos establecidos como fundamento de la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable». (Conf. Art. 479, inc. 1° del C.P.P.N. y 489 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba).

«*La inconciliabilidad a la que alude el inciso se presenta cuando las conclusiones de hecho establecidas en la sentencia impugnada contrastan ostensiblemente con ese mismo tipo de conclusiones fijadas en otra sentencia penal firme, absolutoria o condenatoria, con prescindencia del Tribunal que la haya dictado y de la circunstancia de que sea anterior o posterior al fallo en revisión*». (Palacio, Lino Enrique «Los recursos en el proceso penal», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 205).

Para concluir, debemos señalar que el carácter objetivo de la verdad histórica no significa que ella sólo refiera a elementos fácticos, sin tener en cuenta los aspectos normativos que también configuran la verdad en el procedimiento, sino, antes bien, que su búsqueda no es «subjetiva» en el sentido de que no depende de la voluntad de los sujetos que intervienen en el procedimiento.

b. Violación a las reglas de competencia

Tal como se viene señalando, tanto los jueces que intervinieron en la presente causa, como los que juzgaron a los justiciables en la justicia de excepción, relevaron un mismo episodio histórico que, más allá de su significación jurídica, reconocía -según se afirmara en ambas jurisdicciones- un mismo plan criminal.

Hemos visto también que el desdoblamiento de competencias se produjo pese al reconocimiento de la conexidad objetiva y subjetiva.

Pero, más allá de la contradicción que supone la afirmación de la conexidad y el simultáneo desmembramiento de competencias, lo cierto es que la bifurcación tuvo lugar a partir de un patrón ininteligible.

Obsérvese, en este sentido, que la justicia de excepción, supuestamente convocada a analizar los tramos fácticos ocurridos en el interior de la entidad bancaria, juzgó, además, las privaciones de libertad acontecidas en el ámbito de la Subcomisaría de Laguna Larga, no obstante que la competencia provincial abarcaba -también supuestamente- los hechos acontecidos en el interior de ese destacamento policial.

Pero, independientemente de que, en las condiciones del caso, es evidente que la jurisdicción debió ser asumida de manera exclusiva por la justicia federal, la vulneración concreta del principio que proscribe la doble desvaloración viene a demostrar cómo la violación de las reglas de competencia determina la nulidad de la sentencia dictada en esta sede.

Tal como quedó delimitada la competencia, cada jurisdicción territorial estaba sujeta a un límite insalvable, de forma tal que no podía -sin incurrir en violación al principio *ne bis in idem*- avanzar más allá de los sucesos acontecidos en su respectivo escenario.

Sin embargo, esta división funcional aparece ilegítimamente franqueada con la evidente invasión del ámbito de competencia reservado a la judicatura local, pues, como hemos visto, el Tribunal federal no sólo juzgó los tramos fácticos acontecidos en el interior del Banco Nación, sino, además, las privaciones de libertad ocurridas en el interior de la Subcomisaría, las que, a su vez, resultaban inescindibles del apoderamiento de las armas y los uniformes.

De ahí que, como se sostuviera, estas últimas conductas no pudieran relevarse autónomamente en la justicia provincial, por haber sido ya objeto de juzgamiento por parte de los jueces del Tribunal Federal.

La confusión generada llevó a que la justicia federal juzgara a los justiciables respecto de tramos puntuales acontecidos fuera de la entidad bancaria. La sentencia dictada, pasada en autoridad de cosa juzgada, ha puesto así punto final a las posibilidades de persecución de mis asistidos en cuanto refiere al apoderamiento imputado en sede provincial.

Cabe apuntar que, siguiendo el presupuesto teórico de la *eadem causa pretendi,* relacionado básicamente con la jurisdicción de los jueces, el ordenamiento jurídico podría eventualmente tolerar la persecución múltiple siempre –y sólo- cuando la primera persecución o una de ellas, *«...no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el «mismo hecho»), objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos. Se entiende que no se trata del caso en el cual el tribunal o el acusador, por error, no agotaron aquellos que pudieron agotar, según reglas jurídicas, sino del caso inverso, precisamente: una regla jurídica impide agotar el caso porque inhibe la sentencia de mérito o bien porque impide 'unificar procesalmente la pretensión punitiva'»* (MAIER, op. cit., p. 624).

Es evidente, sobre todo desde esta tercera perspectiva teórica, -en la que se dejan de lado, a los efectos del permiso ínsito en la *eadem causa pretendi,* situaciones de error, atribuibles a quienes llevan adelante el proceso-, que la doble desvaloración de un mismo acontecimiento histórico ha desdibujado -al punto de resultar virtualmente imposible distinguirlos- los límites dentro de los cuales pudieron válidamente desvalorarse autónomamente las conductas objeto de condena.

MAIER puntualiza que lo relevante, a fin de establecer la posible identidad de supuestos de hecho, no son los títulos delictivos en los cuales se puede subsumir el hecho imputado, sino que se trate del mismo suceso, más allá de cualquier adecuación típica. «...*la ley argentina pretende... proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, única interpretación compatible con un Estado de Derecho...*» («Derecho Procesal Penal Argentino», T 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 375).

De manera concordante se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso W. F. v. Austria (Application no. 3827/97, sentencia del 30 de agosto de 2002): «*25...*[en torno a la garantía que proscribe el doble juzgamiento] *La Corte se ha expedido como sigue: 'La Corte observa que el texto del Artículo 4 del Protocolo N° 7 no se refiere «a la misma ofensa» sino, antes bien, a juzgar y perseguir «nuevamente» por una ofensa respecto de la cual el presentante ha sido finalmente absuelto o condenado. Así, mientras es cierto que el mero hecho de que un sólo acto constituya más de una infracción no es contrario a este Artículo, la Corte no debe autolimitarse a establecer si el presentante fue juzgado o penado por ofensas nominalmente distintas, sobre la base de una conducta. La Corte,*

como la Corte Constitucional de Austria, nota que hay casos donde un acto, a primera vista, parece constituir más de una ofensa, sin embargo un examen más detenido muestra que sólo una ofensa debería ser perseguida porque abarca toda la ilicitud contenida en las otras (ver parágrafo 14 arriba [ídem §14 del presente]). Un ejemplo obvio sería un acto que constituye dos ofensas, una de las cuales contiene precisamente los mismos elementos que la otra más alguno adicional. Puede haber casos donde las ofensas apenas se solapan (o superponen). Sin embargo, allí donde diferentes ofensas nacidas de un solo acto son perseguidas consecutivamente, una después de la decisión final recaída en la otra, la Corte debe examinar si tales ofensas contienen o no los mismos elementos esenciales'.

En este orden V.E. ha reconocido la vulneración constitucional cuando es el Estado el que origina errores (D'ALBORA, Francisco J., «Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.», Ed. Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 31. El autor remite a Revista Jurídica Doctrina Judicial, 1999-2, p. 887, f. 14.384).

Así, en el caso «Polak, Federico G.», del 15 de octubre de 1998 V.E. analizó, en primer lugar, la actuación del Ministerio Público Fiscal en la causa, y, tras concluir que fue merced a *«...a la contradictoria conducta asumida por el agente fiscal durante el pleito y a la concepción restrictiva de las garantías constitucionales expuesta por el a quo* (v. Considerando 14.), que se arribó a la nulificación de lo actuado, concluyó «*17. Que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleva a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable (confr. citas en Fallos: 310:2845, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué). 18...Que ese mismo alcance ha asignado a la cláusula en examen la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en distintos precedentes... de modo que también se ha incluido en el fundamento de la cláusula que* ***el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso*** *(«Oregon v. Kennedy, 456 U:S: 667, 1982)»* (el destacado me pertenece).

c. Violación al principio de proporcionalidad de penas

Cabe apuntar, para finalizar, una última manifestación de vulneración del principio que proscribe el doble juzgamiento.

Recordemos que, en tanto los jueces provinciales relevaron, a los efectos de la mensuración de la pena, la «*forma y comisión de los hechos*» su «*naturaleza y modo*» y la «*reiteración delictiva*», los miembros del Tribunal Federal desvaloraron «*las características del hecho, en especial, las connotaciones fácticas en que se desarrolló el mismo y la especialmente activa participación que le cupo en ellos», «...las condiciones fácticas especiales en que se desarrolló el hecho que se le atribuye»* y *«...las condiciones fácticas especiales que rodearon el hecho que se le atribuye»*.

Si ahora recordamos que los reproches se fijaron muy por encima del tope mínimo habilitado en cada jurisdicción, no podremos sino concluir que en ambos casos, las penas impuestas se integraron con contenidos materiales que integraban ya el injusto desvalorado en la restante.

En definitiva, y puesto que la vulneración constitucional aparece suficientemente demostrada, entiendo que corresponde declarar la nulidad, tanto de la sentencia de mérito como de todo el procedimiento desarrollado en sede provincial, así como de todos los actos que resultaron su consecuencia.

VI. PETITORIO

(...)

20. A. Sentencia de la Corte y comentario

En el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos remitiera la Corte, se reconoció la naturaleza federal del agravio reeditando a este respecto la tradicional doctrina del Tribunal conforme a la cual el principio *non bis in idem* no sólo veda la aplicación de una nueva sanción por el hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante el sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 292:202; 299:221; 308:84 y 1678; 311:1451; 314:377; 319:43, entre muchos otros), «[a]sí como que la imposibilidad de imponer pena rige aún cuando no se haya impuesto una en el anterior (Fallos: 321:2826, considerando 17º) siempre que se hayan respetado las formas del juicio». Entendió que la sentencia anterior había adquirido firmeza y reeditando pasajes de la sentencia refirió que *«No cabe duda pues, que en el sub júdice resulta evidente la violación de la garantía constitucional que se invoca, en la medida que se pretende mantener la vigencia por ese mismo hecho -toma de la citada dependencia policial con la finalidad establecida- so pretexto de un diverso encuadramiento legal (Fallos: 311:67; 319:43; 321:2826, voto del doctor Antonio Boggiano).» (cons. 3 del dictamen).*

Por otra parte, respecto del derecho de defensa invocado, consideró relevante el hecho de que se les *«reprochara a los encausados hechos temporalmente diferenciados de aquel que fue objeto de análisis precedentemente, vinculados con los dos vehículos (Fiat Duna, dominio SQM-474 y Renault 18, dominio TVT-355) y con las armas y municiones de guerra que utilizaron para perpetrar el «plan de acción» que se habían propuesto (confr. fojas 995/100, hechos tercero, cuarto y quinto). Si bien no fue cuestionada la forma en que tales sucesos concurrían con el propósito de tomar la subcomisaría a los fines de poder concretar el asalto a la referida entidad bancaria, aspecto cuyo análisis, en la medida que remite a un tema de derecho común resultaría, en principio, ajeno a esta instancia de excepción (Fallos: 300:1086; 306:925; 324:3269), lo cierto es que los aquí recurrentes también impugnaron por arbitrariedad lo decidido por el tribunal de juicio en este aspecto, al considerar errónea la fundamentación para tener por acreditado el delito de encubrimiento respecto de dichos rodados y armas, en la medida que resultaba imposible poder discriminar, entre todos los imputados, quiénes los recibieron con conocimiento de su origen ilícito. Igual defecto atribuyen al fallo, por entender que no se había refutado adecuadamente la versión exculpatoria de Amoedo … Cabe recordar que tales agravios fueron mantenidos en el recurso extraordinario oportunamente deducido, por las razones expuestas en el apartado I del presente. Precisamente, es respecto de dichas cuestiones que advierto el* ***estado de indefensión*** *que alega la defensa oficial (apartado II, punto a, del presente), pues los vicios de fundamentación que en definitiva se invocaron para impedir la revisión de la condena en tal sentido, tanto por López y Amoedo en la instancia casatoria, como por éstos y Ramírez al deducir conjuntamente con los otros imputados el pertinente remedio federal, pudieron evitarse de haber contado con una adecuada asistencia técnica legal,*

circunstancia que hubiese permitido pronunciarse sobre la alegada arbitrariedad. No empece a ello que los nombrados hayan ratificado por propia decisión a sus abogados particulares, ni la intimación a éstos para que funden jurídicamente los recursos (fs. 1089/1092, y fs. 12/16 del legajo A. 30), toda vez que el cumplimiento de tales requisitos, por sí solo, resulta insuficiente para garantizar, en materia criminal, una efectiva y sustancial defensa, conforme lo ha establecido V.E. al sostener que el ejercicio de tal garantía debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 237:158; 310:1934; 311:2502; 319:192; 320:120 y 854; 321:2489, 324:3545, entre otros). En la medida que los jueces de las diferentes instancias, e incluso, de los tribunales locales al conocer respecto de la procedencia de los recursos, también deben velar por el cumplimiento de tales principios (Fallos: 310:1797 y 1934; 319:1496; 321:1424) no parece, de acuerdo con la doctrina reseñada, que tal vicio de naturaleza constitucional pueda considerarse subsanado con la particular interpretación del a quo respecto del efecto extensivo que el ordenamiento procesal provincial le atribuye a los recursos. Menos aún, si se repara en que la fundamentación técnica de una de esas impugaciones -la articulada por Oscar Antonio Alcaráz- a las que se alude en el fallo impugnado para obviar aquella «supuesta indefensión» (fs. 34/40, considerando I.6), apunta exclusivamente a encontrarse rubricado por su letrado (fs. 1/2, ídem), a pesar de su expreso reclamo de ser asistido técnicamente en la instancia por un defensor oficial (punto 2). Debo concluir, por lo tanto, que sin perjuicio de lo que en definitiva corresponda resolver en cuanto al fondo de las cuestiones señaladas, la situación descripta conlleva un insostenible menoscabo del derecho de defensa que trae aparejada la nulidad de lo resuelto en este aspecto sin la adecuada asistencia legal. »

La sentencia de la Corte fue suscripta con el voto de los jueces Highton De Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Por el contrario, la jueza Carmen Argibay -en disidencia- votó por la inadmisibilidad del recurso en los términos del art. 280 CPCCN.

20. B. Proyecciones

Esta sentencia resulta rica en varios aspectos: en primer lugar confirma la doctrina de la Corte en punto a que no solo la doble condenación sino el mero hecho de resultar perseguido en dos oportunidades por el mismo suceso fáctico resulta violatorio de la garantía contra el doble juzgamiento. En esta senda, el Tribunal llegó incluso a analizar la existencia de unidad de hecho. En materia de garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio vuelve a manifestarse la orientación garantista al relevarse, a favor de la persona acusada, el hecho de que la defensa técnica no hubiera presentado argumentos susceptibles de generar un supuesto exculpatorio.

21) O. 300. XL, «RECURSO DE HECHO deducido por Marcelo Andrés Olariaga en los autos Olariaga Marcelo Andrés s/causa N° 35/03» (Fallos, 330:2826)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

(...)

III. ANTECEDENTES

Marcelo Andrés OLARIAGA fue condenado el día 17 de abril de 2001 por la Cámara en lo Criminal de 9ª Nominación a la pena de ocho años de prisión, con declaración de segunda reincidencia, accesorias de ley y costas (Arts. 50, 9, 12 ibid, 412, 500, 504, 550 y 551 del CPP de la Pcia. de Córdoba) como autor penalmente responsable del delito de violación de domicilio y coautor de robo calificado, en concurso real (Arts. 150, 45, 166 inc. 2° y 55 CP).

Contra esta resolución se interpusieron diversas medidas recursivas que habilitaron el acceso in pauperis de OLARIAGA ante V.E., mediante el Expte. Letra «O», N° 51, Libro XXXIX, Año 2003, caratulado: *«Recurso de Hecho deducido por Marcelo Andrés Olariaga en los autos: Olariaga, Marcelo Andrés s/robo calificado -causa N° 34/2002»*, que se encuentra actualmente en trámite.

Pese a ello, con fecha 4 de marzo de 2003, el Tribunal de 9ª Nominación de la Provincia de Córdoba ordenó practicar el cómputo de la pena impuesta. Así, tuvo por cierto que «*el nombrado penado permaneció detenido desde el 8 de noviembre de 2000 situación en la que permanece en forma ininterrumpida hasta el presente. En consecuencia, cumplirá la totalidad de la pena impuesta el día OCHO DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO (8-XI-2008) y eventualmente, se encontraría en condiciones de acceder a los beneficios de la libertad asistida a partir del día OCHO DE MAYO DE DOS MIL OCHO (8-V-2008)*» (fs. 1/vta. del Expte. Letra «O» N° 16 del registro del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba).

Contra esta resolución OLARIAGA interpuso recurso *in forma pauperis*. Observó que no se había computado el tiempo de detención que excedía los dos años de prisión preventiva, conforme lo disponía el Art. 7 de la ley 24.390 -de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del CP- vigente al momento de cometer el hecho sancionado (fs. 4/5 del expediente de mención). A tal fin, invocó la vigencia

de la ultraactividad de la ley penal más benigna y los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica. Hizo reserva del caso federal.

A fs. 9/10vta. el Dr. José Luis Santi fundó la presentación de OLARIAGA ciñéndose a las afirmaciones del penado articuladas con giros lingüísticos del estilo «*...el imputado considera...», «La referencia al artículo 3 del C. Penal efectuada por el Olariaga»; «...mi defendido invoca...».*

Señaló que el perjuicio al que se vio sometido OLARIAGA radicaba en que no se tuvo en cuenta el «*período excedente de los dos años de prisión preventiva que sufrió, tomando desde su detención (8/11/00), hasta la notificación de la Resolución del T.S.J. (19/2/03)*», lo que –sostuvo- implicaría duplicar el período de 3 meses y 11 días que superaron a los dos años de prisión iniciales.

Corrida vista al Sr. Fiscal, éste admitió la ultractividad de la ley 24.390 pero consideró que era la *« '... **resolución** del Tribunal Superior de Justicia que **decide sobre el recurso de casación** planteado la que fija el límite para la aplicación de la regla más favorable de la ley 24.390, y no –como pretende el causante- la de la **notificación** de la Resolución del T.S.J.' que declaró formalmente inadmisible **el recurso extraordinario deducido**»* (fs. 12vta.).

A fs. 13/14vta. y mediante Auto Interlocutorio N° 18, el día 9 de abril de 2003, la Cámara 9ª del Crimen resolvió «*no hacer lugar al incidente de ejecución interpuesto*». A tal fin se aferró a las líneas interpretativas volcadas en el precedente «*Rodríguez, Luis Guillermo p.s.a. de homicidio calificado reiterado, etc. -recurso de casación- (Sent. Nro. 48 del 10-6-02)*» que fijó idéntico criterio al reseñado por el Sr. Fiscal.

Contra esta resolución, con fecha 21 de abril de 2003, OLARIAGA interpuso un recurso de casación *in pauperis*. Aquí reiteró el reclamo precitado (fs. 18/vta.) al que adunó la flagrante vulneración al art. 16 de la C.N. así como el hecho de que «*no conocía a su asesor letrado ni jamás habló con él*».

Esa presentación fue sustentada por el Dr. Santi quien se limitó a reproducir, una vez más, los dichos de OLARIAGA indicando que «*esta interpretación valorativa, que en definitiva reitera fundamentos que dieron origen al incidente de ejecución pertinente, no es la llevada a cabo por la Excma. Cámara Sexta en lo Criminal, entendiendo Olariaga que con ello se violan las reglas de la sana crítica racional, el principio de la interpretación más benigna, acarreando como lógica consecuencia la falta de aplicación (o inobservancia) al caso concreto de la Ley Nacional 24390»* (fs. 23/24).

A fs. 29 la Cámara de 9ª Nominación concedió el recurso de casación interpuesto.

A fs. 35/37 del Expte. caratulado *«...Recurso de Casación (Incidente de Ejecución)»*, el Tribunal Superior de Justicia resolvió por auto N° 306 declarar sustancialmente improcedente el recuso de casación deducido.

Ello por cuanto entendió que sólo correspondía computar, en los términos de los art. 8, 7 y cc. de la ley 24390, como prisión preventiva el tiempo transcurrido desde su detención hasta «*la resolución que declaraba formalmente improcedente o rechazaba el recurso de casación deducido en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de juicio, solución que obedecía al efecto suspensivo de los recursos (C.P.P., 494), el que incide al privar de la calidad de penado al recurrente* (...)». Así, estimó que la sentencia quedaba firme al momento de ser declarado inadmisible el recurso de casación (11/6/2002) que, en contra de la condena, se había deducido, toda vez que -a su criterio- el único recurso que tiene asignado efecto suspensivo es el de casación, el que fue declarado *«formalmente inadmisible»*.

A fs. 2/3 del Expte. Letra «O», N° 35, ya citado, Marcelo Andrés OLARIAGA interpuso Recurso Extraordinario *in pauperis* ante el Tribunal Superior de Justicia, oportunidad en la que reiteró su petición, haciendo expresa referencia a que el marco legal viene dado por tratados internacionales ratificados por la Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 22; el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 8 inc. h y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 8.

A fs. 14/15vta. del mismo expediente el Dr. Santi fundó el Recurso Extraordinario interpuesto. Nuevamente lo hizo remitiéndose a los dichos del aquí imputado, sin aportar fundamentos federales ni cumplir con los recaudos de autosuficiencia. Para mayor ilustración transcribiré el escrito en su parte sustancial. *«**III. AGRAVIOS**. Manifiesta Olarriaga* (sic)*, que se siente agraviado por la Resolución emada* (sic) *del T.S.J., en cuanto a que la misma no se* (sic) *ajusta a lo que expresamente estipula en sus arts. 2 y 3, el Código Penal y por otro lado, porque no se aplica correctamente el art. 7 de la Ley 24.390, por lo que el condenado pretende mediante este recurso, se subsane la errónea aplicación de la ley al cómputo de su condena en razón de que Olarriaga indica que se encuentra detenido desde fecha 08.11.00. Hace presente que el Recurso Extraordinario que presentara en su oportunidad, en contra de la sentencia que lo condenó, fue declarado inadmisible (19.02.03), por lo que interpreta que su detención comprendida entre el 08.11.00 al 19.02.03, es tiempo transcurrido como prisión preventiva «doble», de conformidad a lo establecido en el art. 7 Ley 24.390, que si bien Olarriaga tiene conocimiento de que el mismo ha sido derogado, entiende que encuentra respaldo jurídico en lo establecido en los art. 2 y 3 del C. Penal. Por otro lado, el condenado, tiene la plena convicción que mientras no agote la vía del último recurso posible, aunque éste sea rechazado o hasta que se efectúe el cómputo correcto de su pena, está amparado por lo prescrito en el art. 7 de la Ley 24390. A modo de efectuar una síntesis cronológica, advertimos que a fs. 4 del Cuerpo de Ejecución de los autos de referencia, Olariaga presenta un escrito de fecha 06.03.03, agraviándose por el cómputo de pena que se le efectuara y reclamando la aplicación del beneficio que otorga el art. 7 de la Ley 24390. Así, este Asesor Letrado con fecha 13.03.03 (fs. 9), fundamenta jurídicamente, la voluntad del condenado y por Auto Interlocutorio N° 18, del 09.04.03, la Cámara resuelve no hacer lugar al incidente planteado por el suscripto, por lo que Olarriaga al sentirse agraviado por lo resuelto por la Excma. Cámara, interpone recurso de casación en contra del Auto de mención, con fecha 01.04.03, justificado jurídicamente por este Asesor Letrado con fecha 02.05.03, el que es concedido por la Cámara de juicio mediante Auto Interlocutorio N° 22 del 05.05.03. Que con fecha 22.09.03 y mediante Auto Interlocutorio n° 306, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia resuelve declarar sustancialmente improcedente el recurso deducido. Con fecha 24.09.03, Olariaga presenta un escrito por ante el TSJ, que titula «Apelación en Oposición», en contra del Auto 306 del TSJ, e inmediatamente con fecha 06.10.03, Olarriaga presenta un Recurso Extraordinario «In Pauperis», donde insiste en el agravio que le causa lo resuelto por el TSJ, además de que insiste en la aplicación del art. 7 de la Ley 24.390, tal como se fundamentara más arriba. Así las cosas, el condenado, insiste en que el marco legal de su pretensión está dado por los tratados internacionales ratificado por la C.N. en su art. 75 inc. 22; el pacto de San José de Costa Rica en su art. 8 inc. h y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 8, no dejando de aclarar, que su agravio fundamental lo es, en contra de la resolución N° 306 del TSJ, por lo que insiste en la correcta aplicación del art. 18 inc. 1 y 3 de la Ley 48. Por todo lo expresado, esta defensa solicita se haga lugar al recurso por los motivos invocados y sin perjuicio de las razones que suplirá el criterio de V.E. cumpliendo con el deber que el cargo me*

impone, en resguardo del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, amparado por el art. 18 de la CN, en resguardo del interés explicitado por Marcelo Andrés Olarriaga, suscribiendo y ratificando todos y cada uno de los agravios enunciados por mi defendido, en su presentación directa, solicitando a VV.EE. analice y deje si efecto la resolución N° 306 de fecha 22.09.03 emanada el Excmo. Tribunal Superiro (sic) de Justicia en lo que ha sido materia del recurso».

A fs. 30/4 vta. del Expte. antes mencionado, por Auto N° 123, el Superior Tribunal de Justicia resolvió declarar **formalmente inadmisible** el recurso extraordinario deducido.

A tal fin sostuvo que: «*IV.1. Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como este Tribunal Superior de Justicia, han señalado repetidamente que, en principio,* ***los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales*** *que les son llevados a su conocimiento no son susceptibles de revisión por vía de* ***apelación extraordinaria ante el Máximo Tribunal de la Nación*** *(artículos 14 y 15, ley 48), con excepción de que lo resuelto implique un* ***exceso de rigor formal que lesione garantías constitucionales*** *(CSJN, Fallos 290:106, 297:227, 311:509, 313:507; TSJ Cba, Sala Penal, «Pompas», A. n° 0223, 16/6/99, entre otros precedentes). Tal intelección, indudablemente, viene dada por el necesario* ***respeto a las jurisdicciones locales*** *que debe importar la correcta aplicación del remedio extraordinario de la ley 48, respeto que ha conducido a no tener por «cuestión federal» suficiente para la admisibilidad del remedio extraordinario a aquellas resoluciones* (...). *Asimismo, cabe recordar que, la propia Corte Suprema ha señalado que la aplicación de la doctrina de* ***la arbitrariedad es particularmente restringida*** *cuando se trata de las resoluciones de la especie que nos ocupa (CSJN, «Perez, Angel», 15/5/90), debiendo la misma ser debidamente demostrada mediante una impugnación que, haciéndose cargo de los argumentos del pronunciamiento que se cuestiona, los analice críticamente a* ***todos y cada uno*** *en procura de su razonada refutación* (...). *El requisito apuntado en último término, vinculado con la* ***«autosuficiencia»*** *del recurso o su* ***«idónea fundamentación»****, es condición de ley impuesta bajo sanción de inadmisibilidad por los artículos 15 de la ley 48 y 257 del CPCyCN. Se trata de una exigencia íntimamente vinculada con la* ***impugnabilidad objetiva*** *del recurso extraordinario federal. Precisamente, en la apelación extraordinaria interpuesta contra una resolución que declara formalmente inadmisible la casación que ataca una sentencia definitiva, no puede dirigirse el embate a la* ***resolución de mérito****, sino que debe hacérselo a la* ***resolución que analizó la impugnación deducida contra esta última.*** *Es que, según se ha dicho con insistencia y 'con arreglo a lo dispuesto por el art. 257 CPCyCN, este cuerpo carece de competencia para expedirse sobre la procedencia formal del recurso de apelación extraordinaria cuyo reproches van dirigidos en contra de una decisión que este Tribunal no dictara»* (...). ***2.*** *Un detenido análisis de la apelación interpuesta nos permite adelantar que la misma no satisface las condiciones de interposición precedentemente expuestas, por lo que debe ser declarada formalmente inadmisible. Damos razones: En primer término corresponde advertir que del libelo presentado por el quejoso* ***no surge un planteamiento inequívoco de una cuestión federal****, requisito indispensable a los efectos de la admisibilidad del recurso intentado, toda vez que se requiere la demostración de alguna de las cuestiones federales previstas en el artículo 14 de la ley 48 o la invocación de la causal pretoriana de arbitrariedad,* ***condición que no luce satisfecha hábilmente*** *por el impugnante. Ello así, desde que éste se limita a invocar la incisos 1 y 3 de aquella norma pero sin brindar fundamentos en su sustento. El quejoso, se limita a* ***reeditar las censuras*** *esgrimidas en oportunidad de su instancia de casación –*

relativas a la interpretación de normas de derecho común, cuestión por completo ajena a esta vía-, soslayando en forma palmaria los yerros que le achacara la Sala y que dieron basamento para desestimar su recurso casatorio; razones de las que ***no se hace cargo para rebatirlas fundadamente mediante crítica concreta y circunstanciada****, por lo que la* ***falta de autosuficiencia*** *del presente resulta evidente. En efecto, se obstina en cuestionar el cómputo de la pena de su defendido por errónea aplicación del artículo 7 de la Ley 24390, sin esgrimir nuevos argumentos en respuesta a las objeciones que le efectuara la Sala y en apoyo de su pretensión. Además, en tal sentido, no propicia razones que permitan mínimamente distinguir algún tipo de arbitrariedad que habilite la competencia de la CSJN. Recuérdese, también, que no basta con invocar la vulneración de garantías constitucionales reconocidas por pactos internacionales, como intenta el recurrente, sin demostración alguna de su verificación, como así tampoco* ***la configuración de un excesivo rigor formal****, lo que exime al decisorio de todo reproche de arbitrariedad*».

A fs. 2/3 de estos actuados Marcelo Andrés OLARIAGA interpuso recurso de queja *in forma pauperis* mediante el cual manifestó su voluntad de recurrir la resolución adversa dictada por el Superior Tribunal de Justicia, al tiempo que retomó su reclamo respecto del cómputo y denunció que le había «*faltado un abogado letrado competente*».

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

El Superior Tribunal de Provincia coartó la vía extraordinaria por defectos formales que, si bien podrían tener relevancia por la naturaleza del recurso intentado, no eran atribuibles a mi defendido ni pudieron redundar en su perjuicio. Efectivamente, el Superior Provincial se afanó en señalar que el planteo fundado por el Asesor Letrado no criticó la resolución que había cercenado la vía casatoria, no identificó cuál era el agravio federal que motivaba el trámite extraordinario, ni explicitó la razón que lo tornaba arbitrario o violatorio de garantías constitucionales.

El Superior Tribunal parece no advertir que la falta de idoneidad formal del recurso no puede conculcar los derechos de mi asistido, tanto más cuanto es el propio Tribunal quien debe velar por su salvaguarda.

En el caso, su carácter bifronte de contralor y garante debió motivar una acción positiva, cual es la de garantizar la defensa en juicio, en vez de tornase juez estricto de un juicio sin equidad de armas. *«7°) en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)»* (Expte. Letra «N», N° 19, Libro XXXIX, caratulado «Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja y casación y extraordinario», resuelta el 16 de noviembre de 2004).

En el mismo precedente V.E. enfatizó que *«9°) ... no puede imputarse al procesado la inoperancia -a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. D y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)» .

De los antecedentes de la causa se desprende que sólo se ha cumplimentado el recaudo formal de designar un letrado oficial, mas de ningún modo se satisfizo la garantía de defensa consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 40 de la Constitución Provincial. El defensor, en sus diversas intervenciones, sólo retomó los agravios planteado por OLARIAGA, sin siquiera hacer referencia al derecho constitucional violado, sin controvertir la jurisprudencia contraria y guardando de referirse a los agravios como aquellos impulsados por el acusado.

Según lo enfatizara V.E. en el precedente Núñez, el Tribunal que tomó por válida aquella fundamentación «*incurrió en un inadmisible rigor formal ya que más allá de cualquier imperfección que pudiera advertirse en el intento por acceder a esta instancia de casación, debía ser dejada de lado si mínimamente se hubiera dimensionado la entidad de los agravios que aquejaban a*[l acusado]...*y que con simpleza y claridad venía planteando in pauperis desde su inicio. Sin embargo, lejos de recibir adecuado tratamiento y respuesta, aquéllos sólo fueron adquiriendo nuevas dimensiones a consecuencia de las condiciones de indefensión a la que el imputado estuvo expuesto –de hecho- a lo largo de todo el proceso»* .

El resguardo al que me refiero fue receptado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, desde la óptica de la garantía del Art. 14, inc. 3 PIDCP, al afirmar que el Tribunal «*...deberá asegurarse de que la forma en que actúe el defensor durante el caso no sea incompatible con el interés de la justicia»* (Caso WRIGHT y HARVEY, Ap. 10.5, citado por Rolando E. GIALDINO en *«Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002»*, publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, República Argentina, N° 1, 2002, p. 209).

Ello, por cuanto la importancia que reviste la correcta actuación del asistente técnico radica en que la labor del defensor se «*dirige a la salvaguarda de los derechos de la parte y se une a ella en el ejercicio unitario del derecho de defensa, pero, al propio tiempo, satisface un interés que no es sólo individual sino también social, cual es la protección de la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico... la intervención del abogado en auxilio de la parte viene, pues a reequilibrar el peso de la acusación en el proceso; sirve, en definitiva, a la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y contradicción* (...). *De ello se desprende que la defensa formal o técnica constituya una auténtica garantía de autoprotección del propio sistema, al servicio de los intereses que la Justicia representa. Al Estado, qué duda cabe, interesa que el proceso se desarrolle justa y equitativamente y, en consecuencia, si encomienda la actuación a un órgano técnicamente cualificado, en las mismas condiciones ha de hallarse quien ejercite la defensa.*» (LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *«Derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad»*, Ed. Universidad de Alicante, España, 2002, p. 67).

Tan relevante es el rol jurisdiccional de contralor en esta materia que, en caso de incumplimiento, se atribuye responsabilidad al Estado, incluso en supuestos en que hubiera intervenido un defensor contratado privadamente por el justiciable o sus familiares. Ello es así pues, aunque en estos casos (a diferencia de lo que ocurre con los defensores oficiales) no está en juego la actuación de funcionarios estatales, sí lo está la obligación de control que indefectiblemente compete al juez de la causa (en este sentido: *Henry y Douglas, 6.5; P. Taylor, 6.4; U. Lewis, 6.6; Werenbeck, 9.8; McLeod, 6.1; Daley, 7.3; Edwards, 5.2*, citados por GIALDINO, op. cit., p. 210).

En otras palabras, si la defensa técnica que el Estado le había suministrado a OLARIAGA actuó tan ineficientemente como el Tribunal Superior describe, éste,

en salvaguarda de la garantía constitucional de defensa en juicio, debió anular esa labor, que no cumplía con los requisitos mínimos de eficacia, y dotar al imputado de un nuevo asistente técnico que desempeñara acabadamente la tarea deferida.

Cabe observar aquí que el patrón denunciado se había verificado, de manera similar en la instancia jurisdiccional intermedia, oportunidad en que el asistente técnico tampoco innovó por sobre los argumentos presentados por el justiciable desde su lugar de alojamiento.

Ocioso es señalar –frente a ese estado de cosas- que el asesor letrado no advirtió sobre la necesidad de incluir en el cómputo el término que mi asistido sufrió en detención en un proceso paralelo, en el que resultara a la postre absuelto (conf. fs. 172/4 y 175/8vta. del Expte. letra «O», N° 3 del registro de la Cámara 9° del Crimen de la primera Circunscripción Judicial de la provincia de Córdoba, que corre por cuerda), ni procuró, siquiera mínimamente, refutar la jurisprudencia del Tribunal Superior.

En abono de la postura de esta defensa conviene rescatar la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 680/1996, Jamaica, 16/9/99 CCPR/C/66/D/680/1996: *«7.4. En cuanto a la denuncia del abogado de que el autor no estuvo bien representado en el recurso, el Comité observa que la asistencia letrada en el recurso admitió que éste carecía de fundamento. El Comité recuerda su jurisprudencia/ Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité en los casos Nos. 734/1997 (Anthony McLeod c. Jamaica), aprobado el 31 de marzo de 1998, párr. 6.3, y 537/1993 (Paul Anthony Kelly c. Jamaica), aprobado el 17 de julio de 1996, párr. 9.5./ de que, a tenor del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, el tribunal debe garantizar que la tramitación de una causa por parte de un abogado no sea incompatible con los intereses de la justicia...».*

El Tribunal no puede –ni debe- valerse de una actuación de la defensa que estima defectuosa para vaciar de contenido la impugnación del imputado. Por los motivos expuestos, estimo que el órgano jurisdiccional actuante se excedió arbitrariamente en sus facultades, violando la normativa vigente en tanto reemplazó el análisis de las cuestiones constitucionales involucradas por un examen formal, en desmedro de la garantía de defensa en juicio.

El remedio federal de excepción intentado es viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional; vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. «*configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce*» (Fallos: 279:40; 297:338 en el pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...» (Fallos: 310:1934).

Ahora bien, esta deficiente actuación se ve reforzada ante la arbitrariedad en la que incurrió el Tribunal Superior al desestimar el planteo propuesto por OLARIAGA. El trámite desarrollado desdibujó las pretensiones republicanas en relación a la fundamentación de las sentencias y a la interposición de recursos motivados, para convertir la sede jurisdiccional en un ámbito de disputas de forma, sin posibilidad de ahondar en los fundamentos de uno (defensor) ni de otro (jurisdicción).

Veamos. El Tribunal apoyó su posición en la mera invocación de sus precedentes (incluida la jurisprudencia sentada en el caso «Pompas», a la postre dejada sin efecto por sentencia de V.E. en fecha 3 de diciembre de 2002) sin dar cuenta de razones jurídicas válidas que lo motivaran. El defensor, a su turno, sólo enumeró los agravios indicados por OLARIAGA en su presentación in pauperis.

Sin embargo, en las diversas instancias, el planteo del justiciable trascendía de un mero cálculo aritmético para implicar algo más: cuándo debe considerarse que la sentencia condenatoria ha adquirido autoridad de cosa juzgada a los efectos de establecer cuándo debe comenzar el *status* de penado y cesar la prisión preventiva y el subsiguiente cómputo privilegiado previsto por la Ley 24.390 –de subsistente aplicación en razón de lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal-.

El Tribunal Superior resolvió que el momento a partir del cual la sentencia condenatoria adquiría firmeza era desde el rechazo del recurso de casación «*desde que en ese momento cesó la razón de la sanción de la ley 24.390: la necesidad de resolver la situación de los encarcelados en prisión preventiva que, no obstante gozar de la presunción de inocencia que dimana del art. 18 CN., aún no habían sido juzgados sin razón justificada. Tal situación no es la de aquellos que, como en el caso, agotaron todas las vías extraordinarias locales para cuestionar una decisión ya definida. El art. 7° de la ley 24.390 debe ser interpretado en función de los objetivos perseguidos por la ley (...) y de las disposiciones procesales vinculadas al efecto de los recursos. En el caso, el único recurso que tiene asignado efecto suspensivo es el de casación, el que fue declarado '**formalmente inadmisible.**'*» (fs. 36vta., el subrayado me pertenece).

Esta interpretación del art. 494 del ritual local colisiona directamente con lo dispuesto en el art. 283 del CPCCN, que regula el trámite de queja ante V.E. CSJN -«*mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso*»-; y postula una interpretación arbitraria que echa por tierra postulados estructurales para el sistema jurídico, tales como la presunción de inocencia –que sólo se cancela ante una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada-; la cosa juzgada –cuyo status sólo se adquiere cuando se hayan agotado todas las instancias recursivas previstas en el ordenamiento para la especie-; la garantía de igualdad ante la ley –que resguarda al justiciable de hechos del príncipe que beneficien a algunos y no a otros ante circunstancias idénticas-; y el debido proceso –que regula el modo de arribar a resoluciones ajustadas a derecho (conf. arts. 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 11, inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos humanos, art. 9, inc. 3 y art. 14, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 7, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Recordemos que la ley 24.390, y en especial su artículo 7°, establecía que, encontrándose detenida una persona bajo el régimen de prisión preventiva y transcurridos dos años, se *«computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión»*. La norma no era una disposición aislada, sino que reconocía como antecedente lo regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos. La misma ley 24390 (art. 9º) establecía que era *«reglamentaria del art. 7º, punto 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»*. El Pacto, en la disposición citada, dice expresamente: *«5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.»*

La disposición en análisis tenía por objeto compatibilizar la desmesurada extensión del proceso penal con las garantías constitucionales de quienes se encontraban privados de la libertad durante el trámite de la causa, finalidad que se percibiría desdibujada si sólo se entendiera amparada bajo su protección la etapa recursiva casatoria, sin admitir la extensión de sus efectos hasta la instancia extraordinaria o, como sostiene esta defensa, hasta el momento del rechazo del recurso de queja por extraordinario denegado.

La interpretación resistida importa, en síntesis, vaciar de contenido el derecho de todo imputado a acceder a esta instancia a fin de denunciar el menoscabo de sus derechos constitucionales.

Al respecto se ha pronunciado la Cámara Nacional de Casación Penal en pleno en el fallo *«Agüero, Irma»*, donde resolvió «*establecer como doctrina plenaria que en el supuesto de un recurso de casación declarado mal concedido por esta Cámara y recurrido por vía extraordinaria, se considera firme la sentencia cuando este Tribunal declara inadmisible al recurso extraordinario federal.»* (Sentencia del día 12 de junio de 2002).

En tal sentido el voto del Dr. Gustavo Mitchell apuntó: *«En lo tocante a los demás temas que considero ajenos a los de la convocatoria he sostenido que la sentencia condenatoria adquiere firmeza en las siguientes oportunidades: a. cuando ha sido expresamente consentida; b. cuando ha sido tácitamente consentida por haber dejado correr los plazos previstos por ley para su impugnación sin que la misma haya sido propuesta y finalmente, c. planteada la impugnación: c.1. cuando la misma es declarada inadmisible por el a quo, o bien, c.2. cuando es pronunciada la sentencia de casación de inadmisibilidad o de rechazo de los recursos extraordinarios posibles (casación, inconstitucionalidad y federal). Las razones son las siguientes: a) que la voluntad de las partes, expresa o tácita, le confiere firmeza desde la fecha del pronunciamiento; b) que los recursos de derecho prorrogan la efectiva vigencia del fallo hasta su rechazo; c) que la queja (o recurso de hecho) tiene ese efecto ante esta Cámara por regirse por el Código Procesal Penal de la Nación; d) que no lo tiene, la queja interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por regirse por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación».*

Ahora bien, más allá de que es cierto que la solución acordada por la Cámara Nacional de Casación Penal en pleno es más favorable al imputado y más ajustada a la recta interpretación de las norma que la propuesta por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, la hipótesis aquí propiciada es la que mejor concilia con la cláusula del debido proceso.

Y ello es así porque, como se advirtió más arriba, incluso con la postura sostenida por el Cámara Nacional de Casación Penal, se ponen en crisis institutos tales como la cosa juzgada y el principio de inocencia.

Ya lo señaló el Sr. Juez del tribunal intermedio, Dr. Juan C. Rodríguez Basavilbaso, en su voto en el plenario referido al advertir que: «*Es cuanto menos opinable la invocada afirmación de Carlos E. Finochietto («Queja por recurso de casación denegado y efecto suspensivo» Doctrina Judicial, año 1986 -II, págs. 129/130) en el sentido de que la queja «no constituye propiamente un recurso ni es un medio de impugnación de los actos jurisdiccionales...». En contradicción a este criterio, también expuesto por Vázquez Irurzubieta-Castro («Procedimiento Penal mixto», III, pág. 285), advierte Lino Enrique Palacio que «aunque alguna doctrina sostiene que el instituto analizado sólo configura un pedido de jurisdicción a raíz de la denegatoria de ésta, y más allá de que esa tesis entraña una ostensible confusión con la queja por denegación de justicia no es dudoso que la presentación...constituye un genuino recurso (...) y se halla encaminada a lograr la sustitución de una resolución judicial por otra cuyo contenido satisfaga el interés del recurrente» (aut. cit., «Los recursos en el procedimiento penal», pág. 171/72, ed. Abeledo Perrot, 1998). De todas maneras, creo que lo importante no es el nombre que se otorgue a la presentación directa sino su efectiva incidencia sobre la firmeza del fallo al que esté referido. Y en esa inteligencia, sostener que una resolución sujeta a tales reclamos se encuentra firme es tanto como decir que su*

posible modificación -eventualmente habilitada la inspección extraordinaria- habría de avanzar sobre la cosa juzgada; si ello no es así -porque sabemos que sólo la acción de revisión confiere al tribunal ad quem esa excepcional facultad- es precisamente porque el pronunciamiento no ha adquirido aquella autoridad. Así lo ha entendido el Alto Tribunal en cuanto dejó sin efecto la decisión que consideró firme un fallo anterior fundado en que frente al rechazo del recurso extraordinario interpuesto la parte había consentido la decisión al no recurrir de hecho, siendo que había presentado ese recurso ante la Corte (Fallos: 311:1245; entre otros). Debo decir, también, que la circunstancia de que la queja tenga o no efecto suspensivo -extremo al que acude el precedente «Pereyra» y de cuya distinta regulación por los artículos 442 del C.P.P.N. y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación advierte, asimismo, el fallo «Molina» (c. N° 2001, del registro de la Sala II) no concurre, en mi opinión, a la resolución del caso. Se trata, en cambio, de consultar la existencia cierta de recursos -ya otorgados o posibles- y no a los alcances con que éstos deban ser concedidos: repárese, por ejemplo, en las sentencias absolutorias, en los autos de procesamiento y de falta de mérito, en los que conceden la exención de prisión o la excarcelación o el sobreseimiento, los que decretan el embargo o la inhibición; su impugnabilidad -prevista en los arts. 311, 332,337, párrafo segundo, 491, párrafo segundo, y 518 del C.P.P.N. apareja obviamente su falta de firmeza, y por cierto que a ello no obsta el carácter no suspensivo de los recursos de los que son pasibles. Hasta aquí, con pequeñas modificaciones, mi voto disiente en la causa N° 3591, «Romero, J.A. y otros s/ rec. de queja», del registro de la Sala que integro. Podría agregar, a mayor abundamiento, que el mencionado art. 285 del C.P.C y C., modificado por la ley 22.434, no se aplica tampoco a rajatabla; circunstancias excepcionales y razones de interés público o institucional habrán de autorizar el carácter suspensivo de la presentación ante la Corte, más allá del texto incorporado (para mayor detalle de la doctrina y jurisprudencia sobre el punto, confr. Lino Enrique Palacio, «El Recurso Extraordinario Federal», Tercera Edición, Ed. Abeledo Perrot, pág. 351, notas 60 y 61). Parece claro, entonces, que la mera posibilidad de que existan soluciones ambivalentes sobre el curso de los procedimientos no se compadece con el grado de certeza que habría de conferirse a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Pienso, en suma, que no hay sentencia firme hasta que la Corte Suprema no rechace el recurso extraordinario federal si fuere otorgado, o deniegue la queja si por la denegación de aquél se hubiere interpuesto.».

Por su parte, Fernando Díaz Cantón al comentar el fallo plenario retomó la postura del juez disidente para advertir que la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal importó una «*confusión del efecto no suspensivo de la queja por denegación del recurso extraordinario federal con la cuestión de la cosa juzgada. Es sabido que, a diferencia de todos los demás recursos relacionados con la sentencia definitiva de condena, el recurso directo ante la Corte Suprema nacional por denegatoria del recurso extraordinario federal no suspende, por regla, los efectos de la sentencia que fue impugnada, pero nadie duda que dicha sentencia todavía está sometida a la condición de que no sea revertida por la Corte en caso de prosperar la queja. Esto quiere decir que, si bien comienza a operar respecto de esa sentencia la ejecutabilidad, que es uno de los efectos normalmente asociados a la cosa juzgada, aunque en modo alguno exclusivo de ella sino inherente a cualquier decisión judicial con vocación de eficacia, no opera todavía el efecto que no sólo es inherente a la cosa juzgada sino que la define: la inmutabilidad. La invocación del artículo 285 evidencia este error, ya que esta norma no se refiere en modo alguno a la cosa juzgada sino a la no suspensión de la ejecución de la resolución impugnada a pesar de la interposición de la queja, lo cual tampoco constituye una regla sin excepciones, precisamente porque todavía*

no hay cosa juzgada. Sin embargo, el error no es casual, dado que obedece a la aspiración por poner fin, anticipadamente, al cómputo privilegiado de la Ley 24.390, creándose para ello una ficción de firmeza de la sentencia, cuando es sabido que la sentencia sólo puede ser considerada como pasada en autoridad de cosa juzgada cuando adquiere inmutabilidad, carácter que no se hace presente si todavía subsiste una posibilidad de que el fallo sea revocado o anulado mediante un recurso -sea directo o indirecto, ordinario o extraordinario- que haya sido interpuesto dentro de los plazos procesales previstos para ello. Con este fallo los jueces de casación han consagrado, pretorianamente, un nuevo supuesto de procedencia de la acción impugnativa de revisión, ya que -siguiendo la línea de su razonamiento- la queja, si prosperara, tendría el efecto de poner fin a la cosa juzgada. In rei veritatis, tampoco la inmutabilidad de la sentencia es la característica definitoria de la cosa juzgada cuando se trata de una sentencia condenatoria, ya que, como es sabido, la sentencia podría ser rescindida mediante una acción impugnativa promovida incluso después de vencidos los plazos para la interposición de recursos. Pero esto, claro está, permite la ineficacia de la sentencia sólo a favor del imputado y en caso de darse especiales supuestos taxativamente previstos por la ley, lo que constituye el arquetipo de la subordinación del valor de la estabilidad jurídica en favor del valor justicia en el proceso penal. Pero, sin perjuicio de la eventual revisión, lo que categóricamente define a la cosa juzgada de la sentencia condenatoria es que a partir del preciso momento en que ella sobreviene el imputado pierde su status de inocente para pasar a revestir el de culpable. En efecto, en este plenario ha estado en juego -y ha llevado las de perder- nada menos que el principio de inocencia, dado que se hace adquirir al imputado anticipadamente, ficticiamente, la condición jurídica de culpable para retacearle beneficios propios que le han sido acordados por ley en atención a su status jurídico-constitucional de inocente. El principio de inocencia es casi un imperativo categórico, que no admite excepción alguna, a diferencia de otras garantías como la de la intimidad, que admite su vulneración en determinados supuestos regulados razonablemente por la ley. Desde luego que aquel principio no es incompatible con la producción de algunos efectos de la sentencia no firme, puesto que, a pesar de no hallarse ejecutoriada, la declaración de culpabilidad en ella contenida constituye uno de los supuestos de máxima verosimilitud que habilitan el dictado de la prisión preventiva en caso de que no se hubiese dictado antes o hubiese cesado, o su continuación en caso de que el imputado se encontrase ya en prisión preventiva, siempre que se presenten o subsistan los peligros procesales de fuga o entorpecimiento. Pero es claramente incompatible con la consideración de que a partir de ese momento el imputado debe ser considerado como culpable y comenzar a cumplir la sanción penal, cesando los efectos de un cómputo privilegiado claramente asociado a su condición jurídico-constitucional de inocente. En consecuencia, la prisión preventiva -y la posibilidad de hacer valer el cómputo privilegiado a ella inherente por mandato legislativo- se extiende hasta el momento en que la queja es rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recién entonces desaparece el status de encausado o acusado, transformándose en el de «condenado» y, por lo tanto, la prisión ya no es más medida cautelar sino pena. Si bien es cierto que la solución acordada al problema por el pleno es más favorable al imputado que los otros criterios sostenidos en los distintos precedentes de la Casación, ello no quita que, de todos modos, es más desfavorable al imputado que el único criterio que resulta admisible sostener, que es el que hemos dejado expuesto. En definitiva, la necesidad de formular tan cuestionable criterio pareciera provenir de la excesiva demora a que los procesos son conducidos por sucesivos planteos de la defensa.

En nuestra opinión, el problema no es ese, pero, aunque lo fuera, la solución debe pasar inexorablemente por otro lado: realizar una reforma profunda y seria de la ley penal, de la ley de procedimiento penal y sobre todo de las leyes de organización judicial para que, sin mengua de las garantías del imputado, se procure la abreviación del proceso penal». (Díaz Cantón, Fernando; *'Un fallo plenario violatorio del principio de inocencia y de la cosa juzgada' (comentario al fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal 'Agüero Irma Delia s/ recurso de casación'»*), El Dial, 27 de octubre de 2002.

Abona nuestra postura reciente jurisprudencia de V.E. en la que se admitió que la interposición de la queja tendría hoy efecto suspensivo. Sobre el punto Morello afirma, en su comentario al fallo del 9/11/2000 «*Andrioli, José M. y otros v. Provincia de Santa Fe y otra*», que «*la mayoría del tribunal cimero ... abrió, pretorianamente, un escalón, un limbo intermedio, el tiempo que transcurre entre que se interpone el recurso federal hasta tanto el tribunal se pronuncie con respecto a su concesión o denegación; lo cual involucra el tiempo que demandará el íter de la queja, porque la denegación del recurso extraordinario en el primer juicio de admisibilidad (el que lleve a cabo el superior tribunal de la causa) es neutro y sin virtualidad respecto del juicio de admisibilidad definitivo que tiene asignado y le corresponde (es el que vale) a la Corte...*» El referido autor entiende que este importante cambio jurisprudencial se basa en «*la incidencia del tiempo que en la realidad consume el trámite del recurso federal y el de la queja y que al decidírsela llegaría demasiado tarde ante la diferente dinámica de la ejecución. Se acuerda preferente hermenéutica al art. 499 CPCCN en cuanto a que es presupuesto de la ejecución el que la sentencia se halle consentida o ejecutoriada, básicamente cuando el vencido no interpone recurso alguno, o haciéndolo no mantiene la impugnación, lo que no ocurre cuando se formaliza la presentación del recurso extraordinario y luego del recurso de hecho o de queja*» (Morello, Augusto; JA 2001-IV, pág. 779-783).

Asimismo, en abono de la posición que sustenta esta defensa, ese Alto Tribunal ha resuelto, en el fallo Díaz, Daniel Alberto, (Expte. C.S.J.N. Letra «C», N° 899, Libro XXXVII, año 2001, caratulado: *«RECURSO DE HECHO deducido por Daniel Alberto Díaz, en los autos: «Díaz, Daniel Alberto s/ Causa N° 45687»*) que aún en la instancia de queja opera la prescripción de la acción penal.

En esta oportunidad V.E. consideró: «*1°) Que contra la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que confirmó el fallo de primera instancia que había condenado a Daniel Alberto Díaz a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso por el delito de estafa cometido en forma reiterada (once hechos) en concurso ideal con usurpación de título (art. 172 y 247 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a esta queja. 2°) Que la prescripción de la acción penal tiene carácter de orden público, motivo por el cual debe ser declarada de oficio puesto que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo pertinente (Fallos: 275:241; 305:1236), y corre separadamente en relación a cada delito aun cuando exista concurso de ellos (Fallos: 202:168; 212:324, entre otros). 3°) Que conforme a lo expuesto y en atención a que se habría extinguido la* ***acción penal por la prescripción*** *dado que el fallo de la cámara fue dictado el 26 de diciembre de 1997 (fs. 1093/1095), corresponde: Suspender el pronunciamiento en la presente queja a las resultas de la decisión que dicten los jueces de la causa en orden a este tema, a quienes a tal fin le serán remitidos los autos principales. Notifíquese*» (Fdo.: Zaffaroni, Petracchi, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda, Boggiano –en disidencia- y Belluscio –en disidencia-).

Uno de los aspectos más relevantes de este fallo es que echa por tierra las

posturas que sostenían que, una vez rechazado el recurso extraordinario, concluía la posibilidad de que la acción prescribiera, para dar comienzo a la prescripción de la pena. Esta resolución admite claramente que aún durante el trámite de la queja sigue operando la prescripción de la acción.

Esta preclara doctrina, *mutatis mutandi,* es compatible con la interpretación que propicia esta defensa en punto a que la acción penal se extiende hasta la etapa de la queja por extraordinario denegado. En este orden, el rechazo del recurso extraordinario, si bien hace ejecutable la sentencia, no conforma la cosa juzgada. Por ende, al no haber adquirido firmeza la sentencia no puede ponerse fin al cómputo privilegiado, toda vez que la condena no reviste por el momento calidad de inmutable.

En definitiva, la vulneración de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio denunciada más arriba ha impedido ahondar en cuestiones sustanciales que, por haber sido arbitrariamente resueltas en la jurisdicción local, habilitan la descalificación de la decisión en crisis y la apertura de la presente queja para que, por donde corresponda, se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

21. A. Sentencia de la Corte y comentario

Con voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, la Corte entendió que el recurso extraordinario resultaba procedente pues en autos se había cuestionado la aplicación de la ley nacional 24.390 reglamentaria del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental y la resolución apelada había sido contraria a los intereses del justiciable, *«5°) Que los tribunales anteriores en jerarquía han sustentado la exclusión de la aplicación de la ley 24.390 realizando una interpretación vinculada con el momento a partir del cual podría considerarse que la sentencia condenatoria quedó firme, lo que sucedería una vez agotadas las vías recursivas locales (la improcedencia del recurso de casación se resolvió el 22 de septiembre de 2003). 6°) Que esta Corte ha sostenido en Fallos: 310:1797 que la expresa indicación del procesado de recurrir ante el tribunal impide considerar firme al pronunciamiento. 7°) Que los jueces anteriores en jerarquía confundieron la suspensión de los efectos que hace a la ejecutabilidad de las sentencias con la inmutabilidad propia de la cosa juzgada que recién adquirió el fallo condenatorio el 11 de abril de 2006 con la desestimación de la queja dispuesta por este Tribunal. 8°) Que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2402 entre muchos). 9°) Que el presente se adapta a uno de esos casos, pues la sentencia impugnada no garantizó el pleno ejercicio del derecho de defensa. En tales condiciones y sin abrir juicio sobre el fondo del asunto, resulta admisible la tacha de arbitrariedad que se apoya en las circunstancias señaladas, pues de este modo se verifica que la sentencia carece de argumentos serios y que los derechos constitucionales invocados guardan nexo directo e inmediato con lo resuelto, según lo exige el art. 15 de la ley 48.»*

Por su parte, las juezas Argibay y Highton De Nolasco -en disidencia- votaron por la inadmisibilidad del recurso por aplicación de lo dispuesto en el art. 280 CPCCN.

21. B. Proyecciones

La relevancia de este precedente se combina con los alcances del fallo «Gustavo García» (G. 2533. XLI del 18 de septiembre de 2007); ambos, junto a «Díaz» (Fallos, 327:4633), cierran definitivamente la cuestión respecto de la existencia de acción penal en la instancia de queja. De ello de deriva: a) la posibilidad de solicitar la prescripción de la acción aún cuando el justiciable haya interpuesto recurso de queja por ante la Corte Suprema y el mismo esté pendiente de resolución; b) la posibilidad de solicitar la exención de prisión en casos en que se exija al imputado -no detenido- que se presente a cumplir pena ante el rechazo del recurso extraordinario; c) en casos de imputados no notificados personalmente (en incumplimiento de lo establecido en el precedente «Dubrá») aún cuando ello haya sucedido hace más de 10 años y frente al pedido expreso de que sea revisada su condena, operaría de inmediato la prescripción de la acción por aplicación del plazo máximo previsto, d) se podría solicitar el cese de la prisión preventiva cuando se haya superado el límite de 2 años y medio, aun cuando la queja se encuentre en la propia instancia de Corte.

22) D. 183. XXXIX, «Recurso de Hecho deducido por Díaz, Daniel Alberto s/ Causa N° 45.687» (sentencia del 26 de octubre de 2004, publicada en Fallos, 327:4633)

22. A. Sentencia de la Corte

La Corte sostuvo que a la vista de que se encontrarían cumplidos los plazos de prescripción de la acción (atento a que la sentencia de Cámara databa del 26 de diciembre de 1997), y a que el instituto de la prescripción es de orden público, que debe declararse de oficio y que corre separadamente por cada delito, correspondía suspender el pronunciamiento a las resultas de lo que los jueces resolvieran sobre el particular.

22. B. Proyecciones

La sentencia mencionada fue dictada el día 26 de octubre de 2004, es decir, con anterioridad a la modificación sufrida por el art. 67 del CP a merced de la ley 25.990. Es uno de los primeros fallos de la Corte en su actual conformación y determina que el concepto de acción penal se extiende hasta el rechazo de la queja por recurso extraordinario denegado. Cabe aclarar que en el caso de «Gustavo García» ya citado, la Corte sostuvo explícitamente que el plazo de pervivencia de la acción penal se proyectaba hasta el momento predicho. Este instituto no sólo opera sobre la prescripción, sino que también debe hacerlo sobre la rebeldía en caso en los que se exige a la persona su detención ante el rechazo del recurso extraordinario.

23) R. 2157. XL, «RECURSO DE HECHO deducido por R.S.W.M. en los autos R.S.W.M. s/ recurso de queja» (sentencia del 4 de septiembre de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente para cumplir con el recaudo de la misma índole. No obstante, es preciso advertir que serán relevados sólo aquellos que se relacionen directamente con esta presentación, por entender que el remedio federal al que aspiro es de naturaleza eminentemente técnica.

A. Sentencia

Con fecha 15 de abril de 2003 el Tribunal Oral Nº 18 tuvo por probado que R.S.W.M. había abusado «*sexualmente de la menor P.P.S. cuando ésta tenía siete y ocho años de edad, lo que ocurrió en el período comprendido entre los meses de Mayo a Octubre de 2001... Que dicho abuso sexual se concretó al desnudar a la víctima, besarla en la boca y en el pecho, pasarle la lengua por la vagina, apoyarle el pene en la zona anal y hacerle tocar su miembro viril y eyacular en su presencia, todo ello mediante el aprovechamiento de la situación de convivencia, actos que se repitieron, a lo largo del lapso indicado, en diez oportunidades*» (fs. 298/vta.).

A fin de determinar el hecho descrito, y ante la ausencia de la presunta damnificada y de su madre a la audiencia de debate, el Tribunal descartó -por mayoría- la incorporación por lectura de los dichos vertidos en la instancia

precedente «*en razón de que el imputado no había podido ejercer el derecho que la Constitución Nacional le otorga respecto de interrogar o hacer interrogar testigos de cargo*» (fs. 292).

En esta inteligencia construyó su base imputativa únicamente en los dichos de testigos de oídas (la maestra de segundo grado de la niña, la psicóloga del hospital Elizalde y dos psicólogas del Cuerpo Médico Forense), al tiempo que desestimó la veracidad o plausibilidad de los relatos formulados por la madre, el padrastro y el propio imputado (conf. fs. 306vta.). En este aspecto consideró «absurdo» aceptar que la madre, la nena y Candy tuvieran relaciones lésbicas (fs. 307), y dudó acerca de la existencia de los actos masturbatorios de la niña (conf. fs. 307 donde se alude a que las referencias en tal sentido le *«parecen absurdas»*), del acoso sexual del que Rosales dijo ser víctima (fs. 307), de la referencia al «t*ío Ignacio y su supuesto hacerse chupar la boca y la lengua por parte de la niña*» (fs. 307vta.), así como de que exista la posibilidad de que si a un chico se le reitera muchas veces una determinada versión de algún suceso al final la va terminar repitiendo (fs. 307vta.), extremo que -vale aclararlo- en la jerga psicoanalítica se denomina «*iatrogenia por falsos recuerdos de abuso sexual*». Dijo finalmente que «*Estoy convencido, en definitiva, que pretendieron desprestigiar a la menor (…) Y que también quisieron hacerlo respecto de la madre relatando hechos falsos que permitieran sustentar que la denuncia la formuló por motivos innobles…*» (fs.307 vta.).

Así las cosas, resolvió -por mayoría- condenar a R.S.W.M. a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor del delito de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia (artículo 12, 29, inciso 3º, 40, 41, 45 y 119, primer párrafo y último apartado en función del inciso f) del Código Penal y 396, 398, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Corresponde señalar que las divergencias entre la mayoría y la minoría, se centraron en la calificación jurídica asignada a la conducta descripta y la consecuente graduación de la pena a imponer toda vez que el Dr. Chamot -quien había propiciado la incorporación por lectura de los dichos de la menor y de la madre- entendió que la plataforma fáctica probada permitía ser subsumida en las previsiones del art. 119 primer y segundo párrafo del Cód. Penal -agravada por «*su duración y circunstancias de realización*»- y calificada por situación de convivencia (inc. f de dicho artículo) por lo que estimó adecuada la imposición de una pena de diez años de prisión.

En sentido contrario, la mayoría del Tribunal se orientó hacia la subsunción de la conducta en el tipo básico de abuso (art. 119 primer párrafo) agravado por la situación de convivencia (inc. f) por lo que propició la imposición de una pena de seis años de prisión. Ello, en función de que la figura establecía un rango punitivo amplio que permitía al juzgador graduar la pena en función de la gravedad de la conducta probada; de que la deficitaria técnica legislativa afectaba la exigencia de legalidad así como por la manda constitucional respecto del principio de mínima intervención (conf. Voto de la Dra. Camiña fs. 312/vta.).

Por su parte, la Dra. Cárcamo destacó que «*la incomparecencia de la niña a la audiencia ha afectado a su respecto el principio de inmediación subyacente en el juicio oral, público, contradictorio y continuo como base de la sentencia, que es la culminación de nuestro procedimiento penal, por lo que se ha de ser sumamente cuidadoso en la valoración de la prueba reunida –situación que igualmente se hubiera planteado de haberse admitido la incorporación de sus dichos por lectura*» (del voto de la Dra. Cárcamo v. fs. 313). Asimismo, acentuó que si bien los dichos de la menor relevados por las profesionales tienen un efectivo contenido sexual, «*la prueba analizada no me resulta suficiente para tener por configurado el abuso sexual*

gravemente ultrajante tipificado en el párrafo segundo del mencionado artículo».

Sostuvo que la falta de asistencia de la niña a la audiencia con la debida intervención y contralor de las partes, ha impedido alcanzar «*la precisión acerca del modo y extensión temporal de algunos actos que le atribuyó a* R.S.W.M.*, incidiendo ello necesariamente en la apreciación y valoración de aquellos*» (fs. 313/vta.). Entre los hechos descriptos, seleccionó, a modo de ejemplo, la falta de prueba a fin de tener por fehacientemente probada la práctica del cunnilungus (conf. fs. 313 vta.) toda vez que la ambigüedad de los dichos hacen dudar entre su materialización o bien la presencia de un beso en la zona genital.

B. Recursos de Casación del fiscal y de la defensa

El recurso del Sr. Fiscal General (fs. 318/328vta.) se basó en los dos motivos previstos por el art. 456, del C.P.P.N. Por vía del inciso 1º se quejó por la errónea calificación seleccionada por el Tribunal al entender que la conducta debió haber sido subsumida en las previsiones del art. 119 párrafos 1º, 2º y 4º inciso f) del Código Penal al tratarse de un abuso sexual a una menor de trece años que por su duración y circunstancias de realización configuró un sometimiento sexual grave y ultrajante para la víctima. Manifestó su conformidad con el voto de la minoría al tiempo que estimó que la pena impuesta debió alcanzar los catorce años de prisión.

Por vía del segundo inciso, fundó su agravio en la no incorporación por lectura de los dichos de la menor y su madre al advertir que ambas se hallaban fuera del país y que ello contradijo las previsiones del art. 391 del C.P.P.N. Aquí también hizo suyos los argumentos vertidos por el Dr. Chamot. Finalmente, interpuso recurso de inconstitucionalidad (art. 474 CPPN) contra la decisión de las Dras. Camiña y Cárcamo.

A fs. 329/360vta. la Dra. Bouyssou, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal, interpuso recurso de casación.

Puntualizó la falta de respuesta a los planteos referidos a la virtual ausencia de elementos cargosos respecto del hecho y la autoría atribuida a su pupilo, fundamentalmente debido a la incomparecencia de la damnificada y su madre en el juicio oral.

En ese marco la Sra. Defensora destacó la contradictoria y aparente fundamentación de la sentencia toda vez que si bien el tribunal decidió, por mayoría, no incorporar por lectura las declaraciones testimoniales de la presunta damnificada y de su madre -citando la doctrina del fallo «Abasto» de la Sala I de esta Cámara, el voto del Dr. García en el fallo «Zamora Vega» y precedentes del Tribunal Europeo-, reconstruyó la imputación mediante los dichos que las ausentes habían manifestado ante peritos, de suerte que ningún testigo directo de cargo declaró durante el debate.

Señaló que el tribunal sólo accedió a dictámenes médicos y dichos de oídas y que la construcción de una plataforma fáctica con recortes de testimonios indirectos desvirtuaba cualquier pretenso estado de certeza.

De esta forma denunció la vulneración del derecho a la igualdad, a la defensa en juicio (hizo un detalle de los cuestionamientos que hubiese formulado), al debido proceso, y al principio de inmediación que garantiza el derecho del imputado de controlar la prueba de cargo.

Asimismo señaló que los miembros del tribunal no pudieron tener una impresión personal sobre las exposiciones, credibilidad o verosimilitud de las testigos, aprehendida en forma directa por ellos y que la decisión jurisdiccional

sobre el valor convictivo del testimonio, de la existencia del hecho y eventual autoría reposó únicamente en torno a aquello que la menor le habría dicho a testigos y peritos y al criterio y conclusiones de éstos. Agregó que si el juez no conoce al presunto damnificado, ni accede a su versión de los hechos, su análisis del peritaje practicado resulta necesariamente parcial, limitado e incompleto, además de violatorio de las reglas de la sana crítica.

También indicó que la Constitución Nacional prevé que la verificación acerca de si un hecho es cierto o no, en el marco de una causa judicial, sólo puede ser establecido por los jueces y no por lo que pudo haberle parecido cierto a determinados profesionales, por más expertos que pudieran ser, por cuanto carecen de la capacitación, de las atribuciones, de la competencia y de la jurisdicción, que la Ley Fundamental sólo reserva a los Magistrados del Poder Judicial.

Sostuvo, en consecuencia, que debió absolverse a su pupilo por no haber sostenido la imputación, por falta de prueba, y por aplicación del art. 3 del CPPN. Destacó en este orden que la incomparecencia de las testigos al juicio no podía ser entendida como una mera ausencia, sino que abría sobradas dudas sobre la de por sí escasa verosimilitud de sus dichos.

Enfatizó el hecho de que aunque no fue admitida en juicio la incorporación por lectura de la declaración escrita de la presunta damnificada, se la relevó a través de los peritajes, extremo que necesariamente afectaba las conclusiones de estos últimos, en tanto se encuentran conformados por prueba no admitida en juicio. Que aunque las testigos no se hubieran pronunciado falsamente, ello no obstaba a que la niña y su madre sí pudieran haberlo hecho. Que, agravando aún más el cuadro, se soslayó el hecho de que al brindar su relato frente a las peritos la damnificada no fue informada de su obligación de decir la verdad y de la importancia del acto (art. 240 del CPPN), carga que sí se verifica al prestar declaración ante un juez.

Por otra parte expresó que a partir de determinado pasaje del decisorio impugnado se comenzó a hacer referencia a lo dicho o relatado por la niña, pese a que su declaración no pudo incorporarse por lectura precisamente en virtud de los reparos constitucionales emergentes de su falta de comparecencia a juicio.

Enfatizó que no existe certeza de que la persona a la que se refirió la víctima como el «primo» y R.S.W.M. sea el imputado, cuyo primer nombre es w..

Cuestionó que se descartaran en forma arbitraria los descargos de la defensa pese a que ni el justiciable ni sus padres faltaron a la verdad o exageraron sus exposiciones. De hecho, sostuvo, se vulneraron las reglas de la lógica en el decisorio al meritar la rigidez moral de la familia del procesado, pues ella se evaluó en su contra, violándose la máxima del art. 3 del CPPN.

Se explayó la defensa, además, sobre las siguientes circunstancias reseñadas en la sentencia: si la madre de la menor veía películas eróticas, dónde se cambiaba ella de ropa; si acosaba sexualmente al aquí imputado y si el padre de ésta estaba al tanto; si la niña tenía conocimientos sexuales y si realizó actos masturbatorios; si el resto de los habitantes del inmueble escucharon los gritos que la niña dijo proferir; la diferencia de cultura imperante; los motivos por los que no se presentó al debate la denunciante y por qué se encontraba angustiada.

Postuló asimismo la nulidad de la sentencia en los términos del art. 404, inc. 3º) del CPPN por la falta de precisión en la descripción de los hechos endilgados, pues no se indicó en qué consistieron concretamente; agregó que no estaba debidamente fundado que los sucesos tenidos por ciertos se repitieron en el período comprendido entre mayo y octubre de 2001, en diez oportunidades. Asimismo, se apreció la

contradicción en el peritaje psicológico efectuado por la doctora Elena Chicatto pues, por un lado, hizo referencia a que el causante presenta «*sexualidad que no tiene barreras represivas adecuadas por falta de simbolización*», y por el otro, que «*esto no lleva a una labilidad conductual ya que posee suficiente inteligencia, psiquismo estructurado y criterio de realidad conservado, por lo que nada atenúa su posibilidad de control*». Supletoriamente solicitó que se considere su accionar comprendido en la causal prevista en el art. 34 inc. 1 del C.P. y que se reduzca la pena al mínimo legal previsto para el delito de abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia (art. 119, primer párrafo, y último apartado, en función del inc. f), del CP). Solicitó tal rebaja por considerar que no estaba debidamente fundamentado que los sucesos atribuidos se hubieran reiterado y menos aún que hubieran ocurrido en diez oportunidades; y, además, en la juventud del causante, su condición de estudiante, el buen concepto que ha merecido de vecinos que tuvo en el domicilio en que vivía, la rígida educación recibida, los limitados recursos económicos de su familia, el haber convivido en un ámbito de promiscuidad, el muy buen informe socioambiental que registra, y su falta de antecedentes; todo lo cual llevaría a imponerle el mínimo legal que debería ser dejado en suspenso (art. 26 del C.P.).

Con fecha 22 de mayo de 2003 el Tribunal Oral resolvió declarar inadmisibles el recurso de casación deducido por la Defensa así como el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Sr. Fiscal General y declarar admisible el recurso de casación planteado por el este último. (fs. 363).

El recurso fiscal fue mantenido en la sede casatoria (fs. 370/vta.), en tanto que la defensa recurrió en queja ante la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 437/476), que resolvió declarar mal denegado el recurso respectivo (fs. 479/82).

A los 23 días del mes de septiembre de 2004 (fs. 519/26 vta.) la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, hacer lugar al recurso interpuesto por el Sr. Fiscal y consecuentemente casar parcialmente la sentencia y condenar a R.S.W.M. como autor del delito de abuso sexual agravado por haber configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante, calificado por el aprovechamiento de la convivencia con la víctima, a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (art. 12, 29, inciso 3º, 40, 41, 45 y 119, párrafos primero, segundo y cuarto, inciso f), del Código Penal, y 530 y 531 del C.P.P.N.).

El Sr. Juez Gustavo M. Hornos respondió a los reproches defensivos puntualizando que «*el Tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de la prueba que han de fundar su convencimiento y en la determinación de los hechos que con ella se demuestre, puesto que el valor de aquellas no está fijado ni predeterminado, correspondiendo a su propia apreciación evaluarlas, sin que tenga que justificar por que le da mayor mérito a una prueba que a otra (…).*» (fs. 522vta.). Entendió que la sentencia encuentra fundamento en numerosas pruebas válidamente incorporadas y que eran ajenas a la declaración de la menor y su progenitora. Y explicitó que la repetición de sucesos encuentra fundamento en «*los testimonios de la Médica Forense que encuentra corroboración suficiente en los dichos de la psicóloga GILERA*» (fs. 522 vta.).

Asimismo consideró que la tacha de arbitrariedad respecto de la falta de elementos cargosos que pudieran determinar el hecho y la autoría, y respecto de la valoración e incorporación de los dichos de testigos indirectos «*no demuestra la existencia de un concreto quiebre lógico en el desarrollo de la sentencia (...). La vía del recurso de casación no puede provocar un nuevo examen crítico de los elementos que dan base a la sentencia. Queda excluido de él todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los*

hechos. La casación no es una segunda instancia y no está en la esfera de sus poderes revalorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal (…).» (fs. 522vta/3).

Tampoco prosperó el planteo de nulidad porque la motivación del sentenciante «*luce como una derivación razonada del derecho vigente aplicado a los hechos de la causa, esta, en cuanto acto procesal, no deviene nula y por ende no atacable por la vía casatoria*» (fs. 523).

En esta inteligencia, descartó la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, suprimió el valor contradictorio a las conclusiones del peritaje de la Dra. Chicato, e impidió cualquier planteo respecto del monto de la pena, por considerarlo materia propia de los jueces de mérito.

En cuento a los agravios postulados por el Sr. Fiscal, el Dr. Hornos dijo que «*la ley 25.087 modificatoria del Código Penal ha traído entre sus innovaciones la figura agravada del abuso sexual cometido mediante sometimiento gravemente ultrajante. La cualidad requerida por el tipo penal ha generado problemas interpretativos debido a la vaguedad de sus términos, tanto en nuestra jurisprudencia y doctrina como en el derecho Español, fuente del presente artículo (…). La exégesis que el análisis de la agravante exige ha de dirigirse a las circunstancias que por su intensidad vejatoria o prolongación resulte un mayor perjuicio para quien las ha padecido. Así, puede afirmarse que las conductas gravemente ultrajantes son los actos que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí (…). De la lectura, de lo hasta aquí expuesto entiendo, aún siguiendo los standares del voto de la mayoría, que se ha configurado en el caso los requisitos exigidos por la ley penal para aplicar la agravante del segundo párrafo del artículo 119 del C.P.*» (fs. 524/vta.).

Reparó puntualmente en la forma en la que la madre se anotició de lo sucedido, en las «*huellas indelebles en la psiquis de la víctima, más allá de los daños físicos que dejan esos acontecimientos*» (fs. 524vta), y en la imposibilidad de descartar «*que la menor hubiera sido objeto de penetración, destacando que el orificio vagina de la menor es anormalmente grande para su edad, lo que de todos modos no es determinante para decir que ello corresponde con una introducción peneada. Sin perjuicio de ello señaló también, que no se visualizaron grandes desgarros en el himen pero si una irregularidad en su hora cinco que puede corresponderse con la introducción de objetos extraños, dedos u otro objeto que pudiera haber lastimado el orificio de la menor*» (fs. 524vta.). Adunó a lo dicho, la modalidad reiterada, y el contexto de los demás hechos acreditados.

A fin de graduar a pena, tuvo en cuenta los parámetros fijados por el Dr. Chamot e impuso la pena de 10 años de prisión.

La Dra. Ana María Capolupo de Durañona y Vedia dijo adherir al voto precedente. En tanto que la Dra. Amelia Lydia Berraz de Vidal sin bien compartió el criterio asumido, graduó la pena en base a otras pautas mensurativas. Discrepó «*en orden al quantum de pena privativa de libertad a imponer al justiciable, la que estima debe ajustarse al monto mínimo de ocho años de prisión*» (fs. 526).

C. Recurso extraordinario

Contra esta resolución R.S.W.M. interpuso recurso extraordinario en forma pauperis (fs. 529), que fue fundado por la Dra. Pollastri a fs. 534/546.

Entendió que la resolución «*habrá de ser atacada por arbitrariedad, toda vez*

que el Tribunal omite la consideración de cuestiones conducentes a la solución del pleito» (fs. 541vta.). Asimismo, manifestó que «*la resolución atacada conlleva una cuestión federal pura. Toda vez, que se ha fijado una condena violándose el derecho de defensa, el debido proceso y los pactos internacionales que establecen el derecho de las partes a interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia a tribunal de todas las partes que puedan arrojar luz sobre los hechos*» (541vta.).

Señaló que si bien resultaba oportuno el tilde de arbitrariedad endilgado al Tribunal de mérito por no haber dado tratamiento explícito a los esquemas defensistas planteados, ello se tornó aún más gravoso en la instancia casatoria, donde la descalificación vino de la mano de alegar que la instancia intermedia no era plena y no podía valorar cuestiones de hecho y prueba. En este aspecto la defensa señaló, «*Y tan arbitraria resulta la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal al rechazar el recurso con el argumento de que las propuestas son cuestiones de hecho y prueba que no corresponden tratarse en Casación que es el mismo Tribunal el que a los pocos días de dictar la misma se expide en sentido totalmente contrario y decide que corresponde a la Casación el examen de esas cuestiones que antes sostenía no debía entrar a considerar*» (fs. 543vta.).

Estas consideraciones condicionaban la resolución final de una causa a cuya conclusión se arribó sin la presencia de ningún testigo directo, tanto que el Tribunal de mérito a la hora de calificar la conducta descripta postuló las dudas que le impedían arribar a una sentencia más gravosa. En estas condiciones entendió que la pena impuesta implicaba -al decir de Roxin- una «*pena por sospecha*» (fs. 544)

Al receptar el recurso fiscal «*incurre en una nueva arbitrariedad» toda vez que la falta de definición fáctica que sufría la imputación del tipo básico, se conjuga dramáticamente frente a una figura que «despierta serias críticas y numerosos problemas en la jurisprudencia, por la vaguedad de ambos términos y por la imprecisión consistente en no poder determinar cuál es la correcta de las combinaciones que pueden hacerse de las características definitorias del tipo penal, y que si para algunos lo gravemente ultrajante son los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí, entendiendo que si el Tribunal Oral, quien fue que tuvo la apreciación directa de las escasas pruebas que sirvieron de base a la sentencia, entendieron que el hecho se tipificaba en la figura de abuso simple, mal puede el Tribunal de Casación que no tiene la posibilidad de la inmediatez modificar a su arbitrio la calificación del 'a quo', más aún en una figura como la que tratamos, de tipo abierto y términos imprecisos que no permiten adecuar la conducta a un tipo cuyos elementos se encuentren preestablecidos con total certeza*» (fs. 545).

De lo expuesto desprendió la violación al art. 3 del CPPN y a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales.

Con fecha 26 de noviembre de 2004 la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar inadmisible el recurso extraordinario interpuesto.

Sostuvo al efecto: «*III. Que el recurso extraordinario incoado no puede prosperar, por cuanto se encuentra ausente, en el caso, la indispensable materia federal que ventilar ante el máximo Tribunal. En efecto, el remedio casatorio articulado por la defensa ha obtenido tratamiento y respuesta en esta instancia con base en el derecho común y el procesal que rigen las actuaciones, materia que, por principio, no puede suscitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía contemplada en el art. 14 de la ley 48. Por otra parte, si bien ha invocado la defensa la arbitrariedad de lo decidido para dar respaldo a su impugnación, es sabido que no basta con alegar la existencia de*

ella para despejar el camino hacia los estrados de la Corte Federal, sino que es menester intentar demostrar su existencia con miras a rebatir los argumentos que constituyen la fundamentación de la sentencia en crisis, exponiendo a la luz el error que se le atribuye y que se aspira sea corregido por el máximo Tribunal. Adviértase que la postura defensista consiste, en esencia, en insistir con que se ha concluido en la condena del imputado sin contarse con el testimonio de la menor víctima y de su madre. Sin embargo, en el fallo en crisis se han puntualizado las probanzas en las que se ha apoyado -sin arbitrariedad- el pronunciamiento de la anterior instancia, sin que se configure una ausencia de fundamentación de aquél con motivo de carecerse de aquellos testimonios. Sentado lo anterior, tampoco puede prosperar el embate de la defensa a raíz de haberse hecho lugar al recurso casatorio del Ministerio Público Fiscal, por cuanto los agravios de la impugnante no hacen sino reflejar su disconformidad con lo decidido, pero no consiguen explicar el yerro de la decisión que habilite la senda recursiva estatuida por el art. 14 de la ley 48» (fs. 550vta./551).

V. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

V.1. Critica a la denegatoria

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable. Es que, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, la invocación de la pretoriana causal de arbitrariedad de sentencias resultaba idónea *per se* para lograr la avocación del máximo Tribunal. La sistemática violación a la garantía del debido proceso (art. 18 CN; inc. 22 del art. 75 CN; art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); al principio de legalidad formal (art. 18 y 19 CN; inc. 22 del art. 75 CN, en los art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); al principio de inocencia (art. 18 CN, inc. 22 del art. 75 CN, art. XXI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); así como a la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CN), al principio de culpabilidad (art. 19 CN) y de proporcionalidad, dan cuenta del estado crítico en el que se arribó a una conclusión pretendidamente certera y portadora de verdad material.

Los sustanciosos argumentos vertidos por la defensa precedente parecen divergir de la mera «*disconformidad con lo decidido*» o de la hueca «*insistencia*» respecto de la necesidad del testimonio de la víctima y la madre a fin de arribar a una resolución condenatoria.

Recordemos que la expresión «*sentencia arbitraria*», tal como la entiende V.E., está relacionada «1*) Con el art. 17, en cuanto establece que ningún habitante puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley; y 2) con el art. 18 en cuanto declara que ningún habitante puede ser juzgado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y, tras establecer algunas inmunidades específicas, consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la personal y de los derechos*» (Carrió, Genaro; Carrió, Alejandro; «*El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema I*», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pag. 45/6). Ello es así por cuanto ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido

proceso legal. Tanto, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que «*a) el derecho al debido proceso es fundamental en todo Estado de Derecho, (…); b) el derecho a ser oído es una garantía esencial de la defensa y del debido proceso; c) el ejercicio de la defensa constituye un derecho fundamental y una garantía esencial de protección de las personas contra la arbitrariedad y el abuso del poder y comprende una serie de aspectos que permiten calificar como 'debido proceso' al procedimiento por el cual se afecta el derecho de una persona*» (alegato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala -sentencia de 20 de junio de 2005).

La presente crítica se apoya en la viabilidad de los agravios presentados a la luz de los principios constitucionales involucrados, los que lejos de ser receptados motivaron la reiteración de malogrados argumentos casatorios, construidos «*sin arbitrariedad*».

Sin embargo, las sentencias son arbitrarias cuando legitiman un proceso que transgredió fronteras infranqueables en materia de derechos y garantías. «*Los derechos y garantías que integran el debido proceso -jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación- son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluído el control por parte de un órgano superior. La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular.* ***Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que «el fin justifica los medios» y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: «la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado»; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla. Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso -con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable- se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible -y además inevitable- someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían».*** (Del voto concurrente del Dr. García Ramírez en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999, el destacado me pertenece).

Consecuentemente, corresponde señalar cuáles fueron los derechos vulnerados en el trámite del expediente para luego apreciar la ilegitimidad de la sentencia en crisis.

Veamos, la sentencia casatoria combinó dos irregularidades que afectaron fuertemente al proceso: la construcción fáctica en base a testigos de oídas y la violación al principio de la estricta legalidad que impone un criterio interpretativo

favorable al reo en caso de duda.

La primera de ellas remite a la violación al derecho de todo imputado de interrogar a los testigos (art. 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14.3.e del PIDCP, y art. 6.3.d del Convenio Europeo, cuyas normas son virtualmente equivalentes). El hecho de que la plataforma fáctica haya sido construida únicamente sobre la base de los testimonios brindados por profesionales de la salud y la maestra que, en su oportunidad, entrevistaron y oyeron a P.P.S. y a su madre, aunado al hecho de que ni la niña, ni su madre asistieron a la audiencia (ausencia que, como señalara la Dra. Bouyssou, trasciende la problemática constitucional para sembrar nuevas sospechas sobre la verosimilitud de la imputación toda), así como a la circunstancia de que las declaraciones que estas brindaron en sede instructora no fueron incorporadas por lectura y que las pericias realizadas sobre el cuerpo de la menor arrojaban resultados ambiguos, tornó al testimonio de oídas en el único elemento fundante de la sanción penal.

El debate constitucional se traba en torno a aceptar sin reparos los testimonios de oídas o bien exigir la comparecencia del testigo principal a fin de que sus dichos puedan ser controvertidos en una audiencia pública. Esta materia ha sido objeto de estudio tanto en el ámbito doméstico como en el internacional toda vez que compromete el derecho a la inmediación, al contradictorio y a la igualdad de armas, componentes esenciales del debido proceso.

Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que «*1. Toda prueba debe normalmente ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado, y en vistas a la argumentación adversarial. Hay excepciones a este principio, pero no deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior* (...). *2. En determinados casos, los principios del fair trial requieren que el interés de la defensa sea puesto en balance con los de los testigos citados a testificar, en particular cuando están en riesgo la vida, libertad o seguridad de la persona, o intereses que generalmente caen en el marco del Artículo 8 de la Convención* (...). *3. Sin embargo, sólo son permisibles bajo el Artículo 6 las medidas que restringen los derechos de la defensa que sean estrictamente necesarias. Más aún, a fin de asegurar que el acusado reciba un juicio equitativo, cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación de sus derechos debe ser suficientemente compensada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales* (...). *4. Cuando una condena está basada únicamente o en un grado decisivo sobre deposiciones que han sido hechas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar, sea durante la investigación o en el juicio, los derechos de la defensa están restringidos a un punto que es incompatible con las garantías provistas por el Artículo 6* (...)*».* A pesar de las diversas probanzas aportadas por terceros, el Tribunal entendió que *«30.* (...) *la información dada por la niña era la única prueba directa del delito en cuestión y los tribunales domésticos basaron sus conclusiones sobre la culpabilidad del peticionario de modo decisivo, en las declaraciones de S.* (...). *5. En las presentes circunstancias, el uso de esta prueba involucró tales limitaciones a los derechos de la defensa que no puede decirse que el peticionario haya recibido un juicio equitativo» (*Caso «P.S. v. Alemania», resuelto el 20 de diciembre de 2001, www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm).

La importancia de este fallo, más allá del valor interpretativo que V.E. le asignó a las sentencias del Tribunal Europeo (conf. Fallos:318:2348; 319: 2557; 322: 1941), radica en la similitud con los presupuestos fácticos trabajados en el presente

expediente. Se trataba de una niña de ocho años, que su madre no había querido que declare en juicio y que basó su sentencia en los dichos de policías y peritos.

Con idéntico criterio se han pronunciado en el ámbito interno numerosas sentencias que han restado total trascendencia probatoria al testimonio de oídas (ver C. Apel. Comodoro Rivadavia, sala I, «Díaz, Jorge Antonio c. Astrafo S.A.I.C.» del 05/06/2000, Lexis Nexis, doc. 15.9204 y la copiosa jurisprudencia citada por Jorge L. Kielmanovich, «Teoría de la prueba y medios probatorios», Abeledo-Perrot, 1996, ps. 259/261), en tanto que otros, aún cuando lo admitiesen, advierten acerca del cuidado que involucra su utilización.

Este es el caso del Tribunal Superior de Tierra del Fuego, el que entendió que «*6. Las normas que rigen el proceso penal consagran la más amplia libertad probatoria. Por ello, este elemento bien puede ser ponderado por el sentenciante, aunque es indudable que la circunstancia antes descripta le hace perder gran parte de su fuerza probatoria. Así lo indica Devis Echandía, quien pone de resalto su «escaso mérito probatorio» y su carácter de «elemento complementario» dentro de un cuadro probatorio determinado (Hernando Devis Echandía, «Compendio de la prueba judicial», t. II, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 30, parág. 183). Jauchen explica que en cuanto al hecho investigado, «... el de oídas no es propiamente una prueba; es sólo prueba de la prueba de los hechos», cuyo valor es siempre débil, como desprovisto de las garantías judiciales (Jauchen, ob. cit., p. 289, con cita de Framarino de Malatesta, «Lógica de las pruebas en materia criminal»). Agrega el autor que en el proceso estadounidense existen limitaciones muy severas en cuanto a la admisibilidad del testimonio acerca de lo que el testigo escuchó decir a un tercero (con cita de Alejandro Carrió, «El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos»)* (...). *De esta forma, el valor probatorio de la declaración de* (...) *es relativo ya que no se trata de un testigo que ha percibido sensorialmente en forma directa el hecho que interesa en el proceso* (...) *aun cuando el testigo de oídas nos merezca la mayor credibilidad, el valor probatorio de su declaración posee «per se» una limitación insalvable: su conocimiento indirecto del hecho ilícito objeto de la litis. Lo expuesto no debe entenderse como la anulación del testimonio de oídas como prueba de cargo; antes bien, debe ser evaluado con las limitaciones que por su propia naturaleza posee (elemento indirecto de prueba), surgiendo su efectivo valor probatorio -en cada caso en particular- de su ponderación conjunta con los restantes elementos incorporados al proceso*» (Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; 14/04/2004; «Farías, José E.»; en LL Patagonia 2004, octubre, pág. 621).

Así también lo reafirma la doctrina. Devis Echandía refiere que «*en doctrina se ha discutido acerca de la admisibilidad de esta clase de testimonios y sobre su conveniencia. Sabemos que uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se tratará de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riegos de conducir a conclusiones equivocadas. Desde este punto de vista, los testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda buena prueba* (...). *Como muy bien lo dice Giovanni Brichetti, 'la prueba no original, es decir, la prueba de otra prueba, presenta una doble posibilidad inherente a sí misma, y aquella inherente a la prueba original que contiene'; cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye la fuerza o eficacia de la prueba*». (Echandia, Hernando Devis; «Teoría General de la Prueba Judicial»; Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1981, pág. 76).

Por su parte, Roxin ha manifestado que «*si bien no se puede derivar razonadamente la inadmisibilidad de la prueba de oídas* (...), *el BGH y el BVerFG*

hacen hincapié en que una declaración semejante, debido a su escaso valor probatorio, normalmente necesita ser confirmada por otros puntos de vista importantes, si se pretende basar la sentencia en ella. Además, independientemente de esa problemática particular, las declaraciones de los 'testigos de oídas' siempre deben ser examinadas con especial cuidado (...). *Para ello no es suficiente invocar las declaraciones de otras personas que tampoco deponen en el juicio oral* (...). *No obstante, en contraposición con la jurisprudencia del BGH* (...) *y del BVerfG* (...), *la doctrina jurídica deriva del derecho a ser oído conforma a la ley, art. 103,* (...) *y el principio del fair trial, con frecuencia, a total inadmisibilidad de la producción de pruebas con ayuda de testigos de oídas* (...); *en parte, se sostiene también la existencia de una lesión al 261 (totalidad del juicio), debido a que se trataría de una valoración inadmisible de una declaración de una persona ausente»* (Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal,* Ed. Del Puerto, Buenos Aries, 2000, pag. 403).

Asimismo, vale señalar que *«en cualquier caso, el interrogatorio del 'testigo de oídas' es inadmisible cuando es contrario a la voluntad del acusado y cuando se trata de introducir en el juicio oral, a través del testigo indirecto, las declaraciones de un informante excluido de forma abusiva por las autoridades»* (Roxin, Claus, ob. cit, pag. cit).

Estas y otras referencias son las que convergen a fin de descartar el razonamiento del sentenciante toda vez que si los testimonios de oídas sólo pueden valorarse como prueba indiciaria, el contexto cargoso no alcanzaba para tener por acreditado el hecho imputado.

El Tribunal intentó defender sus bases de apoyo alegando que las testigos de oídas «*declararon en el debate con seguridad, precisión, detalle y cohesión no existiendo ningún indicio* (...) *que permita pensar que declararon del modo en que lo hicieron guiadas por algún sentimiento negativo que guardaran en contra del procesado, al que ni siquiera conocían* (...). *Nada autoriza entonces a pensar que puedan haber faltado a la verdad o haberla deformado en punto a lo que la damnificada les contó a cada una de ellas* (...) *No paso por alto que las integrantes del Cuerpo Médico Forense tuvieron al momento de realizar sus estudio, fotocopias de las declaraciones prestadas en la causa* (...). *De todos modos estoy convencido que ello permite pensar que pudieron haberse dejado influir por tales constancias al momento de dejar asentado lo que la víctima les relató a cada una de ellas, ya que ello significaría poner en duda, sin ningún motivo puntual, la profesionalidad con la que actuaron. Por otro lado lo que la niña dijo que pasó fue aceptado como cierto por tres profesionales, dos de ellas psicólogas, una experta en abuso infantil del Hospital Elizalde y otra del Cuerpo Médico Forense»* (fs. 305/6.).

Sin embargo ello no empece a que el alcance de su testimonio debe ser cuidadosamente valuado por el tenor mediato que lo rige y por las sucesivas interpretaciones abrigadas en su derredor.

Lo grave, en cualquier caso es que este orden de cuestiones, pese a su ineludible gravitación en clave constitucional, haya sido sistemáticamente eludido tanto por los sentenciantes como por la instancia jurisdiccional intermedia.

Esta irregularidad, más allá del valor intrínseco que se denuncia, conlleva la falta de acreditación del hecho y su autoría.

Debemos recordar que el Tribunal de Mérito, a la hora de calificar el hecho imputado fue celoso en sus apreciaciones a fin de no recaer en nuevas violaciones constitucionales, cuidado que la sentencia de Cámara echó por tierra.

Efectivamente, lejos operar como organismo de contralor de los derechos reclamados, la Sala Casatoria dio viabilidad al recurso fiscal, agravó la conducta

calificada y aumentó el monto de pena imponible.

En este contexto es la misma potestad fiscal de recurrir la sentencia la que entra en crisis debido a que «*si el derecho del imputado a recurrir la condenación es, como evidentemente resulta, una manifestación de su derecho de defensa (derecho a defenderse otra vez después de la sentencia pero antes de que quede firme), entonces dado que ese derecho, en sentido estricto procesal penal, sólo pertenece al imputado (único amparado para resistir la acusación exitosa, una vez más, ante un segundo grado de jurisdicción, pues el derecho de defensa se encarna precisamente en ese poder de resistencia y sería absurdo considerar que el Estado, a través de la fiscalía, se defiende de sí mismo) sólo a él corresponde, como garantía de ese derecho que el fiscal no tiene, la posibilidad de impugnar la sentencia*» (Pastor, Daniel; «*La nueva imagen de la Casación Penal. Evolución histórica, y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*», Ed. Ad Hoc, 2001, Buenos Aires, p.134).

En este aspecto vale recordar que V.E. a la hora de evaluar el tope fijado por el art. 459 inc. 2 del C.P.P.N. manifestó que «*las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes*» (Fallos:320:2145). En igual sentido consideró que «*cuando la Convención Americana se refiere a los derechos que 'toda persona inculpada tiene' (art. 2°, parte inicial), es obvio que 'persona' es todo ser humano. Por último, indicó que en el caso la diferencia establecida a favor del imputado debía entenderse como que ha sido voluntad del constituyente rodear a este sujeto de las mayores garantías, sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento*» (Carrió, Alejandro; «Garantías constitucionales en el proceso penal»; Ed. Hammurabi; Pág. 74)

Lo cierto, incluso a despecho de este recurso al infinito al que conduce el reconocimiento de legitimación impugnativa a favor del Estado y en contra del sometido a proceso es que la sentencia dictada en la instancia jurisdiccional intermedia resulta cuestionable por haber conjugado los extremos menos favorables al imputado a fin de definir la calificación y graduar la pena.

La gravedad de esta cuestión se advierte tan pronto se repara en que todos los contenidos críticos de la defensa fueron a parar al cajón de sastre de las cuestiones de hecho y prueba, en tanto que objeciones de idéntico tenor (aunque mucho menos exhaustivas, por cierto) de la fiscalía no solo fueron bienvenidas sino que dieron oportunidad a que se produjera un agravamiento inusitado del reproche originario, que, merced al esquema de competencias vigente, solo podría encontrar remedio en el acotado margen del art. 14 de la ley 48.

Buena prueba del inequitativo tratamiento dado a las pretensiones de las partes es que se descartaron graves objeciones que obstaban a la legitimidad de la condena por el simple trámite de invocar supuestos terrenos insondables mientras que, en paralelo, se recibía con beneplácito una circunstancia agravante del 119, pese a las severas críticas suscitadas en torno a su descripción, por no se adecuarse a las pautas de legalidad. En el caso, se violó el Art. 18 y 19 CN y su contracara, la prohibición de analogía, así como el principio de inocencia (Art. 11, inc. 1 DUDH) y su derivado el *in dubio pro reo* (Art. 8, 2 CADH; Art. 14, 2 del PIDCP).

El último principio señalado postula que únicamente la certeza podría destruir el estado de inocencia del que goza todo ciudadano, lo que en la materia que nos convoca implicaría una «*interpretación favorable al reo*», entendida como interpretación restrictiva. Ello por cuanto «*se trata de coerción estatal ...(y,*

consecuentemente se) pretende limitar el poder penal del Estado, conforme al sentido del Estado de Derecho ('un resguardo más de la libertad individual' – Núñez, Derecho Penal Argentino, T. 1, p. 208) exigiendo la interpretación restrictiva de la norma que regula las condiciones bajo las cuales corresponde reaccionar penalmente (in dubio mitius): frente a dos posibilidades interpretativas, obtenibles por métodos distintos (interpretación literal o sistemática, etc) o por diferentes definiciones válidas de las palabras de la ley (semántica), elegir la menos gravosa para el imputado (porque coloca al hecho fuera de la reacción penal o lo privilegia respecto de la pena aplicable o, simplemente, de las características de su ejecución» (MAIER, Julio B.; «Derecho Procesal Penal», Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 501/3).

Y en este punto es de destacar la particular relevancia de la relación existente entre los medios interpretativos de la ley y el principio de legalidad. Así es el principio de legalidad el que decide sobre la legitimación de los métodos de interpretación, pues «*la garantía constitucional debe primar sobre los métodos de interpretación, porque éstos son sólo un medio para llevar a cabo la garantía y no para dar contenido al principio de legalidad*» (BACIGALUPO, Enrique, «Principios Constitucionales de Derecho Penal», Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 92).

De lo dicho se deduce que ante la duda fáctica y teórica los Tribunales estaban forzados a inclinarse por la opción más favorable, lo que implica en un caso su desincriminación, y en el otro la subsunción de la conducta a un tipo menos lesivo. «L*egalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art.1 CN). Esta garantía debe interpretarse de buena fe, o sea, que no puede invertirse en beneficio de la arbitrariedad*» (ZAFFARONI, Raúl, y otros, «Derecho Penal, Parte General», Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p.105).

En el mismo sentido se sostiene que «*El principio de legalidad nos ha remitido al principio de razonabilidad. ¿qué significa esto? que para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. A este contenido de justicia lo llamamos razonabilidad. Su opuesto es la arbitrariedad. Lo que es arbitrario es inconstitucional.*» (BIDART CAMPOS, Germán, «Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino», T. 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 358/9).

Demostrada la duda tal como lo reconocen los Jueces de los Tribunales intervinientes respecto de los alcances de la imputación, sólo resta estarse a la más favorable al reo, lo que junto con el contexto cargoso desdibujado no puede más que implicar ya sea la absolución, ya la imputación por abuso simple, opción esta última postulada por la mayoría del tribunal de merito. Lo contrario importa una inadmisible violación a los principios referidos anteriormente.

V.E. ha manifestado que importan violación de la esencia del orden constitucional, cuyo primer enunciado es afianzar la justicia (CSJN Fallos, 289:107), aquellos fallos que no significan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (CSJN Fallos, 291:382; 292:254; 293:176; 303:120; 303:434; 306: 707), entre otros.

Ello es así porque «*la arbitrariedad, se revela como la manifestación irregular de las funciones del órgano judicial, vulnerando los principios de un correcto juicio, como lo entiende la Constitución cuando hace la referencia en su artículo 18. No hay una sola especie de arbitrariedad aunque todas ellas implican una aberración jurídica: 'se sintetiza por la deformación o alteración que hace el juez al dictar sentencia, sea por su labor cognoscitiva o en su juicio de razón. Es siempre un vicio que proviene del órgano juez, sea individual o colectivo.»* (FIORINI, Bartolomé;

«Sentencias Arbitrarias y sentencias inconstitucionales», La Ley, T.88, p. 921).

Para completar el cuadro gravoso no puedo dejar de enfatizar la violación al derecho al recurso, la defectuosa determinación de la pena así como la falta de aviso al Cónsul de Bolivia, ante la detención de un nacional.

Tal como lo señaló la defensa preactuante, la Sala Casatoria fundó la falta de tratamiento de cuestiones inherentes a la defensa material de R.S.W.M. en el hecho de que se trataban de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la instancia casatoria. Esta afirmación, no sólo puso en crisis la vigencia misma de la garantía de revisión del fallo condenatorio (Arts. 8, 2 «h» CADH y 14.5 PIDCP) sino que desconoció el señero fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «*Herrera Ulloa»*, sentencia del 2 de julio de 2004, así como de los principios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Juan Carlos Abella (N° 11137, del 18 de noviembre de 1997). Es más, la misma Sala que el día 23 de septiembre de 2004 postuló los principios aquí criticados, reconoció el día 15 de octubre del ese mismo año la aplicación de un criterio amplio en el fallo *«López, Fernando Daniel s/ recurso de queja»,* Resolución N° 6134.4; registro N° 4807).

En estas circunstancias no sólo se violó el derecho referido sino que se afectó el derecho a la igualdad (art. 16 C), al no receptar los agravios que se motivaron en el propio cambio de criterio del mismo Tribunal. «*Los justiciables tienen derecho a esperar de los fallos de la Corte que, ante situaciones sustancialmente idénticas, la resolución que se dicte tenga continuidad y correspondencia con la precedente jurisprudencia ya que lo contrario sería interrumpir, en razón de un meramente circunstancial cambio en la integración del Tribunal, la permanencia en el tiempo y ante las mismas situaciones fácticas, de la doctrina que viene aplicándose en todos los casos similares precedentes*» (Fallos 322:2052; 323:555).

Así, lo esperable era que cuanto menos hubiera abierto el recurso que postulaba tal agravio o justificara la falta de apertura alejándose de típico cliché utilizado en la especie. Contrario sensu: «*el apartamiento de precedentes de un mismo tribunal o el cambio de jurisprudencia no autorizan la vía del recurso extraordinario si, como en el caso, se justificó la modificación del criterio adoptado, sin que haya evidencia de que la Sala discriminara arbitrariamente sobre las costas, ya que no configura una hipótesis de esa naturaleza la variación de doctrina con los alcances expuestos*» (Fallos 305:2073).

El agravio generado por la falta de criterio al calificar la conducta objeto de reproche se hace aún más explícito a la hora de mensurar la pena. Tanto es así que hubo tres pedidos de pena, conforme criterios disímiles. En esta inteligencia, el planteo defensista pretendía criticar su caprichosa determinación.

Sabemos que el Código Penal Argentino establece un sistema de determinación predominantemente ajeno al de penas rígidas, al introducir en el marco de las escalas legales las pautas mensurativas enumeradas en la parte general -Art. 40 y 41 CP-.

La imposición de una pena en todo Estado de Derecho impone, *a priori* y como regla, la aplicación del monto mínimo previsto en la escala de que se trate; todo incremento deberá ser puntillosamente justificado. Garibaldi enseña, en tal sentido: «...*adoptamos el mínimo legal, como regla general de ingreso en las escalas previstas, frente a la ausencia de argumentos definitivos, comunes a todos los casos, que habiliten el apartamento de aquel punto de inicio que produce menor afectación. Nos parece claro que cualquier medida que signifique dejar de lado la respuesta punitiva menos grave contemplada por la ley, requiere una explicación que la justifique. Acreditado el injusto del culpable, únicamente la menor de las opciones que el menú legislativo presenta al juez queda exenta de justificación expresa... En definitiva, el ingreso por el mínimo de la escala penal*

como regla general, pretende hacer pie en lo legislado que produce menor afectación en el destinatario de la pena. Luego, también genera el deber de ***encontrar buenas razones para apartarse de esa pauta****, en ciertos casos que lo admiten»* (GARIBALDI, Gustavo E. L. y otros; «El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio», Editorial Ad Hoc, pág. 74).

A su vez el tope máximo de la reacción punitiva estará delimitado por el grado de culpabilidad del agente, toda vez que «*...la* ***culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de la prevención especial o general,*** *impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado, sin perjuicio de que tales consideraciones sí pueden servir de base o fundamento para que el estado disminuya o incluso, si la ley así lo previera, deje sin efecto la respuesta penal, pues ningún principio constitucional impide al estado autolimitar al mínimo su intervención penal frente al ciudadano*» (conf. ROXIN según cita de Magariños M., «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», en A.A.V.V. «Determinación judicial de la pena», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág 79/80).

Efectivamente, de la articulación de las previsiones de los Arts. 18 y 19 de la CN se deduce que «*si la pena debe fundarse en lo que establece la ley (art. 18), y esta sólo puede válidamente seleccionar acciones -orden discontinuo de ilicitudes (art. 19)-, la aplicación de la pena sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y, por lo contrario, carece de toda legitimidad si aparece como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo*» (Magariños, ob. cit., pág. 78).

En este marco, opera también el principio de proporcionalidad que, según señala SLOKAR, «*opera como estándar orientador que pretende impedir que una interpretación extensiva lleve a escalas que no guarden un grado de mínima coherencia entre las magnitudes asociadas a cada delito con base en la jerarquización de los bienes jurídicos*» (Slokar, Alejandro, «Art. 41 bis.», en «Código Penal 2», Ed. Hammurabi, 2002, pág. 91).

Entonces, la proporcionalidad, cual baremo, permite la realización de un examen crítico de la resolución adoptada por la mayoría del Tribunal de Juicio y confirmada por la Cámara, tanto más si se la analiza a la luz de los presupuestos de la razonabilidad de los actos de gobierno y del deber de los magistrados de fundar sus resoluciones, toda vez que en el caso, no sólo se ha aplicado una pena inequitativa (conforme la determinación del hecho y las condiciones personales del autor) sino que la misma carece de la exhaustiva fundamentación que su magnitud reclama.

El Sr. Sr. Ministro de ese Tribunal, Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, afirma que «*...la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto*» (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, «Tratado de Derecho Penal», Ediar, 2000, pág. 123).

Consecuentemente, parece infundado cancelar el reclamo respecto de la injustificada fundamentación de la pena impuesta en el hecho de que no es materia del Tribunal Casatorio su contralor. Recordemos en este aspecto que el Tribunal, al decidir tan significativo incremento punitivo, sólo se remitió al criterio postulado por la minoría del Tribunal de mérito, sin siquiera esforzarse por valorar los aspectos relevados por la mayoría (Dra. Cárcamo y Camiña) o por su propia disidencia.

Finalmente, resta destacar que el consulado de la República de Bolivia nunca

fue puesto en conocimiento del estado de detención del que sufría R.S.W.M.. Vale recordar en este aspecto que «*los extranjeros sometidos a procedimiento penal -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad antela justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio. El relativamente nuevo derecho del inculpado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste a recurrir a la protección consular, no es una creación de esta Corte, a través de la OC-16. El Tribunal simplemente recoge el derecho establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y lo incorpora en la formación dinámica del concepto de debido proceso legal en nuestro tiempo. En suma, reconoce su naturaleza y reafirma su valor. En tal virtud, el derecho individual que aquí se analiza queda inscrito entre las normas de observancia obligada durante un procedimiento penal. El principio de legalidad penal, aplicable al procedimiento y no sólo al régimen de los tipos y las penas, supone la puntual observancia de esas normas. Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones. La OC-16 se refiere principalmente al caso de aplicabilidad o aplicación de la pena de muerte, aunque los conceptos procesales que maneja no se constriñen necesariamente, por su propia naturaleza, a los supuestos relacionados con esa pena. Es un hecho, desde luego, que la sanción capital, la más grave que previene el derecho punitivo, proyecta sus características sobre el tema que nos ocupa. Las consecuencias de la violación del derecho a la información, cuando está en juego una vida humana, son infinitamente más graves que en otros casos -aunque técnicamente sean iguales-, y además devienen irreparables si se ejecuta la pena impuesta. Ninguna precaución será suficiente para asegurar la absoluta regularidad del procedimiento que desemboca en la disposición de una vida humana. Al adoptar el criterio sustentado en la OC-16, la Corte confirma el paso adelante que numerosas legislaciones han dado en la racionalización de la justicia penal. La admisión de este criterio contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.* **(Del voto concurrente del Dr. García Ramírez en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).**

En estas condiciones resulta sumamente gravoso para el Estado argentino el incumplimiento de los tratados en la materia, así como la violación al debido proceso que se induce del estudio de estas actuaciones, extremos que hablan de la necesidad de revocar el auto en crisis, hacer lugar al presente recurso y ordenar, por donde

corresponda, el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

23. A. Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte

Entendió que si bien los planteos expuestos suscitaban cuestion federal, no se constataba en el caso la conculación esgrimida por el apelante. Párrafo aparte merece lo atingente a la ausencia de notificación consular, agravio que se introdujo al acudir ante V.E. mediante el recurso de hecho. Al margen de que sería intempestivo si se atiende a la conocida doctrina del Tribunal sobre la oportunidad en que deben plantearse estas cuestiones, no encuentro en su argumentación razones que hagan aplicable al *sub lite* la doctrina internacional que se invoca. «*Es que si bien el meticuloso desarrollo efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva que se cita (OC-16/99, 1º de octubre de 1999) brinda una pauta hermenéutica insoslayable para el Tribunal, en cuanto aborda un aspecto que puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, no debe confundirse con el reconocimiento de un derecho que atiende solamente un interés formal, cuando es invocado por el particular. El derecho individual a la información sobre la asistencia consular (art. 36.1.b de la Convención de Viena) permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y debe ser reconocido y considerado en ese marco de garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (confr. párrafo 122, apartado 6 de la opinión). De allí cabe colegir que la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, asegurando un trato igualitario, tal como se afirma en la opinión que se interpola «es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz» (del párrafo 106), por lo cual la sola invocación de su ausencia, sin que se alegue y mucho menos se demuestre de qué manera volvió ineficaz su posibilidad de defenderse, convierte a este agravio en mera conjetura.V. En cuanto se alega falta de proporcionalidad y de adecuada fundamentación en la individualización de la pena -con la aclaración de que lo relativo a la supuesta negativa de casación a revisar aquella impuesta por el tribunal oral carece de sustento si se tiene en cuenta que en función del cambio de calificación legal se fijó una nueva-, no puedo dejar de señalar que ésta fue impuesta sin que los magistrados tomaran conocimiento personal del imputado, tal como lo prescribe el artículo 41, inciso 2º, in fine, del Código Penal; circunstancia que, en caso de que V.E. lo considere pertinente, permite dejar sin efecto el fallo en este punto. Al respecto tiene dicho el Tribunal en un reciente pronunciamiento que «se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación...una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir...el condenado no puede considerarse bien determinada» (cons. 18 y 19, autos M. 1022, XXXIX, «Maldonado», sentencia del 7de diciembre de 2005). Esto, sumado a la genérica formulación contenida en el voto mayoritario, que no se ocupa de precisar las concretas circunstancias que inciden en la graduación de la pena con particular referencia al delito imputado y las constancias de la causa, autoriza a descalificar la decisión en este aspecto».*

23. B. Sentencia de la Corte

Con voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda, la CSJN entendió que la presente causa suscitaba cuestiones análogas a las resueltas por el Tribunal en el fallo «Casal» (Fallos, 328:3399). Por ello, se hizo lugar a la queja y se dejó in efecto el pronunciamiento apelado sobre la base de esa doctrina. En disidencia, la jueza Argibay votó en los términos del art. 280 CPCCN.

23. C. Proyecciones

Cabe aclarar que, tras el dictado del presente fallo y con fecha 5 de junio de 2006, por resolución de la Procuración General de la Nación N° 71/06, vistos los recursos ante la CSJN R. 2157. XLI y E. 422. XLI, el señor Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, resolvió «*disponer que los señores fiscales de todos los fueros deberán instar para que, apenas producida la detención de un extranjero se le haga saber el derecho a asistencia consular que le asiste y se notifique a las autoridades consulares de su país de origen de su detención*».

24) S. 1716. XLI, «Recurso de Hecho deducido por la defensa de S.J.P.T en la causa S.J.P.T s/causa N°921-04» (sentencia del 17 de octubre de 2007)

CONTESTA VISTA. ASUMO REPRESENTACION. AMPLIO FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. ASUMO REPRESENTACION

En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. Arts. 59 CC y 54, incisos «a», «b», «c», «d», «e», «f» e «i» de la ley 24.946), respecto de S.J.P.T.

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

La resolución que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, causa un agravio actual e irreparable y versa sobre una sentencia que, en las particulares condiciones, debe reputarse equiparable a definitiva.

Tal como se verá al analizar el objeto de agravio, pese a que mi asistida resultó sobreseída en autos, la justicia penal rechazó el pedido de libertad articulado por la defensa técnica y mantuvo su competencia, invocando al efecto el principio hermenéutico del «interés superior del niño».

La inclusión de S.J.P.T en la orden del día policial (luego de que la nombrada se profugara de la institución en la que permanecía alojada pese al vencimiento del plazo legal máximo de institucionalización previsto por la normativa provincial) supone una amenaza a su libertad ambulatoria inconcebible con el sobreseimiento dictado a su favor y con el fenecimiento del plazo máximo autorizado para medidas privativas de libertad.

Por otra parte, toda vez que la cuestión constitucional en debate es de puro derecho y que, como se apuntara, la joven cumplió en exceso el plazo máximo de privación de libertad habilitado por la ley provincial, su condición actual no debería obstar la avocación del máximo Tribunal.

En este último sentido resulta de aplicación *mutatis mutandi* la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Papon c. Francia,

sentencia del 25 de octubre de 2005. (publicado en La Ley 2003-D-p. 65, con comentario de la Dra. Mónica Karayan «*La condena no firme apelada ante un tribunal superior y el derecho a la libertad*»)

En cuanto aquí concierne, apuntaba el Tribunal: *«90. La Corte recuerda que el derecho a un tribunal del cual el derecho de acceso constituye un aspecto, no es absoluto: puede dar lugar a limitaciones implícitas, principalmente en lo que concierne a las condiciones de admisibilidad de un recurso. Sin embargo esas limitaciones no deberían restringir el acceso permitido a un individuo a punto tal que el derecho se vea afectado en su misma sustancia…»92…El Tribunal ha considerado que también constituye 'un atentado a la sustancia misma del derecho de recurrir, la imposición al peticionario de una carga desproporcionada, que quiebre el justo equilibrio que debe existir entre, por un lado, el fin legítimo de asegurar la ejecución de las decisiones judiciales y, de otra parte, el derecho de acceso a un juez de casación y el ejercicio del derecho de defensa' (decisiones Omar y Guérrin, p. 1841, §§ 40 y 41, y p. 1868, §43, respectivamente).»*

La ilegitimidad de la medida coercitiva vigente guarda relación directa e inmediata con postulados básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño (principios de *última ratio* y mínima intervención, acuñados en el art. 37, «b» CDN) y su norma reglamentaria (que fija un plazo máximo de privación de libertad en un año), y la cuestión federal subyacente se mantiene inalterable.

Por ello, entiendo que la desestimación del recurso extraordinario causa a mi representada un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 CPCCN.

La violación constitucional que aquí se denuncia guarda relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia a la justiciable.

La trascendencia del caso se advertirá tan pronto se establezca que la resolución en crisis ha convalidado una resolución contraria a los derechos federales sobre cuya base se iniciara la vía recursiva y que incluyen principios básicos del debido proceso y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sobre lo primero, cabe apuntar que una recta hermenéutica de la doctrina de VV.EE. en el precedente «Mostaccio» alcanza para establecer la vulneración al debido proceso verificada en autos, toda vez que la resolución en crisis ha fallado no sólo en contra de derechos constitucionales básicos de la justiciable en su condición de niña (y que incluyen la ilegítima prolongación de su detención con exceso de los plazos legales vigentes, el mantenimiento de la competencia del juez penal y el dictado de una captura luego de dictado el sobreseimiento de la joven), sino también apartándose de la pretensión enarbolada por el titular de la acción pública penal, quien suscribió el planteo de la defensa tanto al emitir opinión en el marco del recurso de casación oportunamente interpuesto cuanto al contestar la vista conferida en los términos del art. 257 del C.P.C.C.N.

III. ANTECEDENTES

a) El sobreseimiento de S.J.P.T. Rechazo de planteo liberatorio de la defensa.

Por resolución del 18 de febrero de 2005 el Sr. Juez a cargo del Segundo Juzgado Penal de Menores de Mendoza dispuso el sobreseimiento de S.J.P.T en orden al delito de homicidio por resultar inimputable.

En el punto II del mentado resolutorio el Sr. Juez disponía: «*II.- En relación a la situación personal de la menor* S.J.P.T*, estése a la audiencia fijada en autos para*

el día 21 de Febrero del corriente.» (v. 218 de los autos principales)

A raíz del sobreseimiento dictado el Dr. Fernando Alfredo GUZZO, defensor a cargo de la asistencia técnica de la encartada, solicitó la inmediata libertad de la joven S.J.P.T argumentando que la nombrada había permanecido privada de su libertad por espacio de más de un año, lapso que superaba el límite legal previsto en el art. 194 de la ley 6354.

Habida cuenta de los derechos constitucionales en juego (debido proceso, plazo razonable y derechos del niño) el letrado hizo expresa reserva de recurrir en casación y del caso Federal.

Por resolución del 30 de marzo de 2005 la petición de la defensa fue rechazada. (v. fs. 230/vta. íd.)

«De los informes producidos por los profesionales de la institución que la alberga, y de las constancias de autos, surge que no se cuenta con una red familiar de la niña S.J.P.T. para proceder a su ubicación en guarda, como asimismo no se ha logrado conseguir su ubicación en familia sustituta alguna, atento las características de la niña, y por otra parte tampoco es posible la alternativa del sistema de 'egreso protegido' que brinda D.I.N.A.A.YF., ni ningún otro. Además de la carencia de familiares o terceros, como queda dicho, en condiciones de asumir la guarda, debemos agregar la incapacidad de hecho por parte de la niña, tanto por razón de su menor edad como por su desenvolvimiento y estado psíquico (…), para desenvolverse a su arbitrio. Acceder a lo solicitado por la Defensa Técnica implicaría, conforme el estado actual de las cosas, disponer de su externación dejándola sola, librada a su suerte, con grave y severo riesgo para sí y para terceros, sería actual con total desprecio por su seguridad y desarrollo pleno, que es a lo que debe tenderse y que no es otra cosa que respetar el interés superior del niño (art. 3 y cc. Ley 23.049) y que resulta una obligación del suscripto (art. 4 y cc. Ley cit.). Ello así, la medida de internación, no es una medida cautelar, sino proteccional, dictada a favor de la menor y atendiendo a su interés superior. Respecto de los alcances del art. 194 de la ley 6354 invocado por la Defensa, conforme lo dicho supra, el tratamiento tutelar realizado hasta ahora, obsta a decidir tanto su externación, como la conversión de la internación en libertad asistida o semilibertad. En tal sentido, la Excma. Cámara en lo Penal de Menores en autos 0038/02, al analizar el tema de internación como medida tutelar o proteccional, dijo: 'bajo ningún concepto podría admitirse algún tipo de limitación temporal, por cuanto ello iría contra el interés superior del menor y, consecuentemente, sería violatorio del principio paradigmático en materia minoril, que es garantizar el interés superior del niño (art. 3 C.I.D.N. y art. 1 de la Ley 6354)'. En el mismo sentido la Excma. Suprema Corte de Justicia, al rechazar el recurso de Habeas Corpus tramitado en Expte. Nº 75485, en fecha 12/11/2002, destacó la interpretación de la Cámara en lo Penal de Menores respecto del sentido tutelar de la medida de internación y su fin curativo, dirigido a proteger y garantizar el interés del menor. Así, la continuidad de su internación, que se está aplicando como última alternativa, y hasta tanto pueda ser revertida a través de una adecuada respuesta institucional, que hasta ahora está faltando, como en tantas otras que vemos a diario, como lo son los referidos a casos de jóvenes que padecen adicciones o problemas de salud mental responde también en el presente caso, a la aplicación de un criterio humano, criterio éste que aunque pueda reprochársele que corresponde a la vieja doctrina de la situación irregular, tiene sin embargo plena coincidencia con el derecho de la niña, ya mencionado, consagrado en las leyes. Ello así, implica reconocer y respetar el derecho de la niña a continuar desarrollándose sin perjuicio de continuar el tratamiento tutelar,

y, no obstante el tiempo transcurrido, continuar respetando también, cara al futuro, los principios de brevedad y excepcionalidad, como es de aplicación inveterada en este Tribunal, y como lo demuestra el hecho de que el presente caso de la niña S.J.P.T, es el primero que atraviesa el límite temporal de un año. Por último, y atento el estado de la causa en relación a su situación personal, y teniendo en cuenta en particular el contenido de los informes de fs. 215 y 221, corresponde ordenar el traslado de la joven S.J.P.T al Hogar de Tránsito II y con seguimiento profesional a los fines de lograr con posterioridad su inclusión a un hogar donde se la pueda contener y desde ese espacio, fijarse como meta de tratamiento social, su reinserción, oportunamente, a la vida social de forma autónoma.»

b) El recurso de casación

A fs. 232/234vta. luce agregado el recurso de casación articulado por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Guzzo.

En dicha presentación la defensa se agravió por considerar que el mantenimiento de la detención de la encartada luego de transcurrido el plazo de un año estipulado en el art. 194 de la ley 6354 tornaba ilegítima dicha medida.

Así señaló: «*…resulta por demás claro que dicha norma no deja lugar a interpretaciones divergentes so pretexto de tutela, y cualquier intento de fundamentación en base al tan mentado y mal entendido «interés superior del menor» que vulnere dicha norma excediendo el plazo perentorio e improrrogable, acaba conculcando garantías de raigambre constitucional como el derecho a la libertad»* (v. fs. 233)

Y agregaba más adelante: «*En autos el estado jurídico de inocencia que ampara a mi defendida, no ha sido destruido por el dictado de su sobreseimiento a causa de su inimputabilidad, ya que nunca se ha entrado al análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría ocurrido el homicidio, ni se ha probado su autoría, ni se ha descartado la existencia de una situación de justificación, ni ningún otro extremo del que pueda acreditar su presunta culpabilidad que permita mantener su privación de libertad. Este límite temporal referido no admite excepciones, ni en función del estado procesal de la causa, ni en función de la situación personal o entorno familiar de los menores, por cuanto, la ley ordena que vencido el mismo el tratamiento se practique en forma ambulatoria; mantenerlos privados de su libertad, no encuentra legitimación en los propios términos de la ley '**EN NINGUN CASO**', y con ello no se pretende dar a la norma ningún significado o alcance innovador.»* (v. fs. 233vta.).

En abono de su postura, citó doctrina especializada. Se transcribe de seguido, un extracto de esas opiniones: «*'…la prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona' (Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal, parte general, Ediar 2000, pags. 178/183)…'…la doctrina de la protección integral surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los Tratados representan la expresión de acuerdos e intenciones de la Comunidad Internacional en esta materia, y, por lo tanto son aplicables en la interpretación de los tratados y devienen obligatorios en la medida en que se convierten en costumbre internacional, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia…» (Mary Bellof, Los Sistema de Responsabilidad Juvenil en América Latina, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, ed. Depalma, 1998, pgs. 89 y sgts.).»*

En definitiva, solicitó la libertad de la joven de conformidad con lo normado en el art. 194 de la ley 6354 y su colocación en un régimen de libertad vigilada con tratamiento ambulatorio. El defensor mantuvo la reserva del Caso Federal.

El 6 de abril de 2005 el titular del Juzgado Penal de Menores concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa. (fs. 238)

Elevados los autos a conocimiento de la Suprema Corte provincial, la defensa mantuvo la impugnación (fs. 240/vta.) oportunidad en que mantuvo la reserva del Caso Federal.

A fs. 242/243vta. el Sr. Procurador General de la provincia de Mendoza, Dr. Rodolfo González, emitió dictamen acompañando la pretensión de la defensa.

Así, entre otras consideraciones, apuntaba: «*Si bien este Ministerio Público comprende los motivos por los cuales el Juzgado denegó la libertad, considera que dicha potestad, es decir, la de aplicar la internación como medida tutelar, no le compete al Juez Penal sino al Juez de Familia. Conforme lo indica la ley sobreseída la menor en caso que el Juzgado penal de menores estime se está ante un caso de los previstos en el art. 53 de la Ley de Menores debe dar intervención al Juez de Familia. Ello por cuanto, la medida de protección que fuera aplicada por el Juzgado en lo Penal de Menores, no puede continuar cuando la menor ya ha sido sobreseida.»* (v. fs. 243/vta.)

El 9 de mayo de 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza desestimó formalmente el recurso de casación intentado. (v. fs. 245/7).

Sostuvo al efecto: «*El recurso en trato debe ser desestimado formalmente, porque la resolución atacada no ha sido incluida dentro de las declaradas recurribles por el Código de rito…El art. 475 CPP establece que '…solo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúe, o que denieguen la extinción, conmutación de cualquiera de ellas', y el art. 478 CPP se refiere a los recursos que el imputado puede interponer. Emerge de autos que la menor* S.J.P.T. *no puede ser considerada imputada ni se le ha impuesto pena alguna, atento a la edad que tenía a la fecha de los hechos que originaron la intervención de la justicia (art. 1 ley 22.278;…), por lo que se impone rechazar formalmente la impugnación planteada.»* (fs. 246)

c) El Recurso extraordinario federal

A fs. 248/254vta. se encuentra agregado el recurso extraordinario federal articulado por el Dr. Guzzo.

En dicha presentación puso énfasis en la naturaleza federal de la cuestión debatida y agraviándose por el dictado de una resolución que, en definitiva, resultó contraria a la vigencia de las cláusulas constitucionales en que fundara su pretensión.

El Dr. Guzzo se agravió por considerar que el auto impugnado había «..*desconocido y restringido irrazonablemente derechos o prerrogativas que de ella* (CDN) *emanan en forma directa del texto constitucional, como lo es el innegable principio de legalidad (Arts. 18 CN, 40.2 CDN, de c, el derecho a la libertad personal (art. 14 CN, 37 inc. B) CDN), el derecho del niño a no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, los principios de excepcionalidad y última ratio (art. 37 inc. B) CDN), de inocencia (art. 18 CN, 40 inc. 2.b.i. CDN) y el interés superior del niño (art. 18 CN y art. 37 b y 3 de la CDN).* (v. fs. 248vta./9)

Desde esa perspectiva, la defensa no sólo presentó la materia federal involucrada y el recaudo de resolución contraria sino que controvirtió lo resuelto

por la Corte local en la inteligencia de que dicho resolutorio presenta defectos de fundamentación que lo descalifican como auto jurisdiccional válido, aserto que justificó con cita de la doctrina de V.E. en Fallos 112:384 (caso Rey v. Rocha) y en Fallos 184:137.

Luego de reseñar exhaustivamente los recaudos propios de la vía intentada, la defensa reeditó los fundamentos por los cuales entendía que la vía intentada resultaba procedente.

En este orden, y pese a que S.J.P.T. ya no se encontraba privada de su libertad, entendió que la inserción de la nombrada en la orden del día policial suponía una amenaza a su libertad ambulatoria incompatible con el sobreseimiento dictado a su favor y con los derechos constitucionales por cuya vigencia venía abogando.

Corrida la vista estipulada en la ley ritual, el Sr. Procurador General de la Provincia adhirió a la pretensión de la defensa.

En este sentido apuntó que «*Evaluando el planteo formulado, esta Procuración General estima que el Recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal, contra una sentencia definitiva, ha invocado el agravio que le causa dicha resolución, y ha planteado una cuestión federal. Como cuestión Federal, el quejoso, invoca que la resolución que rechaza formalmente la Casación, es contraria a la Constitución Nacional y a la Convención de los Derechos del Niño, por cuanto mantiene un estado de privación de la libertad (al haberla ingresado en la orden del día luego de su fuga), de una menor que ha sido sobreseída en la causa que diera origen a dicha detención. Considera este Ministerio Público que en el presente caso, el haberla mantenido detenida como haberla ingresado a la orden del día contraría los principios básicos del derecho penal consagrados en la Constitución Nacional, respecto de que la privación de libertad debe cesar ante el dictado del sobreseimiento, lo que genera que se pueda habilitar la presente vía por tratarse de una cuestión federal compleja. Así lo tiene dicho la Corte Suprema de la Nación '…Igualmente configura cuestión federal habilitante del R.E. las siguientes situaciones:…b) los supuestos en que se alegue arbitrariedad, con íntima vinculación respecto de la interpretación del derecho federal invocado, de modo que resulta conveniente el tratamiento de aquellas causales…' Serra María Mercedes Procesos y Recursos Constitucionales pag. 217. Por las consideraciones expuestas, esta Procuración General considera que V.E. deberá admitir formalmente el Recurso Extraordinario Federal planteado por la defensa de* S.J.P.T..» (v. fs. 256vta./7.

A fs. 258/9 obra agregada la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza por la cual se desestimara el recurso extraordinario federal interpuesto.

Sostuvo la máxima instancia local: «*III. A los fines de expedirse esta Sala sobre la admisibilidad del recurso deducido, corresponde efectuar un doble análisis. Desde el primer punto de vista, se advierte que se hallan cumplidos los requisitos de temporaneidad y agotamiento de las instancias provinciales. Otro aspecto que se debe efectuar se encuentra circunscripto al análisis provisional y genérico del contenido de la queja, a los fines de determinar si prima facie surge una cuestión federal suficiente para habilitar este remedio extraordinario. Así pues, del tenor del escrito recursivo se desprende palmariamente, que los pretendidos agravios referidos a la violación del debido proceso, derecho de defensa, se traducen en meras discrepancias dirigidas contra el criterio interpretativo de este Cuerpo, en el tratamiento y solución del recurso de casación intentado en el caso concreto. Esta carencia formal se verifica, concretamente, en el recurso federal intentado, cuando vierte expresiones tales como las que se puntualizan a continuación, entre otras: «* (v. fs. 258 vta.)

Así, luego de transcribir argumentaciones extraídas del recurso en análisis (obrantes a fs. 252 y 253 -observo que no se incluyó en la reseña el desarrollo efectuado por la defensa en clave constitucional-) concluían: «*Sobre este aspecto, cabe recordar lo resuelto por el Alto Tribunal de la Nación: 'La vía excepcional del Recurso Extraordinario, no autoriza a la Corte Suprema a corregir fallos que se reputen erróneos en razón de discrepancias del recurrente con la valoración de las pruebas de la causa o con la interpretación de las normas comunes o procesales que la rigen' (T. 277, Pág. 114). Ello así, el remedio intentado no importa admitir una nueva instancia de conocimiento. Que planteada la queja en esos términos, los agravios alegados no constituyen cuestiones que autoricen habilitar la vía recursiva impetrada, correspondiendo el rechazo de la misma.*» (v. fs. 259)

Finalmente, a fs. 26/7 de las presentes actuaciones obra agregado el recurso de queja por extraordinario federal articulado por el Dr. Guzzo.

En dicha presentación, a la par de insistir en la línea constitucional trazada desde el origen mismo de la vía recursiva y reseñar el cumplimiento de los recaudos formales propios de la vía intentada, el Sr. Defensor controvirtió la decisión recurrida en el entendimiento de que resultaba violatoria de elementales garantías constitucionales.

En tal dirección sostuvo que la alegación constitucional ensayada en su recurso -avalada por el Sr. Procurador General provincial tanto durante la sustanciación del recurso de casación cuanto al dictaminar en el marco de la vía extraordinaria- fue resuelta en contra del derecho federal invocado.

Y, puesto que el recurso procuraba la enmienda de una sentencia contraria al derecho federal, la vía de hecho resultaba apta y se imponía de ese modo la avocación de V.E..

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. LA NATURALEZA FEDERAL DE LOS AGRAVIOS

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, se encuentra configurada materia federal suficiente para convocar la avocación del máximo Tribunal en el presente caso.

La cuestión constitucional introducida por la defensa desde el dictado de la resolución contraria a la vigencia de los derechos federales alegados y mantenida hasta el presente no podría entenderse zanjada por la previa resolución de la instancia jurisdiccional local, pues ello importaría tanto como negar la competencia específica del máximo Tribunal en su misión de último guardián del texto constitucional.

Por lo demás, toda vez que la procedencia formal del recurso ha sido suficientemente desarrollada en el recurso de queja por extraordinario federal articulado por el Dr. Guzzo, solo me resta, en este punto, remitir a las consideraciones vertidas en el respectivo dictamen.

En este último sentido, el desarrollo de la cuestión constitucional involucrada y su contraste con las decisiones adoptadas en sentido contrario en las instancias jurisdiccionales previas, darán debida cuenta de la procedencia formal de la vía de hecho.

IV. 1 DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES NUÑEZ Y MOSTACCIO. RESOLUCION CONTRARIA A LA GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO

Si bien el agravio que aquí se ensaya no ha sido desarrollado en anteriores instancias, entiendo que me encuentro habilitada a introducirlo en esta oportunidad, de acuerdo con una recta inteligencia de la doctrina de V.E. en el precedente «Núñez» y por aplicación del criterio enarbolado en el caso

«Mostaccio», consecuente con los derechos federales en juego.

El repaso de lo actuado da cuenta de que una vez que las actuaciones fueron elevadas a consideración de la Corte provincial, el Sr. Procurador General de la Provincia de Mendoza se manifestó de acuerdo con la pretensión de la defensa tanto al intervenir en el trámite del recurso de casación cuanto al contestar la vista corrida en los términos del art. 257 del ritual.

En este marco, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en su condición de Tribunal de Casación, se encontraba vinculada al pedido de libertad enarbolado por el titular de la acción pública como única alternativa válida de sentencia puesto que avanzar por sobre el pedido del Ministerio Público en la instancia conculcaba -y conculcó- la garantía de la defensa en forma genérica y, específicamente, lo que se ha dado en llamar, desde el precedente *«Gómez»*, rector en la materia (234:270): *el derecho a la absolución* (en el caso, a la libertad ambulatoria).

La máxima instancia jurisdiccional local sólo hubiera podido resolver como lo hizo luego de descalificar fundadamente el dictamen del Ministerio Público Fiscal, declarando su consecuente nulidad. Sin embargo, admitida la corrección formal de la pretensión y reconocida la titularidad de la acción, el caso debió ser resuelto con apego a la pretensión coincidente de los representantes de ambos Ministerios Públicos.

En el aludido precedente *«Gómez»*, citado por Alejandro CARRIÓ (*«Garantías constitucionales en el proceso penal»*, Ed. Hammurabi, p. 131), el procesado había sido absuelto en primera instancia, el fiscal apeló y, llegados los autos al Fiscal de Cámara, éste manifestó que no mantenía el recurso. No obstante, la Cámara conoció del recurso interpuesto por el fiscal de grado, revocó la absolución y condenó a Gómez a una pena de prisión. La defensa interpuso recurso extraordinario fundado en la violación de la garantía de la defensa en juicio, por haberse impuesto una condena sin potestad jurisdiccional y V.E. hizo lugar al recurso y dio razón al recurrente. El voto de la mayoría entendió que la manifestación del Fiscal de Cámara de no mantener el recurso equivalía a desisitr de la apelación. Textualmente V.E. refirió que *«…tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación.»*

Desde ese Alto Tribunal se ha señalado que «...*en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos, 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros*» (consid. 3° *in re* «Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa T. 209 XXII «Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad -causa 341/87, F.78-», rta. 28/12/1989). Tal principio -que opera como reaseguro del derecho de defensa- conlleva como consecuencia, la formulación de la siguiente regla: si no media acusación no puede dictarse fallo de condena (*íd*., Consid. 4°).

Esta formulación construida por la máxima instancia judicial del país se nutre del Art. 18 de la Carta Magna que proclama que «*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* ...». Su aplicación al caso, desde *«Tarifeño»* -y sin olvidar el citado precedente *«Gómez»*- importa la máxima siguiente: «*quien deba juzgar no puede ni tiene que acusar*».

El fallo *«Mostaccio»*, oportunidad en que V.E. retoma la sabia senda del precedente «*Tarifeño»*, resulta aplicable *mutatis mutandi* al presente caso.

Obsérvese que la originaria petición de la defensa no fue puesta en conocimiento de la fiscalía, a quien no se le dio intervención antes o después de rechazado el planteo.

Es importante enfatizar que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 111 de la ley provincial N° 6354 (reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño), el Ministerio Público Fiscal detenta, en el ámbito específico del derecho penal de jóvenes y niños, la titularidad de la acción penal.

Es evidente entonces que, en las condiciones señaladas, se ha violado el proceso justo y se arrasó con el derecho de defensa pues, también aquí, si se confirma una decisión sin petición expresa del Ministerio Fiscal, el contradictorio se diluye. La afectación al debido proceso es tan prístina que ni siquiera se dio oportunidad al titular de la acción pública penal de recurrir la decisión dictada por el juez de la causa, ello en virtud de la ausencia de notificación al titular de la acción.

La tesis aquí sostenida es la única que compatible con el estándar que subyace en el artículo 18 del texto constitucional, a partir de la interpretación dinámica que, desde el citado precedente *«Mostaccio»*, se impone en aras de dilucidar los alcances de la cláusula del debido proceso.

En el actual estado de cosas, sostener que la pretensión fiscal a favor de un justiciable en la instancia recursiva es inocua, importa violentar el principio ya enunciado según el cual V.E. reputa «*desprovista de soportes legales... una condena de segunda instancia sin apelación.»*

Lo anterior con más razón si se tiene en cuenta que, en rigor, ninguna intervención se reconoció al titular de la acción pública en oportunidad de dictarse la resolución gravosa a los intereses del acusado.

La identidad de las pretensiones de la acusación y de la defensa importa ausencia de contradicción; y es claro que sin ella la subsistencia de la medida de coerción (traducida ahora en la inclusión de la encartada en el orden del día policial) supone un repliegue ilegítimo de la jurisdicción por sobre el área de injerencia y actuación de las partes en conflicto, con simultáneo abandono de la posición imparcial asignada a los jueces de la causa.

Como contrapartida, la solución que aquí se propicia, no solo constituye una derivación necesaria de la doctrina de «*Mostaccio»* (y, por añadidura, de la jurisprudencia de V.E. en los precedentes «Llerena», «Andrey Andréev» y Quiroga, en todos los cuales campea esta diferenciación entre las funciones acusadora y judicial), sino que es la única que compatibiliza con la naturaleza propia de todo proceso penal, así como con los postulados de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946) que, *mutatis mutandi* reafirman la tesis de esta defensa.

Partimos de la base de que, con arreglo a la previsión del Art. 120 de la Constitución Nacional, el Sr. Procurador General de la Nación tiene por función «...*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República»*.

Asimismo, y de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, éste ejerce sus funciones con unidad de actuación y posee «*...una organización jerárquica la cual exige que cada miembro... controle el desempeño de los inferiores...»* (Art. 1°).

La titularidad en la promoción de la acción (también recogida en el Art. 5 CPPN) aparece en el Art. 25, ap. a) de la ley orgánica; y la organización jerárquica del cuerpo, no sólo se traduce en el deber de obediencia que emana de la previsión del Art. 31 -sistema de instrucciones-, sino también en la actuación coordinada de los miembros del Ministerio Público Fiscal (Art. 33, inc. «I»), subordinada a la superintendencia del Sr. Procurador General de la Nación (conf. Art. 33 «II»).

Pero, lo más importante, de acuerdo con la previsión del Art. 37 «a», los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de

instancia única cuentan, entre sus deberes y atribuciones, «*Promover ante los tribunales en los que se desempeñan el ejercicio de la acción pública o continuar ante ellos la intervención que el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido en las instancias inferiores,* ***sin perjuicio de su facultad para desistirla, mediante decisión fundada.***»

Esta atribución en particular es la que ejerció el Sr. Procurador General provincial al dictaminar, en dos oportunidades, a favor de la tesis liberatoria propiciada por la defensa; es evidente que, en esas condiciones, la causa debió fenecer en jurisdicción provincial, con arreglo a la pretensión homogénea de las partes en el proceso.

Observo, en abono de la tesis aquí propiciada que, de acuerdo con las *«Directrices sobre la Función de los Fiscales»*, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, «*Los fiscales no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien,* ***harán todo lo posible por interrumpirlo****, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada»* (Principio 14).

El desarrollo argumental que llevara al Fiscal General de la provincia a abogar por la libertad de mi asistida y, posteriormente, por la concesión del recurso extraordinario federal, constituyen pautas más que elocuentes de la voluntad del titular de la acción penal en el ámbito provincial de alinearse con la defensa del justiciable.

Esta comunión de intereses debió prevalecer por sobre cualquier decisión jurisdiccional posterior en sentido contrario tanto más cuanto el sobreseimiento dictado clausuraba de una vez y para siempre la facultad coercitiva reconocida al juez en causa criminal.

Convalidar la resolución que rechazara el planteo liberatorio de la defensa en las condiciones expuestas importa tanto como hacer jugar la garantía que proscribe la reforma peyorativa a favor del Estado (en este caso, a favor del voto de los jueces provinciales), extremo que no solo invierte la mecánica propia de las garantías fundamentales del proceso, sino que violenta la distribución de competencias en materia penal, al tiempo que causa un gravamen irreparable al justiciable, verdadero –y en este caso, único- destinatario de las garantías del Estado de Derecho.

De este modo, en el entendimiento de que se avanzó en violación a la garantía del debido proceso penal, entiendo que corresponde revocar el auto en crisis y, haciendo lugar a la pretensión de esta parte, ordenar el dictado de un nuevo pronunciamiento acorde al desarrollo realizado en el presente acápite.

IV. 2. RESOLUCION CONTRARIA A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ PENAL EN EL CASO. ESTADOS PELIGROSOS SIN DELITO. INCONSTITUCIONALIDAD

Sobre el particular, el repaso de la jurisprudencia del máximo Tribunal me habilita a sostener que, de una interpretación sistemática de los fallos dictados en torno a la cuestión debatida, se desprende la viabilidad de la pretensión enarbolada por la defensa técnica de S.J.P.T. y por este Ministerio.

Concretamente en Fallos 323:379, V.E. mantuvo la competencia del juez que previno, argumentando la necesidad de preservar el interés superior del niño.

Es importante destacar que, contrariamente a lo que acontece aquí, en el precedente en cita el niño revestía el carácter de víctima, de modo que el

mantenimiento de la competencia del juez penal carecía de la connotación estigmatizante y (sobre todo) coercitiva que sí reviste en el presente.

El reconocimiento de facultades tuitivas al juez con competencia criminal no puede llevarnos al error de asumir que tal potestad pueda ejercerse legítimamente luego de concluida la causa, es decir, finalizada la condición de imputado**.**

Pretender que, luego del sobreseimiento, el juez penal puede mantener su *imperium* supone instituir los denominados «estados peligrosos sin delito», ajenos a los principios políticos de un Estado de Derecho y, en particular, de un derecho penal de acto.

Sobre este tópico, la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya observancia ha sido reconocida por V.E. en múltiples precedentes- puntualiza: «*el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía* (...) *En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención*» (caso «Fermín Ramírez vs. Guatemala», del 20/6/2005, considerandos 94 y 96)

Si ahondamos en las fuentes del precedente de V.E. citado más arriba veremos que incluso mucho tiempo antes de que la Convención de los Derechos del Niño adquiriera rango constitucional V.E. reconocía que el factor a tener en cuenta en la determinación de la competencia cuando se encuentra involucrada una persona menor de edad debe atender «*la preservación de su salud física y moral*» y, en particular, «*ponderando cuál de ellos* (los jueces en contienda de competencia) *se encuentran en mejores condiciones de alcanzar la* ***protección integral de sus derechos****.*» (Conf. Fallos, 315:752. El destacado me pertenece.)

Esta visión del máximo Tribunal es reconocida en el ámbito de protección de los derechos humanos como principio rector de actuación.

Y lo propio puede predicarse del Poder Legislativo, que incorporó ese concepto para designar a la ley 26.061.

Como quiera que sea, es la propia Convención sobre los Derechos del Niño la que establece la base de distinción reclamada por la defensa y que signó el mantenimiento de medidas de coerción procesal propias del derecho penal luego de dictado el sobreseimiento en autos.

Ello surge claro de los distintos supuestos acuñados en el art. 37 de su texto.

Así, amén de estipular el carácter **excepcional** y **breve** de toda forma de restricción a la libertad ambulatoria (art. 37.a), se reconoce el derecho de todo niño privado de su libertad de impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal (art. 37.d).

El art. 40.1 aisla y regula separadamente la condición del niño frente a la ley penal, mientras que las disposiciones del art. 40.3.b. y 40.4 son claras al distinguir los procedimientos penales de otras medidas de distinta naturaleza.

Si observamos detenidamente estas últimas disposiciones veremos que «*...la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos*

judiciales,…» supone la inversión del supuesto analizado en el que la intervención de la justicia penal no solo operó desde un inicio sino que se mantuvo incluso después de concluida la causa para la que se habilitó la competencia específica y con exceso de los plazos legales que habilitaban la privación de libertad.

La disposición del art. 40.4 presupone, igualmente, la existencia de una condena o, al menos, de una imputación vigente, extremos que, como se viene señalando, no concurren en el caso.

Es importante enfatizar que el sobreseimiento por minoría de edad se dictó sin ahondar suficientemente en el análisis de la prueba reunida. En particular, la acreditación de golpes en el cuerpo de la joven y sus manifestaciones en el sentido de que se encontraba junto a la víctima inhalando poxiran y que en ese contexto fue accedida sexualmente por su acompañante sin poder recordar lo acontecido a *posteriori* abrían paso a un abanico suficientemente amplio de opciones desincriminatorias.

En particular, la posibilidad de que S.J.P.T. hubiera actuado en ejercicio de su legítima defensa ante golpes recibidos (hipótesis de trabajo que aparece avalada no solo por los golpes acreditados sino por las versiones de los familiares de la víctima quienes fueron contestes en que escucharon fuertes gritos provenientes de la habitación en que ocurrieron los hechos) no mereció ninguna indagación por parte del juez de la causa, pese a que favorecía inequívocamente la situación procesal de la nombrada.

Esta inactividad es notable teniendo en cuenta que la determinación de la minoría de edad demandó de múltiples diligencias que se prolongaron en el tiempo, lapso durante el cual, sin embargo, ninguna medida probatoria se dispuso en aras de establecer la existencia de supuestos de exclusión del injusto que se perfilaban con bastante andamiaje.

Y así, en lugar de privilegiar el principio de inocencia y el derecho a ser oído, la situación procesal de la joven se resolvió con arreglo a principios perimidos en materia de derecho penal juvenil e incorporando una medida de seguridad dictada por un juez que ya no poseía competencia al efecto.

En el estudio llevado a cabo por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, conocido y publicado con el nombra «Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina (informe final)», coordinado por el Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni la cuestión es abordada como sigue: «*La ideología de las «medidas» está hoy bastante desacreditada y tampoco nos interesa ahora someterla a una crítica más. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos lo que no puede tolerarse es que la privación de libertad de una persona, sea al título que fuere, se prolongue en forma indeterminada, sobre la base de criterios antojadizos, arbitrarios e inciertos y en forma completamente desproporcionada con la magnitud del hecho cometido, sea cual fuere el recurso que se emplee para racionalizar esas violaciones. En función de lo expuesto, es recomendable: Considerar violatoria de Derechos Humanos y, por ende, ilegal, la prolongación de cualquier consecuencia jurídica del hecho punible privativa de derechos que no guarde relación racional con la magnitud del hecho punible cometido y de su culpabilidad, que no tenga un término cierto o que no se establezca sobre la base de un presupuesto claramente definible, sea cual fuere el argumento con que se pretenda racionalizar su imposición.»* (p. 93/4)

Con todo, incluso si se reconociera que la institucionalización puede en determinados casos coadyuvar a la consecución del principio del interés superior del niño, lo cierto es que la Convención regula esta categoría de medidas de manera separada e independiente.

La fuente convencional común a este tipo de medidas remite al art. 3 en

sus tres incisos y a otras disposiciones concordantes, entre las que se destacan las de los arts. 19, 20 y 25.

Sobre los alcances del art. 3 se observa que «*La disposición no se refiere exclusivamente a las instituciones, los servicios y los establecimientos estatales, sino también a todos aquéllos que son 'responsables' del cuidado y la protección del niño. En muchos países, gran parte del 'cuidado no familiar' de los niños lo proporcionan organismos privados o de carácter voluntario, y en algunos países las políticas de privatización de los servicios están situando a un mayor número de instituciones fuera del control directo del estado…»* (Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño», UNICEF, Suiza, 2001, p. 45)

En la misma publicación se recogen distintos informes del Comité de los Derechos del Niño enfatizando la necesidad de reservar la institucionalización como medida de último recurso.

«*El Comité alienta al Estado Parte a que se ocupe de la situación de los niños internados en instituciones, con miras a prever y facilitar posibles alternativas al cuidado institucional y a establecer mecanismos de vigilancia eficaces de la realización de los derechos de los niños internados en una institución» (Polonia OFIIi, add. 31, párrafo 34. Véanse también Nicaragua OFII, Add. 36, párrafo 18; China OFII, Add. 56, párrafo 18.)…»* (Manual de aplicación…cit., pág. 46)

En la nota al art. 25 se apunta: *«El adjetivo 'competentes', aplicado a las autoridades, sigtnifica la facultad de actuar, y no debe entenderse como un juicio sobre las aptitudes profesionales. De hecho, este artículo quiere proteger al niño que está bajo la custodia del Estado contra las autoridades* ***in****competentes…»* (Manual, cit. p. 355. Destacado en el original)

Es importante remarcar que, de conformidad con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, «*Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento en u establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.»* (v. regla 11.b)

De hecho, dando un paso importantísimo en materia de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, la provincia de Mendoza fue pionera en la sanción de un instrumento legal compatible con los fines y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Fue sobre la base de ese dispositivo legal (ley 6354) que el Dr. Guzzo introdujo su petición liberatoria y es esta disposición la que ha sido inobservada por el juez de la causa. (de acuerdo con el art. 194 de la normativa provincial: «En ningún caso la medida podrá ser dispuesta por un plazo superior a un (1) año, vencido el cual el menor deberá ser puesto en libertad o colocado en régimen de semi-libertad o libertad asistida»)

El amplio abanico de opciones alternativas a la institucionalización regulado en ese cuerpo normativo y el plazo legal perentorio (y perimido, como lo apuntara la defensa y lo reconociera la fiscalía) no hacen sino evidenciar el desacierto que subyace en la decisión en crisis.

En definitiva, adhiriendo a la posición enarbolada por la defensa técnica de la encausada, este Ministerio entiende que corresponde revocar el auto en crisis, hacer lugar al presente recurso y disponer, por donde corresponde, el dictado de una sentencia respetuosa del debido proceso y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

V. PETITORIO

(...)

24. A. Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte

Sostuvo que la causa era sustancialmente idéntica a la estudiada en Fallos, 327:5048. Que se privó a la defensa de revisar una decisión vinculada con el derecho a obtener la libertad, a partir de la arbitraria inteligencia asignada al concepto de sentencia definitiva, sin atender a la doctrina que la Corte ha establecido en la cuestión. El superior tribunal no dio respuesta a las cuestiones plateadas por el recurrente. Y con esa forma de resolver se apartó del criterio sentado por el tribunal a partir de Fallos, 311:2478 y reiterado en Fallos, 322:2080.

La Corte, por mayoría, se remitió al dictamen del Procurador. Hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Por su parte, la jueza Argibay resolvió aplicar la formula prevista en el art. 280 del CPCCN.

24. B. Proyecciones

La importancia del precedente radica, fundamentalmente, en el hecho de que el caso se resolvió aun cuando la joven se encontraba rebelde.

25) N. 67. XL, «Noriega, Manuel s/ p.s.a. robo calificado –causa nº 3/ 03» (sentencia del 7 de agosto de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. a) La Sentencia condenatoria

Mediante sentencia de fecha 11 de diciembre de 2001, los integrantes de la Cámara en lo Criminal de la Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba (conf. fs. 388/399vta.) condenaron a Manuel NORIEGA a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales, declaración de reincidencia y costas, por haberlo encontrado coautor penalmente responsable del delito de robo y violación de domicilio en concurso real entre sí.

Respecto de la materialidad de los hechos, el Tribunal señaló que los mismos se habían desarrollado tal y como los describiera el requerimiento fiscal. Así, se tuvo por probado que : *«...El día 29 de marzo de 2001 siendo aproximadamente las 19:00 hs., en circunstancias en que Alejandro Gustavo B. se encontraba en el interior de su domicilio (...), en compañía de sus hijos G.B. y P.B., se habrían hecho presentes con fines furtivos los coimputados Omar Marcelo Lucatti, Sergio Humberto Medina y Manuel Noriega. En tales circunstancias y en una primera oportunidad, dos de los asaltantes -se puede presumir ahora, luego de avanzada la investigación, que serían los encartados Noriega y Lucatti- habrían ingresado a la vivienda referida, momentos en el que le habrían mencionado a Alejandro G. B. su intención de realizar la compra de la camioneta Pick up de su propiedad, marca Peugeot, modelo 504, dominio ROF-259 -rodado este que los incoados habrían*

ya observado con anterioridad al hecho, toda vez que el mismo se encontraba en venta.- Seguidamente uno de los encartados -presumiblemente Omar Marcelo Lucatti- se habría trasladado junto a G.B. hasta la cocina de la vivienda, ocasión en la que habría extraído de entre sus ropas una pistola -aparentemente calibre 9 mm, a la vez que lo habría maniatado con precintos plásticos de color negro. Simultáneamente, y aprovechando que María Angélica de B. se disponía a ingresar al domicilio de mención, otro de los imputados -presumiblemente el encartado Medina- habría ingresado junto a ella a la vivienda, circunstancias en las que B. y su Sra. habrían sido reducidos en dependencias de la cocina...» (Fs. 388vta/389). La sentencia prosigue enumerando los elementos que fueran sustraídos de la vivienda por los justiciables *«...objetos que habrían cargado en el interior de la Pick up 504 marca Peugeot, dominio ROF 259, para luego darse a la fuga.»* (Ver fs. 389/vta.).

El Tribunal calificó los hechos probados apartándose del encuadre legal (robo simple) realizado por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato (vid fs. 85), en tanto afirmó que los justiciables debían responder como coautores del delito de robo simple en concurso real con violación de domicilio, toda vez que: *«...ingresaron a una morada ajena contra la voluntad presunta de quienes tenían derecho de excluirlos para, una vez dentro, mediante la violencia física (vis compulsiva) que importa la exhibición y apuntamiento con presuntas armas de fuego -armas supuestas pues no han sido habidas como para comprobar su operatividad y si estaban cargadas con proyectiles aptos para el disparo- y la reducción de los habitantes de la casa a quienes maniataron (vis absoluta), apoderarse ilegítimamente de una pick up Peugeot y diversos efectos de pertenencia de la familia B.»* (confr. fs. 397vta./398).

III. b) Rechazo del Recurso de Casación

A fs. 412/416vta. se agregó el recurso de casación interpuesto por el propio NORIEGA desde su lugar de detención. Esa presentación fue fundada técnicamente por el Sr. Asesor Letrado Dr. Lorenzo V. Rodríguez (vid fs. 425/429).

En esa empresa, el justiciable señaló que la condena se había dictado en forma arbitraria, por entender que el fallo carecía de motivación suficiente.

Sostuvo que se encontraba conculcada la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio toda vez que fue sometido a reconocimientos irregulares, y, posteriormente, se le rechazó la producción de prueba que corroboraba tal extremo, suficiente por sí sola para acreditar su absoluta ajenidad del hecho. Señaló que esa defensa material no sólo podría haberse corroborado mediante la producción de la prueba testimonial rechazada, sino también valorando debidamente la versión brindada por Lucatti, uno de sus consortes de causa. La arbitraria exclusión de esos elementos derivó en su injusta condena.

Recalcó que las circunstancias expuestas tornaban nula la sentencia ya que impedían el debido control de los actos jurisdiccionales, vulnerando de tal modo las garantías constitucionales del debido proceso legal. Se agravió –además- de la calificación legal adoptada por el tribunal de mérito y realizó expresa reserva del caso federal.

El 13 de marzo de 2002, la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación concedió el remedio casatorio interpuesto.

El 14 de mayo de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resolvió declarar formalmente inadmisible el recurso de casación (vid. Fs. 446/449). Para ello señaló que: *«...1. En primer lugar, carece de toda fundamentación la alusión a «ambigüedades «, «conjeturas basadas en suposiciones», «irregularidades en*

la acusación», «compulsión y ligereza en las actuaciones legales» (fs.427 vta.), puesto que configuran expresiones que adolecen de una vaguedad tal que impiden conocer a qué tramos del decisorio refieren. En este sentido, cuando la ley procesal exige que se presente cada motivo con sus fundamentos bajo sanción de inadmisibilidad (art. 455, C.P.P), impone el desarrollo sustancial del motivo o agravio invocado, es decir, del fundamento de la impugnación, deber que no cumple el reproche dirigido básicamente a expresar disconformidad con la solución dispuesta por el Tribunal, sin ingresar al análisis pormenorizado de la fundamentación aportada por éste.(T.S.J., Sala Penal, A. N° 67, 18/3/99, «Quiroga»; A. N° 327, 11/100/00, «Guardatti»; A. N° 47, 23/2/01, «Moyano»; entre muchos otros). Similar defecto padece la crítica relativa a la figura de violación de domicilio, ya que en relación a ella en modo alguno el quejoso ha motivado su crítica, para permitir a esta Sala advertir en dónde finca su gravamen.»

El Tribunal casatorio rechazó los demás planteos defensistas, en la inteligencia de que: *«...Tales razones han quedado firmes en sustento de la condena que aquí se repele, al no haberse esgrimido contra ellas un agravio eficaz, debido a la falta de autosuficiencia del recurso. En este sentido, configura una jurisprudencia consolidada de la Sala, a través de distintas integraciones, calificar como inadmisible el recurso de casación en el que se ignoran los fundamentos dados en la sentencia para arribar a la conclusión objetada (T.S.J., Sala Penal, A. N° 43, 7/9/84, «Romero»; A. N° 12, 14/4/86, «Trillo»; A. N° 46, 6/5/88, «Derrico»; A. N° 57, 30/5/91, «Oviedo»; A. N° 39, 20/4/94, «Bruno»; A. N° 58, 24/03/98, «Ramírez»; A. N° 279, 8/9/00, «Reyna»; A. N° 328, 11/10/00, «Schiavi», entre otros). Ello así por cuanto todo recurso es una impugnación que no puede prescindir de los fundamentos de la resolución recurrida y por lo tanto, respecto de ellos, deben esgrimirse los defectos susceptibles de conmover su validez (T.S.J., Sala Penal, A. N° 53, 18/3/98, «Conci»). De lo contrario, en la medida en que resultan obviados, carecen de embate recursivo y devienen incólumes, adquiriendo la consolidación propia de la cosa juzgada (T.S.J., Sala Penal, A. N° 412, 18/12/98, «Pompas»; A. N° 280, 11/9/00, Morales; A. N° 382, 40/01, «Rooney»; A. N° 120, 7/5/02, «Muñoz»).»*

III. c) Recurso Extraordinario

El 30 de mayo de 2003, NORIEGA interpuso recurso extraordinario federal in forma pauperis desde su lugar de detención. (ver fs. 636/643).

A fs. 647/648vta. se agregó la fundamentación técnica realizada por el Sr. Asesor Letrado Dr. Ítalo Vitozzi. La defensa técnica volvió a hacerse eco del contenidos de los agravios expuestos por el justiciable en su presentación, señalando que la resolución del T.S.J. era arbitraria y violentaba las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio. Asimismo, hizo referencia a los agravios esgrimidos en el recurso de casación, indicando asimismo porqué ese remedio procesal debió haber sido declarado procedente.

El 2 de marzo de 2004 el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declaró inadmisible el recurso extraordinario federal impetrado.

La máxima autoridad judicial provincial sostuvo que: *«... 3. Del contraste entre la apelación y los fundamentos de la resolución impugnada, deviene que el recurso no ha satisfecho el requisito de fundamentación aludido. Ello porque, el desarrollo del embate evidencia una vez más sólo una nueva disidencia con la inadmisibilidad del recurso, sin cumplimentar con el requisito de la autosuficiencia apuntado precedentemente. Es que, a tal fin no basta con sólo señalar que el decisorio implica un exceso de rigor formal que lesiona garantías constitucionales -derecho de defensa y el debido proceso-, sin que de manera alguna se procure demostrar*

mediante un análisis crítico de los argumentos en que descansó la inadmisibilidad, que la decisión cuestionada sea el producto de tal arbitrariedad. Ello ocurre, pues una vez más ***el quejoso no asume la totalidad de las razones que este Tribunal de casación le achaca para declarar la inadmisibilidad de su recurso****, esto es que además de la «vaguedad» de los argumentos que componían su embate,* ***no realizó un análisis pormenorizado de los fundamentos*** *en los que el Tribunal de mérito descansó su condena,* ***no demostró el valor decisivo de la pruebas que dijo omitidas****, y que* ***no atacó las razones brindadas por el sentenciante en cuanto al mentado «paseo policial****». Es así, entonces, que* ***el recurrente debió concentrar su esfuerzo en demostrar que estas afirmaciones*** *fueron fruto exclusivo de la voluntad del juzgador, o hayan sido producto de un excesivo rigor formal, para que configure la arbitrariedad denunciada (T.S.J. Sala Penal «Avendaño», A. N? 208, 7/6/99; «López», A. N? 211, 8/6/99; «Pompas», A. N? 220, 16/6/99, entre otros), lo que en el caso no ocurrió. En rigor, si bien* ***el quejosos pretende cuestionar el auto emitido por este Tribunal****,* ***sin lograr hacerlo hábilmente****, concomitantemente dirige su reproche al fallo del Tribunal de mérito, lo que se patentiza con insistir en el «paseo del móvil» pretendiendo la nulidad del reconocimiento, lo que no es materia de la vía extraordinaria federal (T.S.J., Sala Penal, A. n° 125, 16/5/00, «Arce»; A. n° 58, 21/3/00, «Caro», entre otros). En tal sentido, este Tribunal Superior en numerosas oportunidades, ha sostenido que la resolución impugnable a través de la apelación extraordinaria ante la CSJN no puede consistir en la resolución dictada por el tribunal de mérito contra el cual se ha deducido casación, sino contra aquélla que ha resuelto la última declarando la inadmisibilidad formal del reproche (TSJ, Sala Penal, «Acosta», A. n° 134, 16/4/99; «Corvalán», A. n° 237, 24/6/99; «Acosta»; A. N° 253, 23/7/99, entre muchos otros). Bajo este esquema argumentativo, esta Sala tiene dicho que «con arreglo a lo dispuesto por el art. 257 CPCyCN, este cuerpo carece de competencia para expedirse sobre la procedencia formal del recurso de apelación extraordinario cuyos reproches van dirigidos en contra de una decisión que este Tribunal no dcitara» (TSJ, Sala Penal, A. N° 40, 27/6/89, «Tarditti»; A. N° 21, 2/3/93, «Pérez», entre otros). En definitiva, su agravio reside en la pretensión de una nueva valoración probatoria, sin procurar demostrar la arbitrariedad de las razones por las que este Tribunal declaró la inadmisiblidad del gravamen denunciado y en consecuencia no constituye materia federal.»* (Vid. fs. 671vta./672vta.)

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. a) La naturaleza federal de los agravios

La resolución del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que aquí critico, consideró que el recurso extraordinario federal interpuesto se apoyaba en discrepancias inhábiles y no contradecía los argumentos de ese órgano jurisdiccional que había considerado que el recurso de casación era inadmisible. Señaló, además, que no era posible advertir la existencia de cuestión federal que habilitara la vía intentada.

Si bien es cierto que los cuestionamientos opuestos por el justiciable a partir del dictado de la sentencia de mérito, parecerían remitir al examen de cuestiones de derecho común ajenas, por principio, a la instancia extraordinaria, tal principio debió ceder, en el caso, ante la evidencia de la conculcación de garantías constitucionales denunciada.

Recuérdese que el justiciable se encargó de explicitar por qué motivos su identificación debía reputarse ilegítima, extremo que no pudo probar, merced al

rechazo de la producción de la prueba de descargo ofrecida.

Pese a la inequívoca materia constitucional involucrada en esas protestas informales, la instancia jurisdiccional superior de la provincia sustituyó su función de control casatorio por un detallado cuestionamiento de los defectos formales que presentaba el recurso del asistente letrado, sin siquiera entrar a considerar las defensas materiales oportuna y correctamente introducidas por mi pupilo, de lo que se derivó no solo la vulneración de la garantía de revisión de sentencias, sino también la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y del derecho a ser oído.

El presente caso es representativo de una práctica lamentablemente difundida en nuestro medio, consistente -tal como de hecho aconteció en el caso- en que, ante la detección de deficiencias técnicas atribuibles al letrado designado, tales falencias se hagan valer en desmedro del justiciable, pese a que el derecho de revisión de sentencias está instituido en su favor -y sólo en su favor- y no obstante que el sistema **impone** la intervención letrada (Arts. 474 y 477 CPPPC).

En resumen: se soslaya la defensa material del acusado y pero, frente a -reales o supuestas- deficiencias atribuibles a la labor técnica en la presentación de la impugnación, es el primero quien ve su derecho de revisión coartado.

Contra lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia local los expertos en derecho procesal aseveran que, allí donde se adviertan defectos formales en la presentación del recurso, los órganos judiciales, lejos de coartar un derecho del condenado, deben dar oportunidad al asistente técnico para mejorar su presentación.

Así se afirma que para que el recurso de casación sea compatible con la garantía del Art. 8, inc. 2 «h» CADH es necesario «... *eliminar la excesiva formalización que los tribunales de casación exigen para el planteo del recurso, de manera tal de 'ordinarizarlo' en relación a las exigencias que lo tornan procedente. Una reforma correcta de esa reglamentación debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias de planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia.»* (Maier, Julio B., *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?,* publicado en *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Compiladores: Martín Abregú - Christian Courtis, Ed. de Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 425).

Se advierte cómo, con su proceder, la Corte local incurrió en el mismo vicio de arbitrariedad que el justiciable procuró evidenciar a partir del dictado de la sentencia de mérito, lo que hizo -valga destacarlo- por remisión a la decisión que se ponía en crisis.

De esta forma, las afirmaciones dirigidas a cuestionar a la defensa por no haber logrado rebatir los argumentos que sustentaban la arbitraria motivación de la sentencia, sustituyeron, con exceso ritual, la respuesta exigible en los términos del Art. 8, inc. 2 «h» CADH, garantía recientemente analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente «Herrera Ulloa», en el que se predica la necesidad de acordar al justiciable en causa penal una instancia amplia de revisión de la sentencia de mérito.

El remedio federal de excepción intentado, es viable cuando lo decidido por el tribunal inferior conduce a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional. Y vedar infundadamente el acceso del procesado ante V.E. «*configuraría una clara violación del derecho que todo individuo tiene de apelar ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario, en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce* (*Fallos*: 279:40; 297:338 en el

pronunciamiento dictado in re «Lanci, Oscar Rafael y otros s/privación ilegal de la libertad, etc.», Recurso de Hecho del 26 de noviembre de 1985)...» (Fallos: 310:1934).

Debe insistirse en que el propio NORIEGA invocó y justificó en sus recursos la violación de derechos fundamentales básicos, con alusión concreta a las garantías constitucionales vulneradas. La respuesta jurisdiccional, frente a las tentativas de mi defendido por lograr la avocación de los órganos competentes al tratamiento de los agravios originados en la sentencia de mérito, resulta cuestionable en tanto, por vía interpretativa, se ha cercenado sistemáticamente la garantía de la doble instancia jurisdiccional.

Cuestionando el exceso ritual en el marco de la garantía del doble conforme, se expidió esa Digna Corte en el precedente «Tabarez» (C.S.J.N. t. 114 XXXIII, 17 de marzo de 1998).

En el ámbito regional americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe 24/92 «Costa Rica, Derecho de revisión del fallo penal*, casos 9328; 9329; 9884; 10.131; 10.193; 10.230; 10.429 y 10.469» del 2 de octubre de 1992, se expidió en términos asimilables al afirmar que: «*El recurso de casación satisface los requerimientos de la convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso».*

La sentencia en crisis ha fallado contra los preceptos constitucionales invocados, realizando sólo afirmaciones dogmáticas e incursionando en un exceso ritual manifiesto; lo que configura lo que la doctrina clasifica como «undécima causal de arbitrariedad» (Carrió, G. y Carrió, A., «El recurso extraordinario por sentencia arbitraria», Ed. Abeledo Perrot, 3? Edición, Pág. 267), al haberse incurrido en abusos de forma en desmedro del derecho a recurrir la sentencia de condena.

Se advierte así la necesidad de que V.E. revoque la resolución en crisis, ordenando el dictado de una nueva sentencia con arreglo a derecho.

IV. b) Inviolabilidad de la defensa en juicio. Consideraciones finales

Tal como quedara expuesto, las defensas materiales ensayadas por el justiciable fueron virtualmente sustraídas para la resolución del caso, pese a configurar inequívoca cuestión federal.

Recuerdo aquí, una vez más, que, durante el debate, la defensa ofreció testimonios encaminados a probar que los reconocimientos practicados durante la instrucción se encontraban viciados de nulidad.

Pese a que las protestas de mi ahora asistido en torno a esta cuestión (así como los cuestionamientos enderezados a controvertir el concurso real entre el robo y la violación de domicilio –cuestión que pudo ser encauzada a la luz de la jurisprudencia sentada en Fallos: 313:1565 o, más recientemente, en el precedente «Duque Salazar, Francisco Javier», sentencia del 16 de noviembre de 2004-) fueron reiteradas hasta esta instancia, ninguno de los asistentes letrados que intervinieran a partir del dictado de la sentencia de condena las encauzó en aras de garantizar *«...las exigencias de un auténtico patrocinio exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional»,* con los alcances trazados por V.E. en la causa letra «N», N° 19, libro XXXIX, «Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario», sentencia del 16 de noviembre de 2004, Considerando 10.

Si bien al deducir recurso extraordinario la defensa solicitó que las consideraciones del justiciable fueran integradas al recurso en garantía del derecho

a ser oído, tal petición en modo alguno puede entenderse satisfaciendo el estándar fijado por ese Corte en el precedente analizado (v., en particular, Considerandos 13, 16 y 17), sobre todo si se tiene presente que, pese a que los cuestionamientos presentados por NORIEGA pudieron ser ahondados en clave constitucional (el primero, a partir de la vulneración del principio *ne bis in idem*, y el segundo, tanto a la luz de la cláusula del debido proceso como del derecho a interrogar testigos de cargo y ofrecer prueba de descargo –Art. 8, inc. 2 «f» CADH y 14, 3, «e» PIDCP-) la asistencia letrada se limitó a transcribirlos sin más.

Cabe observar que, previamente, en oportunidad de dar sustento técnico al recurso de casación, no solo no se profundizaron las protestas presentadas por NORIEGA sino que ni siquiera se requirió la integración de los escritos, pese a que el recurso informal del justiciable resultaba notoriamente más amplio que el presentado por su asistencia letrada.

Puesto que, como ocurriera en el precedente «Núñez», fue sobre la base de rigorismos formales sólo imputables a la asistencia letrada que se rechazaron, sucesivamente, los recursos de casación y extraordinario (entre otras adjetivaciones se cuentan la «*falta de autosuficiencia del recurso*» –v. fs. 448- o que el recurso «*no ha satisfecho el requisito de fundamentación*» –v. fs. 671vta.-) y toda vez que, fruto de las deficiencias técnicas imputables a la defensa así como de la falta de control jurisdiccional se vulneró a un tiempo, la garantía de revisión del fallo condenatorio (v. Considerando 22 del precedente citado) corresponde revocar el auto en crisis y declarar la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación *in forma pauperis* de mi asistido, tal como lo resolviera esa Corte en el precedente de mención.

V. PETITORIO

(...)

25. Sentencia de la Corte y comentario

La Corte hizo lugar al recurso sobre la base de los siguientes argumentos. En primer término, apeló a su función de contralor de la regularidad del procedimiento con el objeto de sortear la limitación impuesta por las peticiones de las partes en su respectivo recurso extraordinario. Fue por ello que -al igual que en otros pronunciamientos- no se circunscribió al análisis de las falencias ocurridas durante la tramitación del recurso extraordinario sino que, antes bien, retrotrajo el abordaje al momento específico en el cual el justiciable dedujo el primigenio recurso de casación *in pauperis*.

A renglón seguido y tras recordar su añeja doctrina en punto al valor jurídico que cabe asignarle a las presentaciones *in pauperis*, manifestó que, en el presente, la intervención de la defensa sólo había adquirido un carácter puramente formal que se proyectó negativamente en el derecho al doble conforme de Noriega, para lo cual también se invocó el criterio amplio sentado en el precedente «Casal» (Fallos, 328:3399).

Por esas razones y toda vez que los vicios de fundamentación en modo alguno podían perjudicar al imputado, el Alto Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en el cual Noriega dedujo el recurso de casación *in pauperis*.

26) R. 900. XL, «Reinoso, José Luis s/ recurso de queja» (sentencia del 6 de marzo de 2007, publicada en Fallos, 330:487)

CONTESTA VISTA. INTERPONE NULIDAD A LA LUZ DEL PRECEDENTE VALOR, LUIS ALBERTO (FALLOS 326:3635). DOCTRINA DE LOS CASOS «CASAL, MATIAS EUGENIO» y «MERLO, LUIS BENITO»

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO A. DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II. ANTECEDENTES

El 20 de octubre de 2003 José Luis REINOSO fue condenado por sentencia de la Sala Primera de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Entre Ríos (cf. fs. 1343/1359) a la pena de doce años de prisión, sin costas, en virtud de haber sido considerado autor del delito de privación ilegítima de la libertad calificada.

A fs. 1391/1403 obra el recurso de casación interpuesto «in forma pauperis» por parte del encartado Reinoso y a fs. 1405/1412 consta la fundamentación de esa voluntad impugnativa efectuada por la defensa técnica del imputado.

Cabe aclarar que de la extensa presentación formulada por Reinoso (que incluía cuestionamientos relacionados con la efectividad de su defensa, la plataforma fáctica, la atipicidad de la conducta probada, la arbitraria evaluación de la prueba y la errónea valoración jurídica del hecho), el Sr. Defensor sólo tomó uno de los agravios allí expuestos en punto a fundar el remedio casatorio aludido, concretamente se limitó a cuestionar la violación al principio de congruencia oportunamente denunciada por el justiciable.

El día 4 de noviembre de 2003, la Sala I del tribunal mencionado concedió el recurso casatorio (fs. 1414).

Por otra parte, el día 10 de febrero de 2004 el Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos declaró inadmisible el remedio de mención (fs. 1454/55).

Cabe consignar que los miembros del Tribunal Superior sólo abordaron el gravamen introducido por la asistencia técnica, es decir, aquél enderezado a cuestionar la incongruencia verificada entre los actos de acusación y sentencia, en tanto los múltiples agravios desarrollados por mi defendido, no sólo no recibieron sustento técnico sino que tampoco integraron la respuesta debida en la instancia jurisdiccional intermedia.

A fs. 1469/1471 el imputado dedujo recurso de nulidad. Allí, a la par de denunciar su estado de indefensión, solicitó la revocación de la resolución por medio de la cual se rechazó el recurso casatorio.

El día 19 de febrero de 2004 y a fs. 1472, el Superior Tribunal de la Provincia mencionada desestimó el planteo del apelante. En tal pieza sostuvo, pues, que: «*No surgiendo de las presentes actuaciones el estado de indefensión argüido por el presentante a fs. 1469/1471,* ***ni que en función del mismo devengan pasibles de nulidad las decisiones jurisdiccionales dictadas en su consecuencia, no ha lugar*** *a lo peticionado, debiéndose por lo tanto estar a lo decidido a fs. 1454/1455vta.*» (fs. 1472, destacado agregado y destacado en el original).

A fs. 1524/1563 se encuentra agregada la presentación directa de José Luis Reinoso intitulada «SOLICITA HABILITACION DE DIAS Y HORAS INHABILES. INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD».

El día 22 de abril de 2004 y a fs. 1564, el Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos desestimó tal presentación, bajo el argumento de «***Que los precedentes escritos carecen de firma del defensor****, y no estando autorizado el condenado para ejercer la auto defensa, corresponde devolver sin más trámite los mismos al presentante. Que habiendo cesado el Tribunal en la jurisdicción en la presente causa, estando ya firme el cómputo de pena, los testimonios correspondientes remitidos, dependiendo en consecuencia el interno condenado del Juez de Ejecución de Penas y Garantías, Dr. Retamoso, corresponde remitir a dicho magistrado las actuaciones que por incidente se labraran para designarle al condenado defensor de oficio*» (fs. 1564, destacado agregado).

A su vez, a fs. 41 de las presentes actuaciones, consta la notificación que el tribunal cimero de Entre Ríos le realizara al imputado Reinoso (9/6/2004), en donde se lo anotició del rechazo de los planteos articulados y, que según puede advertirse, han sido reiteración de aquellos otros a los cuales hice referencia en el apartado anterior.

En palabras textuales, puede allí leerse: «*PARANA, 8 de junio de 2004.- Téngase presente lo informado precedentemente por la Actuaria.* ***Verificándose que los numerosos planteos recursivos formulados por el presentante JOSE LUIS REINOSO en el farragoso e inentendible escrito que antecede carecen de la tempestividad prevista por la normativa legal vigente en la materia que propone a consideración, los mismos devienen manifiestamente ineficaces, razón por la cual corresponde desestimarlos 'in limine'*** *y, en igual sentido, las denuncias allí expuestas devienen inaudibles toda vez que las mismas versan sobre actos cumplidos en las diferentes etapas procesales precluidas y a la fecha pasadas en autoridad de cosa juzgada al haber adquirido firmeza la sentencia condenatoria de grado*» (v. fs. 41).

Esta última resolución que fuera notificada al imputado el día 10/6/2004 (fs. 41vta.), provocó la presentación del recurso de queja «in pauperis» que habilita la actuación de esta Defensa Oficial.

III. DOCTRINA DEL PRECEDENTE VALOR. FALTA DE HABILITACION DE LA INSTANCIA POR AUSENCIA DE INTERVENCION DE LA DEFENSA TECNICA

De una lectura completa de lo reseñado resulta ostensible que las sucesivas denegatorias dispuestas por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, irrogaron al condenado un agravio que constituye una privación de justicia; desconociendo no sólo la expresa regulación del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino también de la propia Constitución Nacional (art. 18) que se integra con los tratados internacionales de protección de derechos humanos con su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 C.N.).

En efecto, y más allá de los pretendidos fundamentos expuestos por el Tribunal para desestimar las sucesivas presentaciones de José Luis Reinoso, lo cierto es que, directamente inhibió la imprescindible intervención de la asistencia técnica

que en causa penal debe encauzar la pretensión del lego, y cuya ausencia (o presencia sólo formal) fulmina con invalidez el procedimiento.

Ninguna justificación existe para la omisión de proveer al imputado de asistencia técnica real efectivizando la garantía de la defensa técnica (conf. arts. 18 de la Constitución Nacional; 8.2 e) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) con el objeto de fundamentar el recurso extraordinario, o encauzar adecuadamente la pretensión del recurrente.

No obsta a lo expuesto el hecho de que en su primera presentación el justiciable no haya utilizado el «nomen juris» «Recurso Extraordinario», toda vez que en la jurisprudencia de V.E. los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben reputarse como una manifestación de su voluntad de interponer los recursos de ley, incluso a despecho de cualquier deficiencia formal (*Fallos*: 311:2502, entre muchos otros). Y así, la presentación directa deducida por el procesado debió entenderse como un recurso extraordinario «*in forma pauperis*» por recurso de casación denegado y «*obviar*(se) *requisitos formales referentes a la admisibilidad; de lo contrario* (se) *lesionaría el derecho constitucional a ser oído*» (*Fallos* 310:492).

Por otra parte, se produce el evidente contrasentido de que V.E., como Máximo Tribunal de protección de garantías de la República, otorga vista a esta Defensa Oficial para canalizar las pretensiones de quienes recurren a vuestros estrados pretendiendo la aplicación de las normas de que se trate, protegiendo en ese sentido el derecho fundamental a la asistencia jurídica efectiva en sede penal, mientras que el Tribunal inferior que rechazó las presentaciones articuladas, desconoció en todo momento la inexistencia de un recurso fundado jurídicamente, y con esa decisión cercenó a Reinoso la posibilidad de que se diera sustento técnico a las pretensiones que estimó válidas para su defensa.

En *Fallos* 326:3635 (Valor, Luis Alberto y otros) V.E. dejó sentado el criterio de «*Que la aplicación de esos principios al sub lite y el entendimiento de que la apelación in forma pauperis de fs. 5572/5602 constituye un recurso extraordinario federal, permiten concluir que durante el trámite posterior a la notificación de la sentencia de cámara, el imputado Estévez ha padecido un estado de indefensión que invalida todo el actuado a partir de esa oportunidad, en la medida en que la sola notificación de la resolución en cuestión al defensor oficial* (...) *sin que se le haya corrido vista de la apelación para que funde la presentación de su pupilo, no satisface las exigencias de un auténtico patrocinio letrado como el exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya protección no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por el tribunal a quo, quien correspondía salvar la falta de asistencia técnica antes aludida*» (considerando 5º).

Es claro entonces, que antes de expedirse sobre el fondo del asunto, el primer requisito formal que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos debió haber constatado era el de si la pretensión del recurrente conllevaba una adecuada defensa profesional, y así obrar en consecuencia.

Sobre el particular, y a despecho de resultar reiterativa, cabe enfatizar que V.E. ha expresado en fecha reciente que: «...*la sola notificación de la resolución en cuestión al defensor oficial* (...) *sin que se le haya corrido vista de la apelación para que funde la presentación de su pupilo, no satisface las exigencias de un verdadero patrocinio letrado como el exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya protección no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por el tribunal a quo, a quien correspondía salvar la falta de asistencia técnica antes aludida* (*Fallos* 324:3545, considerando 5º)

La arbitraria prescindencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos de las normas que regulan la intervención de la defensa técnica de los imputados en causa penal, teniendo en cuenta las constancias que surgen de la causa que corre acompañada, y atento el agravio por la decisión de rechazar las presentaciones de José Luis Reinoso, conlleva la nulidad de la citada resolución y de lo que es su consecuencia, lo que aquí expresamente se solicita.

Ello por cuanto se ha omitido la directa vigencia de la normativa que protege el derecho de defensa y el debido proceso legal, ignorando que '«*constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el con trol 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 afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada*» (*Fallos* 319:193).

IV. CONSIDERACIONES FINALES. VIOLACIÓN A LA GARANTIA DE REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO. DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES «CASAL», «MERLO», «NAPOLI» Y «NUÑEZ»

Por último, no puedo dejar de destacar que la revisión de la sentencia condenatoria efectuada por el Tribunal Superior de Entre Ríos a fs. 1454/55 (tal vez condicionada por la estrecha selección de agravios efectuada por el defensor técnico de Reinoso) no satisfizo en forma amplia el derecho a la doble conforme redefinido por V.E. en autos «Casal, Matías Eugenio» y «Martínez Areco, Ernesto».

Cabe aclarar que de acuerdo a lo sostenido por los Sres. Ministros Lorenzetti, Zaffaroni y Argibay *in re*: «Merlo, Luis Benito» del 20/12/2005, la doctrina fijada en «Casal» resulta en un todo aplicable a «...*los recursos de casación u otros análogos previstos por los ordenamientos procesales penales de las provincias*» (considerando 8º, voto del Dr. Zaffaroni).

En virtud de ello, para el caso en que V.E. coincida en que se ha vulnerado la garantía de revisión del fallo condenatorio, razones de economía procesal alientan a esta parte a postular que se disponga la retrogradación de estos actuados hasta el momento preciso en el cual el encartado interpuso el recurso de casación *in forma pauperis.*

Tal ha sido, por lo demás, la tesis adoptada por el máximo Tribunal en *Fallos* 319:193, como así también recientemente en «Nuñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja, casación y extraordinario» del 16/11/2004.

V.- PETITORIO

(...)

26. Sentencia de la Corte y Comentario

Llegado el caso al máximo Tribunal, éste hizo lugar al planteo de nulidad formulado por la Defensoría ante la Corte.

Así pues y remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal, el Tribunal entendió que en el caso resultaban aplicables los estandartes establecidos en el precedente «Núñez, Ricardo Alberto» (Fallos, 327:5095), en la medida en que ninguna de las manifestaciones *in pauperis* articuladas por José Luis Reinoso habían ameritado la intervención de una defensa técnica que las canalizara jurídicamente. Es por ello que, tras hacer lugar al planteo interpuesto por la Defensoría Oficial ante esa instancia, la Corte declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del recurso de casación articulado *in forma pauperis* por Reinoso «...que deberá ser resuelto una vez puesta a salvaguarda la efectiva y sustancial asistencia letrada...» del nombrado.

27) M. 599. XLI, «Montenegro, Raúl Alberto s/ presentación» (sentencia del 17 de octubre de 2007)

CONTESTA VISTA. SOLICITA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE «VALOR, LUIS ALBERTO».

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO A. DROMI (...)

I. OBJETO

Que vengo a contestar la vista que me fuera concedida por V.E., a fin de dotar de fundamentación técnica a la presentación realizada por RAÚL ALBERTO MONTENEGRO, obrante a fs. 1/2vta del presente.

Que esa presentación, realizada sin firma de letrado, lleva por título «INTERPONE RECURSO DE QUEJA IN PAUPERIS».

Que mi asistido se agravia de la resolución emanada de la Onceava Cámara del Crimen de la Provincia de Córdoba (cf. fs. 1060/1105 del expediente principal), en las que se resolvió condenarlo a la pena de veinte años de prisión y declaración de reincidencia.

II. ANTECEDENTES

El 20 de noviembre de 2003 Raúl Alberto MONTENEGRO fue condenado por sentencia de la Cámara del Crimen de Onceava Nominación de la Provincia de Córdoba (cf. fs. 1060/1105) a la pena de veinte años de prisión, declaración de reincidencia, con adicionales de ley y costas, en virtud de haber sido considerado coautor del delito de homicidio en ocasión de robo.

A fs. 1106/35 presentó recurso de casación el defensor particular de dos de los coprocesados de MONTENEGRO: Gustavo Sanz y Gustavo Romo. Ese remedio procesal fue concedido por el Tribunal Oral, y el 6 de octubre de 2004 el Tribunal Superior de Justicia local decidió rechazar el recurso interpuesto.

Contra esa decisión, el nuevo defensor de Sanz y de Romo, el Sr. Asesor Letrado Dr. Lascano promovió recurso extraordinario federal, que fuera rechazado el día 29 de septiembre de 2005 (ver fs. 72/78 de la causa «S», N° 67, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba).

Cabe señalar que a fs. 46/49 vta. del expte. «S», N° 67, luce agregada una presentación de MONTENEGRO dirigida a V.E. de fecha 29 de noviembre de 2004 certificada por la autoridad penitenciaria.

A fs. 52 luce agregado el auto por el que el Sr. Presidente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenara la remisión de la presentación de MONTENEGRO al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

Recibidas que fueran las actuaciones en la justicia local, el 23 de febrero de 2005, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba,

sin dar intervención previa a un abogado defensor, decidió no dar trámite a la presentación de MONTENEGRO. De esa forma refirió que: *«En contra de la sentencia condenatoria n° 42, de fecha 20/11/02, dictada por la Cámara del Crimen de Undécima Nominación de esta Ciudad, solo defensores de los imputados Gustavo Alberto Sanz, José Eduardo Oviedo y Gustavo Antonio Romo dedujeron recurso de casación. Por Autos n° 338 y 339, de fecha 6/10/04, este Tribunal Superior de Justicia, declaró formalmente improcedentes las impugnaciones mencionadas. Asimismo, en contra de la primera de las resoluciones el imputado Gustavo Alberto Sanz, José Eduardo Oviedo y Gustavo Antonio Romo dedujeron recurso extraordinario, el cual en la actualidad se encuentra a estudio de la Relatoría Penal. Durante el término de emplazamiento previsto con motivo de la interposición del recurso de casación, ni el encartado ni su defensora efectuaron presentación alguna, ni cuando fueron notificados de la concesión de las impugnaciones efectuadas por los coimputados.»*

Luego de esa reseña, los integrantes del máximo Tribunal provincial, concluyeron: *«Bajo el pretexto de interponer un recurso ante la Corte Suprema de Justicia, el imputado pretende revertir extemporáneamente lo que ya adquirió calidad de cosa juzgada, esto es la sentencia dictada en su contra por el la Cámara Decimoprimera en lo Criminal. Ello es así, pues ni el encartado ni su defensora dedujeron recurso de casación en tiempo propio, teniendo presentes además las notificaciones efectuadas y señaladas supra de la resolución mediante la cual se concedía las impugnaciones deducidas por los otros investigados. Entonces, el silencio por parte del encartado y de su patrocinante durante el término legal previsto para recurrir (C.P.P., art. 474) acarreó indefectiblemente que la sentencia para él pasara a autoridad de cosa juzgada...Debe destacarse además, que durante el término previsto para la interposición del recurso local, el ahora quejoso no se encontraba en una situación fáctica que pueda asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica y, por tanto, no le es aplicable la doctrina de la Corte Suprema elaborada en relación a las peticiones informadas («in pauperis») efectuadas por imputados indefensos y de conformidad a la cual pueden flexibilizarse las exigencias formales de la impugnación. Que de hacerse lugar a la presentación efectuada por el imputado Montenegro se estaría violando la garantía constitucional de «igualdad ante la ley» (C.N., 16) para con los otros sometidos a proceso. El quejoso en ese lapso contaba con la tutela de su defensora, la Dra. Liliana Malvasio.»* (confr. 54vta/55)

Esta resolución fue notificada por cédula al imputado y al Sr. Asesor Letrado en lo Penal , Dr. José Luis Santi.(ver fs. 56 y 57).

Finalmente, el día 14 de marzo de 2005 MONTENEGRO se presentó nuevamente ante ese Digno Tribunal, esta vez recurriendo el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

III. DOCTRINA DEL PRECEDENTE VALOR. FALTA DE HABILITACION DE LA INSTANCIA POR AUSENCIA DE INTERVENCION DE LA DEFENSA TECNICA

De una lectura completa de lo reseñado resulta ostensible que el trámite impuesto a la presentación de MONTENEGRO por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, irrogó al condenado un agravio que constituye una privación de justicia; desconociendo no sólo la expresa regulación del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino también de la propia Constitución Nacional (art. 18) que se integra con los tratados internacionales de protección de derechos humanos con su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 C.N.).

En efecto, y más allá de los pretendidos fundamentos expuestos por el Tribunal

para desestimar las sucesivas presentaciones de Montenegro lo cierto es que, directamente inhibió la imprescindible intervención de la asistencia técnica que en causa penal debe encauzar la pretensión del lego, y cuya ausencia (o presencia sólo formal) fulmina con invalidez el procedimiento.

Ninguna justificación existe para la omisión de proveer al imputado de patrocinio letrado real efectivizando la garantía de la defensa técnica (conf. arts. 18 de la Constitución Nacional; 8.2 e) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) con el objeto de encauzar adecuadamente la pretensión del recurrente.

No obsta a lo expuesto el hecho de que en su primera presentación el justiciable no haya utilizado el «nomen juris» correcto, toda vez que en la jurisprudencia de V.E. los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben reputarse como una manifestación de su voluntad de interponer los recursos de ley, incluso a despecho de cualquier deficiencia formal (*Fallos*: 311:2502, entre muchos otros). Y así, la presentación directa deducida por el procesado debió entenderse como un recurso de casación «*in forma pauperis*» y «*obviar(se) requisitos formales referentes a la admisibilidad; de lo contrario (se) lesionaría el derecho constitucional a ser oído*» (*Fallos* 310:492).

Por otra parte, se produce el evidente contrasentido de que V.E., como Máximo Tribunal de protección de garantías de la República, otorga vista a esta Defensa Oficial para canalizar las pretensiones de quienes recurren a vuestros estrados pretendiendo la aplicación de las normas de que se trate, protegiendo en ese sentido el derecho fundamental a la asistencia jurídica efectiva en sede penal, mientras que el Tribunal inferior que rechazó las presentaciones articuladas, desconoció en todo momento la inexistencia de un recurso fundado jurídicamente, y con esa decisión cercenó a Montenegro la posibilidad de que se diera sustento técnico a las pretensiones que estimó válidas para su defensa.

En *Fallos* 326:3635 (Valor, Luis Alberto y otros) V.E. dejó sentado el criterio de «*Que la aplicación de esos principios al sub lite y el entendimiento de que la apelación in forma pauperis de fs. 5572/5602 constituye un recurso extraordinario federal, permiten concluir que durante el trámite posterior a la notificación de la sentencia de cámara, el imputado Estévez ha padecido un estado de indefensión que invalida todo el actuado a partir de esa oportunidad, en la medida en que la sola notificación de la resolución en cuestión al defensor oficial* (...) *sin que se le haya corrido vista de la apelación para que funde la presentación de su pupilo, no satisface las exigencias de un auténtico patrocinio letrado como el exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya protección no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por el tribunal a quo, quien correspondía salvar la falta de asistencia técnica antes aludida*» (considerando 5º).

Es claro entonces, que antes de expedirse sobre el fondo del asunto, el primer requisito formal que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba debió haber constatado era el de si la pretensión del recurrente conllevaba una adecuada defensa profesional, y así obrar en consecuencia.

Sobre el particular, y a despecho de resultar reiterativo, cabe enfatizar que V.E. ha expresado en fecha reciente que: «...*la sola notificación de la resolución en cuestión al defensor oficial* (...) *sin que se le haya corrido vista de la apelación para que funde la presentación de su pupilo, no satisface las exigencias de un verdadero patrocinio letrado como el exigido por la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya protección no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por el tribunal a quo, a quien*

correspondía salvar la falta de asistencia técnica antes aludida (*Fallos* 324:3545, considerando 5º)

La arbitraria prescindencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba de las normas que regulan la intervención de la defensa técnica de los imputados en causa penal, teniendo en cuenta las constancias que surgen de la causa que corre acompañada, y atento el agravio por la decisión de rechazar la presentación de Raúl Alberto MONTENEGRO, conlleva la nulidad de la citada resolución y de lo que es su consecuencia, lo que aquí expresamente se solicita.

Ello por cuanto se ha omitido la directa vigencia de la normativa que protege el derecho de defensa y el debido proceso legal, ignorando que '«*constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el con trol 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 afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada*» (*Fallos* 319:193).

Los recaudos anteriores no podrían entenderse zanjados so pretexto de la alegada firmeza de la sentencia de condena respecto de Montenegro.

Ello por cuanto, la inequívoca voluntad recursiva manifestada por el encartado y el rango constitucional de la garantía de revisión del fallo condenatorio daban cuenta de la viabilidad de su pretensión, tanto más si se tiene presente que, la previsión del art. 452 del ritual provincial (similar al art. 441 del CPPN) saneaba cualquier imperfección en la habilitación de la instancia.

En tal sentido resulta de aplicación *mutatis mutandi,* la doctrina de V.E. en el precedente «Duque Salazar, Francisco Javier s/ su presentación» (Expte. D. 1704. XL del 21/3/2006) en el que, como acontece aquí, el justiciable no había expresado en tiempo y forma su voluntad de recurrir la decisión del juez de grado, extremo que, sin embargo, no impidió que, *a fortiori,* se viera beneficiado por la decisión dictada en torno a su coprocesada por aplicación del efecto extensivo aludido.

En definitiva, establecida la vulneración de las garantías básicas del debido proceso corresponde hacer lugar al presente recurso y disponer, por donde corresponda, el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

IV. PETITORIO

(...)

27. Sentencia de la Corte y Comentario

La Corte Suprema -por mayoría y tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal- hizo lugar a la presentación y, en consecuencia, declaró la nulidad de la resolución que rechazó por extemporánea la presentación de Montenegro.

Para llegar a tal decisión y luego de recordar su tradicional doctrina en punto a los alcances del derecho de defensa y al valor de las presentaciones *in pauperis*, la Corte entendió que antes de expedirse sobre la procedencia formal de la presentación de Montenegro, el tribunal apelado debió haber otorgado intervención a una asistencia técnica que estuviera en condiciones de fundarla. Y así, ha sido «Ese, y no el seguido por la corte provincial (...) el sentido que cabe otorgarle a lo dispuesto por la presidencia del Tribunal cuando ordenó la remisión de la causa».

28) R. 347. XXXIX, «Rodríguez Díaz, Angel Ernesto y Rodríguez Díaz, Diego Hernán s/ su solicitud de avocación», (sentencia del 24 de junio de 2004)

ALEGA PRIVACIÓN DE JUSTICIA - CONTESTA VISTA

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

Que, en mi carácter de Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, legitimada activamente en virtud de la delegación de funciones efectuada por el Sr. Defensor General de la Nación, Dr. MIGUEL ANGEL ROMERO, quien cuenta entre sus deberes y atribuciones ejercer ante V.E. en los casos que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 51, inc. «a» y «b» y 53, inc. «a» de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946), vengo a fundar la voluntad recursiva de Ángel Ernesto RODRIGUEZ y Diego Hernán RODRIGUEZ, agregada a fs. 1/6vta. de estos actuados, conforme la vista conferida.

En su escrito, los justiciables se agravian de llevar en detención ininterrumpida más de 5 años, sin clausura del sumario y sin esperanza de que la situación procesal se resuelva en un tiempo razonable.

Su reclamo abunda en la inteligencia de que la demora del proceso incoado a su respecto excede todo plazo razonable, y solicita la avocación de V.E. y la intervención de este Ministerio Público de la Defensa, por entender que se vieron conculcadas las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

Los justiciables apuntan que :*»...el hecho de que mi proceso continúe indefinidamente y mi única posibilidad de obtener la libertad es cumpliendo la pena no firme que se me impuso, acudo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicitando que VV. EE. Disponga la remisión del expediente a Vuestros Estrados y se avoquen al estudio de la misma para resolver lo que de otra manera no se resolvería nunca en forma y tiempo razonables.»*

II. ANTECEDENTES

a) Sobre la «especial diligencia» puesta en la tramitación del proceso

La causa N° 48.906 del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 del Partido de Morón, Provincia de Buenos Aires, a la que eventualmente se acumularán demás actuados, se inició el 22 de febrero de 1998. La detención del encausado ÁNGEL ERNESTO RODRIGUEZ se retrotrae al día 24 de ese mismo mes y año (conf. fs. 53 del expte. 48.894 del registro del mismo Juzgado), en tanto DIEGO HERNÁN RODRIGUEZ fue detenido el 3 de marzo de 1998 (v. fs. 11/12 del expte. N° 48.886). Esa situación permanece inalterada hasta el día de la fecha, esto es, por un período superior a los cinco años.

A efectos de demostrar la dilación en el proceso, realizaré un breve relato de los pormenores del trámite impreso a las actuaciones por los agentes judiciales de la Provincia de Buenos Aires:

a) 1) Expte 48.894.

Las actuaciones se iniciaron el día 23 de febrero de 1998, y originariamente tramitaron por ante el Juzgado Criminal y Correccional N° 3 de Morón, bajo el registro N° 3-47.104.

Como ya se señalara, el 24 de febrero se procedió a la detención de ÁNGEL ERNESTO RODRIGUEZ (vid. fs. 53) quien se encontraba internado en el Hospital Posadas.

El 2 de marzo, la Sra. Juez Dra. Raquel Reneé Lafourcade solicitó a la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 12 de San Martín que se inhiba de seguir entendiendo en el sumario instruido por la Seccional Policial Séptima del Partido de Tres de Febrero, en el marco de los hechos acaecidos el 23 de febrero de 1998.

Una vez establecido que el encartado se encontraba en condiciones físicas de prestar declaración indagatoria, se procedió a recibir su descargo, el 10 de marzo de 1998 (fs. 152/vta.)

El 17 de marzo la Sra. Juez actuante dictó auto de procesamiento y prisión preventiva respecto de ÁNGEL ERNESTO RODRIGUEZ, en orden al delito de robo agravado en grado de tentativa.(fs. 153/157vta.)

El 20 de marzo se recibió la causa proveniente del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 12 de San Martín, a la que se hizo correr por cuerda bajo el N° 47.540 (conf. Fs. 167).

A fs. 177 luce agregada el acta de notificación del auto de procesamiento a RODRIGUEZ, quien apeló dicha resolución (21 de marzo de 1998).

En virtud de la manifestación del justiciable, la Sra. Juez actuante decidió (mediante decreto del 30 de marzo obrante a fs. 211) convertir la voluntad impugnativa de RODRIGUEZ en un hábeas corpus, ordenando la formación del incidente respectivo y su posterior elevación a la Cámara de Apelaciones del fuero.

Así el 5 de mayo de 1998, y sin dar traslado previo a su defensa, la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional de Morón, rechazó el hábeas corpus, resolución que sí fue notificada al Defensor Oficial (ver fs. 14/vta. del incidente de Hábeas Corpus correspondiente).

El 30 de septiembre de ese mismo año, de conformidad con lo dispuesto por Res. 1377/98 SCJBA, las actuaciones fueron remitidas al Juzgado de Transición N° 1 de Morón a cargo del Dr. Jorge RODRIGUEZ.(fs. 319/320). Ese mismo día se ordenó la remisión de la causa a la Delegación Departamental de Investigaciones de Morón a fin de realizar diversas diligencias.

Cuatro meses y medio más tarde, el 18 de febrero de 1999 se ordenaron nuevas medidas a realizar esta vez por la Comisaría de Haedo, y en consecuencia se remitió la causa a dicha Seccional (fs. 351/352).

El 8 de octubre el titular del Juzgado de Transición volvió a remitir las actuaciones a la Delegación de Morón (fs. 385/386), para, 20 días más tarde, verse obligado a conceder 15 días de prórroga ya que el expediente había sido enviado a la Seccional Haedo con el término ya vencido (vid. fs. 393).

El 2 de febrero de 2000, el Sr. Agente Fiscal solicitó se prorrogue la prisión preventiva de RODRIGUEZ por el término de un año. El 15 de febrero el Sr. Juez actuante prorrogó la prisión preventiva «*...teniendo en cuenta la complejidad del proceso, la calidad del delito atribuido, las múltiples diligencias de sumario*

dispuestas, circunstancias que ocasionaron inevitables retrasos...».(vid. fs. 407/409).

A fs. 414 se encuentra acorallada el acta de notificación de la prórroga de la prisión preventiva a RODRIGUEZ de fecha 16 de febrero de 2000, quien apeló. En atención a la voluntad expresada por el justiciable, el 1 de marzo se ordenó la formación de incidente de apelación y se elevó a la Cámara del fuero (conf. fs. 415).

Así la Sala III notificó al Sr. Defensor Oficial, emplazándolo en los términos del art. 443 del CPP (fs. 9 del respectivo incidente).

El 29 de marzo, sin que la defensa oficial fundase la apelación del encausado, la Sala I declaró inadmisible el recurso de apelación interpuesto por «..no haber indicado el recurrente el motivo del agravio que lo sustenta...»(vid. fs. 15 del incidente).

Una vez notificado de esta última decisión, RODRIGUEZ consignó «APELO A CASACIÓN» (fs. 18 del incidente respectivo). El 14 de abril los miembros de la Sala III, sin previa notificación a la defensa, entendieron que la manifestación de RODRIGUEZ no podía considerarse un «...*anuncio de recurrir ante el Tribunal de Casación desde que el decisorio en cuestión no encuadra en ningún supuesto del art. 450 del C.P.P. Ley 11.922.*» (vid. fs. 19 de ese incidente).

En forma paralela, Ángel Ernesto RODRIGUEZ presentó desde su lugar de detención un pedido de cese de prisión preventiva (vid fs. 2/4vta. del incidente de excarcelación en causa N° 48894).

El 3 de abril, el Sr. Juez de Transición rechazó el pedido de RODRIGUEZ, sin haber puesto en conocimiento de la defensa actuante la solicitud del detenido. (fs. 7 del incidente). Notificado que fuera de esa resolución, Ángel RODRIGUEZ la apeló.

Así el 30 de mayo, la Sala III declaró inadmisible el recurso de apelación interpuesto (confr. fs. 17)

Dos años después de recibidos los autos N° 3-47.540, el Sr. Agente Fiscal solicitó aue RODRIGUEZ preste declaración indagatoria en orden a los hechos investigados en esa causa, a los que calificó como constitutivos de los delitos de robo agravado por el uso de armas en concurso real con disparo de arma de fuego criminis causae (fs. 417/418).

A raíz del pedido formulado por el Sr. Fiscal se realizó una certificación respecto de los antecedentes registrales de Ángel Ernesto RODRIGUEZ

El 3 de abril de 2000 se recibió declaración indagatoria a mi defendido, en relación a los hechos anteriormente consignados (fs. 423/424) y el 11 de abril siguiente se decidió ampliar su prisión preventiva por considerarlo «prima facie» coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas en concurso real con disparo de arma de fuego criminis causa, en concurso material con el delito de robo agravado en grado de tentativa que fuera motivo de calificación legal en la medida cautelar de fs. 153/157 (vid fs. 427/429). En ese mismo resolutorio se decretó el cierre del sumario y se dispuso el pase a despacho para resolver respecto de la competencia.

Notificado que fuera de ese acto jurisdiccional, RODRIGUEZ apeló la ampliación del procesamiento (fs. 430) y el 15 de mayo de 2000, una vez anoticiadas las partes, se formó el respectivo incidente (fs. 437).

El 17 de mayo se recibieron las actuaciones en la Sala III, la cual el 12 de junio devolvió el expediente al Juzgado de origen por entender que no se había cumplido con el art. 443 CPP (fs. 11 del incidente apelación en favor de Ángel RODRIGUEZ). El Sr. Titular del Juzgado de Transición N° 1 respondió que había dado cabal cumplimiento con las previsiones de ley y elevó nuevamente lo actuado a la Cámara de Apelaciones del fuero.

Vuelta que fuera la causa a la Sala III, sin contar la pretensión del justiciable con la debida fundamentación técnico legal por parte de la defensa, el Tribunal de Alzada declaró inadmisible el recurso de apelación (fs. 17 del legajo de incidente de apelación).

El 10 de agosto de 2000, el titular del Juzgado de Transición N° 1 se declaró incompetente para seguir entendiendo en la causa y decidió remitir las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 4 de Morón (ver fs. 441/442).

El 20 de noviembre de ese mismo año, la causa quedó registrada bajo el N° 48.894 en el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 4 de Morón.

Finalmente, el 26 de febrero de 2001, la causa fue unificada con la causa N° 48.886 (fs. 465).

a) 2) Expte. N° 48.886.

Este expediente se inició el 3 de marzo de 1998, y tramitó ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Martín, bajo el N° 1-56.132.

A fs. 37/38 obra la declaración indagatoria de Diego Hernán RODRIGUEZ, de fecha 4 de marzo de 1998, en orden a los delitos de lesiones graves en concurso real con similar ilícito, resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas, sustitución de numeración de arma y tenencia ilegítima de arma de guerra, todo en concurso real.

A fs. 49 obran los antecedentes nacionales y provinciales de D. H. RODRIGUEZ, entre los que se encontraban certificados los autos que se seguían en su contra en la jurisdicción de Morón.

El 30 de abril se dictó auto de procesamiento y prisión preventiva a D. H. RODRIGUEZ en orden a los delitos de lesiones graves, reiteradas en dos oportunidades, en concurso real entre sí, resistencia a la autoridad y abuso de armas en concurso real entre sí.

El 5 de mayo de 1998, la Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Martín, resolvió rechazar el recurso de hábeas corpus interpuesto por el propio defendido (vid. fs. 75/vta.).

A pedido del justiciable, el 29 de junio de 1998, se le recibió nueva declaración indagatoria.

El 13 de octubre de 1998, la Sra Juez a cargo del Juzgado de Transición N° 1 de San Martín, Dra. Solange Cambet se excusó de seguir interviniendo por haber ejercido la defensa de RODRIGUEZ con anterioridad.

La titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 12 de San Martín no aceptó la excusación de la Dra. Cambet y ordenó la formación del incidente de excusación pertinente (conf. Resolución del 6 de noviembre de 1998 obrante a fs. 145/146).

Así, una vez resuelta dicha cuestión, el 15 de marzo de 2000, el Dr. Gustavo Varvello, titular del Juzgado de Transición N° 2 de San Martín, decretó el cierre del sumario y, en virtud de encontrarse tramitando un causa seguida a D. H. RODRIGUEZ en el Juzgado Criminal y Correccional N° 4 de Morón, se ordenó un nuevo pase a despacho a fin de decidir acerca de la competencia (fs. 255/vta.).

El 21 de marzo de 2000, desde su lugar de detención D. H. RODRIGUEZ presentó un escrito en el cual solicitaba el cese de prisión preventiva (fs. 20/23vta. del incidente de excarcelación).

El 24 de marzo, el Dr. Varvello, concedió la excarcelación al imputado bajo caución real de $60.000 (fs. 25vta./26 del citado incidente), monto que, a raíz de la apelación efectuada por el imputado y su defensa, fue reducido a $40.000 por la Sala I de San Martín (fs. 33/vta.).

Merced al eventual cruce de datos, y transcurridos más de dos años desde el comienzo de las investigaciones, a fs. 257 se anotó al encausado a disposición conjunta con el Juzgado de Transición N° 1 de Morón en el marco del expediente N° 48.906.

Finalmente, el 24 de mayo de 2000, el Dr. Varvello decidió inhibirse de seguir entendiendo en las actuaciones y plantear la cuestión de competencia por ante el Juzgado Criminal y Correccional N° 4 de Morón.

El 26 de octubre de 2000 el Sr. Titular del Juzgado Criminal y Correccional de Morón aceptó la competencia (fs. 275) y cuatro meses más tarde, el 26 de febrero de 2001, se procedió a unificar la causa con los expedientes N° 48.894 y 48.906.

a) 3) Expte N° 48.906

Estas actuaciones se iniciaron el día 22 de febrero de 1998. La primera etapa del procedimiento llevado a cabo por el Juzgado Criminal y Correccional N° 4 de Morón se circunscribió a lograr la individualización e identificación de los autores del hecho investigado.

Así, a fs. 7/8 28/29 80/81 y 183 pueden encontrarse distintas menciones a Ángel Ernesto RODRIGUEZ y a Diego Hernán RODRIGUEZ como posibles autores de los ilícitos investigados. El 16 de marzo de 1999 se libró oficio al Juzgado Criminal y Correccional N° 12 de San Martín a fin de que informara respecto del estado de la causa seguida a D. H. RODRIGUEZ.

Transcurridos **más de 18 meses desde el inicio de la investigación**, precisamente el 1 de noviembre de 1999 y, luego de individualizar a Ángel RODRIGUEZ - **quien se hallaba detenido a disposición del mismo Juzgado en causa N° 48.894**- y a su hermano Diego, se ordenó la realización de una rueda de reconocimiento de personas con la participación de los mismos.

El 13 de marzo de 2000, luego de realizadas las ruedas, se ordenó la inmediata detención de los imputados (fs. 284/285 del principal).

El 31 de marzo de 2000 se dictó auto de procesamiento y prisión preventiva respecto de mis defendidos en orden a los delitos de homicidio agravado por ser criminis causa, en concurso real con robo agravado por el uso de armas (fs. 327/332 del Expte N° 48.906).

Dicha resolución fue apelada por el entonces defensor de los hermanos RODRIGUEZ y por los propios encausados (vid. fs. 337, 339 y 341).

Elevadas que fueran las actuaciones, la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Morón el 16 de junio de 2000 (v. fs. 31 del incidente de apelación formado en la causa N° 48.906) confirmó el auto de procesamiento oportunamente dictado.

El 14 de julio de ese año el titular del Juzgado de Transición N° 1 del Departamento de Judicial de Morón, Dr. Jorge Rodríguez solicitó la remisión del Expte. N° 37.956/95 del Ex Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Morón, cuya acumulación se ordenó el 10 de agosto (vid. fs. 463/vta.).

El 23 de noviembre de 2000 el Sr. Juez actuante decretó el cierre del sumario y ordenó el pase en vista al Sr. Agente Fiscal, en los términos del art. 215 de la ley 3.589 (conf. fs. 533/vta.).

El 16 de febrero de 2001 el Dr. Rodríguez resolvió declararse incompetente para seguir entendiendo en las actuaciones y decidió remitirlas al Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N°4 de Morón, por encontrarse tramitando ante ese Juzgado la causa N° 37.505, del año 1994, seguida a ambos imputados por el delito de daño calificado (fs. 589/590).

El 13 de marzo de 2001 el Sr. Juez a cargo del Juzgado Criminal y Correccional N° 4 de Morón, Dr. Bonanno, ordenó la unificación de todos los procesos seguidos

a los hermanos RODRIGUEZ (causas N° 48.906 y 37.505 seguidas a ambos encartados, causa N° 48.894 seguida a Ángel y causa N° 48.886 seguida a Diego). En ese mismo acto dispuso el pase en vista al titular de la Fiscalía de Juicio y Transición N° 4 de Morón (Fs. 605/vta.)

Ese mismo día, pero esta vez en el marco del incidente de excarcelación formado a raíz del pedido de cese de prisión preventiva efectuado «in forma pauperis» por Á. RODRIGUEZ, el Dr. Bonano resolvió denegar la excarcelación de ambos imputados bajo todo tipo de caución (confr. fs. 4/6vta. del incidente respectivo).

El 19 de marzo de 2001, el letrado particular que ejercía la defensa de ambos imputados, renunció a su cargo (fs. 613).

A fs. 614/615 se encuentra agregada la presentación del Agente Fiscal a cargo de la Fiscalía de Juicio y Transición N° 4, por la cual solicitó la reposición (y subsidiariamente la nulidad) del decreto de fs. 605/vta.

Diez días después de que el abogado de confianza abandonara la defensa de los hermanos RODRIGUEZ, el Juez dispuso notificar a los mismos tal circunstancia. En ese mismo acto resolvió que la Fiscalía N° 3 era la que debía actuar en el proceso (vid. fs. 616/vta.).

A fs. 619 obra una constancia del día 23 de abril de 2001 que da cuenta de que la causa había sido transferida al Juzgado de Transición N° 2 de Morón, a cargo de la Dra. Andrea Bearzi, de conformidad con lo dispuesto en la resolución del día 9 de marzo de 2001 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, registrada en el Expte. N° 01037/2001. El 2 de mayo de ese mismo año, y en virtud de que los encausados no habían designado nuevo defensor, se resolvió dar intervención a la defensa oficial. Así también se dispuso el pase en vista de los autos al Agente Fiscal a cargo de la Fiscalía de Transición.

A fs. 627/634 vta. obra la acusación fiscal de fecha 13 de septiembre de 2001.

Notificados que fueran del dictamen del Sr. Fiscal, tanto Ángel Ernesto como Diego Hernán RODRIGUEZ rubricaron «APELO» en sus respectivas actas de notificación (vid. fs. 640 y 641). El 25 de septiembre la Sra. Juez no hizo lugar a lo manifestado por los encartados por entender que la requisitoria fiscal no era susceptible de apelación.

A fs 643/644 obra un informe que da cuenta de diversas falencias en los expedientes en trámite y a fs. 648/vta. se encuentra otro informe de similares características. A raíz de esas certificaciones el 30 de octubre se ordenó la realización de nuevas foliaturas a fin de enmendar los errores.

Una vez realizadas esas diligencias, el 5 de noviembre de 2001 se elevaron las actuaciones a la Sala III de la Cámara del fuero Departamental. Ingresadas que fueran los autos en la Sala III, el 28 de diciembre se resolvió correr traslado al Sr. Fiscal General de conformidad con el Código Procesal Penal local.

El 4 de febrero de 2002 los imputados presentaron desde su lugar de detención un escrito en el cual solicitaban el cese de la prisión preventiva (vid. fs. 1/10 del incidente de excarcelación, causa N° 9973 de la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento de Morón).

El 28 de febrero la Sala, sin haber dispuesto la intervención de la defensa, decidió que «...debido a la complejidad del proceso y teniendo en cuenta que no deviene irrazonable el tiempo de prisión preventiva que hasta ahora vienen sufriendo Ángel Ernesto Rodríguez y Diego Hernán Rodríguez, a la luz del art. 169 inc. 10) del C.P.P. t.s. Ley 12.405 y conforme el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana de Derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la situación de los nombrados no se encuentra comprendida en ningún supuesto del art. 169 del

C.P.P. t.s. Ley 12.405, por todos estos argumentos corresponde no hacer lugar a la excarcelación de los imputados...» (vid. fs. 14 del incidente mencionado).

A fs. 16/vta. obra acta de notificación de ese último decisorio a mis defendidos, quienes apelaron.

El 11 de abril de 2002, y sin proveer a la asistencia del letrado defensor a fin de que encauzara legalmente la pretensión recursiva, los integrantes de la Sala III afirmaron que la voluntad de apelar de los justiciables «*...en criterio de este Tribunal no puede ser considerada anuncio de recurrir ante el Tribunal de Casación Penal, y desde que no lo expresaron así los recurrentes, ni sería ello factible a la luz del plenario del Tribunal de Casación de la Prov. de Bs. As. Resuelto en el expediente N° 2924 del 18/4/2000, lo que conlleva la firmeza del auto impugnado, que así corresponde declarar..*»(vid. fs. 17).

A fs. 670/679 de las actuaciones principales obra el ofrecimiento de prueba realizado por el Sr. Fiscal (12 de febrero de 2002) y a fs. 682/684 las medidas probatorias solicitadas por le Sr. Defensor Oficial Adjunto (18 de marzo de 2002).

El 21 de agosto de 2002 se realizó la audiencia prevista en el art. 338 del Código Procesal Penal (v. Fs. 706/709), a fs. 710 la defensa oficial ofreció nuevas pruebas y la audiencia correspondiente se realizó el 28 de agosto (fs. 716/vta.)

A fs. 719/732 obra el acuerdo por el que la Sala III resolvió las cuestiones planteadas por las partes en las audiencias realizadas en conformidad al art. 338 y ordenó la producción de diversas medidas probatorias.

A fs. 733, la Fiscalía solicitó una rectificación de la Resolución anterior, que fue concedida por la Sala el día 8 de octubre de 2002 (fs. 735).

El 26 de diciembre ppdo. el Sr. Defensor Oficial, Dr. Rómulo Soria Paz, ofreció nuevos testigos y la Sala decidió ampliar el auto de pertinencia de prueba el 25 de marzo de 2003 (vid. fs. 885).

A fs. 888 obra el decreto de fecha 26 de mayo de este año por el cual se designó la realización del debate oral y público para el día 24 de marzo de 2004.

De la lectura de los obrados surge con claridad que el inexplicable retraso de las actuaciones no obedeció ni a la existencia de un gran número de imputados ni al despliegue de conductas dilatorias de parte de los acusados o de sus letrados defensores, sino a una incomprensible morosidad judicial.

III. AGRAVIOS

III. 1. Principio de inocencia. Violación a la garantía del debido proceso. Plazo razonable en el marco del sistema de protección internacional de los derechos humanos. Violación de los arts. 7, 5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14. 3 «c» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 28 de la Constitución Nacional

Destaco que, en las condiciones del caso, y a fin de evitar cualquier menoscabo a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio de los procesados, si bien esta presentación procurará poner de manifiesto las violaciones constitucionales advertidas, lo hará encauzando legalmente las peticiónes originarias en el modo que resulte más beneficioso para su pretensión procesal.

En este orden, y conforme surge de la reseña de antecedentes, el reclamo de los justiciables se presentará a consideración de V.E. con el fin de obtener la aplicación de un *certiorari* positivo, aún cuando el impugnante no haya logrado que se encauce legalmente su inequívoca voluntad recursiva.

La adopción de tal postura encuentra fuente en la jurisprudencia de V.E. en Fallos 316:2456, cuando sostuvo: «*4°) Que, sin embargo, existe mérito suficiente para habilitar esta instancia a la luz de la interpretación dada en su oportunidad a los alcances de la reforma introducida al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: «La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que –de una manera realista- su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1:340, del 17 de octubre de 1864). La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional.» (Disidencia de los ministros doctores don Enrique Santiago Petracchi y don Eduardo Moliné O'Connor en la causa E. 64. XXIII. «Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros», sentencia del 7 de julio de 1992.)»*

Esa doctrina se complementa con la sentada en Fallos 313:1247 (voto del Sr. Conjuez Dr. Luis Alberto Cotter), concretamente, a partir del reconocimiento de que el trámite paralelo en el que se sustancian pretensiones de las partes, no excluiría el poder de la Corte en casos de privación de justicia (v. Considerando 8° *a contrario sensu*).

Efectuada la aclaración previa, abordemos ahora la situación que agravia a mis defendidos. Transcurridos más de cinco años desde sus detenciones los nombrados permanecen privados de su libertad, **pese a que aún no se ha realizado la audiencia de debate.**

Es bien sabido que el Derecho Penal es el arma más poderosa con que cuenta el Estado para la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Para ello se vale de un limitado elenco de reacciones punitivas, una de las cuales, la privación de la libertad, ocupa un lugar central y casi excluyente. Ahora bien, lo que resulta ser el dispositivo sancionatorio más contundente y utilizado, reviste, simultáneamente, la calidad de medida cautelar durante el proceso.

Va de suyo que una actividad «per se» disvaliosa, como el hecho de privar de la libertad a un individuo, sólo se legitima en la medida en que su inocencia haya sido debidamente desbaratada por una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

Más compleja resulta su legitimación, en particular a la luz de un sistema de garantías como el reconocido por nuestra Carta Magna, en los casos de detención durante el proceso, puesto que aquí el Estado impone a un ciudadano inocente una medida de aseguramiento que en nada difiere con la pena de encierro que, en caso de ser hallado culpable, habrá de corresponderle. Es más, en la práctica, la situación de los procesados detenidos suele ser mucho más lesiva de derechos elementales que el cumplimiento, por parte de los condenados, de la pena de prisión o reclusión.

En efecto, el derecho de la sociedad a que los delitos no queden impunes debe ser conjugado con el estado de inocencia, del que goza todo individuo, así como con sus derechos a un debido proceso y a sufrir pena sólo en virtud de una sentencia firme, pues, tal como reiteradamente ha sostenido V.E., no resulta compatible con el entendimiento armónico de nuestro ordenamiento jurídico, sacrificar un derecho en aras de otro.

«La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado

demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso.» (C.I.D.H., Informe 2/97, p. 7).

En este marco, asumiendo que se priva de uno de sus bienes jurídicos más valiosos -la libertad- a un inocente, tal aseguramiento preventivo debe limitarse a lo que tanto la doctrina como los instrumentos de derechos humanos denominan «plazo razonable». De lo contrario, la precaria legitimación que sustenta la medida cae y la misma se convierte en un mero abuso de poder.

En el presente caso, el mero cotejo entre las actuaciones cumplidas y los lapsos señalados, alertan acerca de la magnitud de la lesión que se infligió a las garantías del debido proceso en materia penal, puntualmente, en lo atingente al derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, en función del principio constitucional de inocencia. (arts. 18 y 75, inc. 22 C.N.; 7, incs. 1°, 2°, 5° y 6° y 8, inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9, incs. 1° y 3°, 14, incs. 1°, 2° y 3° ap. «c» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La ilegitimidad de la detención es de tal gravedad que la situación en la que se encuentran inmersos Ángel Ernesto y Diego Hernán RODRIGUEZ configura, lisa y llanamente, un supuesto paradigmático de privación de justicia. Cualquier observador imparcial puede advertir que la garantía convencional que reconoce a todo imputado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o, en su defecto, ser puesto en libertad, para mis defendidos no existe.

En atención a la jurisprudencia de V.E. en punto a reconocer el carácter de pautas hermenéuticas aplicables al derecho interno a los pronunciamientos de los organismos de Derechos Humanos («Giroldi» (G. 342.XXXVI); en Fallos 318:514 y 1269, entre otros), haré una acotada alusión al criterio con que tales organismos abordan la expresión «plazo razonable».

La situación que se somete a consideración de V.E. guarda estrecha relación con la que diera lugar al Informe 12/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (reg. 11.245 del 1° de marzo de 1996).

En dicho caso, el peticionario, Sr. Giménez, había procurado, a través de distintos pedidos de excarcelación y acciones de hábeas corpus, la obtención de su libertad durante el proceso, sin obtener respuesta favorable.

La Comisión, al estudiar el caso, se propuso desentrañar, por un lado, los alcances de la proposición «*ser juzgado dentro de un plazo razonable*», conforme la previsión del art. 7.5 CADH y «...*si dicha privación de libertad, más allá de un plazo razonable, constituye una violación del principio de presunción de inocencia recogido en el art. 8.2. Asimismo, la Comisión debe considerar si la detención prolongada del señor Giménez vulneró también su derecho a un juicio dentro de un plazo razonable conforme el artículo 8.1 de dicha Convención.»* (par. 59).

Afirmando que la noción de «plazo razonable» no puede entenderse atada a lapsos tasados, analizó la razonabilidad de la duración concreta de la prisión preventiva a la que se viera sometido Giménez: «...*77. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los*

objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley. 78. Por lo tanto, el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. ***De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad.*** *De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad... 80. Además, aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable.* ***La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada*** *dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados.»* (el subrayado me pertenece).

Puesta a evaluar los argumentos opuestos por el Estado para fundar la excesiva duración de la privación de libertad sin condena, la Comisión sostuvo: *«86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuos en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio. 87. Además, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena. 88...Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención».*

El organismo internacional rechazó especialmente la utilización de la existencia de antecedentes condenatorios como argumento que habilite la privación de la libertad durante el proceso, en la inteligencia de que el mantenimiento de la prisión preventiva sobre esa base resultaba violatorio del principio de inocencia. (par. 96 a 98).

Particular importancia reviste, para el supuesto en estudio, la reflexión de la Comisión acerca de la necesidad de verificar si las autoridades judiciales desplegaron «diligencia especial» en la tramitación del proceso (par. 99). Al respecto señaló: «*103. Para determinar si las autoridades procedieron con la debida diligencia, se debe tomar en consideración la complejidad y el alcance del caso, además de la conducta del acusado... Sin embargo, el acusado que rehúsa cooperar con la investigación o que utiliza todos los recursos disponibles, se está limitando a ejercer su derecho legal. Por lo tanto, la demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento... La Comisión hace una distinción entre el uso por parte del peticionario de sus derechos procesales, la falta de cooperación en la investigación o el juicio, y la obstaculización deliberada... 104. En cuanto a la complejidad de la causa, el*

Gobierno ha reconocido en su respuesta a la denuncia que «no ha habido en el trámite de la causa dificultades más allá de las ordinarias respecto de este tipo de procesos, habida cuenta del número de procesados»...».

Seguidamente abordó la naturaleza jurídica de los preceptos contenidos en los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención y puntualizó: «*110. Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho de que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio. 111. El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8 debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.»*

El otro Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionado con la República Argentina donde se aborda el tema es el N° 2/97. En este documento se analizan un conjunto de denuncias vinculadas a la duración de la prisión preventiva, precisándose qué razones podrían estimarse suficientemente legítimas como para justificar la permanencia de una persona, respecto de la cual no ha recaído condena, en prisión, durante un lapso prolongado, sin grosero menoscabo de los principios de presunción de inocencia y respeto a la libertad individual.

En tal sentido el organismo interamericano aceptó que, si bien la presunción de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar y la posibilidad de colusión, el temor de que se ejerza presión sobre los testigos y, finalmente, la preservación del orden público, pueden resultar parámetros aceptables, ello no implica que legitimen una detención irracional.

Puesto a analizar la diligencia en la sustanciación de los procedimientos, consideró que, a esos fines, debe evaluarse la complejidad e implicancias del caso, sumadas a la conducta procesal del acusado. Ahora bien, aún en el caso de que pueda endilgarse al encausado entorpecimiento del normal trámite del proceso, hipótesis que, como es fácil de advertir, nada tiene que ver con el caso en examen, «*...debe demostrarse que la conducta del detenido ha sido la causa fundamental de la demora en el procedimiento. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1992, sostuvo en Toth (Serie A. vol. 224) que aunque el caso era complejo y el peticionario apeló en diversas oportunidades, la prolongada duración de los trámites no podía atribuirse directamente a dicha causa...».* («Prisión preventiva», Revista de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Vol. 2 (1998), p. 333/4).

El Informe refuerza el rol de garante de los derechos humanos que le compete

a los magistrados, cuando afirma: ***«La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.»***

Sobre el particular la doctrina señala: *«Los tribunales de justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano de cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima. La detención será ilegítima en la medida en que no cumpla con todas y cada una de las exigencias jurídicas formales y materiales propias del encarcelamiento preventivo. Si los tribunales no asumen esta obligación, no sólo incumplen con uno de los deberes esenciales de la función judicial sino que, además, resultan responsables directos, a través de sus resoluciones, del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado capaz de generar la atribución de responsabilidad internacional.»* El autor refiere, además, el ejemplo paradigmático de Costa Rica, que, merced a la intervención del Tribunal Constitucional, logró disminuir de un 47,4% a porcentajes inferiores al 20 % de presos sin condena (cabe apuntar aquí que, conforme se señalara en el Informe de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos N° 2/97, ya citado, entre el 50 y el 65% de las personas privadas de su libertad en Argentina lo están sin que se haya establecido su culpabilidad a través del dictado de sentencia condenatoria). (Bovino, Alberto, «Problemas del derecho procesal contemporáneo», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 128 y 130).

La morosidad del trámite o, en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la falta de «diligencia especial», únicamente atribuible a los órganos encargados de perseguir y juzgar, ha redundado en una flagrante violación de la garantía de mi defendido a ser juzgado en un plazo razonable. Pese a ello, se convirtió en letra muerta su derecho a recuperar, en tal supuesto, su libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, se expidió acerca de la naturaleza y límites de la prisión preventiva en el caso «Suarez Rosero», sentencia del 12-11-1997, ratificando que la previsión del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos pone, en cabeza de los Estados parte, la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites **«estrictamente necesarios»** para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que la persona sometida a proceso no eludirá la acción de la justicia, criterios que responden, en última instancia, a que la prisión preventiva «***es una medida cautelar, no punitiva»***. (Serie C, N° 35, párr. 77, cit. por Gialdino, Rolando E. en «La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos», Revista de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 3, año 1999, p. 671).

Abordando la misma temática, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 8 de junio de 1990 y el 27 de noviembre de 1991, respectivamente, en el caso «Kemmache c. France», dictaminó la primera y falló el Tribunal, que, en el caso, el proceso en examen había excedido el plazo razonable («***reasonable time»***) prescripto en el art. 6.1 de la Convención Europea. (Publications of the European Court of Human Rights, Vol. 218, Strasbourg, 1992).

Cabe apuntar que, conforme las leyes vigentes, una vez que el cómputo respectivo se efectúe, quedará demostrado que mis defendidos recién tuvieron

(si efectivamente tiene lugar) audiencia de debate cuando ya llevaban el equivalente a **OCHO AÑOS DE PRISIÓN CAUTELAR** (conf. art. 7° ley 24.390).

Este cálculo se torna especialmente relevante si tenemos en cuenta que la Corte Europea delimitó el período computable, desde la óptica de la garantía analizada, incluyendo las instancias recursivas pendientes. Por lo tanto, de mantenerse el ágil ritmo que lleva su expediente, para el caso de que los hermanos RODRIGUEZ resulten condenados, no es osado suponer que pasarán muchos años más antes de tomar conocimiento de la sentencia definitiva dictada a su respecto.

También en el caso europeo abordado, la Comisión y el Tribunal rechazaron las objeciones del Estado en punto a que la duración del proceso pudiera justificarse en virtud del alto número de personas encausadas.

La Comisión europea enfatizó lo que constituye la columna central del cuestionamiento que ensaya esta parte, esto es, la íntima relación que se traba entre la detención cautelar prolongada y el principio de inocencia: *«52...en tanto la detención cautelar es prolongada, las razones que inicialmente la justificaban pierden gradualmente su fuerza y después de un tiempo no son ya suficientes para justificar la continuidad de la detención, la que devendría incompatible con la presunción de inocencia de que goza toda persona detenida en prisión preventiva.»*

La Corte Europea de Derechos Humanos había adoptado la misma línea en el caso «Letellier c. France», del 26 de junio de 1991, («Publications of the European Court of Human Rights», Vol. 207), que, a su vez, remite al caso Neumeister, fallado el 27 de junio de 1968.

En «Letellier» sostuvo: *«35... El mantenimiento de la sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido una ofensa es una condición sine qua non para la validez de la continuidad de la privación de libertad (ver el caso Stögmuller del 10 de noviembre de 1969, Series A no. 9, p. 40, §4), pero, luego de un cierto lapso, no basta; la Corte debe entonces establecer si las otras bases citadas por las autoridades judiciales siguen justificando la privación de libertad (ibid., y ver el caso Wemhoff del 27 de junio de 1968, Series A no. 7, pp. 24-25, § 12, y el caso Reingeisen del 16 de julio de 1971, Series A no. 13, p. 42, § 104). Allí donde esas bases son «relevantes» y «suficientes», la Corte debe además comprobar si las autoridades nacionales competentes desplegaron «especial diligencia» en la conducción del procedimiento (ver también el caso Matznetter del 10 de noviembre, Series A no. 10, p. 34, § 12 y el caso B. V. austria del 28 de marzo de 1990, Series A no. 175, p. 16, § 42.)»*

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que un plazo de seis meses de prisión preventiva era demasiado largo y no era compatible con lo estipulado en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto (conf. «Derechos Humanos y Prisión Preventiva – Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva», Naciones Unidas, 1994, Centro de Derechos Humanos -Ginebra- y Subdivisión de prevención del delito y justicia penal -Viena-p. 20).

Recapitulando, conforme los criterios de los órganos internacionales de derechos humanos, la determinación de la razonabilidad del plazo de detención cautelar no puede entenderse sujeta a lapsos tasados, sino que debe fijarse en cada caso en concreto.

Ahora bien, independientemente de la demostración práctica del demorado trámite que se le dispensara al proceso, análisis efectuado en el acápite «Antecedentes», a nadie escapa que el transcurso de casi seis años sin que se haya arribado a una primera sentencia constituye plazo absolutamente irrazonable.

Máxime, si tenemos en cuenta, que las conductas que se investigaban en las

diferentes causas acumuladas no aluden a una complejísima maniobra estafatoria con conexiones internacionales o a actividades ilícitas llevadas a cabo con el auxilio de sofisticados medios técnicos, necesitadas de gran estudio y copiosa actividad pericial.

Vale aclarar que los ilícitos investigados, revisten características de sencillez probatoria a poco que se esté a las constancias de los actuados.

La morosidad del trámite o, en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la falta de «diligencia especial», únicamente atribuible a los órganos encargados de perseguir y juzgar, ha redundado en una flagrante violación de la garantía de mi defendido a ser juzgado en un plazo razonable.

En este sentido corresponde resaltar que el expediente permaneció radicado a la espera de juicio oral y que, hasta la fecha estimada de debate, transcurrirán **más de tres años y medio,** pese a que las diligencias de prueba, como era fácilmente previsible por los motivos indicados «ut supra», no presentan mayor complejidad .

Cabe especificar que también el marco legal consagrado por el legislador local enfatiza el principio general de la libertad ambulatoria durante el proceso, fijando alternativas a la prisión preventiva basadas en la idea de proporcionalidad y de la concepción del instituto como «*ultima ratio*». (v. artículos 157, 159, 160, 163 y 169 C.P.P.).

De acuerdo con las previsiones de los arts. 338 y 339 de la ley procesal vigente, la designación de audiencia de debate debe realizarse inmediatamente después de cumplidas las medidas de prueba ofrecidas por las partes; la ley procesal prevé la posibilidad de proceder a la separación de casos si su tratamiento conjunto pudiera derivar en **«grave retardo»** (conf. art. 340), fórmula legal que la doctrina reconoce como un **«compromiso con la celeridad»** (Domínguez, Federico, «Juicios», en A.A.V.V., «Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires Comentado», Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 272, citado por Bertolino, Pedro J., «Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922)», Ed. Depalma, 6ª. Edición, Buenos Aires, 1999, p. 387).

En el señero caso «Kot, Laura Rossana s/ recurso de casación. Causa N° 2556», del 4 de diciembre de 2000, los miembros de la Sala **I** de la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires se expidieron sobre los alcances del concepto «plazo razonable», en el marco de una causa que llevaba diez años de trámite, sin que se hubiera arribado a sentencia definitiva. Cabe destacar que Kot había sido condenada a la pena de prisión perpetua por sentencia no firme y que, al momento de evaluar su petición, se había derogado el instituto de «cese de prisión», otrora regulado en el art. 169, inc. 11 del código procesal local. En ese marco -notoriamente menos gravoso que el que se somete a vuestra consideración- la Cámara sostuvo *«...es función de todo intérprete velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales y convencionales, toda vez que las mismas hacen a un Estado constitucional y democrático de derecho y consecuentemente, cuando de la libertad de un imputado o privación de la misma durante el proceso se trate, deberá velar por que en el marco de un debido proceso legal no se pretenda hacer caer en cabeza del justiciable, la ineficiencia del Estado, por cualquiera de sus poderes.»* Sobre esa base, y en función de que el proceso había excedido toda razonabilidad, se dispuso la libertad de Kot.

Por otra parte, no escapa a esta defensa que la vía procesal seguida por los procesados resultaría, en principio, improcedente (Fallos: 302:1021). Ello no obstante, la gravedad de la situación planteada y la importancia de los institutos involucrados inclinan la solución del caso hacia el terreno de las excepciones reconocidas por V.E. en el fallo «Castillo, Roberto Carlos s/ su solicitud de habeas corpus en causa N° 866» (C. 624. XXXIII PVA, rta. 4/11/97) y en el precedente de Fallos: 314: 697.

En el Considerando 9 de este último pronunciamiento ese Tribunal reconoció

que: **«**...*la Corte encuentra justificada su intervención a tenor del art. 24 inc. 7° del decreto-ley 1285/58, la cual no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho (Fallos: 238: 403; 246: 87 y 250:690), a punto tal que la falta de interposición de un recurso extraordinario, ni la de la queja por su denegación, no pueden constituir óbice para que la Corte decida lo que corresponda ante la presentación directa del interesado (Fallos: 179: 202 y 250: 690). Ello es así en el caso pues no hay decisión formal alguna de la que la defensa del acusado pueda recurrir con esperanza razonable de éxito... En esas condiciones, corresponde que esta Corte restablezca el orden del procedimiento...»*.

El precedente es conducente para la resolución de este caso en tanto, de la mano de las consideraciones anteriores, V.E. reconoció incluida dentro de la garantía constitucional de la defensa en juicio, la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (doctrina del Consid. 4).

Debe señalarse que los argumentos meramente formales utilizados por los órganos judiciales locales para desechar las sucesivas peticiones de mis defendido ha sido rechazado, enfáticamente, en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que cuando está en juego la libertad ambulatoria de una persona sometida a proceso, no pueden ser acogidas decisiones ***«...estereotipadas» o con sustento en formulaciones puramente «generales» o «abstractas»*** *(v. Letellier, párrafos 51 y 52; Kemmache, párr. 52; Yagci y Sargin c. Turquía),* ***o que se limitan a remitir a decisiones anteriores (v.gr. que se remontan a más de once meses*** *–Clooth, párr. 43)*»(«Revista de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», Vol. 3 (1999), p. 679)(el subrayado me pertenece; la cita corresponde al caso «Clooth c. Bélgica», sentencia del 12/12/1991 (Serie A. N° 2245, párr. 46).

Las violaciones constitucionales presentadas a consideración de V.E. son, a juicio de esta defensa, particularmente graves, sobre todo teniendo en cuenta los principios que en materia de excarcelación ha sentado ese Tribunal en jurisprudencia invariable.

El derecho a permanecer en libertad durante la tramitación del proceso ha sido reconocido, con rango de garantía constitucional, en Fallos 320:2105 («Recurso de hecho deducido por José Luis Estévez en la causa Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación –causa N° 33.769» «*...se debe recordar el principio según el cual, en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (confr. Fallos: 316:942, cons. 3°). Ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal (confr. Fallos: 319:2325, cons. 6°).*»

El tratamiento acordado por la magistratura provincial a los pedidos de los justiciables respecto de su excarcelación no supone otra cosa que la tergiversación de un derecho inalienable de todo justiciable privado de libertad.

En ese sentido se expidió V.E. (votos concurrentes de los Sres. Ministros Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno) en Fallos 316:1943, al afirmar: «*4°) Que esta Corte tiene decidido que la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el*

art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324.XXIII, «RODRIGUEZ Landívar, Blanca Sofía s/ incidente de excarcelación», del 6 de agosto de 1991).»

Sobre los límites a la libertad ambulatoria durante el proceso penal, esa Corte asentó que: «*...el carácter de garantía constitucional reconocido al beneficio excarcelatorio exige que la limitación a la libertad se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley (Fallos 308-1631, consid. 5) y que las disposiciones que limitan la excarcelación sean valoradas por los jueces con idénticos criterios de razonabilidad.*»(«RODRIGUEZ Landívar, Blanca S.» rta. el 6/8/91).

Los principios sentados por V.E. son consecuentes, en otro plano, con el análisis que, de cara a la eventual responsabilidad del Estado Nacional en supuestos de deficiente prestación del servicio de justicia, ese Alto Tribunal afirmó en Fallos 322:2686: «*16) ...el carácter de garantía constitucional reconocido al beneficio excarcelatorio –en virtud de la presunción de inocencia de quien aún no fue condenado (art. 18 de la Constitución Nacional) y el derecho a la libertad física- exige que su limitación se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley (Fallos 308:1631), y que las disposiciones que la limitan sean valoradas por los jueces con idénticos criterios de razonabilidad... 21)* ***Que en tal sentido esta Corte ha resuelto que, para denegar la libertad provisional a un procesado aún no condenado, no bastan las fórmulas genéricas ni la sola referencia a la imposibilidad de gozar de una eventual condenación condicional, a la gravedad del delito imputado o a las características personales del procesado,*** *sino que a fin de que la prolongación de la detención sea razonable, es necesario que los jueces penales precisen las diversas circunstancias del caso que permitirían hacer esas calificaciones (Fallos 307:549; 311:652 y 314:85, entre otros).La ley sólo autoriza al juez a denegar la libertad, no obstante verificarse el supuesto del art. 379, inc. 6°, del Código de Procedimientos en Materia Penal, en el caso estrictamente delimitado por el art. 380 del mismo código (Fallos: 312:772 y 314:791).»* (el subrayado me pertenece).

En el Considerando 23 del precedente comentado, V.E. afirmó la responsabilidad estatal en el caso por considerar «*...configurado un supuesto de* ***deficiente prestación del servicio de justicia*** *al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un período de 1 año, 6 meses y 16 días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas legales aplicables al caso.»* (el subrayado me pertenece).

La ligereza de las decisiones que tornaron ilusorio el derecho de mis defendidos resulta particularmente grave si tenemos en cuenta los principios desarrollados hasta aquí, consecuentes, tanto con el sistema legal procesal vigente en la provincia de Buenos Aires por ley 11.922, como con la jurisprudencia de la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

Las violaciones apuntadas remiten, *mutatis mutandi,* a la doctrina de V.E. en el caso «Verdugo, Nelson Adán s/ su solicitud PVA v. 2. XXXVII» del 16/10/01. V.E. señaló: *«5°) Que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal, el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia le impone el deber de no circunscribir su intervención al examen del procedimiento seguido en la sustanciación de la apelación extraordinaria. En ese sentido ha dicho que cuando en el trámite ante la alzada ha mediado un menoscabo a la garantía constitucional de defensa en juicio del acusado –más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia de la Corte para conocer en el caso- que afecta la validez misma del proceso, esa circunstancia debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado (Fallos: 319:192).*»

La misma doctrina subyace en Fallos 315:1553 *«...5°)...atendiendo a las*

características que singularizan gravemente las actuaciones cumplidas en la causa, esta Corte encuentra necesario en el caso hacer uso de sus poderes destinados a salvaguardar el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los magistrados intervinientes...7°) Que la utilización de los poderes mencionados constituye un imperativo categórico cuando las alternativas que se suscitan en el curso del proceso penal pueden conducir a una efectiva privación de justicia, que podría configurarse en este caso mediante la postergación indefinida de la elevación a juicio...8°) Que por ello, la necesidad de «afianzar la justicia» que la Constitución Nacional establece en su Preámbulo impone a esta Corte como su intérprete último la exigencia de encauzar las actuaciones de modo que ambas partes puedan alcanzar rápidamente el objetivo que persiguen mediante su actuación en el proceso, por lo que corresponde urgir a los magistrados de las instancias anteriores para que –a la mayor brevedad que les esté permitido- definan la situación procesal del recurrente.».

Por cierto que, pese a la voluntad impugnativa inequívoca y reiteradamente expresadas por mis defendidos, no obstante el prolongadísimo lapso transcurrido, el rechazo de la pretensión no fue revisada ante un Tribunal Superior, no agotándose en momento alguno la vía recursiva formalmente implementada.

En este contexto, teniendo en cuenta que durante todo el trámite de la causa tanto Ángel Ernesto como Diego Hernán RODRIGUEZ permanecieron privados de su libertad, entiendo que concurre el supuesto de privación de justicia regulado en el art. 24, inc. 7° del Decreto-ley 1285/58.

A modo de corolario, me permito resaltar, una vez más, que los hermanos RODRIGUEZ permanecerán en prisión preventiva (por lo menos hasta la fecha fijada para la celebración de la audiencia oral y pública) ocho años, superando cualquier criterio de proporcionalidad, por flexible que éste sea.

En este sentido lo expresado por los Sres. Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano en Fallos:324:3788, en cuanto a que: «Más allá de que hayan existido razones para la prolongación del tiempo de duración del proceso como consecuencia de la implementación de una nueva instancia recursiva en el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires, ello no puede tener como correlato una automática justificación de la detención de los procesados sin condena firme por períodos de tiempo por sí mismos excesivos, cualquiera haya sido la actividad procesal desarrollada por las partes» (el subrayado me pertenece)

La situación de incertidumbre, ansiedad e inseguridad que comporta todo procedimiento penal debe resolverse en el menor tiempo. Así lo ha entendido V.E. a partir del precedente «Mattei» (Fallos: 272:188), que impone «*...la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es lo esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.*»

Por otra parte y tal como lo señalaran los Sres. Ministros Dres. Carlos S. Fayt y Gustavo A. Bossert en Fallos: 322:360, más allá de los perjuicios ocasionados a los imputados por procesos tan prolongados, el Estado «*...también se ve perjudicado con dicha práctica, no sólo por el dispendio jurisdiccional que ello significa, sino porque se distorsionan todos los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena. Además, mientras más tiempo transcurre, las pruebas que apoyan a la prosecución también se debilitan, pues «en la investigación*

criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye» (Locard, E. «La Criminalistique», pág. 62, Lyon, 1987). En otras palabras, un proceso de duración irrazonable «tiene efectos deletéreos no sólo respecto de los derechos del acusado sino también en el de la sociedad para protegerse eficazmente» (407 U.S. 514-1972-).»

Con los alcances señalados y sin perjuicio, claro está, de las presentaciones que pudieran efectuarse ante los Tribunales Internacionales de protección de los Derechos Humanos, solicito que V.E., en su carácter de máxima autoridad judicial de la República Argentina disponga la inmediata libertad de mis asistidos, dada la gravedad del cuadro de situación presentado, el contexto en que se vieron vulneradas las garantías constitucionales del debido proceso, de la defensa en juicio, principio de inocencia y garantía de igualdad ante la ley, y, asimismo, ante la eventual responsabilidad tanto civil como internacional en que podría incurrir el Estado provincial, de mantenerse el encierro cautelar de los hermanos RODRIGUEZ en las condiciones reiteradamente puestas de manifiesto en esta presentación.

IV. PETITORIO

Por las consideraciones expuestas, solicito:

1) Me tenga por presentada en el carácter invocado y con el domicilio legal constituido.

2) Tenga por contestada la vista conferida en representación de ÁNGEL ERNESTO RODRIGUEZ y de DIEGO HERNÁN RODRIGUEZ y, haciendo lugar a la causal de privación de justicia invocada, disponga el inmediato cese de sus ilegítimos encierros cautelares.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA.

28. Sentencia de la Corte y comentario

La Corte Suprema -por mayoría- y tras remitirse al otrora voto en disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano registrado en Fallos, 324:3788 («Corbo, Carlos Fabián»), hizo lugar a la presentación y ordenó la remisión de los actuados a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Cabe recordar a este respecto que el caso de Corbo planteaba diferencias sustanciales con el aquí anotado pues, en el primero, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en el contexto del conocido Informe 2/97- había exhortado al estado argentino para que tomara las medidas necesarias a los efectos de que los peticionantes recobraran su inmediata libertad mientras estuviera pendiente de resolución la sentencia.

Ante tal cuadro de situación y tras reconocer que la presentación de Corbo no configuraba ninguno de los supuestos que -conforme a los artículos 116 y 117 CN- habilitara la competencia de la Corte, la disidencia de mención sorteó los óbices formales en la medida en que la gravedad de la situación así lo imponía.

Luego de ello y con numerosas citas de jurisprudencia -entre las que cabe mencionar la de Fallos, 320:2105 («José Luis Estévez», a la sazón, co-peticionario de Corbo en el mencionado Informe)- se reafirmó la necesidad de que la prisión preventiva sea aplicada restrictivamente y al abrigo de criterios de razonabilidad -temporales y materiales- que no habían sido observados en la especie, tras lo cual se propuso la remisión de los actuados al Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires «...a fin de que dé urgente cumplimiento a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Carlos Fabián Corbo...».

29) D. 1704. XL, «Duque Salazar, Francisco Javier s/ su presentación en causa D. 1924 XXXVIII «Duque Salazar Francisco Javier – Dercan Dina Gloria s/ sus extradiciones» (sentencia del 21 de marzo de 2006, publicada en Fallos, 329:743)

ASUME INTERVENCIÓN. SOLICITA APLICACIÓN EFECTO EXTENSIVO DE LA JURISPRUDENCIA SENTADA EN EL EXPTE. LETRA «D» N° 1924, L. XXXVIII, AÑO 2002

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

Que vengo por el presente a cumplir con la intervención asignada a fs. 288 y, sobre la base de las consideraciones que se desarrollarán, a solicitar que los efectos de la decisión dictada en el precedente letra «D», N° 1924, L. XXXVIII «*Duque Salazar Francisco Javier, Dercan Dina Gloria y Mantini Roberto s/ sus extradiciones» se* extiendan a mi asistido.

II. ANTECEDENTES

A fs. 379/386 de los autos principales obra agregada la sentencia dictada por el Sr. Juez Federal a cargo del Juzgado N° 2 de Lomas de Zamora, declarando procedentes las extradiciones del justiciable y de Gloria Dina Dercan, extrañamientos solicitados por los Estados Unidos de Norteamérica en la causa N° 01 crim 1061 del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York.

Pese a que ambos justiciables apelaron tal decisión, tras la elevación de los autos a conocimiento de V.E., Francisco Javier DUQUE SALAZAR se presentó a fs. 444, por derecho propio, manifestando su decisión de desistir del recurso de apelación interpuesto.

A raíz de ello V.E. tuvo por desistido el recurso en cuestión por resolución de fecha 17 de noviembre de 2003.

Abandonando el precedente de Fallos 325:2777, el 16 de noviembre de 2004 (v. fs. 479/483) V.E. resolvería revocar la sentencia de primera instancia y rechazar la extradición de Dina Dercan, modificando sustancialmente la jurisprudencia existente.

Pocos días después, más precisamente el 22 de noviembre de 2004, mi ahora asistido se dirigiría directamente ante V.E. solicitando la aplicación extensiva del precedente *«Dercan»* (confr. fs. 1/8 de las presentes).

El justiciable hizo referencia al especial contexto en el que tuvo lugar su manifestación desistiendo del recurso. Afirmó que, en conversaciones mantenidas en su lugar de alojamiento con personas que se identificaban como miembros de la DEA le explicaron que *«...no tenía oportunidad de una decisión favorable en la C.S. de J. Pues el 'Non Bis in idem', es cuestión de criterios y que con la Corte que existía en ese momento el criterio era el extrañamiento, conforme a la regla de*

interpretación del Art. 36, párrafo segundo ap. a), inc. i) de la convención única de estupefacientes del año 1961...(Planteamiento este que fundamentaban en la Sentencia de extrañamiento de la Suprema Corte, en el caso 'Arla Pita Tamara y otros' S.C.A.234, L: XXXVII) Siendo esto así, me informaba el tal FRANK, ***que me esperaba una pena muy alta en su país, si no colaboraba no volvería a ver a mi familia****. También me constreñía diciéndome que, según su expresión: '****El Tren No Pasa Sino Una Vez'****; que si no aprovechaba ahora que ellos estaban abiertos al diálogo, más adelante perdería la oportunidad que me brindaban.»*

De acuerdo con lo expuesto por DUQUE SALAZAR, decidió acceder al requerimiento que se le efectuara al cabo de una segunda reunión, previo asesoramiento de su letrado de confianza, quien se reunió con el Fiscal de la causa de Estados Unidos en la sede de la Embajada de ese país, acompañando una copia del desistimiento presentado.

Tras brindar detalles de las condiciones de tiempo y lugar en que se llevó adelante el desistimiento agregó que ***«...mi abogado desapareció desde el mes de Agosto del presente año, por lo que nunca mas tuve noticias de los sujetos mencionados.»***

Afirmó que fue víctima de un engaño y de apremios ilegales, y que se vulneraron a su respecto los «*Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, (Asamblea General de la ONU, Reso. 43/173 del 9-12-88),...*» puntualmente los principios 21, 23 y 27.

Sobre estas bases solicitó la investigación de los hechos denunciados para ser restituido en el derecho a un debido proceso legal, añadiendo que el consentimiento prestado para desistir del recurso de apelación se encontraba viciado.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PRECIPITARON LA DESCALIFICACIÓN DEL PRECEDENTE ARLA PITA: EL CASO *«DINA DERCAN»*. EFECTOS EXTENSIVOS

Sin desconocer las alegaciones del justiciable y su pedido de investigación de las circunstancias en que fue compelido a desistir del recurso de apelación, oportunamente interpuesto contra la sentencia dictada por el Juez Federal de Lomas de Zamora, declarando procedente la extradición solicitada por los Estados Unidos de Norteamérica, entiendo que los principios que guiaron la decisión de V.E. en el precedente «*Dina Dercan*», Expte. letra «D», N° 1924, sentencia del 16 de noviembre de 2004 y la propia jurisprudencia de esa Corte en materia de teoría general de los recursos, fuerzan a hacer extensivos sus efectos en relación con mi ahora asistido.

Ocioso resultaría transcribir aquí la totalidad de los fundamentos vertidos por V.E. al resolver en el precedente por cuya aplicación extensiva se aboga, correspondiendo remitir en homenaje a la brevedad.

Las mismas razones me eximen de abundar en consideraciones tendientes a probar que la situación procesal del justiciable no difiere de la de su co procesada, extremo que se aprecia fácilmente tan pronto se repare en que la razón de ser del abandono del precedente de Fallos 325:2777 es inescindible de la vigencia del principio que proscribe el doble juzgamiento.

V.E. rechazó la extradición de Dina Dercan en virtud de la previsión del Art. 5 del Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América (ley 25.126) que recoge el principio *ne bis in idem*.

De ahí que, incluso haciendo abstracción de las circunstancias denunciadas por el justiciable, el desistimiento presentado no pueda surtir efectos jurídicos al colisionar con –irrenunciables- principios de orden público.

Y de ahí también que se imponga idéntica solución a la adoptada con relación a Dina Dercan, por estricta aplicación de la doctrina de Fallos 307:2236, 315:2680, entre otros precedentes de esa Corte.

En efecto. La doctrina del precedente *«Lanci»* es inequívoca en punto a que los efectos de una decisión jurisdiccional que declara violados principios de raigambre constitucional (en el caso en cita se trataba de la *reformatio in pejus*) debe hacerse extensiva a la situación del coimputado, en tanto se verifique sustancial analogía (conf. Considerando 9°).

Tan clara es la orientación del máximo Tribunal en la materia que en el señero precedente de Fallos 308:733, ampliamente conocido como caso *«Rayford»*, el apelante no era Rayford, sino un coprocesado, de apellido Baintrub.

Cabe señalar que la competencia extraordinaria del Tribunal se habilitó pese a la falta de recurso por parte de Rayford, y no obstante «*...su* [presunta] *falta de interés en continuar la causa.»* (del Considerando 3°).

Los mismos principios se tornan aplicables al caso en estudio, tanto más cuanto que resultan consistentes con la teoría general de los recursos. En un supuesto como el presente no puede sostenerse diferencia legal alguna entre quien no interpuso ningún recurso y quien, interpuesto, lo desistió.

Más aún, la extensión de los efectos del precedente sentado en torno a Dina Dercan pudo incluso ser declarada de oficio por V.E., a tenor de la previsión del art. 441 del C.P.P.N..

En el sentido apuntado y con cita de jurisprudencia del máximo Tribunal apunta el profesor D'Albora que: «*Un elemental principio de equidad impone extender los efectos del pronunciamiento que declara la nulidad a otro co-condenado, de no seguirse tal criterio se llegaría a la consecuencia inadmisible de que pese a existir respecto de ambos condenados idéntica afectación de la defensa en juicio, sólo se reparase el vicio respecto de uno de ellos (CS, J.A., 1997-IV-pág. 354)»* (aut. cit. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 963).

Observo aquí que, inmediatamente después del rechazo de la extradición de Dina Dercan, DUQUE SALAZAR se presentó reclamando la extensión del precedente a su situación procesal, extremo que reafirma sus manifestaciones en punto a que se avino a desistir del recurso, entre otros factores, debido a la vigencia de un precedente adverso, a la sazón, el de Fallos 325:2777.

En definitiva, por aplicación extensiva del precedente sentado con relación a Dina Dercan y a efectos de evitar la vulneración de la garantía que proscribe el doble juzgamiento y, en el caso puntual, la de igualdad ante la ley que garantiza el art. 16 de nuestra Carta Magna, corresponde disponer el rechazo de la extradición solicitada.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto solicito:

I. Se me tenga por presentada en legal tiempo y forma, en el marco de la intervención conferida a fs. 288.

II.-Se declare el efecto extensivo de la decisión adoptada en el Expte. (C.S.J.N.) letra «D», N° 1924/02, sentencia del 16 de noviembre de 2004 y en consecuencia se deje sin efecto la extradición peticionada por los Estados Unidos de Norteamérica y concedida por el Juez Federal de Primera Instancia, respecto de Francisco Javier DUQUE SALAZAR.

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA.

29. A. Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte

Consideró que no podía tener acogida favorable ya que la presentación defensista pretendía el avocamiento del Tribunal en una causa fenecida y por medio de un escrito que buscaba excitar en forma directa su jurisdicción. En materia de extradición la Corte sólo puede actuar en jurisdicción apelada.

29. B. Sentencia de la Corte Suprema

Con voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, y Lorenzetti, la Corte sustuvo que es la *lex fori* la que debe regir la sustanciación del pedido de extradición, como así también el planteo aquí introducido. Entendió que existía un vacío legal bajo la vigencia del anterior Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372) respecto del procedimiento de los recursos ordinarios de apelación interpuestos en causas criminales, debido a la sucesión de leyes de organización de tribunales y reforma de los procedimientos que dejaron sin regulación expresa estos recursos (Fallos: 316:1853 y sus citas). «Es por ello que llenó esa laguna disponiendo que el recurso tramitara de acuerdo a las disposiciones que rigen apelaciones análogas o ejerciendo las facultades que le otorga el art. 18 de la ley 48 (Fallos: 217:20; 220:130; 286:198 y 310:1510). 4°) Que la solución antes señalada mantiene actualidad desde que, como recordó recientemente esta Corte Suprema, ni la sanción de la ley 24.767 sobre cooperación penal internacional, ni el Código Procesal Penal de la Nación (art. 22 de la ley 23.984) ni la ley 24.050 sobre organización y competencia penal (art. 6°), suplieron aquella laguna (sentencia del 30 de agosto de 2005 en la causa A.585.XXXIX «Ayala, Ceber s/ causa N° 2040», considerandos 2° y 3°).

5°) Que, en consecuencia, ante el silencio del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la cuestión planteada por el recurrente, en cuanto solicita se hagan extensivos a su respecto los efectos del recurso interpuesto por la corequerida Dina Gloria Dercan, corresponde acudir a las reglas del Código Procesal Penal de la Nación en la materia. 6°) Que el peticionante funda su solicitud en el art. 441 de ese código adjetivo, inserto como disposición general de los recursos en materia penal (Libro IV, Capítulo I), el cual es suficientemente claro al consagrar que, cuando en un proceso hubiera varios imputados, los recursos interpuestos por uno de ellos favorecerán a los demás, siempre que los motivos en que se basen no sean exclusivamente personales. Tal precepto legal tiene como fundamento evitar la existencia de fallos contradictorios ante idénticas o análogas situaciones en aras de preservar la igualdad ante la ley y la buena administración de justicia. A punto tal que este efecto extensivo ha sido reconocido incluso para considerar alcanzado al imputado que hubiera desistido de la apelación interpuesta (conf. Leone, Giovanni «Tratado de Derecho Procesal Penal», Tomo III, págs. 109/128, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963). 7°) Que esta Corte ha señalado que los principios que rigen el proceso de extradición referidas a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos y al interés y a la seguridad de las sociedades humanas no puede llevar a la conclusión de que el sujeto requerido no se encuentre amparado por la garantía constitucional de la defensa en juicio y debido proceso (Fallos: 261:94; 311:1925, esp. considerando 10).

8°) Que, en consecuencia, corresponde aplicar la regla del art. 441 del Código Procesal Penal y hacer extensiva a Francisco Javier Duque Salazar la solución

adoptada respecto de Dina Gloria Dercan al resolver el Tribunal el rechazo del pedido de extradición formulado a su respecto (conf. sentencia del 16 de noviembre de 2004 en la causa D.1924. XXXVIII «Duque Salazar, Francisco Javier y otros s/ sus extradiciones»). Ello es así toda vez que la identidad procesal que detentan ambos requeridos permite afirmar que no fueron motivos exclusivamente personales -tal como exige aquel precepto legal- los que sustentaron la sentencia del 16 de noviembre de 2004 a la que cabe remitir en razón de brevedad. En efecto, Duque Salazar y Dercan fueron requeridos para ser sometidos en jurisdicción extranjera en orden al mismo hecho que dio sustento a idéntica imputación y fueron procesados en jurisdicción argentina por análogos hechos y sobre la base de la misma tipificación legal. 9°) Que el elemental principio de equidad que informa el criterio que antecede no es ajeno la jurisprudencia de esta Corte Suprema, tal como reflejan los precedentes de Fallos: 306:435; 314:1881; 316:1328; 319:1496 pues, de no seguirse esta solución, se llegaría a la consecuencia inadmisible de que pese a existir respecto de ambos requeridos idéntica imputación en sede extranjera y en sede nacional, sólo fuese reparada la violación al principio que veda el doble juzgamiento respecto de uno de ellos. 10) Que no constituye óbice, para la solución que aquí se adopta, los reparos puestos de manifiesto por el señor Procurador Fiscal de la Nación, referido a que ha fenecido la instancia judicial y administrativa respecto de Francisco Javier Duque Salazar. En efecto, al encontrarse el nombrado aún bajo jurisdicción argentina, la aplicación del art. 441 del Código Procesal Penal de la Nación al trámite de la extradición retrotrae su situación procesal al momento en que el Tribunal resolvió rechazar la extradición de Dina Gloria Dercan, haciéndole extensiva la solución allí adoptada. Por ende, priva de sustento normativo a la intervención que tuvo el Poder Ejecutivo con apoyo en el art. 36 de la ley 24.767». Por todo lo expuesto resolvió hacer extensivos los efectos. La jueza Argibay, en disidencia, remitió al dictamen del Procurador General con el objeto de rechazar la presentación de la Defensa.

29. C. Proyecciones

El reconocimiento del efecto extensivo del recurso del acusado en el caso puntual dio lugar a una modalidad de trabajo interesante por parte de la CSJN. En particular, en supuestos de desistimiento de recursos efectuado por el justiciable por derecho propio (una suerte de «desistimiento in pauperis») el máximo Tribunal comenzó a dar intervención a la DOCSJN como medida previa a resolver sobre la viabilidad de esas presentaciones. Se trataba de garantizar que el desistimiento no se efectuara en desconocimiento de las implicancias del acto o que el agente se decidiera por esa vía motivado por una razón diversa (ya vimos cómo en el caso «Cardinal» el justiciable presentó un escrito desistiendo del recurso de queja por extraordinario federal denegado pensando que era la vía más idónea para hacer efectivos sus derechos en materia de ejecución penitenciaria).

30) D. 394. XXXIX, «D'amico, Rodolfo Daniel s/ extradición» (sentencia del 23 de agosto de 2005, publicada en Fallos, 328:3159)

CONTESTA VISTA- PLANTEA NULIDAD

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

Que por el presente vengo a asumir la intervención acordada en este expediente y, en cumplimiento del mandato que ejerzo, a oponer la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de fs. 80 de los autos acollarados, en el entendimiento de que se han conculcado las garantías del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, ambas de raigambre constitucional.

II. ANTECEDENTES

Recibidas que fueran las constancias que provocaran la detención cautelar de D'AMICO, el titular del Juzgado Federal N° 2 del Dpto Judicial de San Isidro, P.B.A., ordenó la realización de la audiencia prevista en el Art. 49 de la ley 24.767 (fs. 25), acto en el que D'AMICO designó defensa oficial y se abstuvo de realizar manifestación alguna.

Tras la asunción de un letrado de confianza, el *«a quo»* dispuso la ampliación de la mencionada audiencia -ver fs. 42-, oportunidad en la cual mi defendido alegó su inocencia respecto a la causa por la que la justicia italiana requiere su extradición.

A fs. 78 se dispuso la agregación del pedido formal de extradición (fs. 45/77), convocándose de inmediato a D'AMICO, esta vez a tenor del Art. 27 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, puntualmente de su inciso «d». El requerido volvió a negar los hechos imputados, al tiempo que no prestó conformidad a la extradición.

Acto seguido y en igual fecha (1°/4/2003), según se observa a fs. 80, el titular del Juzgado Federal N° 2 de San Isidro, resolvió *«CONCEDER LA EXTRADICIÓN DE RODOLFO DANIEL D'AMICO... por imperio de lo normado en la ley 23.719 y 24.767"*.

A fs. 84 D'AMICO revoca el patrocinio letrado y designa nuevamente a la defensa oficial.

A fs. 87, el requerido, por derecho propio, apela la resolución del juez de grado, recurso que es rechazado por extemporáneo. Dicha circunstancia motivó, por un lado, la nulidad articulada por el Sr. Defensor Oficial Dr. Héctor Omar Sagretti, según se lee a fs. 94/106 y, por otro, la formación del incidente en sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a raíz del recurso de queja que, por derecho propio, interpusiera D'AMICO.

No obstante ser la queja el agravio convocante, procede, a fin de mantener coherencia en el relato, hacer referencia a las alternativas de la causa 2000 del

Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Isidro.

La nulidad planteada por la defensa se orientó, por una parte, a atacar la resolución de la instancia en la cual se concedía la extradición solicitada por reputarla carente de los requisitos formales (puntualmente, el Sr. Defensor Oficial se agravió porque, a pesar de que el Convenio de Extradición que rige el caso no contiene reglas de procedimiento, el juez omitió regirse por las contenidas en la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, de aplicación obligatoria en estos supuestos) y, por otra, a solicitar se anule el auto que deniega el recurso ordinario de apelación, interpuesto por el justiciable en función de lo prescripto en el Art. 33 de la ley 24.767.

La Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal acompañó el primero de los planteos introducidos por la defensa (fs. 108/109), no obstante lo cual el *«a quo»* no hizo lugar a ninguno de los reclamos (fs. 112/113).

A fs. 114/120 el Dr. Héctor Omar Sagretti interpuso recurso de apelación, agraviándose de lo resuelto en punto a las nulidades impetradas, el que fue concedido.

El trámite en la Alzada (Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II) contó con la adhesión del Sr. Fiscal General al planteo de la defensa, quien, con cita en los precedentes de V.E. *«Mera Collazos, Julio César»* y *«Oviedo Lino s/ extradición»*, sostuvo la nulidad del resolutorio atacado por estimarlo violatorio del Art. 167, inc. 2° y 3° CPPN predicando, asimismo, su arbitrariedad, en tanto indicó que el Juez de grado había malinterpretado los alcances de la ley 23.719, puesto que el Art. 11 del tratado aplicable garantiza al requerido el derecho a un procedimiento formal de extradición..

A su vez, -no obstante considerar que la nulidad a la cual adhería tornaba abstracta aquella otra deducida por la defensa y en la que se atacara la denegatoria del recurso ordinario-, se permitió señalar que la notificación por cédula «*aparece inadecuada, en tanto la resolución dictada, resulta equiparable a las referidas por el artículo 40 del Reglamento para la Justicia Nacional. Esto es, su notificación personal se imponía, máxime si se tiene en cuenta la condición de privado de libertad»* (ver fs. 132/4).

La Sala II de la Cámara Federal de San Martín entendió que la resolución atacada constituía *«una sentencia definitiva que ya resolvió la procedencia de la extradición solicitada por el Estado requirente, de modo que la pretensión del error in procedendo para una eventual revocación de esa sentencia definitiva del pleito es una cuestión subsumida en la apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, prevista en el artículo 33 de la ley 24.767, porque ese recurso comprende la nulidad por defectos de la sentencia»*. Así declaró erróneamente concedido el recurso de apelación.

III. VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL. INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO

III. 1. Nulidad del procedimiento

La breve introducción de repaso al trámite impreso al pedido de extradición de D'AMICO no hace sino poner en evidencia la violación constitucional que se analizará en este capítulo.

El *«a quo»* ha soslayado de plano las previsiones del artículo 30 y concordantes de la ley 24.767, pese a que, sobre dicha normativa, llevó adelante los actos preliminares a su decisión. En tres oportunidades -fs. 27, 42 y 79- D'AMICO es oído

-según sea el caso- a tenor de los Art. 27 y 49 de la ley 24.767; es más, la propia resolución que decide conceder la extradición alude expresamente a dicha norma.

No obstante, la valoración que realiza en sus considerandos sólo se ciñe a corroborar una serie de aspectos objetivos -vbg. identidad del sujeto reclamado, tiempo y forma del reclamo, ausencia de prescripción del delito imputado, etc.- ritual que, en modo alguno, suple un *«procedimiento formal»*, derecho irrenunciable del requerido según reza el Art. 11 de la ley 23.719 y que, al no estar reglamentado en el pertinente tratado bilateral, remite inexorablemente a la manda genérica del Art. 2° de la Ley de Cooperación Internacional y, en especial con relación a las formas, al Art. 30 de la referida ley.

En esta dirección, debe decirse que, al carecer el convenio bilateral con la República Italiana de disposiciones relativas al procedimiento -excepto la extradición simplificada que prevé el art. 11- resulta, en lo atinente a la sustanciación formal, de aplicación la ley 24.767 y normas concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

En ese orden, debe necesariamente concluirse que el Juez de grado, de manera arbitraria, improvisó un procedimiento inexistente, utilizando algunas normas de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (audiencia de los Arts. 27 y 49) al tiempo que omitió la citación a juicio, ofrecimiento, recepción y producción de pruebas y el posterior contradictorio que supone la audiencia de debate, según las pautas que establece el Art. 30 de la mencionada normativa, privando a D'AMICO, de tal suerte, del ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Adviértase que la arbitrariedad es extrema, toda vez que no se trata de un supuesto de aplicación de un procedimiento diferente al que correspondía utilizar, sino, por el contrario, la omisión de la parte contradictoria del ritual que debía regir el caso que, huérfano de dicha etapa, es intempestivamente clausurado con la concesión de la extradición.

En efecto, no sólo la decisión de fs. 80 fue decretada sin sustanciación de ningún tipo, sino que la recepción del pedido de extradición y su incorporación al expediente -ver fs. 78- así como también el llamado de D'AMICO al Estrado del Tribunal a los efectos de verificar si consentía la extradición -en procura del trámite expedito- se produjo sin la notificación y mucho menos el concurso de la fiscalía de grado la cual, de haber intervenido, hubiera procurado el cumplimiento del precepto del Art. 11 inc. «e» de la Ley 24.767, a fin de cristalizar el requerimiento con tal formalidad, hasta hoy ausente.

En reciente jurisprudencia, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad dejó sin efecto la resolución del juez de primera instancia, en la que, tal como aquí ocurre, se adoptó un régimen legal distinto del que correspondía.

Así, en la causa N° 20550 «Incidente de excarcelación de Vaca Narvaja, Fernando en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación de la libertad», Jdo. Fed. N° 11, Secretaría. 21, Reg. 21.641, del 20 de octubre de 2003, los miembros de la Sala II sostuvieron que: *«…elTribunal dispuso que las actuaciones tramiten bajo el actual régimen del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984 y sus modificatorias). Ello así, pues este expediente se inició en vigencia de ese código de forma, y no se encontraron razones que pudieran justificar la adopción de un régimen procesal derogado. Como fundamento de ello se citaron además, numerosos precedentes de ese Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.C.C.Fed., en pleno, registros n° 1/02-P y 2/02 ambos del 6-3-02 y Fallos 188:288; 98:311 y 95:210, entre otros). A pesar de ello, el juez de grado adoptó normas de procedimiento inaplicables para el trámite de la causa, impresa por esta Sala…sin embargo, no se*

mencionaron fundamentos jurídicos que avalaran su criterio (…) no es posible descartar que la referencia a un código procesal derogado haya sido la herramienta utilizada por el juez de grado para soslayar las formas que mejor aseguraran un amplio ejercicio del derecho defensa en juicio y la colaboración de otras partes (fiscal y querellas) en la grave decisión de incorporar a una persona a este proceso de particulares características,…»

Los principios sentados son claramente asimilables al caso en estudio. La arbitrariedad del Juez de grado al apartarse incomprensiblemente del procedimiento aplicable al trámite pugna con las normas pertinentes de la ley 24.767, directamente reglamentarias de la garantía del debido proceso en la extradición, con la consiguiente lesión al derecho federal.

La previsión del artículo 30 de dicha ley es suficientemente clara al imponer al juez la obligación de citar a juicio, mandato que sólo puede obviarse cuando concurrieran las circunstancias reguladas taxativamente en los artículos 27 inc. d), 28 y 29, concretamente, que la persona requerida hubiera manifestado su consentimiento para ser extraditada o que se estableciera que la persona detenida no es la requerida.

Por lo demás, esta interpretación es la que ha sostenido V.E. en la jurisprudencia de Fallos 322:2131, y en la sentada en la causa O.93 XXXV R.O.»Oviedo, Lino S/ extradición», resuelta el 18 de noviembre de 1999.

En el primero de esos pronunciamientos, V.E. reconoció como régimen legal aplicable a una extradición cursada por la República de Perú, el impuesto por el Código Procesal Penal de la Nación, por expresa remisión de las disposiciones pertinentes de la Ley 24.767 y descalificó la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín por incurrir en *«apartamiento de la ley 23.984»* (del considerando 4°).

Este último precedente, y el sentado en Fallos 322:2852, sirvieron de apoyatura argumental al señor Fiscal General ante la Cámara Federal de San Martín, quien expresó en autos: *«Este Ministerio Fiscal coincide con el planteo de la defensa y considera que el resolutorio atacado es nulo por violación a lo dispuesto por el artículo 167 incisos 2° y 3° del Código Procesal Penal.(…) en vista a que la ley 23.719 no prevé un procedimiento especial en el trámite de extradición, considero que corresponde aplicar la regla dispuesta por el artículo 2° de la ley 24.767, en tanto establece que en todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará dicho cuerpo normativo. Por ello es que debe declararse la nulidad de lo resuelto por el «a quo», al haberse omitido la celebración del juicio de extradición (artículo 30 de la ley 24.767), oportunidad en la que se permite al solicitado oponer todas las excepciones y defensas que estime corresponder, y que únicamente debe ser dejado de lado en el caso que concurran las circunstancias previstas por los artículos 28 y 29 de dicho plexo legal, extremos estos que no se verifican en el «sub lite». Ello es así ya que si bien es doctrina reiterada de nuestro más Alto Tribunal que la procedencia de la extradición cuando existe tratado está condicionada a las exigencias formales y requisitos previstos en él (Fallos 110:361; 111:35; 145:402 y 313:120, entre otros), en autos debe aplicarse el sistema legal vigente -Ley 24.767- respecto del trámite, como consecuencia del principio de subsidiariedad antes señalado y que contiene el artículo 2° antes referido… El derecho a un procedimiento formal de extradición, necesariamente debe interpretarse como el derecho a la realización de un juicio en el cual, tanto el requerido cuanto su defensa, tengan oportunidad de oponer todas las excepciones y defensas que consideren convenientes, conforme se describiera «ut supra».*

A los precedentes antes citados se agregan, en el mismo sentido, los de Fallos 321:647 y 1409, 319:510; 322:1558; 324:1564, entre otros. En el primero de ellos, el Sr. Procurador General de la Nación se refirió a la recta interpretación de los

artículos 12, 36 y 120 de la Ley 24.767, afirmando -en lo que aquí concierne- que en todos los casos se trata de *«…normas de indiscutible operatividad [relativas a] la vigencia de sus disposiciones procesales».*

En el segundo, V.E. sostuvo: *«7) Que los convenios y las Leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los Estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a una potencia extranjera sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales… 8°) Que para hacer efectivos los principios antes expuestos es necesario un procedimiento en el cual se conjuguen, al mismo tiempo, los distintos intereses en juego. Es por esa razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las Leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento* (Fallos 318:595, Considerando 7° del voto de la mayoría y del de los Sres. Ministros López y Bossert y Considerando 8° del voto en disidencia del Dr. Belluscio y 319:510, Considerando 6°).

En Fallos 322:1558 y 325:1564 V.E. reafirmó que, en casos como el presente, el régimen procesal aplicable es el de la Ley 24.767.

Ahora bien, más allá de que los fundamentos de este escrito se ajustan a la jurisprudencia de esa Corte, corresponde, en observancia de la doctrina de Fallos 322:486, establecer los intereses concretos afectados por la nulidad denunciada.

En el precedente citado, el Sr. Procurador General de la Nación había adherido al planteo de nulidad propiciado por la defensa, con sustento idéntico al que aquí se introduce, es decir, debido a la falta de celebración de la audiencia de debate oral prevista en el Art. 30 de la Ley 24.767.

Sin embargo, V.E. rechazó la nulidad, básicamente por considerar que *«el Ministerio Público no señala de qué modo los intereses concretos de su pupilo han resultado afectados por los actos que pretende impugnar por defecto formal y los derechos que por tal motivo se había visto privado de ejercer»*

En el caso resultan muy claros los derechos violados:

a) Derecho al contradictorio. Ratificando la relevancia de tal sistema, la doctrina ha señalado expresamente que *«el art. 25 párrafo primero dispone que el fiscal representará en el trámite judicial el interés por la extradición. De este modo, y a través de la intervención del funcionario encargado de la persecución de los delitos, se garantiza que el trámite judicial de extradición sea un verdadero juicio llevado a cabo por dos partes que sustentan intereses contrapuestos: una que requiere la extradición (el fiscal) y otra que se opone a ella (la defensa)»* (D'ALESSIO, Andrés - DE PAOLI, Gustavo Alberto y TAMINI, Gustavo Adolfo, *«La nueva Ley de extradición y cooperación penal»* La Ley, T1997-C, Sección Doctrina, p. 1182).

«La cuestión es tan simple como la de procurarle, a quien debe garantizársele la defensa (posibilidad de resistir la imputación en el procedimiento), un contradictor y, con ello, evitar que quien juzgue afirme antes aquello sobre lo cual versará su decisión posterior (tome partido antes de decidir, lo cual implica parcialidad o ex ante, temor de ella). Esas son, precisamente, las dos vertientes del principio acusatorio y, consecuentemente, sus dos fines concretos: posibilitar la defensa eficaz del culpado para resistir la imputación y lograr la imparcialidad del organismo judicial que decidirá el caso o, quizá mejor dicho, acceder a una necesidad primaria y fundamental para desarrollar esa actividad, cual es la de aproximarse al ideal que sugiere ese principio, según su visión cultural actual»

(MAIER, Julio B., *«Derecho Procesal Penal II, Parte General. Sujetos Procesales»*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p.122).

En este caso puntual la ausencia de contradictorio es flagrante; el juez ni siquiera escuchó a las partes, directamente dictó la resolución haciendo lugar a la extradición sin instancia intermedia alguna.

La privación del contradictorio importa un inadmisible menoscabo a la garantía de defensa sustancial y del derecho a ser oído por un Tribunal competente e imparcial con las debidas garantías (Arts. 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

b) Derecho a ser oído por un tribunal competente e imparcial con las debidas garantías. D'AMICO no tuvo oportunidad procesal útil de manifestar su oposición al pedido de extradición formulado por la República de Italia en su contra. Adviértase que en su escrito titulado *«Apelo»* (fs. 87), referencia prueba documental relacionada con su nacionalidad que las partes se vieron privadas de cotejar, al tiempo que reafirma su cerrada negativa a ser extraditado. Ello persuade de la necesidad del contradictorio que, de haber ocurrido, hubiese permitido oponer las objeciones, excepciones y defensas que a D'AMICO correspondían.

c) Derecho de Defensa en juicio. También este derecho ha sido menospreciado y esta valoración no admite, a mi entender, cuestionamiento alguno: La incorporación al expediente de la documentación que formaliza el pedido de extradición de Rodolfo D'AMICO (fs. 45/77), la orden de comparendo, su posterior declaración a tenor del Art. 27 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal -con previa convocatoria telefónica a su otrora letrado-, la puesta en conocimiento de los argumentos y hechos por los cuales se lo requería mediante la íntegra lectura de las piezas pertinentes y la resolución que concede la extradición fueron actos materializados en un mismo día: -1° de abril de 2003-.

En ese orden, va de suyo que ni D'AMICO ni su defensa tuvieron tiempo material ni oportunidad, ya no de articular defensa alguna sino siquiera de procesar y asimilar la información que en la audiencia se les leyera por vez primera y que desembocaría, tan solo horas después, en el decisorio que aquí se pone en crisis.

El artículo 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone *«la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa»*. En igual sentido véase el art. 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En igual dirección, la Sra. Fiscal de grado, quien solo fuera notificada, según se observa a fs. 8 y 28, de la orden de arresto preventivo de D'AMICO y de su materialización, se vio privada de su potestad de contralor de la legalidad del proceso, desde que le fue vedada la compulsa de la solicitud de extradición, no se la participó de la audiencia y solo se la notificó, una semana después, de la resolución que aquí se impugna (cfr. fs. 81).

Va de suyo que la afectación de las garantías constitucionales que se han venido señalando se hubieran salvado si el Juez, que originariamente había encausado el procedimiento con arreglo a la aplicación supletoria de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, hubiera perfeccionado el juicio oral y público que allí se establece (Art. 30).

Lejos de ello, se apartó inexplicablemente de la senda que marca la legislación nacional y aplicó un procedimiento que, parafraseando el resolutorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad citado párrafos atrás, sólo se justifica como *«herramienta utilizada por el juez de grado para soslayar las formas que mejor aseguraran un amplio ejercicio del*

derecho de defensa en juicio».

Como demostración adicional del agravio ocasionado, es válido destacar que cuestiones constitucionales como las que aquí se debaten han sido analizadas en el ámbito regional y universal de protección de los derechos humanos, en distintos pronunciamientos.

Si bien en todos los casos se dejó a salvo el carácter distintivo que posee todo trámite de extradición, tanto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido incluidos en su competencia específica el estudio de esos casos, en tanto y en cuanto se hubiera verificado la vulneración de los preceptos recogidos en los respectivos instrumentos de protección.

Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Comunicación N° 470/1991 (Canadá 18/11/93 CCPR/C/48/D/) (Jurisprudencia), sostuvo: *«6.6…cuando se requiere que un extranjero abandone el territorio por expulsión o extradición, se aplican, en principio, las garantías generales previstas en el artículo 13, al igual que las exigencias del Pacto en su totalidad. En tal sentido, el Comité observó que el autor, aunque había ingresado ilegalmente en el territorio de Canadá, tuvo amplia oportunidad de presentar sus argumentos contra la extradición ante los tribunales canadienses,… En este contexto, el Comité reiteró su constante jurisprudencia en el sentido de que no es competente para reevaluar los hechos y las pruebas examinadas por los tribunales nacionales. Lo que puede hacer el Comité es comprobar si el autor dispuso de todas las garantías de procedimiento previstas en el Pacto.»*

Lo propio hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N° 31/86, *«Reclamación presentada por el señor Luis BERTELLO MASPERI, COSTA RICA, 23 de septiembre de 1986»*. Si bien la Comisión se pronunció por la inadmisibilidad de la petición, a esos fines hubo de descartar, previamente, la violación de preceptos reconocidos en la Convención Interamericana: *«….1. Que no está probado que los delitos por los cuales se ha solicitado la extradición del señor Bertello Masperi sean delitos políticos o conexos con éstos; 2. Que tampoco está probado en este caso que exista alguna violación de cualquiera de los derechos establecidos en la convención Americana sobre Derechos Humanos; 3. Que, finalmente, no está probado que haya existido o exista alguna amenaza concreta contra la seguridad e integridad física del peticionario, que pudieran hacer peligrar su vida».*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, se expidió acerca de los alcances de los derechos reconocidos en la Carta Europea en el caso 4/1985790/137 *«Sánchez Reisse»* en el que se discutía la legitimidad del trámite de excarcelación, en el marco de una reclamo tramitado en la Confederación Suiza, por pedido del Estado Argentino.

En sus observaciones, la Comisión Europea enfatizó la ausencia de un *«sustrato contradictorio mínimo (minimum adversarial element)»* contrario a las previsiones del Art. 5, parágrafo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos (v. par. 50).

La Corte Europea, a su turno, reconoció la vulneración de ese precepto convencional en el entendimiento de que *«El artículo 5, parágrafo 4 (art. 5-4) requería en el presente caso que el Sr. Sánchez Reisse fuera proveído, de alguna forma, con el beneficio de un procedimiento contradictorio… Si bien [el peticionario] ya había indicado en su pedido las circunstancias que, a su juicio, justificaban su libertad, esa indicación, en sí misma, no provee la «igualdad de armas» que es indispensable: la opinión pudo subsecuentemente estar referida a nuevos puntos de hecho o de derecho que dieran lugar a críticas o cuestionamientos que la Corte Federal pudo atender antes de dictar su decisión.*

La réplica del peticionario, no necesariamente debió tener lugar por escrito: la exigencia del artículo 5, parágrafo 4 (art. 5-4) pudo también ser atendida si se hubiera permitido al peticionante comparecer ante la Corte Federal. La posibilidad para un detenido de «ser escuchado en persona o, allí donde fuera necesario, a través de alguna forma de representación» (ver el caso Winterwerp, Series A n° 33, p.24, parágrafo 60) se inserta en algunas instancias entre las «garantías fundamentales de procedimientos aplicables en casos de privación de libertad» (Ver el caso De Wlde Ooms y Versyp, del 18 de junio de 1971, Series A, n° 12, p. 41, parágrafo 76)…si bien no existen razones para presumir que la realización de una audiencia personal pudo resultar definitoria para convencer a la Corte Federal de la necesidad de excarcelar al peticionante, lo cierto es que el Sr. Sánchez Reisse no recibió el beneficio de un procedimiento verdaderamente contradictorio»

En el voto concurrente del Juez Gansof Van Der Meersch y Walsh, reafirmando esas consideraciones, se asentó: *«un procedimiento exclusivamente escrito no es suficiente para satisfacer los requerimientos del artículo 5, parágrafo 4 (art. 5-4) de la Convención, incluso si la persona está asistida por un abogado y tiene el derecho de controvertir la legalidad de su detención ante las autoridades competentes.»*

El repaso de los estándares reconocidos en la jurisprudencia internacional viene así a reafirmar que la falta de audiencia contradictoria comporta, en el caso, una flagrante vulneración de la cláusula del debido proceso y de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, en tanto manifestación de aquélla. (Arts. 18 CN, 8.1 CADH y 9.3 en función del 12.3 del PIDCP).

Entiendo que, en las condiciones del caso, corresponde nulificar lo actuado a partir de fs. 80, disponiéndose la remisión de las actuaciones a fin de que se proceda a formalizar el procedimiento de extradición de Rodolfo Daniel D'AMICO, conforme lo estipulan las normas de los Art. 11 de la Ley 23.719, 2 y 30 de la Ley 24.767 y normas concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

III.2. Nulidad del auto de fs. 88

En la eventual hipótesis de que V.E. considere inadmisible los reclamos en punto al trámite impreso al pedido de extradición, debo introducir un segundo planteo de nulidad por cuanto el proveído simple de fs. 88, amén de cercenarle a D'AMICO su derecho a recurrir la resolución que permitía su extradición, lo privó de la imprescindible asistencia técnica que funde en derecho la pretensión de un lego y cuya ausencia (o presencia sólo formal) fulmina con invalidez el procedimiento.

La resolución, de fecha 1° de abril de 2003, fue notificada a D'AMICO y a su defensa por cédula librada y diligenciada -en el domicilio del letrado-, con fecha 7 de abril. A fs. 83 obra una misiva manuscrita de D'AMICO dejando sin efecto la designación del letrado particular y nombrado Defensor Oficial, manifestación ratificada por Secretaría en la misma fecha (fs. 84). Toda vez que la resolución le había sido notificada a D'AMICO al domicilio del letrado con el que se extinguía el vínculo, sólo es posible tener certeza de que tomó conocimiento de la misma el día en que compareció ante el Tribunal, esto es, el 14 de abril de 2003. En la misma fecha es designado el Dr. Sagretti, quien se notifica al día siguiente (fs. 85).

A fs. 87, el 21 de abril de 2003, D'AMICO se presenta por derecho propio y apela la resolución que hacía lugar a su extradición. Esta petición motivó el rechazo *«in limine»* que se cuestiona.

El trámite impreso por el Juzgado Federal adjetiva aún más el soslayo a las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso. Es, a todo evento, demostrativo de un proceder arbitrario que no se aviene

al respeto de los derechos del justiciable. Si bien no constituye el núcleo medular de esta presentación, que persigue la nulificación de la concesión de la extradición y la realización del procedimiento formal que la normativa reserva al caso, persuade de una práctica irregular que D'AMICO ha padecido en este singular proceso.

En efecto, ante la presentación impugnativa del requerido, efectuada *«in forma pauperis»,* el magistrado estaba obligado -tal y como lo hace habitualmente V.E.- a poner en conocimiento de tal manifestación al Sr. Defensor Oficial, para que el mismo le otorgara sustento técnico. Cabe recordar que, como el Sr. Juez Federal modificó el trámite debido, omitiendo la etapa contradictoria, es lógico suponer que esto pudo llevar a confusión tanto al letrado particular (que, por lo visto, optó por desaparecer) como al mismo Dr. Sagretti (a quien se notifica de su designación, pero no de la resolución que se había dictado) que confiadamente esperaría ser convocado para el debate.

En Fallos 310:1934 V.E. estableció *«...que no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor... Esta Corte debe señalar que los mismos recaudos que aplica para sí en el caso de los recursos in forma pauperis ya citados, también deben ser cumplidos por los tribunales locales».*

No obstante, el Juez Federal, con riguroso apego a los plazos procesales, ignoró la voluntad recursiva, tomo por válida la fecha de exclusiva notificación al defensor particular y reputó extemporánea la interposición «in pauperis» del recurso.

En los autos *«Andueza, César Horacio s/homicidio en ocasión de robo»- causa n° 1763798",* resuelta en 24 de abril de 2003, V.E. hizo propios los fundamentos del Sr. Procurador General de la Nación, quien expresara que: *«...el temperamento adoptado por el «a quo» para desestimar los recursos locales deducidos por el defensor oficial y su asistido, no aparece suficientemente razonado con relación a las especiales características del caso, toda vez que soslayó, sin fundamento alguno, la expresa manifestación del encausado de revisar lo resuelto en la instancia casatoria y el mencionado estado de indefensión que imposibilitó materializar en término aquella intención»* (...) *«los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, de lo que se deriva el deber de los tribunales de suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda (Fallos: 314:1514 y 1909).»*

Tal el criterio que sostiene V.E. en reciente jurisprudencia: *«Valor, Luis Alberto y otros s/asociación ilícita, robo calificado por abuso de armas reiterado»*, rta. el 23 de septiembre de 2003, donde consideró que una presentación del imputado caratulada *«Interpone recurso extraordinario»* presentada ante la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, cuyo rechazo se decidiera sin previa vista al defensor oficial designado, importaba *«un inadmisible menoscabo a la garantía de la defensa en juicio del imputado»* (Considerando 6°).

En el mismo fallo los Sres. Ministros Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano recordaron en su voto que la Corte *«...tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido siempre una principal preocupación del Tribunal. Desde sus orígenes esta Corte ha señalado que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; entre muchos otros)».*

En ese orden, la arbitraria prescindencia del señor Juez Federal de las normas

que regulan la intervención de la defensa técnica, teniendo en cuenta las constancias de la causa que corre acompañada y dado el agravio provocado por la decisión de rechazar la presentación de Rodolfo Daniel D'AMICO, conlleva la nulidad de dicho acto y de lo actuado en su consecuencia, lo que en este planteo supletorio se deja expresamente solicitado.

IV. PETITORIO

(...)

30. Sentencia de la Corte y comentario

El Máximo Tribunal compartió e hizo suyos los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal. En su presentación, el citado funcionario propició la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de fs. 80, en virtud de la *«..necesidad de un procedimiento en el cual se le asegure al justiciable cuya extradición se requiere un proceso en el que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento, garantía que se ha eludido en el presente.»*

Es dable destacar que la Corte Suprema de Justicia reafirmó el carácter eminentemente controversial del juicio de extrañamiento, reconociendo la existencia de *«...interés del Estado requirente, el del justiciable cuya extradición se requiere y el de los estados requerido y requirente en el respeto estricto del convenio que los vincula (mutatis mutandi doctrina de Fallos: 311:1925 y 318:595)»*

31) B. 3456. XXXVIII, «Borelina, Rosana Claudia s/ extradición» (sentencia del 30 de agosto de 2005, publicada en Fallos, 328:3244)

ASUME INTERVENCIÓN – PLANTEA NULIDAD

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

Que vengo por el presente a asumir la intervención acordada en estos actuados y, en cumplimiento del mandato que ejerzo, a oponer la nulidad de lo actuado a partir de la foja 414 del presente expediente, por considerar que se han violado las garantías del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, de raigambre constitucional.

II. ANTECEDENTES

Producida la detención de la requerida y recibidas las constancias que documentaron la medida cautelar, el titular del Juzgado Federal ordenó la realización de la audiencia prevista en los arts. 27 último párrafo y 49, primer párrafo, de la Ley 24.767 (v. fs. 38), oportunidad en la que BORELINA manifestó que ignoraba que había sido imputada por las autoridades peruanas de delito alguno, que había viajado y realizado diferentes trámites migratorios en diversas oportunidades, sin que se presentaran obstáculos de ninguna especie y que siempre tuvo entendido que en la causa que tramitaba en Perú revestía la condición de testigo. En el mismo acto hizo reserva del derecho a allanarse a la extradición (v. fs. 40/vta.).

A fs. 411 se dispuso la agregación a estas actuaciones del pedido formal de extradición de Rosana Claudia BORELINA (ver fs. 73/410) y se ordenó el traslado a la sede del juzgado de la requerida, a los fines de los artículos 33 y 34 del Tratado de Montevideo de 1889, de aplicación al caso.

A fs. 414 se le hace saber a mi asistida, **sin la presencia de su letrado defensor,** que la República del Perú ha formalizado el pedido de extradición, a los fines de los dispuesto en los art. 33 y 34 del Tratado de aplicación, y asimismo se le informa de la previsión del art. 38 del mismo cuerpo legal. Sin embargo sólo se le da lectura al dictamen fiscal obrante a fs. 400/402, no se le exhiben ni leen el resto de los documentos adjuntados y, lo que es más grave, **no se le exhibe ni lee la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema del Estado requirente disponiendo la solicitud de extradición.** En la oportunidad, la requerida se expidió «*manteniendo la reserva de su derecho a acceder a la extradición*».-

A fs. 482 obra presentación del Dr. Carlos Alberto Estévez Cambra, defensor de confianza de BORELINA, oponiéndose a la extradición. Adujo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34, inc. 2° del Tratado, la existencia de defectos de forma en los documentos presentados lo habilitaba a plantear la

oposición a la extradición. Sostuvo, en ese orden, que «*...de la compulsa del Cuaderno de Extradición confeccionado por las autoridades judiciales de la República de Perú, se observa que una gran cantidad de fojas que lo integran, que, en fotocopias, reproducen los respectivos originales, son de imposible lectura.* ***Esta defensa queda así privada de tener una apreciación total de la documentación que, a criterio del Estado requirente, da sustento formal al pedido de extradición.*** «(el destacado me pertenece).

Cabe resaltar que ya a fs. 480 el letrado había efectuado una presentación alegando defectos en un significativo número de las fotocopias remitidas por el Estado requirente y solicitando una prórroga de tres días a los fines de ejercer el derecho que acuerda el art. 34 del Tratado. Dicha petición fue denegada a fs. 481 por el Juez Federal actuante, quien adujo que las fotocopias mencionadas resultaban legibles.

Pese a la índole de la oposición manifestada, a fs. 483 el titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, concluyó que «*el carácter de los hechos alegados por la defensa de Rosana Claudia Borelina en oposición a la concesión de la extradición -fs. 482/482vta.- no requiere comprobación alguna...»,* razón por la cual dispuso el pase de los autos a despacho para resolver y a fs. 490/492vta. declaró procedente la extradición.

Para ello consignó los antecedentes del pedido de extradición cursado por la República del Perú, señalando que, amén del Tratado de Derecho Penal Internacional suscripto en Montevideo el 23 de enero de 1889, resultaban de aplicación supletoria las normas de la Ley 24.767.

Puesto a evaluar los términos de la oposición manifestada por la defensa, el *a quo* concluyó: «*...ninguna de las fotocopias mencionadas por la defensa a fs. 479 padecen de la alegada ilegibilidad según las remitiera el Estado requirente, sino que así resultaron las que obtuvo de ellas la defensa, lo que en modo alguno puede imputarse a aquel Estado y, muchos menos, denegar con tal fundamento, el pedido de extradición formulado. Adviértase además que, aun de asistirle razón a la defensa en cuanto a los defectos señalados, ello a lo más ameritaría requerir a la República del Perú la reproducción de la documentación, mas no la denegatoria de la extradición,* ***por aplicación en forma supletoria y analógica, del artículo 31 de la Ley 24.767.»*** (el destacado me pertenece).

III. VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL – INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO

El repaso del trámite impreso al pedido de extradición cursado por la República de Perú es suficientemente ilustrativo de la violación constitucional que se analiza en este apartado.

El Juez *a quo* ha soslayado de plano las previsiones del artículo 30 y concordantes de la Ley 24.767, pese a que, sobre esta misma base normativa, llevó adelante la primera audiencia personal con BORELINA. Es más, el mismo juez federal, al descartar la oposición de la defensa, reconoció expresamente que las reglas de procedimiento previstas en la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal resultan de aplicación supletoria para la sustanciación del trámite -ver pasaje destacado en el acápite precedente, donde el *a quo* afirmó expresamente que, en todo caso, hubiera correspondido reeditar el pedido de documentación, tal como lo habilita el artículo 31 de la norma mencionada.

Observo V.E. que ese dispositivo legal faculta al juez de la causa a suspender el «***proceso***», entendido, naturalmente, en el contexto de la Ley 24.767, es decir,

a la luz del régimen regulado en su artículo 30 y normas concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, en la decisión comentada, parecería que, a criterio del juez de la causa, el «proceso» al que alude el artículo 31 representa una categoría ontológica diversa del «juicio» al que alude el artículo 30, ambos de la Ley 24.767, de forma tal que, aunque podría haber llegado a suspender el trámite del primero, en caso de advertir falencias en la documentación aportada por el Estado requirente, no estaba obligado a disponer la citación a juicio ni mucho menos la audiencia contradictoria, reguladas en el último.

Dicho en otros términos, el juez federal interviniente improviso un procedimiento inexistente, privilegiando infundadamente algunas disposiciones del Tratado de Montevideo de aplicación al caso y otras de la Ley de Cooperación Internacional; el art. 35 del Tratado es claro cuando alude a «la Ley procesal del Estado requerido»; la Ley de Cooperación Internacional, por su parte, establece en su art. 2 no sólo que las normas de dicha ley servirán para interpretar el texto de los tratados, sino también que *«En todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará la presente ley»*.

Esta misma ley especifica, en su art. 30, **que el juicio de extradición se llevará a cabo conforme a las reglas que para el juicio correccional establece el Código Procesal Penal de la Nación.** Esto claramente significa que, si el Juez Federal declaraba la cuestión de puro derecho y no abría un incidente a prueba, **para decidir sobre el fondo del asunto debía convocar a un contradictorio donde, si bien no habría producción de pruebas, sí debate entre las partes, así como libre manifestación, con inmediación garantizada, de la requerida.**

Sin embargo el Juez Federal, inspirado en normas que esta defensa ignora, si bien no abrió la causa a prueba, siguió el trámite prescripto en el art. 35 del Tratado, para los casos en que efectivamente se produce prueba, omitiendo de tal suerte la celebración del juicio contradictorio con las garantías que el mismo conlleva, resultando, de tal suerte, un significativo agravio en los derechos de mi asistida.

En reciente jurisprudencia, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad dejó sin efecto la resolución del juez de primera instancia, en la que, tal como acontece aquí, se adoptó un régimen legal distinto del que correspondía.

Así, en la causa N° 20.559 «Incidente de excarcelación de Vaca Narvaja, Fernando en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación ilegal de la libertad», Jdo. Fed. N° 11, Sec. 21, Reg. 21.641, del 20 de octubre del corriente año, los miembros de la Sala II sostuvieron: «...*el Tribunal dispuso que las actuaciones tramiten bajo el actual régimen del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984 y sus modificatorias). Ello así, pues este expediente se inició en vigencia de ese código de forma, y no se encontraron razones que pudieran justificar la adopción de un régimen procesal derogado. Como fundamento de ello se citaron además, numerosos precedentes de este Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.C.C.Fed., en pleno, registros n° 1/02.-P y 2/02 ambos del 6-3-02 y Fallos 188:288; 98:311 y 95:210, entre otros). A pesar se ello, el juez de grado adoptó normas de procedimiento inaplicables para el trámite de la causa, impresa por esta Sala... Sin embargo, ...no se mencionaron fundamentos jurídicos que avalaran su criterio* (...) ***no es posible descartar que la referencia a un código procesal derogado haya sido la herramienta utilizada por el juez de grado para soslayar las formas que mejor aseguraran un amplio ejercicio del derecho de defensa en juicio y la colaboración de otras partes (Fiscal y querellas) en la grave decisión de incorporar a una persona a este proceso de particulares características...***» (el resaltado me pertenece).

Los principios sentados son claramente asimilables al caso en estudio.

Destaco muy particularmente que la defensa había objetado puntualmente, la imposibilidad material de ponderar la procedencia o no de la extradición, debido a la existencia de defectos de impresión que le impedían un cotejo exhaustivo de las piezas documentales remitidas por el Estado requirente. Adviértase que si se hubiera cumplido con la Ley y se hubiese llevado a cabo el debate oral obligatorio, mi asistida y su defensor se habrían enterado del contenido de la totalidad de la documentación que, lógicamente, hubiera debido ser oralizada para fijar los límites del contradictorio.

Lo cierto es que el sistema escogido pugna con las normas pertinentes de la Ley 24.767, directamente reglamentarias de la garantía del debido proceso en materia penal, con la consiguiente lesión al derecho federal.

La previsión del artículo 30 de dicha ley es suficientemente clara al imponer al juez la obligación de citar a juicio, mandato que sólo puede obviarse cuando concurrieran las circunstancias reguladas taxativamente en los artículos 28 y 29, concretamente, que la persona requerida hubiera manifestado su consentimiento para ser extraditada o que se estableciera que la persona detenida no es la requerida.

Por lo demás, esta interpretación es la que ha sostenido V.E. en la jurisprudencia de Fallos 322:2131, y en la sentada en la causa O.93 XXXV R. O. «Oviedo, Lino s/ extradición», resuelta el 18 de noviembre de 1999.

En el primero de esos pronunciamientos, V.E. reconoció como régimen legal aplicable a una extradición cursada por la República de Perú, el impuesto por el Código Procesal Penal de la Nación, por expresa remisión de las disposiciones pertinentes de la Ley 24.767 y descalificó la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín por incurrir en «*apartamiento de la Ley 23.984*» (del Considerando 4°).

Este último precedente y el sentado en el caso «Oviedo, Lino s/ extradición» (Fallos 322:2852) han sido invocados por el Sr. Fiscal General ante la Cámara Federal de San Martín, Dr. Jorge Sica, al adherir al planteo de nulidad deducido por la defensa de Rodolfo D'Amico, causa que, actualmente tramita ante V.E., Expte. C.S.J.N., letra «D», N° 394, libro XXXIX año 2002 «Recurso de hecho deducido por Rodolfo Daniel D'Amico en los autos D'Amico, Rodolfo Daniel s/ extradición -causa N° 2000-».

Puesto que el dictamen aludido remite a idéntica situación de hecho que la que se analiza -concretamente, la inobservancia de la audiencia oral impuesta por el art. 30 de la Ley 24.747-, me permito transcribir textualmente la posición asumida por el Representante del Ministerio Público Fiscal en el caso de referencia: *«Este Ministerio Fiscal coincide con el planteo de la defensa y considera que el resolutorio acatado es nulo por violación a lo dispuesto por el artículo 167 inciso 2° y 3° del Código Procesal Penal. En primer lugar resulta conveniente fijar los alcances del procedimiento de extradición. En tal sentido se ha sostenido que «la especial naturaleza de los procedimientos de extradición, que los diferencia de los juicios criminales propiamente dichos, no puede llevar a la conclusión de que el sujeto requerido no se encuentra amparado por la garantía constitucional de la defensa en juicio (Conf. Fallos 307:1236 y sus citas)» (C.S.J.N. V.284.XX «Ventura, Giovanni Battista s/ su extradición» del 20 de septiembre de 1988, Fallos 311:1925). Sentado ello, y en vista a que la Ley 23.719 no prevé un procedimiento especial en el trámite de extradición, considero que corresponde aplicar la regla dispuesta por el artículo 2° de la Ley 24.767, en tanto establece que en todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará dicho cuerpo normativo. Por ello es que debe declararse la nulidad de la resuelto por el «a quo», al haberse omitido la celebración del juicio de extradición (artículo 30 de la Ley 24.767), oportunidad*

en la que se permite al solicitado oponer todas las excepciones y defensas que estime corresponde, y que únicamente debe ser dejado de lado en el caso que concurran las circunstancias previstas por los artículos 28 y 29 de dicho plexo legal, extremos estos que no se verifican en el «sub lite». Ello es así ya que si bien es doctrina reiterada de nuestro más Alto Tribunal que la procedencia de la extradición cuando existe tratado está condicionada a las exigencias formales y requisitos previstos en él (Fallos 110:361; 111:35; 145:402 y 313:120, entre otros), en autos debe aplicarse el sistema legal vigente -Ley 24.767- respecto del trámite, como consecuencia del principio de subsidiariedad antes señalado y que contiene el artículo 2° antes referido... El derecho a un procedimiento formal de extradición, necesariamente debe interpretarse como el derecho a la realización de un juicio en el cual, tanto el requerido, cuanto su defensa, tengan oportunidad de oponer todas las excepciones y defensas que consideren convenientes, conforme se describiera «ut supra».»

A los precedentes antes citados se agregan, en el mismo sentido, los de Fallos 321:647 y 1409, 319:510; 322:1558; 324:1564, entre otros. En el primero de ellos el Sr. Procurador General de la Nación se refirió a la recta interpretación de los artículos 12, 36 y 120 de la Ley 24.767, afirmando -en lo que aquí concierne- que en todos los casos se trata de «*...normas de indiscutible operatividad* [relativas a] *la vigencia de sus «disposiciones Procesales».*

En el segundo, V.E. sostuvo: *«7°) Que los convenios y las Leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los Estados en la materia, sino que también deben considerarse como* ***garantía sustancial de que una persona no será entregada a una potencia extranjera sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la Ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales****... **8°) Que para hacer efectivos los principios antes expuestos es necesario un procedimiento en el cual se conjuguen, al mismo tiempo, los distintos intereses en juego**. Es por esa razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y* ***las Leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento*** *(Fallos:318:595, considerando 7° del voto de la mayoría y del voto de los jueces López y Bossert, y considerando 8° del voto en disidencia del juez Belluscio; y 319:510, considerando 6°).»* (el destacado me pertenece).

En el mismo pronunciamiento V.E. dejó a salvo el hecho de que la defensa de prescripción fuera introducida recién en la apelación, en la inteligencia de que «*11) ...el tribunal a quo estaba obligado a su examen en la medida en que de configurarse aquel extremo debía así declararlo de oficio (Fallos: 306:386)».*

De ahí que, con base en la jurisprudencia citada, no pueda oponerse como óbice a la nulidad articulada la falta de oportuna introducción del agravio, tanto más cuanto que, como se ha visto, el planteo resulta inescindible de la vigencia de la cláusula del debido proceso, de raigambre constitucional.

En Fallos 322:1558 y 324:1564 se reafirmó que el régimen procesal aplicable es el de la Ley 24.767.

Ahora bien. Más allá de que los fundamentos de esta presentación se ajustan a la jurisprudencia de esa Corte, corresponde, en observancia de la doctrina de Fallos 322:486, establecer los intereses concretos afectados, producto de la nulidad denunciada.

En el precedente citado el Sr. Procurador General de la Nación había adherido al planteo de nulidad propiciado por la defensa, con sustento idéntico al que aquí se introduce, es decir, debido a la falta de celebración de la audiencia de debate oral prevista en el art. 30 de la Ley 24.767.

Sin embargo, V.E. rechazó la nulidad, básicamente por considerar que «*el Ministerio Público no señala de qué modo los intereses concretos de su pupilo han resultado afectados por los actos que pretende impugnar por defecto formal y los derechos que por tal motivo, se habría visto privado de ejercer».*

Entiendo que, en el caso, resultan muy claros los derechos violados:

a) Derecho al contradictorio. Ratificando la relevancia de tal sistema la doctrina ha señalado expresamente que *«El art. 25 párrafo primero dispone que el fiscal representará en el trámite judicial el interés por la extradición.* ***De este modo, y a través de la intervención del funcionario encargado de la persecución de los delitos, se garantiza que el trámite judicial de extradición sea un verdadero juicio llevado a cabo por dos partes, que sustentan intereses contrapuestos: una que requiere la extradición (el fiscal) y otra que se opone a ella (la defensa)»*** (D'ALESSIO, Andrés, DE PAOLI, Gustavo Alberto y TAMINI, Gustavo Adolfo, «La nueva Ley de extradición y cooperación penal», La Ley, T. 1997-C, Sección Doctrina, p. 1182).

«La cuestión es tan simple como la de procurarle, a quien debe garantizársele la defensa (posibilidad de resistir la imputación en el procedimiento), un contradictor y, con ello, evitar que quien juzgue afirme antes aquello sobre lo cual versará su decisión posterior (tome partido antes de decidir, lo cual implica parcialidad o, ex ante, temor de ella). ***Esas son, precisamente, las dos vertientes del principio acusatorio y, consecuentemente, sus dos fines concretos: posibilitar la defensa eficaz del culpado para resistir la imputación y lograr la imparcialidad del organismo judicial que decidirá el caso*** *o, quizá mejor dicho, acceder a una necesidad primaria y fundamental para desarrollar esa actividad, cual es la de aproximarse al ideal que sugiere ese principio, según su visión cultural actual.»* MAIER, Julio B., «Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales», Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p.122).

b) Derecho a ser oída por un tribunal competente e imparcial con las debidas garantías: BORELINA no tuvo oportunidad procesal útil de manifestar su oposición al pedido de extradición formulado en su contra. Cuando fue oída por primera vez, aún no se había recibido el pedido de extradición, y, en la segunda oportunidad en que fue convocada, en ausencia de su letrado, no tuvo acceso a la documentación impugnable. Prueba contundente de que se vió cercenada su defensa material es que ninguna de las alegaciones realizadas durante su comparecencia ante el Tribunal fueron siquiera mencionadas en la decisión que acordó la extradición. Pese a ello, las escasas referencias asentadas durante el curso de esas presentaciones de mi defendida, alertan sobre las múltiples objeciones que, de haber tenido la oportunidad que le brinda una audiencia oral, podría haber opuesto. Ello implica un doble agravio, no sólo no garantiza la inmediatez del requerido con el Juez Federal que decidirá acerca de su extradición, requisito sólo verificable -sin cuestionamiento posible alguno- cuando existe debate oral, sino que lesiona su posibilidad de defensa material.

El hecho de que se la privara de audiencia contradictoria importa, en el caso puntual, un inadmisible menoscabo a la garantía de defensa sustancial y del derecho a ser oído por un Tribunal competente e imparcial con las debidas garantías (arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

c) Derecho de defensa en juicio: Pero eso no fue todo. Reitero que la requerida, en la audiencia mantenida con el juez, documentada a fs. 414, **no contó con la presencia de su letrado defensor**.

Este no es un dato menor sino la prueba más acabada de que BORELINA padeció de un absoluto estado de indefensión técnica y material.

En efecto, en dicha audiencia, en un aparente cumplimiento del art. 33 del Tratado, se le da **lectura** a la requerida **de las constancias de fs. 400/402**, que **se limitan al dictamen emitido por el Fiscal Supremo del Estado requirente, en el que consta una especie de resumen de la documentación acompañada. NO SE LE LEE A MI DEFENDIDA LA RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ,** obrante a fs. 403/406, que es el instrumento judicial que dispone su extradición, ni se le exhiben o leen las fotocopias de fs. 73/399.

En estas condiciones, ausente su defensor de confianza y sin que se le permita tomar contacto con la documentación que perfecciona la solicitud de extradición **¿cómo puede hacer uso del derecho que le acuerda el art. 34, en particular en su segundo inciso, del Tratado de Montevideo?**

Más allá de la imposibilidad material de leer las fotocopias obtenidas, circunstancia alegada por su asesor técnico y desechada por el Juez, **¿cómo pudo BORELINA alegar defectos de forma, eventualmente adolecidos por los documentos presentados, si nunca vio tales documentos, es más, el principal, que es el pedido judicial de extradición, ni siquiera se le leyó?** En tales condiciones, la invitación a hacer uso del derecho que le acuerda el art. 34 del Tratado de Montevideo de 1889, más que un respeto a las garantías procesales luce como una verdadera ironía.

Adviértase que el acto documentado a fs. 414 resulta absolutamente nulo, por violatorio del derecho de defensa en juicio, aún a la exclusiva luz del art. 34 del Tratado de Montevideo de 1889. Pero tal falencia se hubiera salvado si el Juez, que ya había admitido la obligación de la aplicación supletoria de las normas de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal así como su deber de analizar las disposiciones de los Tratados a la luz de tal normativa (conf. art. 2 de la ley citada), hubiera perfeccionado el juicio oral y público que el dispositivo impone.

Lejos de ello, se apartó inexplicablemente de la senda que marca la legislación nacional y aplicó un procedimiento que, parafraseando el resolutorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal citado «ut supra» sólo se justifica como *«herramienta utilizada por el juez de grado para soslayar las formas que mejor aseguraran un amplio ejercicio del derecho de defensa en juicio».*

Como demostración adicional del agravio ocasionado, es válido destacar que cuestiones constitucionales como las que aquí se debaten han sido analizadas en el ámbito regional y universal de protección de los derechos humanos, en distintos pronunciamientos.

Si bien en todos los casos se dejó a salvo el carácter distintivo que posee todo trámite de extradición, tanto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido incluidos en su competencia específica el estudio de esos casos, en tanto y en cuanto se hubiera verificado la vulneración de los preceptos recogidos en los respectivos instrumentos de protección.

Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Comunicación N° 470/1991 (Canadá 18/11/93CCPR/C/48/D/470/1991 (Jurisprudencia), sostuvo: *«6.6 ...**cuando se requiere que un extranjero abandone el territorio por** expulsión o **extradición, se aplican, en principio, las garantías generales previstas en el artículo 13, al igual que las exigencias del Pacto en su totalidad.** En tal sentido, el Comité observó que el autor, aunque había ingresado ilegalmente en el territorio del Canadá, **tuvo amplia oportunidad de presentar sus argumentos contra la extradición ante los tribunales canadienses**, ...En este contexto, el Comité reiteró su constante jurisprudencia en el sentido de*

que no es competente para revaluar los hechos y las pruebas examinadas por los tribunales nacionales. Lo que puede hacer el Comité es ***comprobar si el autor dispuso de todas las garantías de procedimiento previstas en el Pacto...****»* (el destacado me pertenece).

Lo propio hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución Nº 31/86, **«**Reclamación presentada por el señor LUIS BERTELLO MASPERI, COSTA RICA, 23 de septiembre de 1986». Si bien la Comisión resolvió por la inadmisibilidad de la petición, a esos fines hubo de descartar, previamente, la violación de preceptos reconocidos en la Convención Interamericana: «*...1.Que no está probado que los delitos por los cuales se ha solicitado la extradición del señor Bertello Masperi sean delitos políticos o conexos con éstos; 2. Que tampoco está probado en este caso que exista alguna violación de cualquiera de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3. Que, finalmente, no está probado que haya existido o exista alguna amenaza concreta contra la seguridad e integridad física del peticionario, que pudieran hacer peligrar su vida.»*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, se expidió acerca de los alcances de los derechos reconocidos en la Carta Europea en el caso 4/1985/90/137 «Sánchez Reisse», en el que se discutía la legitimidad del trámite de excarcelación en el marco de una extradición tramitada en la Confederación Suiza, por pedido del Estado Argentino.

En sus observaciones, la Comisión Europea enfatizó la ausencia de un «sustrato contradictorio mínimo» (*minimum adversarial element*), contrario a las previsiones del art. 5, parágrafo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos (v. par. 50).

La Corte, a su turno, reconoció la vulneración de ese precepto convencional en el entendimiento de que «*El Artículo 5, parágrafo 4 (art. 5-4) requería en el presente caso que el Sr. Sánchez-Reisse fuera proveído, de alguna forma, con el beneficio de un procedimiento contradictorio. ... Si bien* [el peticionario] *ya había indicado en su pedido las circunstancias que, a su juicio, justificaban su libertad, esa indicación, en sí misma, no provee la «igualdad de armas» que es indispensable: la opinión pudo subsecuentemente estar referida a nuevos puntos de hecho o de derecho que dieran lugar a críticas o cuestionamientos que la Corte Federal pudo atender antes de dictar su decisión. La réplica del peticionario, no necesariamente debió tener lugar por escrito: la exigencia del artículo 5, parágrafo 4 (art. 5-4) pudo también ser atendida si se hubiera permitido al peticionante comparecer ante la Corte Federal. La posibilidad para un detenido de «ser escuchado en persona o, allí donde fuera necesario, a través de alguna forma de representación» (ver el caso Winterwerp, Series A. no. 33, p.24, parágrafo 60)se inserta en algunas instancias entre las «garantías fundamentales de procedimientos aplicables en casos de privación de libertad» (ver el Caso De Wilde, Ooms y Versyp, del 18 de junio de 1971, Series A, no. 12, p. 41, parágrafo 76).... Si bien no existen razones para presumir que la realización de una audiencia personal pudo resultar definitoria para convencer a la Corte Federal de la necesidad de excarcelar al peticionante, lo cierto es que el Sr. Sánchez Reisse no recibió el beneficio de un procedimiento verdaderamente contradictorio».*

En el voto concurrente del Juez Gansof Van Der Meersch y Walsh, reafirmando esas consideraciones, se asentó: «*un procedimiento exclusivamente escrito no es suficiente para satisfacer los requerimientos del Artículo 5, parágrafo 4 (Art. 5-4) de la Convención, incluso si la persona está asistida por un abogado y tiene el derecho de controvertir la legalidad de su detención ante las autoridades competentes.»*

El repaso de los estándares reconocidos en la jurisprudencia internacional viene así a reafirmar que la falta de toda audiencia contradictoria comporta, en el

caso, una flagrante vulneración de la cláusula del debido proceso y de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, en tanto manifestación de aquélla. (arts. 18 C.N.; 8.1 CADH y 9.3 en función del art. 12.3 del PIDCyP)

Entiendo que, en las condiciones del caso, corresponde nulificar lo actuado a partir de fs.481/483, disponiendo la remisión de las actuaciones a fin de que se lleve a cabo la audiencia oral impuesta por el art. 30 de la Ley 24.767, y normas concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. PETITORIO

(...)

31. Sentencia de la Corte y comentario

En esta sentencia, la Corte Suprema -por mayoría- profundiza las líneas del precedente «D´Amico» y hace expresa referencia a que «el principio de igualdad de armas» debe ser aplicado también a los procesos de extradición. Asimismo, al ordenar el reenvío de las actuaciones a fin de que se realice la audiencia de debate, tuvo en cuenta que en ese acto procesal deberían ventilarse los hechos nuevos invocados oportunamente en el memorial presentado por la DOCSJN.

Es de destacar que el juez Zaffaroni votó por el rechazo del pedido de extradición, en el entendimiento de que la situación carcelaria del Estado requirente -respaldada por la cita de distintos documentos provenientes de órganos institucionales que integran los sistemas de protección de los derechos humanos- impedía al Estado Argentino entregar a Borelina. (confr. Considerandos arts. 10 a 16 de su voto).

32) D, N° 1924. XXXVIII, «Duque Salazar, Francisco Javier y otros s/ sus extradiciones» (sentencia del 16 de noviembre de 2004, publicada en Fallos, 327:4884)

ASUME INTERVENCIÓN. MEJORA FUNDAMENTOS.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

En legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el Art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, el Art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y demás normas concordantes, me presento a cumplir con la intervención acordada en la causa y, en ejercicio del ministerio que por mandato legal ejerzo, a ampliar los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la anterior asistencia letrada de DINA GLORIA DERCAN contra la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2, Secretaría N° 5 de Lomas de Zamora, P.B.A. (obrante a fs. 379/386), que hizo lugar a la extradición de mi asistida, solicitada por el Sr. Fiscal Auxiliar del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, en atención al perjuicio irreparable que podría irrogar a los derechos constitucionales de mi asistida el mantenimiento de la decisión en crisis.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

Los Estados Unidos de América requieren la extradición de mi ahora defendida por encontrarse acusada «*...en la Causa N° 01 Cr. 1061, del 8 de noviembre de 2001, por asociación ilícita para importar heroína a los Estados Unidos infringiendo la Sección 963, 21 USC. Se emitieron órdenes de detención contra SALAZAR, DERCAN y MANTINI el 8 de noviembre de 2001, en base a estos cargos, por orden del Juez Ronald L. Ellis. Los cargos penales antes mencionados se basan en una investigación llevada a cabo en Estados Unidos sobre la importación de heroína a los Estados Unidos que comenzó el o alrededor de mayo de 2001. El 21 de mayo de 2001, agentes policiales de Estados Unidos detuvieron a dos personas al azar al ingresar a los Estados Unidos a través del Aeropuerto Internacional O´Hare en Chicago, provenientes de Buenos Aires, y les revisaron el equipaje, en el cual se encontraron aproximadamente 7 ½ Kg. de heroína. Uno de los correos de la droga luego acordó convertirse en informante confidencial de los agentes estadounidenses, con respecto a la fuente de drogas que tanto el informante confidencial como el otro correo habían transportado, y el informante confidencial y el otro correo además ayudaron a los agentes estadounidenses a fin de efectuar una entrega controlada de la droga a ser recibida en Nueva York, como se describirá a continuación. El informante confidencial y el otro correo le informaron a los agentes estadounidenses que habían sido contratados en Argentina por el ciudadano argentino Roberto MANTINI, a quien ambos correos conocían personalmente, para transportar drogas hacia los Estados Unidos. Además, le informaron a los agentes que otras dos personas estaban también involucradas en la organización de contrabando de drogas,*

junto a MANTINI. Una de ellas era una mujer a quien el informante confidencial y el otro correo conocían como Luisa o Gloria, y la otra persona era un hombre a quien conocían como Félix. El informante confidencial con posterioridad identificó positivamente a Gloria/Luisa y Félix, respectivamente, como Dina Gloria DERCAN, alias Luisa, alias Emelia, alias Sophia, y Francisco Javier Duque SALAZAR, alias Félix, alias Marcelo. El informante confidencial logró estas identificaciones en base a fotografías de DERCAN y SALAZAR que los agentes estadounidenses obtuvieron de las autoridades argentinas quienes están colaborando en la investigación. El informante confidencial y el otro correo les dijeron a los agentes estadounidenses que SALAZAR era el cabecilla de la organización de contrabando de drogas y le dio órdenes a DERCAN, ***cuyas responsabilidades eran las relacionadas a la organización de los viajes de los correos a los Estados Unidos, comprarles ropa, y entregarles las valijas repletas de heroína.****»* (fs. 163/164; el destacado me pertenece).

En las actuaciones remitidas por el Estado requirente obrantes a fs. 1/39 y 82/119 (con su correspondiente traducción a fs. 40/81 y 120/161) se encuentran las órdenes de detención de DERCAN, junto con el exhorto correspondiente y copias certificadas de la legislación aplicable de los Estados Unidos de América.

Tras la presentación del dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 169) las actuaciones se radicaron en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2, Secretaría N° 5 de Lomas de Zamora. Cabe mencionar que DERCAN se encontraba detenida a disposición de ese Juzgado en el marco de la Causa N° 1962 donde se le imputaba haber organizado y financiado el almacenamiento y transporte de estupefacientes, delitos previstos en los Arts. 5 inc. «c», 7 y 11 inc. «c» de la ley 23.737 (fs. 301/358).

De acuerdo con las constancias del auto de procesamiento, dictado por la justicia federal de Lomas de Zamora y confirmado por los miembros de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, la investigación en curso abarca la siguiente plataforma fáctica: «*...considero prima facie acreditado con los alcances del artículo 306 del ordenamiento ritual que: a) Francisco Javier Duque Salazar, Dina Gloria Dercan y Henry Arroyo organizaron, y los dos primeros además financiaron, el almacenamiento y transporte de estupefacientes y, en ese sentido, hicieron almacenar en el domicilio de Las Heras 206 de Ramos Mejía bajo la custodia de Silvia Roxana Arce, la cantidad de 12.739,63 gramos de heroína distribuidos en cincuenta y ocho paquetes y el transporte de cuarenta y seis ladrillos compactados de igual sustancia, cada uno de 12 cm. x 18 cm x 1cm, con un peso de 14.265,38 gramos, secuestrados en las cuatro valijas que conformaban el equipaje de Rubén Darío Bravo y Susana Claudia Ceballos, en el aeropuerto «Ministro Pistarini» el pasado 3 de agosto de 2001 cerca de la hora 20.00, habiendo contado para el acondicionamiento de tal sustancia con la participación de Roberto Albeiro Cardona Ríos y de Dairo Alonso Mourillo García, todo ello formando parte de una organización de más de tres personas dedicadas a tales tipos de actividades...»* (fs. 340/vta. de las presentes actuaciones).

Debo consignar que los hechos reseñados fueron calificados como constitutivos de los delitos de organización y financiamiento del transporte y almacenamiento de estupefacientes agravado por pertenecer a una organización de más de tres personas dedicadas a tales actividades (Arts. 5, inc. «c», 7 y 11, inc. «c» de la ley 23.737), encuadre legal que se edificó teniendo en consideración las funciones cumplidas por cada uno de los justiciables en el marco de la organización delictiva que se diera por cierta.

Concretamente se apuntaba: «*En primer lugar en cuanto a las funciones de organización y financiamiento de tal actividad por parte de Francisco Javier Duque*

Salazar y Dina Gloria Dercan y de organización por parte de Henry Arroyo, tanto en el transporte de heroína llevado a cabo por Rubén Darío y Susana Claudia Ceballos con destino a los Estados Unidos, como en lo relativo al almacenamiento de heroína en el domicilio de Las Heras 206 de Ramos Mejía, bajo la custodia de Silvia Roxana Arce. ***Cabe destacar en este punto los anteriores transportes de estupefacientes organizados por Duque Salazar, Dercan y Arroyo****, como fueron el llevado a cabo por Martha Inés Alcántara y Alejandro Heber Gomez Rodríguez –interceptados el 29 de julio de 2001 en el Aeropuerto de Orlando por personal de la DEA-, como el viaje planeado con iguales fines y luego postergado, que estaría a cargo de María Rosana Angulo y José Luis Aguilar, detallados en el considerando I. e).»,* procediendo en lo sucesivo a relevar documentación vinculada a giros de dinero, anotaciones obrantes en agendas, reseña de viajes, todo ello en el marco del desarrollo de la índole y alcances de la organización dada por probada (fs. 342).

El 26 de agosto de 2002 se realizó la audiencia prevista en el Art. 27 de la Ley 24.767, oportunidad en la que la requerida se reservó el derecho de consentir la extradición (conf. fs. 261).

Citada en los términos del Art. 30 de la ley 24.767, la defensa planteó una excepción de incompetencia. En esa inteligencia señaló que la solicitud de extrañamiento se había realizado respecto del delito de confabulación para importar estupefacientes a los Estados Unidos de Norteamérica, en tanto DERCAN estaba siendo investigada por la justicia nacional respecto de la supuesta infracción a los Arts. 5 inc. «c», 7 y 11 inc. «c» de la ley 23.737.

En definitiva, y en función de la previsión del Art. 5, inc. 2 de la ley 25.126, la asistencia técnica solicitó el rechazo del pedido de extradición por entender que, en caso contrario, se violaría el principio de *non bis in idem* (fs. 288/298).

El 24 de septiembre de 2002 el Sr. Juez Federal actuante declaró inadmisible el planteo y el 8 de octubre de 2002 se celebró la audiencia de debate. La defensa se opuso al pedido de extradición por considerar que el hecho por el que se requiere el extrañamiento y aquellos que se investigan en la justicia federal de Lomas de Zamora guardan identidad objetiva y subjetiva, de manera que, de admitirse un juzgamiento paralelo en extraña jurisdicción, se vulneraría el principio *ne bis in idem* y la previsión del Art. 5, inc. «b» de la ley 25.126.

Destacó, en este sentido, que los hechos que tramitan ante la justicia federal no son sino el desprendimiento de una causa iniciada en el año 1991, en la que se investigaba una organización que operaba desde Argentina hacia Estados Unidos y Europa; y que de ese modo, en tanto la razón de ser del Tratado es la cooperación entre Estados con el objeto de que los delitos no queden impunes, encontrándose en trámite un proceso por el mismo hecho materia de requerimiento, corresponde, por aplicación del Art. 1 CP, que se juzgue la organización criminal en la República Argentina, en defensa de la soberanía expresada en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (el tratamiento de la cuestión obra a fs. 405/407).

El Sr. Juez Federal resolvió hacer lugar a la extradición de DERCAN; a tales fines adujo (fs. 379/386) «*...he de puntualizar que del análisis de las actuaciones se desprende que no se verifica tal circunstancia. En efecto en la causa N° 1962 de este Juzgado y Secretaría se imputa a Duque Salazar y Dercan el haber organizado y financiado el almacenamiento y transporte de estupefacientes y, en ese sentido, haber hecho almacenar en el domicilio de Las Heras 206 de Ramos Mejía la cantidad de 12.739, 63 gramos de heroína distribuidos en cincuenta y ocho paquetes y el transporte de cuarenta y seis ladrillos compactados de igual sustancia con un peso de 14.265,38 gramos, secuestrados en las cuatro valijas que conformaban el equipaje de Rubén Darío Bravo*

y Susana Claudia Ceballos, en el Aeropuerto «Ministro Pistarini» el pasado 3 de agosto de 2001 cerca de la hora 20.00, todo ello formando parte de una organización de más de tres personas dedicadas a tales tipos de actividades, delitos previstos y penados por los artículos 5 inciso «c», y 7, con la agravante del artículo 11 inciso «c», de la ley 23.737, tal como se desprende de las fotocopias certificadas de piezas de tal causa obrantes a fs. 301/358. Por su parte, en la causa N° 01 crim 1061 del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York -en la que se los requiere-, se los acusa formalmente de haber conspirado contra los Estados Unidos de América mediante la importación y distribución ilícita de sustancias controladas –heroína- a dicho país, entre el 19 y el 25 de mayo de 2001, por el secuestro de tales sustancias en Chicago y en Nueva York, en violación a las secciones 952, 960 y 963 del título 21 del Código de la Legislatura Federal del Gobierno de los Estados Unidos de América, tal como surge de la acusación formal del Gran jurado obrante en traducción a fs. 60/63. Por lo expuesto se advierte que: a) en la causa N° 1962 los nombrados no aparecen imputados de conspirar contra los Estados Unidos de América; b) en la causa N° 01 crim 1061 no se acusa a los nombrados del almacenamiento de estupefacientes en un domicilio en el Partido de La Matanza, provincia de Buenos Aires, República Argentina, en fecha 3 de agosto de 2001, ni de haber organizado y financiado el transporte de igual sustancia llevado a cabo ese mismo día por quienes oficiaran de «mulas» entonces -Bravo y Ceballos-, detenidos en el Aeropuerto Ministro Pistarini de la localidad de Ezeiza. Ello así no existe identidad de pretensiones entre uno y otro proceso, las conductas atribuidas son distintas, las fechas y lugares de comisión son diferentes, la remesa de droga es otra y las personas que en uno y otro caso llegaron y llegarían con el estupefaciente a los Estados Unidos de América tampoco son las mismas. Es decir se trató de dos envíos distintos en los que cabría responsabilidad penal a Duque Salazar y Dercan. En ninguno de ambos casos se imputa el envío de droga en fechas indeterminadas sino acotadas a las indicadas en uno y otro caso, y no como etapas del mismo iter criminis, aun cuando las maniobras sean perpetradas desde el seno de la misma organización, y se hubiese originado la causa N° 1962 en su anterior N° 1883 de este mismo Juzgado y Secretaría, donde se procesó a otras personas distintas por hechos relacionados con estupefacientes llevados a cabo el 13 y 22 de noviembre de 2000 tal como surge de la copia protocolizada del auto de procesamiento dictado en aquélla. Que quedando claro entonces, por todo lo expuesto, que la República Argentina carece de jurisdicción por los hechos por los cuales se solicita la extradición de Duque Salazar y Dercan, cometidos en Chicago y Nueva York, la existencia del proceso abierto en la causa N° 1962 no resulta impedimento alguno para declarar procedente la extradición, restando solamente evaluar, en caso de hacerse lugar a la misma, la oportunidad de entrega de los requeridos. Así, pues la norma del artículo 5, apartado 2, del Tratado no resulta de aplicación al caso ni tampoco se vislumbra vulneración alguna del artículo 1 del Código Penal así se adscriba al principio territorial por él previsto o se intente ampliar la jurisdicción en base al principio real o de defensa... Que a todo evento, y teniendo en cuenta que los delitos relacionados con estupefacientes, entre ellos el transporte, importación, exportación, distribución, compraventa, son considerados delitos distintos en cuanto a su comisión en diferentes países (artículo 36 párrafo 2) inciso a) i) de la Convención Única sobre Estupefacientes celebrada en Ginebra en 1972, ratificada por Decreto Ley 7672 y ley 20.449), de considerarse los hechos imputados a Duque Salazar y Dercan como una única conducta, la alegada violación del principio non bis in idem resulta inconducente a los fines de evitar la extradición, debido a que cada Estado -requirente y requerido- imputa a los nombrados los hechos -por cierto distintos- que se llevaron a cabo o afectaron los intereses de cada país...»

A fs. 399/417vta. se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por la anterior defensa de DERCAN, en el que se agravió de que la concesión de

la extradición resulta violatoria de la prohibición del doble juzgamiento en tanto los hechos objeto del proceso seguido ante la justicia argentina eran los mismos por los cuales Estados Unidos solicitaba su extrañamiento, incorporando un planteo de nulidad, relacionado con el procedimiento seguido en los Estados Unidos de Norteamérica en el marco de la extradición en curso.

Haciéndose cargo de los fundamentos expuestos por el juez de grado, la defensa argumentó largamente procurando demostrar la identidad del hecho objeto de proceso ante la justicia federal de Lomas de Zamora y aquél por el que se requiere la extradición de DERCAN, puntualizando la naturaleza jurídica de la organización acuñada en el Art. 11, inc. «c» de la ley 23.737, fundamentos a los que corresponde remitir en homenaje a la brevedad (fs. 405vta./407).

Sostuvo, dentro del mismo marco, que la previsión del Art. 14, inc. 2°, punto a) i) de la Convención de Viena de 1961 no resulta aplicable al presente trámite por resultar contraria a nuestra legislación interna (fs. 408/vta.).

A fs. 440/443 obra el dictamen emitido por la Procuración General de la Nación, postulando la confirmación del fallo en crisis donde no se controvierten las alegaciones defensistas enderezadas a reafirmar la identidad objetiva y subjetiva entre el hecho objeto de extradición y los que se imputan a mi ahora defendida por ante la justicia Federal de Lomas de Zamora sino que se limita a adherir a la tesis del juez que previno, postulando la aplicación de la regla de interpretación prevista en el Art. 36, párrafo 2do. Apartado «a», inciso «i» de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

III. IMPROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN

Más allá de la oportunidad procesal en que se me ha otorgado intervención, entiendo indispensable realizar algunas consideraciones relacionadas con la decisión en crisis, de conformidad con la doctrina de V.E. en el sentido de que «...*los convenios y las Leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los Estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a una potencia extranjera sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales… 8°) Que para hacer efectivos los principios antes expuestos es necesario un procedimiento en el cual se conjuguen, al mismo tiempo, los distintos intereses en juego. Es por esa razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las Leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (Fallos 318:595, Considerando 7° del voto de la mayoría y del de los Sres. Ministros López y Bossert y Considerando 8° del voto en disidencia del Dr. Belluscio y 319:510, Considerando 6°).»* (Fallos 321:1409).

Ahora bien. En ese marco es de toda evidencia que el caso en análisis impone reeditar las cuestiones constitucionales debatidas en Fallos 325:2777, desde dos perspectivas claramente independientes, aunque vinculadas.

Cabe recordar, en primer término, que en la causa N° 1962 del registro del Juzgado Federal de Instrucción N° 2 de Lomas de Zamora, se dictó el auto de procesamiento de DERCAN por su posible participación en el delito de tráfico de estupefacientes, cometido con pluralidad de intervinientes en forma organizada (Arts. 5, inc. c, 7 y 11, inc. c, ley 23.737), tipos delictivos que comprenden la etapa de preparación (Art. 29 bis, de la ley 23.737).

De este modo, tal como fuera señalado por la defensa preactuante, el hecho que motivara el pedido de extrañamiento guarda identidad con el objeto procesal que se debate por ante la justicia de Lomas de Zamora; en ese sentido son elocuentes los argumentos de los Dres. Taranto y Alfonso a los que cabe remitirse.

Sólo agregaré que, contrariamente a lo afirmado por el Sr. Juez de grado, el hecho que diera origen al presente trámite resulta material y jurídicamente inescindible del objeto procesal de la causa que él mismo instruyera en su condición de titular del Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora.

Si bien el Sr. Juez de grado afirma la existencia de supuestos de hecho ontológicamente independientes, el repaso del auto de procesamiento que él mismo dictara en la causa N° 1962 -cuyos testimonios se agregaran a fs. 325/346- desdice tal aserto. Tal como se desprende de esas piezas, reseñadas en lo sustancial en el apartado de antecedentes, el *a quo* concluyó en la configuración de la organización delictiva en los términos del Art. 7 de la ley 23.737 relevando, entre otras circunstancias, *«los anteriores transportes de estupefacientes organizados por Duque Salazar, Dercan y Arroyo, ...»* (conf. fs. 342).

Si bien a continuación menciona una interceptación acontecida hacia julio de 2001, lo cierto es que lo hace sin pretensiones de taxatividad (pretensiones que, de manera contradictoria, sí aduce en el marco del presente trámite), sobre todo teniendo en cuenta que, amén de los transportes, relevó , a los efectos de tener por cierta la existencia de una organización delictiva, el *modus operandi*, los roles cumplidos, la documentación reunida, etc., elementos que, en modo alguno, se circunscriben al episodio aludido.

Es así como se advierte que la hipótesis de la independencia de objetos procesales resulta incompatible con la figura del Art. 7 de la ley 23.737 o, lo que es lo mismo, que sólo podría reputarse mínimamente viable en el caso en que la justicia argentina se hubiera limitado a investigar un supuesto de hecho acotado en el tiempo y delimitado en sus alcances –vgr. un acto puntual de comercialización o de tenencia con esos fines- sin el plus –material y jurídico- que supone la figura de organización.

En cualquier caso es el propio Juez de grado quien, puesto a resolver la situación procesal de DERCAN ante la justicia argentina, se ve forzado a reconocer que, a los efectos del Art. 7, ley 23.737, no alcanza con la acreditación de episodios aislados, conclusión de la que reniega en la resolución en crisis.

Y es que, conforme resalta el Sr. Ministro Dr. Enrique Santiago Petracchi en su voto disidente de Fallos 325:2777, tratándose de infracciones progresivas (dentro de las cuales la **«conspiracy»** supone tan solo la preparación de los actos de tráfico ínsitos en la figura de **«organización»**) la determinación de la unidad o pluralidad delictiva debe atenerse a esta particular estructura legal, si de preservar el principio *ne bis in idem* se trata.

En este sentido se expide Julio Maier con el siguiente ejemplo aplicable -*mutatis mutandi*- al caso en estudio : «*A produce en el país estupefacientes (ley N° 23.737, 5, b) los transporta desde el interior hacia Buenos Aires (ibidem, c), donde los guarda y almacena (ibidem, c), para luego comercializarlos (ibidem, c), y entregarlos a diversas personas, en diferentes oportunidades (ibidem, e); se trata de una unidad delictiva a pesar de que cada acción emprendida es en sí delictiva, y merece una única persecución penal.*» (autor citado, *«Derecho Procesal Penal, Fundamentos»,* Tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 616).

En definitiva, establecido que la investigación que lleva adelante la justicia argentina se inició hacia el mes de febrero de 2001, y que, ininterrumpidamente hasta su detención en el mes de agosto de 2001, DERCAN habría cumplido idéntico

rol en el seno de la organización que se diera por probada, forzoso es concluir que los actos desarrollados en ese lapso no pueden ser objeto de un proceso diverso sin afectar la garantía constitucional amenazada.

Establecido lo anterior solo resta controvertir el argumento -esgrimido tanto por el *a quo* como por la Procuración General de la Nación- de que regiría de pleno derecho la regla interpretativa que dimana del Art. 36, inciso 2, apartado «a» «i» de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

Al respecto cabe puntualizar que, más allá de las previsiones convencionales a cuyo cumplimiento se obligó el Estado Argentino (Arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCP), la intención de ambos estados signatarios en punto a impedir la violación al principio que proscribe el doble juzgamiento surge clara del acuerdo bilateral sancionado como ley 25126, cuyo inciso 1 estipula que *«...la extradición no será concedida cuando la persona reclamada hubiere sido condenada o absuelta en el Estado Requerido por el delito por el cual se ha solicitado la extradición...»*; mientras el segundo inciso reza *«...si ambas partes tiene jurisdicción por los hechos sobre los cuales se solicita la extradición, ésta no será denegada por el motivo de que las autoridades del Estado Requerido no hayan iniciado un proceso penal contra la persona reclamada por tales hechos. Si el Estado Requerido ha iniciado un proceso contra esa persona por esos hechos pero no ha continuado, la extradición no será denegada siempre que la legislación del Estado Requerido sobre la cosa juzgada permita la reapertura de dicho proceso...»*.

Lo cierto es que, incluso prescindiendo del convenio bilateral suscripto, tal y como alertara el Sr. Ministro Dr. Petracchi al suscribir su voto disidente en el precedente *«Arla Pita»*, ya citado, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 suprimió la regla interpretativa otrora acuñada en el Art. 36, inc. 2, ap. «a» de la Convención de 1961, conforme la cual se reputaban como delitos distintos la acción de exportar estupefacientes de un país y la importación en otro.

Y si bien podría aducirse aquí que la supresión no equivale a derogación expresa, la conclusión contraria se impone, conforme lo demostrara con argumentos inmejorables el Sr. Ministro Dr. Petracchi en el voto tantas veces referido, y que corresponde citar en extenso: *«15) Que no impone una conclusión contraria el argumento de que la «confabulación para importar» es un aspecto que ha quedado fuera de la imputación formulada por el juez argentino y que, en consecuencia, su juzgamiento correspondería al juez requirente, por tratarse, en realidad, de un caso de concurso ideal en el que una de las facetas del hecho único no puede ser juzgada por el juez competente. En efecto, para desentrañar de ese modo el hecho atribuido a los requeridos sería necesario recurrir a la regla según la cual tales infracciones, si son cometidas en diferentes países, son consideradas «como un delito distinto», la cual ya no se encuentra vigente (art. 36, inc. 2, ap. a de la Convención Única sobre Estupefacientes, Nueva York, 1961, aprobada por decreto ley 7672/63 y su Protocolo de Modificación, Ginebra, 1972, aprobado por ley 20.449), y que era la que sustentaba los precedentes «Rojas Morales» (Fallos: 311:2518) y «Curuchaga» (Fallos: 324:1146) mencionados por el apelante. 16) Que, en efecto, en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena en 1988 (conf. ley 24.072), -cuya aplicabilidad ya fuera reclamada por el Ministerio Público y reconocida por esta Corte en los casos de Fallos: 317:1725 y 323:3055- la regla interpretativa mencionada ha sido suprimida, y ha quedado por lo tanto, tácitamente derogada. 17) Que la trascendencia de tal supresión y su relevancia para el presente caso no puede ser ignorada, pues el punto fue materia de reflexión particular durante las labores preparatorias de la Convención. Según se desprende*

de los Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 25/11 a 20/12/88, vol. 1, pág. 4, Documentos Oficiales O.N.U., E/Conf. 82/16), el Anteproyecto de la Convención incluía el art. 2.4. en los términos en que ya regía bajo la Convención única de 1961. Al respecto, cabe poner de relieve que el texto fue examinado por parte de un Grupo de Expertos y, a propuesta de varios representantes, ***hubo acuerdo en suprimir el párrafo pues «su finalidad no estaba clara y equivalía, en opinión de algunos de ellos, a una violación del principio non bis in idem****» (loc. cit., pág. 17). 18) Que, por lo demás, esta es la solución que deriva de la aplicación del art. 5, en sus dos incisos, del Tratado de Extradición que nos vincula con la nación requirente, que revela la evidente intención de las partes de impedir la persecución penal múltiple tanto en su aspecto procesal como material.»* (el destacado me pertenece.)

En definitiva, mediando identidad entre los hechos que motivan el presente pedido de extradición y aquellos que están siendo juzgados en el ámbito de la justicia federal de Lomas de Zamora y no siendo de aplicación la regla interpretativa que podría habilitar el doble juzgamiento, corresponde revocar la sentencia en crisis y declarar improcedente el pedido de extradición formulado por el gobierno de los Estados Unidos de América.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto en el desarrollo del presente memorial, solicito:

I.- Se me tenga por presentada en legal tiempo y forma, en el marco de la intervención conferida a fs. 452.

II.-Se revoque la sentencia en crisis y no se haga lugar al pedido de extradición formulado por los Estados Unidos de Norteamérica respecto de Dina Gloria DERCAN.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA

32. Sentencia de la Corte y comentario

El Procurador dictaminó a favor de la confirmación de la sentencia.

La Corte remitió a los fundamentos vertidos por el voto del juez Petracchi en la causa «Arla Pita». «4°) Que la causa mencionada en el considerando precedente fue formada «con el objeto de investigar las actividades de tráfico internacional de estupefacientes que llevaría a cabo una organización colombiana». Tal organización se dedicaría a enviar estupefacientes a Estados Unidos o Europa por medio de «correos» reclutados al efecto. 5°) Que, como ya se dijo, la extradición fue solicitada por la confabulación para importar heroína a los Estados Unidos que habría sido cometida por Dercan y otros integrantes de una organización dedicada al narcotráfico. Tal actividad, sin embargo, es la que da fundamento a la imputación formulada a la nombrada con relación al art. 7 de la ley 23.737 en la causa n° 1962. En tales condiciones, el extrañamiento resulta improcedente, pues el hecho por el que se requiere a Dercan ya está siendo juzgado en la República Argentina (art. 5, Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, ley 25.126). 6°) Que no obsta a lo expuesto la circunstancia de que los hechos por los que se requiere la extradición no coincidan en forma completa con los investigados en nuestro país, sino que lo decisivo es que la totalidad del reproche contenido en la conducta por la que se formula el reclamo ya está comprendida en la imputación más amplia por la que está siendo perseguida penalmente en esta jurisdicción (Fallos: 325:2777 «Arla Pita», voto del juez Petracchi). Cabe agregar que el Tribunal formuló análogas consideraciones a las transcriptas, en el precedente «Cabrera» de Fallos, 330:261.

33) H. 425. XXXVII, «Hernández Fernández, Mario Ezequiel s/ extradición. Denunciante Juzgado Letrado de Colonia, Uruguay» (sentencia del 11 de septiembre de 2007)

33. a. PRESENTA MEMORIAL. EXPRESA AGRAVIOS. MEJORA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

En legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, el art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y normas concordantes, me presento a fundar el recurso de apelación interpuesto por el Titular de la Defensoría Pública Oficial en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal, Dr. Gustavo E. Kollmann, contra el punto I de la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría N° 1 (obrante a fs. 332/338), en cuanto hace lugar a la extradición de mi asistido, solicitada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Colonia, República Oriental del Uruguay, y a mejorar fundamentos respecto de lo resuelto en el punto II de esa misma resolución.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

La autoridad judicial de la República del Uruguay requiere la extradición de mi defendido por reprocharle la comisión de tres presuntos hechos ilícitos: «...1) rapiña cometida junto a un menor de edad y utilizando un arma de fuego, el día 25 de junio de 1997 en perjuicio del propietario de un comercio ubicado en la ciudad de Colonia, en la cual se apoderó por sustracción de una suma equivalente a los U$S 100 (art. 60 y 344 del Código Penal); 2) rapiña cometida el 8 de julio de 1997, junto al mismo menor y utilizando también armas de fuego, en perjuicio de la propietaria de un almacén de esta ciudad, en la cual se apoderó por sustracción de una suma cercana a los U$S 100 (arts. 60 y 344 del Código Penal); 3) en el correr del año 1997 suministró cocaína en reiteradas ocasiones, sin la debida autorización legal, a un menor (art. 34 del Dto. Ley 14.294).»

Así, a fojas 1/21 luce agregado el Expediente de la Suprema Corte de Justicia de la República del Uruguay, en el que se encuentran las órdenes de detención de Hernández Fernández, junto con el exhorto correspondiente y copias certificadas del Código Penal Uruguayo.

Tras la presentación del dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 22/23) y la intervención del Ministerio Fiscal (fs. 24 y 25) las actuaciones se radicaron en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría N° 1. Cumplidas diversas tareas de inteligencia, se procedió a librar orden de allanamiento del domicilio habitado por Hernández Fernández en nuestro medio, lográndose su detención el día 3 de octubre de 2001 (ver fs. 67/68).

Ese mismo día se realizó la audiencia prevista en el art. 72 de la Ley 24.767, oportunidad en la que, luego de ser anoticiado acerca de lo dispuesto por los arts. 33, 34 y 38 del Tratado de Montevideo de 1889, el requerido se negó a ser extraditado.(conf. fs. 84/vta).

En posterior audiencia ante el Juzgado Federal (v. fs. 95/96vta.), Hernández Fernández explicó que su negativa se basaba en que se lo estaba persiguiendo por cuestiones políticas, toda vez que en el año 1998 había sido involucrado en el asesinato de un joven, al cual estarían vinculados políticos y funcionarios de su país. En ese sentido refirió haber recibido numerosas amenazas de muerte, maltratos y torturas, temiendo por su vida e integridad física así como por las de su familia.

Respecto de los hechos que originaron el pedido de extradición, Hernández Fernández negó toda participación, señalando que, a su juicio, se trataba de un proceso «armado» en función de la persecución a la que hiciera referencia. Finalmente, manifestó que en Uruguay no tiene derecho a un juicio justo; que una vez en suelo uruguayo le puede pasar cualquier cosa, porque ya lo amenazaron diversos funcionarios policiales locales, a quienes identificó en su declaración.

Acreditando su defensa material, el requerido y su asistencia técnica oficial hicieron entrega al tribunal de un recorte periodístico que da cuenta de la implicancia de Hernández Fernández en una causa seguida por el homicidio de Andrés Trigo. Conforme se señala en la publicación, agregada a fs. 97 *«Se descuenta que Mario Hernández bajará del barco y será procesado...Ya en prisión, Hernández deberá declarar todo lo que sabe sobre el asesinato de Andrés Trigo, sobre sus instigadores y ejecutores»*.

Citada en los términos del art. 30 de la ley 24.767, la defensa solicitó se libre oficio al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer turno de Colonia, República Oriental del Uruguay, requiriendo la remisión de fotocopias certificadas de la totalidad de las actuaciones que originaran el pedido de extradición, así como copias de las normas penales y procesales aplicables al caso. También requirió se determine si ante ese Tribunal tramitaba la causa en la que se investiga el homicidio de Andrés Trigo y, en caso afirmativo, haga saber si Hernández Fernández posee en la misma calidad de imputado (v. fs. 154/155).

A fs. 178/274 lucen agregadas las fotocopias certificadas remitidas por el requirente, así como un informe judicial en el que consta que Hernández Fernández no reviste la calidad de imputado en el proceso por el homicidio de Trigo, aclarando que fue indagado y, además, que declaró como testigo en dicho expediente.

La Defensa Oficial en su oportunidad solicitó se proceda de acuerdo al art. 36 del Tratado de Montevideo, en función del art. 2 de la ley de cooperación internacional en materia penal, entendiendo que no correspondía hacer lugar a la extradición solicitada, no sólo por haber sido violados los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino también porque existían motivos fundados para suponer que, de accederse a la entrega, Mario Ezequiel Hernández Fernández podía ser sometido a «tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» (art. 8 de la ley 24.767) pudiendo incurrir la República Argentina en responsabilidad internacional (v. presentación de fs. 283/293vta.).

A fs. 313/314 se resolvió no hacer lugar al pedido de la defensa, sobre la base de que el Tratado de Montevideo no dispone el trámite judicial a seguir, por lo que era de aplicación lo dispuesto en los arts. 2 y 30 de la ley 24.767. En ese entendimiento afirmó que no correspondía resolver las cuestiones de fondo planteadas con carácter previo y citó a las partes, en consecuencia, a que comparezcan a juicio.

El día 4 de julio de 2002 se celebró la audiencia de debate y el día 10 de ese mes y año la Sra. Magistrada resolvió hacer lugar a la extradición de Hernández

Fernández, si bien la circunscribió a las dos rapiñas comprendidas en el art. 344 del Código Penal Uruguayo, rechazando el pedido de extradición en relación al delito de suministro de estupefacientes contemplado en el art. 34 del Decreto-ley 14.294 de la R.O.U.

En la sentencia se puso de relieve la existencia de una discordancia entre la descripción de los hechos de «rapiña», efectuada en el pedido de extradición y la conducta descripta como punible en las normas citadas como de aplicación al caso, en la medida en que, conforme los primeros, las conductas se habrían llevado a cabo mediante la utilización de armas de fuego, en tanto que las últimas aluden a la rapiña simple, para cuya comisión basta la existencia de violencias o amenazas, lo que motivó que se hiciera lugar a la extradición en orden a esta última figura legal.

En cuanto al ilícito de suministro de estupefacientes, el pedido de extradición fue denegado en función de tres causales: la carencia de precisión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar; la falta de remisión, por parte del requirente, del listado al que hace referencia (art. 34 del Decreto Ley 14.294 -lista donde se detallan las sustancias estupefacientes incluidas en la prohibición-) y la ausencia de acreditación fehaciente de la condición de menor de edad del supuesto damnificado.

La sentenciante sostuvo que: *«...debe tenerse en cuenta las circunstancias formales que rodean la requisitoria internacional de extradición y, sin perjuicio que los listados de sustancias prohibidas a los que remite el citado artículo 34 del Decreto Ley Uruguayo tengan aplicación en los diferentes ordenamientos internacionales, debe cumplirse con esta formalidad que permita la confrontación con los listados de sustancias prohibidas en el Estado Argentino. Finalmente la determinación de la minoridad de la supuesta víctima del hecho es determinante en el encuadre legal que debe hacerse en el ordenamiento jurídico penal argentino.», para más adelante afirmar que «...la descripción genérica de este hecho, la falta del documento legal citado y la certificación de minoridad referida, hacen imposible la procedencia de remisión del requerido por este hecho...».*

Al momento de analizar los argumentos de la defensa, vinculados a la posibilidad de que la extradición pudiera redundar en perjuicio a la integridad física de mi asistido, la Magistrada afirmó: *«...las circunstancias traídas a estudio importan un análisis sobre las cuestiones de fondo que exceden el campo de conocimiento limitado que debe tener la suscripta dentro del marco de un proceso de la naturaleza que nos ocupa. Por otro lado, a lo largo del presente proceso no pudo comprobarse que las circunstancias que denunciara Hernández Fernández fueran ciertas, contando sólo con su testimonio y noticias periodísticas; siendo que el Magistrado que entiende en las actuaciones relacionadas con la muerte de Andrés Trigo informó en su oportunidad que el nombrado no se encuentra imputado en las mismas. Lo cierto es que esta Magistrada no posee competencia para cuestionar el trámite de las actuaciones que se llevan a cabo en contra de Hernández Fernández por los delitos de rapiña y la culpabilidad o no del nombrado respecto a la comisión de esos delitos. Ello importaría excederse a las limitaciones que imponen tanto el Tratado de Montevideo como la ley 24.767.»*

A fs. 340/343 se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal Federal Dr. Carlos Stornelli, quien se agravia de que la concesión de la extradición se limite al delito de rapiña simple, lo que no se corresponde con el requerimiento original, entendiendo que se la debe otorgar tal como fuera formulado el pedido.

Asimismo expresó su disconformidad con el rechazo de la extradición en torno al suministro de estupefacientes a un menor de edad; sostuvo que la descripción de

los hechos efectuada por el Estado requirente es suficiente para presumir la comisión de un delito –equivalente a los que contemplan los arts. 5, inc. «e» y 11, inc. «a» de la ley 23.737- y que la supuesta ausencia de precisiones espacio-temporales queda paliada con el relato efectuado por la propia víctima. Añadió que la carencia del listado no incide en los recaudos exigidos para conceder la extradición, en tanto el *a quo* podría haber requerido aquélla documentación mediante instrucción suplementaria previo a la celebración del juicio oral. Igual criterio adoptó en relación a la falta de acreditación de la minoridad, remarcando, además, que ello implicaría exigir al Estado requirente un requisito no previsto por la normativa aplicable así como examinar cuestiones de fondo sobre los hechos que conforman el reclamo.

A fs. 344/349vta. el Sr. Defensor Público Oficial presentó recurso de apelación ordinario. La defensa, sin desconocer la imposibilidad de expedirse sobre cuestiones de fondo, propias del proceso uruguayo, recalcó que la intervención de la justicia local no se *«...limita a la mera verificación de los requisitos formales exigidos por la ley...»*. Recordó que, pese a que el proceso de extradición se rige por mecanismos bilaterales, no podía soslayarse que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, dotados de jerarquía constitucional, obligan a los Estados signatarios a respetar los derechos allí reconocidos enfatizando que su violación en un proceso de extradición podría generar para el país responsabilidad internacional.

En esa inteligencia señaló que, en caso de prosperar la extradición, existían serios indicios de que Hernández Fernández sería sometido a juzgamiento por un hecho por el cual no había sido requerido (el homicidio del individuo apellidado Trigo). También alertó acerca de las dudas sobre la legitimidad de la causa que originó el trámite de extradición, así como sobre la vulneración de los derechos de mi defendido en ambos procesos.

Además indicó que era de aplicación al caso el art. 8 inc. e) -en función del art. 2- de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, en cuanto establece que: *«...La extradición no procederá cuando: ...Existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.»*.

A fin de fundamentar esa afirmación la defensa se explayó sobre las pruebas oportunamente aportadas a la causa; hizo referencia no sólo a las manifestaciones del requerido, en cuanto a que temía por su seguridad en virtud de haber sido amenazado en su país por su supuesta implicación en el asesinato de Andrés Trigo, sino también a los artículos de la prensa uruguaya (fotocopias del Diario «Noticias» del 18 de enero de 2002, obrantes a fs. 295/296), que dan cuenta de los abusos a los que fueron sometidos presuntos testigos del homicidio de Andrés Trigo. En este punto recalcó que se encontraba probada la conexión entre Hernández Fernández y esa investigación, ya que, de acuerdo al informe emitido por el juez uruguayo (fs. 187) el nombrado *«...no reviste calidad de imputado en dicha causa, pero en la misma fue indagado, y declaró además como testigo»;* enfatizó que la mención asentada no resultaba contundente para descartar que el requerido estuviera vinculado al proceso pendiente a raíz de la muerte de Trigo, en tanto, conforme el artículo 69 del Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay, sólo se reputa imputado a la persona respecto de la cual se hubiera dictado auto de procesamiento.

La defensa recordó que, tanto estos argumentos, como el que en lo atinente al trámite procesal de extradición correspondía adoptar, de acuerdo al art. 36 del Tratado de Montevideo, habían sido oportunamente planteados mediante el escrito obrante a fs. 283/293, temas que no fueron analizados ni respondidos en el decisorio, vulnerándose de ese modo el derecho de defensa.

Finalmente el Sr. Defensor Oficial destacó que el pronunciamiento sólo tuvo en cuenta que los magistrados locales no están facultados para revisar el fondo del proceso por el cual se requiere a una persona. Sin embargo, más allá de que la petición del Estado requirente cumple –respecto de los hechos de rapiña- con los requisitos formales de admisibilidad exigidos, la previsión del art. 8, inc. 3) de la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal veda la entrega en la medida en que concurren los *«...motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes»*.

El 15 de julio de 2002, la Sra, Jueza concedió ambos recursos. (ver fs. 350).

A fs. 358/361 luce agregada la presentación del Sr. Subprocurador General de la Nación, quien estimó que el agravio relativo a la concesión de la extradición de Hernández Fernández por el delito de rapiña simple (art. 344 del Código Penal del Uruguay) era insustancial, por lo que no lo sostuvo. Sobre el rechazo de la extradición en lo atinente al hecho calificado como suministro de estupefacientes a un menor, consideró que los elementos aportados por el Estado requirente eran suficientes para tener por verificado el requisito de completitividad, en tanto se habría comprobado la existencia de un delito punible en ese Estado.

Consideró que la conducta en que se fundó el requerimiento fue calificada como «suministro de estupefacientes a un menor de edad», comprendida por el art. 34 del Decreto Ley R.O.U. 14.294, siendo las expresiones «en el año 1997» y «en la ciudad de Colonia» suficientes para delimitar las circunstancias temporales y territoriales. Señaló, además, que nuestro propio ordenamiento ritual (arts. 176 y 188) prescribe una descripción circunstanciada del hecho siempre que fuere posible. En esa inteligencia citó jurisprudencia de V.E. (Fallos: 236:306).

En cuanto a la falta de la lista anexa dictaminó –por remisión a Fallos: 317:109, Considerando 8°; y 323:3055, Considerandos 6° y 7°-; que dicha carencia queda subsanada por la aseveración del tribunal requirente de que la sustancia está alcanzada por las disposiciones legales. De esta forma entendió que correspondería aplicar al caso la doctrina de la doble subsunción (Fallos: 315:575; 319:277; 320:1775).

En lo atinente de la falta de acreditación de la minoridad de la víctima sostuvo que, sin perjuicio de la regla de subsidiariedad del art. 2 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, para aquello que no disponga en especial el tratado que rija la ayuda, no se pueden agregar requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, pues de esa manera se afectaría el principio *pacta sunt servanda* y las reglas de interpretación fijadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Falllos: 323:3680). Agregó que, en definitiva, la acreditación de minoridad resulta ajena al proceso extraditorio, de acuerdo a lo dicho por V.E. en Fallos 311:1925; y 324:1557, remarcando que ese tipo de cuestiones son sólo apreciables por los jueces del país requirente (Fallos: 236:306).

El 21 de noviembre de 2002, V.E. tuvo por formulado el *«...desestimiento referido al punto I de la resolución obrante a fs. 332/338 y por mantenido y fundado el recurso fiscal interpuesto contra el punto II de la misma sentencia.»*, corriendo vista a esta defensa para que funde el recurso de la defensa y mejore fundamentos.

III. 1. EXPRESA AGRAVIOS: IMPROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN (art. 8, inc. «e» de la ley 24.767; arts. 1, inc. 1° y 5, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2, inc. 1 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3, incisos 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes)

No desconoce esta parte que la extradición es un procedimiento de asistencia

judicial internacional, cuyo fundamento reposa en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y, eventualmente, castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los hechos delictuosos (Fallos 319:510).

Pero esos principios son inescindibles de la idea -también expresada en el precedente citado- de que en materia de extradición *«...no cabe prescindir en absoluto de lo que los tratados disponen en materia de formas con miras a garantizar la seriedad de sus pedidos para salvaguarda de los derechos del extraditado... (Fallos: 267:405)»* (Fallos 319:510, cit., Considerando 7°).

La ponderación de ambas implicancias ha dado lugar a temprana jurisprudencia de esa Corte reconociendo la necesidad de establecer eventuales conexidades (cuya determinación exige, naturalmente, indagar en la sustancia de las infracciones) del hecho materia de requerimiento de ayuda internacional con otros que pudieran encontrarse vedados al procedimiento de extradición (Fallos 145:394); en el caso, la Corte rechazó el pedido de extradición habida cuenta de que, de los antecedentes de la causa, surgía la presunción de que la defraudación imputada al requerido constituía un delito conexo a otro de carácter político, de aquellos que el artículo 23 del Tratado de Derecho Penal de Montevideo expresamente exceptúa.

Lo cierto es que la decisión adoptada por la Magistrada de grado, en cuanto resulta materia de impugnación, pasó por alto que es necesario que en el procedimiento se conjuguen, al mismo tiempo, el interés del Estado requirente y el del imputado cuya extradición se requiere, a quien debe asegurarse un debido proceso en el que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (Fallos: 311:1925 Consid. 12).

Con estos alcances es evidente que, a diferencia de lo afirmado por el *a quo*, quien entendió que el planteo defensista remitía al análisis de cuestiones de fondo -a su juicio no comprobadas-, que excedían tanto el proceso de extradición como su propia competencia, el marco en el que debieron tratarse las alegaciones de la defensa no es otro que el impuesto por el art. 8, inc. e) de la ley 24.767, consecuente con el sistema regional y universal de protección de los Derechos Humanos.

Soslayando esos principios, se privilegió la idea de asistencia y cooperación bilateral, en detrimento del precepto de la ley que rige el caso y de la obligación internacional asumida por el Estado argentino al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos dotados de jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la C.N.

Conforme con la previsión del art. 8, inc. «e» de la ley 24.767 «*La extradición no procederá cuando ...e) existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes»;* en tanto que, estando a la previsión del art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes «1.- *Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.* 2.- ***A los efectos de determinar si existen esas razones las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes,*** *inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.»* (el destacado me pertenece).

Queda claro que la decisión en crisis no sólo desconoció la abundante prueba acompañada al proceso por el imputado y su defensa -que, conforme se verá,

aporta razones más que fundadas para sospechar que la extradición se dirige, primordialmente, a compeler a mi defendido al proceso pendiente en Uruguay en torno a la muerte de Trigo, a riesgo de recibir tratos incompatibles con el esquema de protección internacional de los derechos humanos- sino que, además, desoyó el mandato legal y convencional que impone en cabeza del Estado Argentino la obligación de determinar, de manera previa, si existe riesgo de que la entrega pueda redundar en el supuesto de violación regulado en el artículo 8 de la Ley de Extradición y 3 de la Convención.

Ambos textos son por demás claros. La existencia de serios indicios que alertan sobre la posibilidad de que mi asistido pueda ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, impone al Estado la obligación de determinar, como condición inherente a la legitimidad de la extradición, si existe una situación de hecho que *pudiera* (hago notar aquí que la Convención usa la forma potencial) resultar incompatible con las obligaciones internacionales asumidas al ratificar la Convención contra la Tortura.

Ese mandato se enrola, a su vez, dentro del sistema de protección de los Derechos Humanos. En este sentido Guillermo R. Moncayo señala: *«Al vincularse a través de estos instrumentos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones hacia individuos bajo su jurisdicción (Opinión Consultiva N° 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art. 74 y 75», Series A y B, n° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29). Ese carácter ya había sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando destacó el carácter esencialmente objetivo de las obligaciones asumidas en la Convención Europea («Austria vs. Italy», Application n° 788/60, European Yearbook of Human Rights, 1961, vol. 4, p. 140)».* (aut. cit., «Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino», en «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales», CELS, Editores Del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 91).

El deber de extremar los recaudos del caso apareció claro tan pronto se recabó el informe enviado por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Colonia, Uruguay, que da cuenta de que el requerido prestó, en la causa instruida por homicidio, declaración indagatoria y declaración testimonial.

Cabe insistir en las observaciones efectuadas por el Sr, Defensor Oficial en la anterior instancia en punto a que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema procesal, en la República Oriental del Uruguay la calidad de imputado se adquiere mediante el dictado de un auto de procesamiento; este extremo impide establecer fehacientemente la situación legal de mi asistido en la causa sindicada. Esa indeterminación se acrecienta al examinar distintas publicaciones de diarios locales, todas las cuales afirman que Hernández Fernández aparece asociado al crimen de Trigo.

En prueba de lo afirmado obran en el expediente numerosos recortes periodísticos de diarios uruguayos (ver fs 97, 130/134, 156/165, 171/174 y 295/296), de cuya lectura se desprende la gran expectativa que despierta en la opinión pública de Colonia el esclarecimiento de la muerte de Trigo, las sospechas que recaen sobre mi defendido -cuyo eventual ingreso en territorio uruguayo es asociado exclusivamente con esa investigación- así como la referencia a abusos policiales cometidos en torno a personas que podrían declarar sobre el homicidio en cuestión.

Son particularmente demostrativas las publicaciones de fs. 97: *«Se descuenta que Mario Hernández bajará del barco y será procesado,... ya en prisión, Hernández deberá declarar todo lo que sabe sobre el asesinato de Andrés Trigo»;*

fs. 133: «*...Sea como fuere, resta muy poco tiempo para que el detenido se enfrente a la justicia uruguaya y deba confesar todo lo que sabe y ha mantenido oculto sobre los instigadores y ejecutores del crimen de Andrés»;* fs. 156: *«Por otra parte, en la tarde del martes recibimos la denuncia de un joven de 19 años que acusa a la policía de Colonia de haberlo torturado en el sótano de Jefatura, aplicándole golpes y picana eléctrica, para obligarlo a que confesara haber asesinado a Andrés* [Trigo]*»;* fs. 158: donde se da cuenta de que conforme las declaraciones de los hermanos Pereira (mencionados por mi asistido en sus declaraciones), *«Nos vino a hablar Mario Hernández, un ex policía, y nos comentó que había cierta cantidad de plata, 3.000 dólares, para que lastimáramos a una persona, no nos mencionó de quien se trataba..».*

Cabe apuntar que Hernández informó a la Sra. Jueza *a quo* la identidad de seis personas involucradas en la investigación abierta, incluidos personal de la policía local y familiares y allegados a la víctima, quienes, de manera acorde a lo manifestado por el justiciable, aparecen mencionados en las publicaciones de referencia.

En las fotocopias glosadas a fs. 159 se hace mención a que *«Varias personas fueron indagadas por el juez Gerardo Siri, dos de las cuales ingresaron esposadas al edificio judicial, tras haber sido detenidas el día domingo, una de ellas el copropietario de Bucaneros, Mario Hernández,...*[quien sostuvo que] *la ex novia de Andrés, Carina Carro,...le ofreció U$S 4.000 para matar al joven Trigo y amenazó de muerte a toda su familia...».*

A fs. 160 se da cuenta que «*Mario Hernández habló con Stirling. Cuando el Ministro del Interior se aprestaba a ingresar a la Junta departamental, para mantener una reunión con la Comisión de DDDHH de ese Cuerpo fue interceptado por Mario Hernández y su esposa, quienes brevemente le relataron su preocupación ante las reiteradas detenciones de Hernández, las condiciones en que las mismas fueron efectuadas, su situación de emplazamiento, y el reciente allanamiento al Pub Bucaneros donde, según lo relatado por éste, se procedió en forma inconveniente por parte de los funcionarios de narcóticos».*

Cabe hacer notar que el local de mención era, conforme las versiones periodísticas, de propiedad de Hernández, quien, sin embargo, explicó que el establecimiento figuraba registrado a nombre de Luján Da Silva, secretaria en la ANP del Capitán del Puerto de Colonia, Luis Fontes, vinculado sentimentalmente con la ex novia de Andrés Trigo, Carina Carro.

A fs. 161 obra la entrevista mantenida por mi asistido con el diario «Noticias», el 27 de noviembre de 1998. Allí Hernández declaró: *«...el testimonio mío vendría a ser el más importante, y no porque yo tenga que ver con el hecho en sí. Lo que pasa es que yo soy testigo de las cosas que pasaron, y que son fundamentales...».* A fs. 162 obran afirmaciones de Hernández conforme las cuales *«...había sido amenazado de muerte en el hipódromo real de San Carlos el 25 de agosto, pocos días después del crimen».* A fs. 163 se indicó que *«...dos de los emplazados por su presunta vinculación al caso* [Trigo] *ya no viven más en Colonia... mientras que el otro individuo, un joven ex policía, está viviendo desde un par de semanas atrás en la ciudad de Buenos Aires.»*

En la publicación de fs. 164 obran declaraciones del padre de Andrés Trigo: *«Hoy tengo que agradecer también la perseverancia y el gran desempeño profesional puesto de manifiesto por un oficial de la jefatura de policía de Colonia y otro de INTERPOL de Montevideo, que* ***después de mucho trabajo pudieron detener en la ciudad de Buenos Aires a uno de los principales sospechosos, el ex policía y propietario del pub Bucaneros donde transcurrieron las últimas horas de Andrés, Mario Hernández...En pocos días más se terminará con la extradición y la justicia tendrá la oportunidad de hacerle las preguntas***

necesarias y justas, <u>someterlo a la presión de una verdadera investigación, y que no se burle más de la justicia para que de una vez por todas esta persona diga todo lo que sabe del crimen de Andrés.</u>» (el resaltado me pertenece).

La reseña anterior, que no agota la totalidad de las publicaciones aportadas, resulta sumamente elocuente. Basta reparar en la contradictoria versión del padre de la víctima quien, afirmando el carácter de sospechoso de Hernández en el hecho que concluyera con la muerte de Trigo, señala luego que *la extradición dará oportunidad a que, bajo «presión»* (???), mi asistido *diga todo lo que sabe del crimen.*

Esta suerte de «estrategia» aparece corroborada en la publicación de fs. 165, en cuanto se afirma que *«Una parte importante de las esperanzas de la familia Trigo Fonte sobre el esclarecimiento del crimen están depositadas en lo que pueda declarar el ex policía Mario Hernández, cuyo pedido de extradición ya fue realizado casi un mes atrás a las autoridades argentinas pero aún sin resultados, porque –según se comenta- Hernández habría presentado en el vecino país –donde se encuentra detenido- un abogado para que lo defienda o, en definitiva, demore su extradición al Uruguay».*

A fs. 171 se obran nuevas declaraciones del padre del fallecido Trigo: ***«También quiero decirles que he recibido una llamada a mi domicilio del fiscal Peri Valdez, el cual me comunicó que él mismo se va a conectar con el fiscal de la nación argentina para agilizar la extradición... Además estuvo en Colonia el Ministro del Interior Guillermo Stirling, que pasó a saludarme, se mostró muy interesado en el caso y me expresó que está gestionando la extradición.»***

La zaga de testimonios que corroboran las alegaciones de mi defendido alcanza niveles lo suficientemente fidedignos como para ser ignoradas, desentendiéndose de su seguridad y de los compromisos asumidos en materia de derechos humanos. Así a fs. 173, 174 y 295/296 se consigna: *«Mientras se continúan procesando datos a nivel judicial y policial sobre nuevas pistas o indicios que al día de hoy se siguen aportando,* ***las mayores expectativas están puestas en el delincuente coloniense apresado en Buenos Aires sobre el que hace algunos meses se pidió su extradición para ser encarcelado e interrogado en nuestro país. Se presume que este individuo pudo haber participado directamente en el acto criminal o tener elementos certeros que configuren prueba respecto de los asesinos»;*** (según dichos del padre de Trigo) *«...hemos mantenido contactos permanentes con el fiscal de Corte Peri Valdez y con el Ministro del interior Guillermo Stirling, quienes nos han comunicado su preocupación por la extradición desde la República Argentina hacia Colonia del personaje clave de toda esta historia. Este delincuente, buscado por la policía nacional por el caso Trigo y por otros delitos pendientes de aclarar, está haciendo todo lo posible con su abogado de oficio para demorar dicha extradición.* ***Esa demora será tal vez por unos días o por unas semanas más, pero tarde o temprano, cuando pise suelo uruguayo tendrá que contar sus correrías y los contactos y vínculos de la noche coloniense que él frecuentaba en sus tiempos del Bucaneros.»*** (los resaltados me pertenecen).

Finalmente, a fs. 295/296, obran las siguientes referencias al episodio que concluyera con la muerte de Trigo: *«...hay denuncias de amenazas de golpes y violación denunciadas por los detenidos a la justicia y según aseguran hay un reiterado interés por encontrar entre varias personas que durante los últimos meses fueron conducidas a esa Comisaría, a alguien que se haga responsable por la muerte de Andrés Trigo.»*

Estos motivos permiten construir la fundada sospecha -rayana en la certeza- de que, de ser extraditado, Mario Ezequiel Hernández Fernández sea objeto de persecución, amenazas y maltratos en el marco de la investigación del homicidio de Andrés Trigo.

Cabe hacer notar que, con la incorporación de las medidas probatorias requeridas por la defensa, pudo establecerse una secuencia más que sugestiva acerca de la evolución del proceso abierto en la República del Uruguay en torno a la muerte de Trigo, particularmente en relación al desplazamiento de Hernández Fernández a Buenos Aires y el casi simultáneo «descubrimiento» del menor Bergara Francia, que diera origen a estas actuaciones.

Siguiendo en este punto el exhaustivo análisis realizado por el Dr. Kollmann se observa que, transcurridos dos años desde la supuesta comisión de las rapiñas, fue el Comisario de la Seccional Séptima (la misma que registra denuncia de torturas relacionadas con el caso Trigo) quien «encontró» a Bergara Francia. El mismo Bergara se mostró extrañado de ese descubrimiento, en tanto, según manifestó a fs. 198/199, nunca fue indagado en relación a las rapiñas pese a que *«...la policía supo siempre donde estaba desde que entré ahí* «[se refiere al «INAME» centro en el que estuvo alojado en virtud de su condición de consumidor de sustancias estupefacientes] *No sé cómo dieron ahora conmigo.»*.

Interesa reiterar aquí que Bergara Francia negó originariamente su participación en los hechos y que recién procedió a confesarlos –sindicando a su vez a mi asistido- luego de haber sido identificado en la Seccional a través del vidrio espejado. Sin embargo, estando a las actuaciones judiciales recabadas, no obra constancia de ningún reconocimiento efectuado en esa sede.

Avalando la postura de esta parte vemos que, estando a los dichos de Bergara Francia, éste desconocía el apellido de la persona a quien sindicara como autor de las rapiñas; preguntado que fue cómo supo la policía el apellido, si él no se lo había brindado, respondió *«Porque ellos me dijeron que no les importaba lo que yo hubiera hecho, sino lo que él estaba haciendo yo no sé cómo salió el apellido»* (v. fs. 198vta.).

Confluyen a reafirmar los agravios de esta parte el hecho de que -como también se acreditara- el mismo Juzgado en el que tramita la causa que originó estas actuaciones es el que entiende en el homicidio de Trigo, investigación en cuyo transcurso Hernández Fernández aduce haber sido objeto de detenciones reiteradas, torturas y amenazas por parte de las autoridades policiales de Colonia. Cabe acotar que, a estar a las constancias periodísticas reseñadas, es de toda evidencia que la persona de mi defendido es considerada, por lo menos, como una de las principales fuentes de información del caso, y que, por lo demás, se verificaron episodios de detenciones ilegales, torturas y otros tratos incompatibles con los principios que informan en materia de Derechos Humanos, extremos que acreditan la tesis de esta defensa y la versión brindada por Hernández Fernández en sus declaraciones ante el juzgado de primera instancia.

Pese a que los elementos de juicio reseñados convalidan la versión de mi defendido, la resolución atacada no los tuvo en cuenta aún cuando su valoración vienen impuestos por el mandato legal del art. 8, inc. «e» de la ley 24.767. Pese a la previsión expresa, el decisorio atacado se limita a señalar que «...*no pudo comprobarse que las circunstancias que denunciara Hernández Fernández fueran ciertas, contando sólo con su testimonio y noticias periodísticas...*», perdiendo de vista que, más allá de la evidencia de las alegaciones de mi defendido, quien debió despejar cualquier resquicio de duda al respecto era, precisamente, la judicatura argentina.

La obligación impuesta por el Tratado internacional es consecuente con el desarrollo que, en torno a cómo juega la carga de la prueba cuando de violaciones a los Derechos Humanos se trata, han desarrollado la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Así, la Comisión en el caso Abella (c. 11.137, informe del 18 de noviembre de

1997) sostuvo: *«386. La Comisión no considera necesario determinar si la razón procesal o sustancial por la cual la investigación fue cerrada se ajusta, por sí sola, a los parámetros fijados en las obligaciones contraídas por el Estado en materia de derechos humanos. Lo que interesa dilucidar, en primer lugar, es si el Estado violó sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y en segundo lugar si ante tal evidencia, independientemente de las normas legales internas vulneradas, cumplió con su deber de investigar los hechos constitutivos de violación de la Convención... 390...La Comisión enfatiza que en relación a estas denuncias, el Estado soportaba la carga procesal de probar que la violación al derecho a la integridad personal de los peticionarios fue perpetrada por personas distintas a sus agentes.»*

En el caso Neira Alegría y otros (Sentencia del 19/1/95, Serie C Nro. 20) sostuvo la Corte: *«85. De acuerdo con el art. 1.1 de la Convención los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, de lo cual se desprende que esta es una disposición de carácter general cuya violación está SIEMPRE relacionada con la que establece un derecho humano específico. Como ya dijo la Corte en un caso anterior, el artículo 1 contiene la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 162 y Caso Godínez Cruz, Supra 63, párr. 171).»* La Corte sostuvo, en el parágrafo 65 que la carga de la prueba recae sobre el Estado.

Más allá de que, como se señalara, es la propia ley de extradición la que impone la obligación de establecer posibles violaciones como la que fuera denunciada por la defensa -extremo que despeja cualquier conflicto normativo como el insinuado por la Sra. Jueza de grado para justificar el rechazo de los agravios propuestos-, la primacía del derecho internacional de protección de los derechos humanos y, en particular, la responsabilidad internacional inherente a su incumplimiento, son hoy máximas indiscutibles, tal y como, por lo demás, fuera reconocido por V.E. en el caso «Giroldi, Horacio David y otro» (Fallos 318:514) en la causa «Scilingo, Adolfo F. s/ su presentación en causa N° 6888» (Fallos 320:854), causa «Gallardo García, Ramón Carlos y otro s/hurto de automotor –causa N° 1601-» (Fallos 321:1424), entre otros.

Prueba de la inconsecuencia de lo resuelto es la doctrina de V.E. en Fallos 324:3484 y 322:507.

En el primer precedente, el Dr. González Warcalde -a cuyos argumentos adhirió V.E.- analizó los alcances de la prohibición contemplada en el art. 8, inc. e de la ley 24.767, distinguiendo aquellas alegaciones que puedan importar «referencias genéricas» (en el caso, la defensa había alegado el anormal estado de las instituciones judiciales y carcelarias del Estado requirente), ajenas a la excepción analizada, de aquéllas otras en que «*existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente...»*.

En el segundo precedente citado esa Corte afirmó: *«Que en referencia a las torturas y malos tratos denunciados por el requerido a fs. 131, resulta pertinente examinar la cuestión invocada y, en caso de comprobarse la verosimilitud del planteo, disponerse la entrega de Romero Severo en condiciones que preserven su seguridad personal.»* (v. Considerando 9°), en tanto que en el voto del Sr. Ministro, Dr. Fayt leemos: *«11) Que, el inc. e del art. 8° de la ley 24.767 al*

contemplar la posibilidad de que existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a resultas de la decisión de entrega, constituye la recepción en el ámbito del derecho argentino del principio vigente en el derecho internacional de los derechos humanos conforme con el cual ***un Estado parte de un Tratado tiene la obligación de asegurar que cumple sus demás compromisos jurídicos de una forma compatible con el resto de los derechos humanos, pues su responsabilidad internacional podría verse comprometida si la decisión de entrega sometiera al sujeto requerido al sufrimiento o al riesgo de sufrir, en el proceso penal extranjero, una flagrante denegación de justicia o un riesgo efectivo (consecuencia necesaria y previsible) de que sus derechos humanos fundamentales sean violados en jurisdicción del país requirente*** *(conf. decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Soering el 7 de julio de 1989- E.H.R.R.. Serie A, v. 161- y Drozd and Janowsek v. France and Spain el 26 de Junio de 1992- 14 E.H.R.R. 745, Serie A, v. 240- y observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 486/1992 caso Kindler, C. contra el Canadá, del 29 de julio de 1992 y en la Comunicación N° 469/1991, Charles Chitat Ng. c. el Canadá, el 5 de noviembre de 1993).»*(el destacado me pertenece).

Reafirmando la postura de los precedentes citados en el pronunciamiento de V.E., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se expidió en el caso «Chahal vs. U.K.», sentencia del 15 de noviembre de 1996: «*74. Sin embargo, es doctrina de la Corte que la expulsión dispuesta por un Estado contratante puede dar lugar a cuestionamientos bajo el Artículo 3 (art. 3), y generar la responsabilidad del Estado bajo la Convención, allí donde hayan concurrido bases sustanciales para creer que la persona en cuestión, de ser extraditada, pudiera enfrentar el riesgo de sufrir un tratamiento contrario al Artículo 3 (art. 3) en el país requirente*.»

Las consideraciones anteriores imponen la necesidad de restablecer las garantías amenazadas en el caso, sobre todo teniendo en cuenta que, conforme sostiene la doctrina: «Hoy, además, el carácter constitucional del derecho a recurrir la sentencia penal y su incorporación a los instrumentos universales de Derechos Humanos, dotan al tema de la «doble instancia», de especial importancia institucional e insoslayable tratamiento en el procedimiento de extradición.» (Piombo, Horacio Daniel «Tratado de la extradición», T. II, Depalma, Bs.As., 1999, pp. 278-279).

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que existen razones más que fundadas para suponer que la entrega solicitada puede redundar en la imposición de tratos incompatibles con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, y habida cuenta de las previsiones legales que rigen el caso, corresponde que V.E. revoque el punto I de la sentencia de fs. 332/338, rechazando la extradición de Mario Ezequiel Hernández Fernández, de conformidad con lo normado en el art. 8, inc. «e» de la ley 24.767 y 3, incisos 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

III. 2. MEJORA FUNDAMENTOS

Como ya se señalara, la sentenciante denegó el pedido de entrega de Hernández Fernández a la República Oriental del Uruguay en relación al delito de suministro de estupefacientes a un menor de edad.

Compartiendo en un todo las razones apuntadas al efecto, sólo señalaré que el art. 13 de la ley 24.767 establece en su inc. a) que la solicitud de extradición de un imputado debe contener: «Una descripción clara del hecho delictivo, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y las circunstancias en que se

cometió y sobre la identificación de la víctima.»

El pedido realizado por las autoridades de la República Oriental del Uruguay sólo hace referencia a un ilícito supuestamente ocurrido «...en el correr del año 1997» y «...en la ciudad de Colonia...».

Estas menciones tan genéricas como vagas en modo alguno pueden, como pretende la contraparte, ser valoradas como suficientes para ubicar correctamente en tiempo y espacio el delito endilgado a Hernández Fernández. La exigencia legal persigue como último fin que el requerido tenga certidumbre en cuanto a los hechos por los que se solicita su extrañamiento y respecto de los cuales habrá de ejercer su defensa en el proceso seguido en el Estado requirente, en cuanto la descripción de los sucesos que originan las imputaciones. (Fallos 324:1557).

La misma doctrina subyace en Fallos 236:306. Conforme sostuviera V.E. «*no procede acordar* [la extradición] *en el caso en que no hay elementos que permitan tener por ocurrido el homicidio imputado a la persona requerida, sino tan solo presunciones o indicios sobre la «desaparición» de las presuntas víctimas de los lugares en que vivían. Examinar el punto por el Tribunal requerido no es entrar al fondo del asunto, sino solamente comprobar si las condiciones necesarias para la extradición están objetivamente satisfechas o no».*

Por otra parte el hecho de que el Estado requirente no acompañara el listado al que hace referencia y remite el art. 34 del Decreto Ley 14.294 –lista donde se mencionan las sustancias estupefacientes-, viola el art. 30 inciso 1° del Tratado de Montevideo de 1889, que estipula que debe remitirse al país requerido la ley penal aplicable en función de los incisos 3º y 4° de su art. 19.

Ahora bien, ello parecería cumplimentado con las fotocopias glosadas a fs. 1/20 y 229/274, pero luego de proceder a su lectura se vislumbra que el listado que se cita en la norma, en la que se fija la penalidad aplicable al caso, no se encuentra anexado a la presente causa, por lo cual la documentación remitida es incompleta e inexacta.

Y esto es así, ya que el propio art. 15 del Decreto-ley ROU N° 14.294 (modificado por Ley N° 17.016) en su último párrafo determina que: «...Las listas y tablas a que se refiere la presente ley, se consideran partes integrantes de la misma.»

En ese sentido en el caso «Vázquez Castiñeiras, Ramiro s/ extradición» V.E. resolvió que, «*...la ausencia del testimonio de la ley penal aplicable a la infracción que motiva el pedido empece al progreso de la solicitud (artículo 30, inc. 1°, del tratado). Que el cumplimiento de este recaudo formal ha sido expresamente consagrado a cargo del Estado requirente en el convenio que rige la entrega, al establecer que «...se acompañarán los siguientes documentos...» (art. 30 cit., primer párrafo), sin que un análisis de las restantes disposiciones contenidas en ese instrumento internacional permita concluir en que, al propio tiempo, las partes contratantes hayan querido obligarse a suplir de oficio una omisión de esta índole (artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Y ello es así en la medida que las consecuencias que los Estados signatarios establecieron para situaciones como la planteada en autos, son tanto la devolución o el rechazo del pedido –según que el defecto de forma se advierta antes de la sustanciación judicial o al momento de su conclusión-, como la obligación del Estado requirente de subsanar este tipo de deficiencia mediante la presentación de otros documentos o complementando los ya acompañados si fuera de su interés reabrir el juicio de extradición (artículos 31 y 37, tercer párrafo del tratado). Circunstancia ésta que no puede ser suplida por la actuación del órgano jurisdiccional requerido.*» (Fallos: 318:1397).

En el mismo sentido ha afirmado V.E.: «... *que la exigencia contenida en el citado art. 30 tiene como finalidad acreditar la corrección y seriedad de los*

procedimientos seguidos contra la persona reclamada a quien el país requirente pretende someter a su jurisdicción ...» (*Fallos*: 320:1257 consid. 3º).

Otro tanto debe decirse respecto de la falta de la acreditación de la condición de menor de edad de la supuesta víctima del delito de suministro de estupefacientes.

En este punto señaló la Sra. Jueza de grado que dicha certificación era vital a los fines de proceder al encuadre legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Y, cabe mencionar, que la verificación de la proclamada minoridad, no sólo es necesaria para delimitar el reproche a Hernández Fernández dentro de nuestras leyes, sino que asume mayor relevancia a poco que se advierta que en el art. 60 del Decreto–Ley ROU N° 14.294 está contemplada como una de las «agravantes especiales».

De esta forma, en el entendimiento de que las razones argüidas por el Sr. Procurador en su dictamen no han controvertido los principios que inspiraron el rechazo parcial de la extradición, entiendo que corresponde que V.E. confirme el punto II de la sentencia de fs. 332/338, en cuanto no hace lugar a la extradición de Hernández Fernández a la República Oriental del Uruguay en relación al delito de suministro de estupefacientes.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto en el desarrollo del presente memorial, solicito:

I.- Se me tenga por presentada en legal tiempo y forma, y por fundado el recurso de apelación prescripto en los arts. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, art. 24 inc. 6° «b» del Decreto-ley 1285/58 y normas concordantes.

II.-Se revoque el punto I de la sentencia de fs. 332/338 declarando improcedente la extradición de Mario Ezequiel Hernández Fernández, de conformidad con lo normado en el art. 8, inc. «e» de la ley 24.767 y 3, incisos 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

III.- Se confirme el punto II de la sentencia de fs. 332/338, en cuanto no hace lugar a la extradición de Hernández Fernández a la República Oriental del Uruguay, en relación al delito de suministro de estupefacientes.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.

33. b. PRESENTA MEMORIAL. CONTESTA TRASLADO. ACOMPAÑA DOCUMENTACIÓN

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

En legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, el art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y normas concordantes, me presento a contestar el traslado conferido a fs. 943 y a solicitar la confirmación del pronunciamiento emitido por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría

N° 1 (obrante a fs. 902/920), en cuanto rechazó el pedido de extradición de mi asistido, formulado por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Colonia, República Oriental del Uruguay.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron merced al pedido de extradición del ciudadano uruguayo Mario Ezequiel HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, por parte del titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Colonia, República Oriental del Uruguay, en los autos *«Trigo Fonte, Andrés s/ muerte*».

La solicitud de extrañamiento se fundó en el siguiente supuesto de hecho: «*- con fecha 17 de agosto de 1998, fue hallado en esta ciudad el cuerpo sin vida de Andrés Trigo Fonte, de 18 años de edad, tendido sobre el asiento delantero de una camioneta propiedad de su familia; - el mismo fue ultimado mediante dos disparos de arma de fuego efectuados en su cráneo; - hasta cinco meses antes de su fallecimiento Trigo había mantenido una relación de noviazgo con la Sra. Karina Carro, quien luego de la ruptura profirió diversas amenazas contra su ex-pareja; - no conforme Carro con ello, luego comenzó a ofrecer dinero para matar a Trigo, siendo uno de los destinatarios de la oferta Mario Hernández, a quien prometió u$s 3000 por la labor; - a continuación Hernández comienza a invitar para realizar el encargo a varias personas, seis en total, manifestando siempre que la iniciativa provenía de Karina Carro; - al momento del homicidio, Hernández tenía en su poder un revólver calibre 22 (compatible con el utilizado en el crimen), del cual luego del hecho e iniciada la presente investigación se deshace prontamente, al tomar conocimiento de que se le iba a realizar un allanamiento; - Hernández era amigo de la Sra. Karina Carro, y en ese marco de confianza se le realizó el ofrecimiento detallado, extremo que es plenamente reconocido por él; - el día 22 de diciembre del corriente año, se decretó por esta sede el enjuiciamiento con prisión de Karina Carro, imputada de la comisión del delito de Homicidio muy Especialmente Agravado, en calidad de coautora.»* (ver fs. 430/431).

El 14 de enero de 2003 se celebró la audiencia establecida en el art. 27 de la ley 24.767. En esa oportunidad mi asistido manifestó su negativa a ser extraditado: *«...esto es lo mismo que la otra vez en el juzgado anterior, me remito a lo que dije en el otro juzgado, en Uruguay yo fui policía, he sido torturado psicológicamente, he sido amenazado y sé que no tendré un juicio justo, la denuncia la hice en el otro juzgado, cuando yo llegue allá voy a ir a la tortura derecho, a la picana, yo fui testigo de ello cuando fui policía, tengo miedo que me maten, no tengo ningún tipo de garantías, no confío en la justicia de Uruguay por eso vine a la Argentina y confío en la justicia Argentina, cuando declaré en el otro juzgado dije que no me pedía por una rapiña, que eso lo habían inventado y que me querían por este homicidio. Solicito que S.S. tome vista del otro expediente ya que ahí está mi descargo por escrito y se produjo la prueba, mandarme al Uruguay es mandarme a la muerte.»* (vid. Fs. 558/vta.)

En la sentencia del 7 de octubre de 2004, la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Dra. María Servini de Cubría, tribunal donde quedaran definitivamente radicadas las actuaciones, resolvió rechazar el pedido de extradición formulado por la República Oriental del Uruguay.

Procedo a transcribir en extenso la reseña y desarrollo llevados a cabo por la citada Magistrada, habida cuenta que ilustran inmejorablemente las cuestiones constitucionales que obstan a la extradición de mi defendido: *«Como cuestión previa al análisis a efectuar con relación al presente requerimiento por parte de las autoridades uruguayas, resulta sumamente necesario efectuar una reseña de*

los autos n° A-4748/00, relacionados al primer pedido de extradición de Mario Ezequiel Hernández Fernández que tuviera trámite por ante este Tribunal; actualmente radicado por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cabe hacer mención que los mismos guardan relación con el presente pedido por diversas situaciones a analizar, tales como identidad del requerido, identidad de Juez requirente, e identidad de lugar de investigación de los hechos delictivos por los cuales se fundamentan ambos requerimientos de entrega del nombrado Hernández Fernández. Por último cabe recordar que las mismas fueron incorporadas por lectura al debate oportunamente, como prueba ofrecida por la defensa. Como se señalara en el presente, las actuaciones de mención tienen inicio en razón del pedido de detención y extradición del ciudadano uruguayo Mario Ezequiel Hernández Fernández, por parte del Dr. Gerardo Siri Prieto, Juez a cargo del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Colonia, República Oriental del Uruguay, en los autos «Hernández Fernández, Mario, Antecedentes FA: P./41/2000»; recepcionado en este Tribunal con fecha 18 de octubre del año 2000, por dos hechos de rapiña, utilizando un arma de fuego, y suministro de cocaína en reiteradas ocasiones, sin la debida autorización legal, a un menor de edad. En razón de tal pedido, se procedió a ordenar la detención del requerido, la que se hizo efectiva con fecha 3 de octubre del año 2001. Al dar cumplimiento con la audiencia establecida en el artículo 27 de la ley 24.767, el nombrado manifestó que «por el momento me niego a ser extraditado»; continuando en consecuencia con el trámite de las presentes. Que en audiencias posteriores fundamentó tal negativa. Con fecha 9 de octubre del año 2001, y a solicitud de la defensa se le recibe audiencia al nombrado Hernández quien pasa a relatar dichos fundamentos los que señalará a continuación. Manifestó en tal ocasión el nombrado que se negaba a ser extraditado porque considera que existe una persecución política en su contra, porque en agosto del año 1998 fue involucrado en un homicidio en el Departamento de Colonia, de un joven de 18 años que apareció muerto con dos o tres tiros en la cabeza. Que fue llevado a declarar porque debido a unas escuchas telefónicas surge de que había recibido un ofrecimiento de parte de la novia del muerto que lo quería matar; que ofrecía tres mil dólares. Que fue llevado varias veces a declarar pero nunca se le probó nada, y recibió de adentro de la policía amenazas, que lo iban a matar, especialmente del ex-jefe de la Policía de Colonia, Garagorri Garagorri, que le dijo que si se venía a vivir a la Argentina, lo iba a matar a él y a su familia. Que eso fue en diciembre de 1999. Asimismo relató una serie de eventos ocurridos en el marco de la investigación seguida por el homicidio del nombrado Trigo, que daban cuenta de su implicancia en el caso, entendiendo el requerido, que respecto a los hechos por los cuales se pedía su extradición, estaba todo armado y que en realidad se lo estaba requiriendo para ser juzgado por el otro hecho. Asimismo relató en su oportunidad una serie de amenazas y todo tipo de malos tratos sufridos en el marco de los mismos. Hizo entrega de un recorte periodístico del diario Noticias, aclarando que es un semanario Departamental, de fecha 5 de octubre del corriente año, del cual hace mención al caso Trigo, el que fue entregado por su mujer y su hermana, a la defensa. Posteriormente el nombrado solicitó una nueva audiencia, y entregó ante el tribunal un escrito en el cual explica más detalladamente algunos de los sucesos que relatara en su declaración. Posteriormente, fueron agregados a dichas actuaciones veinte recortes periodísticos del diario «Noticias» de la ciudad de Colonia de la República Oriental del Uruguay, en los que se hace referencia a los hechos descriptos por el nombrado en ocasión de prestar declaración ante estos estrados. En razón de lo expuesto por el nombrado y lo que surgía de la totalidad de los recortes periodísticos presentados se solicitó al Juzgado requirente, a cargo del Dr. Siri Prieto, informe

si ante dicho tribunal tramita también la causa por la cual se investiga la muerte del Sr. Andrés Trigo, la cual sería de público conocimiento en la localidad de Colonia, y en caso afirmativo si el requerido reviste carácter de imputado en la misma, y en su caso, se informe situación procesal, y si en alguna oportunidad se le otorgó autorización para salir del país. Ante ello, el Juzgado de mención, requirente en ambos trámites de extradición, informó con fecha 5 de febrero del año 2002, que ante ese Juzgado tramitaba un expediente presumarial referido a la muerte del Sr. Andrés Trigo, acontecido el día 17 de agosto de 1998. Que el Sr. Mario Ezequiel Hernández Fernández no reviste calidad de imputado en dicha causa, pero en la misma fue indagado y declaró además como testigo. Por otro lado informó el Magistrado uruguayo que si bien el nombrado comunicó a esa Sede y en los autos referidos su intención de abandonar el país con fecha 14 de diciembre del año 1999, al carecer dicho petitorio de sentido, por no tener limitada su libertad ambulatoria, dada la situación procesal referida, no obtuvo un pronunciamiento expreso, sólo se tuvo presente su intención de radicarse en la República Argentina. Finalmente, luego de ser realizado el debate correspondiente en las actuaciones que vengo señalando, resolví hacer lugar a la extradición del requerido Hernández Fernández, por dos de los hechos por los cuales era solicitada la misma, como ya señalé anteriormente. En tal resolutorio, al momento de analizar los planteos efectuados tanto por la defensa como por el propio requerido, entendí que los mismos no debían tener una acogida favorable, puesto que se encontraban reunidos todos los requisitos legales que imponen tanto el Tratado de Montevideo como la ley 24.767 para que se proceda favorablemente a la Nación requirente. Asimismo entendí que las circunstancias traídas a estudio por la defensa y por el requerido importaban un análisis sobre las cuestiones de fondo que exceden el campo de conocimiento limitado que debía tener dentro del marco de un proceso de la naturaleza que nos ocupa. Finalmente señalé que a lo largo de dicho proceso no pudo comprobarse que las circunstancias que denunciara Hernández Fernández fueran ciertas, contando sólo con su testimonio y noticias periodísticas; siendo que el Magistrado que entiende en las actuaciones relacionadas con la muerte de Andrés Trigo informó en su oportunidad que el nombrado no se encuentra imputado en las mismas. En tales circunstancias, no poseía competencia para cuestionar el trámite de las actuaciones que se llevan a cabo en contra de Hernández Fernández por los delitos de rapiña y la culpabilidad o no del nombrado respecto da la comisión de esos delitos. Sin embargo, luego de dicho resolutorio, y a los fines de resolver este nuevo pedido de extradición del nombrado, la situación ha variado considerablemente. Cabe recordar que dada la calificación legal por la cual se otorgaba la extradición del requerido Hernández Fernández, el mismo, a pesar de ordenarse su remisión al Estado uruguayo, recuperó su libertad con fecha 4 de julio del año 2002. Luego de enteradas las autoridades uruguayas de tal circunstancia, que recordamos resultan ser las mismas en ambos procesos, sorpresivamente se recepcionó el presente requerimiento por los hechos relacionados con la muerte de Andrés Trigo, fundados en un resolutorio de fecha 22 de diciembre del año 2002. O sea, la situación de Hernández Fernández había variado. En febrero del año 2002 el nombrado no era considerado imputado y en diciembre del mismo año se solicitaba la extradición como co-autor del homicidio de mención. Ahora bien, lo primero que puede comprobarse con el presente requerimiento es que, sin perjuicio de lo informado en su oportunidad por el titular de dicho Tribunal, Dr. Siri Prieto, resulta evidente que el requerido no era ajeno a dicha investigación; circunstancia que puedo corroborar en la actualidad. La gran relevancia que había adquirido la detención de Hernández Fernández en momentos en los que se evaluaba su remisión a la República Oriental del Uruguay por los casos de las rapiñas, resultan

ser a la luz de las nuevas circunstancias mucho más que meras noticias periodísticas. Evidentemente queda corroborado que ya en aquel momento el nombrado guardaba una relación estrecha con esa investigación; y mucho más como un simple testigo del caso. No resultó trascendente para este Tribunal que el nombrado estuviera implicado en otra investigación, al momento de evaluar su remisión por los hechos de rapiña, dado que se debía circunscribir en principio a establecer los requisitos formales de tal solicitud, dándose cumplimiento con el requerimiento. En ese proceso anterior este tribunal verificó el cumplimiento de todos los pasos procesales requeridos y resolvió en consecuencia. Ahora si, ante el nuevo requerimiento internacional, cobra importancia lo sostenido en su oportunidad por Hernández Fernández, cristalizándose en forma objetiva y palmaria sus argumentaciones anteriores y que fueran incorporadas como prueba en este nuevo proceso. Ya en el primer pedido de extradición expresaba el requerido su relación con el caso que nos ocupa en este momento; mientras que las autoridades uruguayas negaban su calidad de imputado. Sorpresivamente lo que vaticinaba el propio imputado ocurrió meses después de que, sin perjuicio de que se concediera su extradición, éste recuperara su libertad. Lo cierto es que no puede obviar la suscripta los grandes indicios que de las pruebas recolectadas en autos surgen, respecto a la veracidad de los dichos del nombrado, y la autenticidad de sus temores a ser extraditado. Negarlo sería una necedad. El Magistrado uruguayo encargado de la investigación explica el cambio de la situación procesal de Hernández Fernández, expresando que la circunstancia de cambio de fiscal en la causa seguida por el asesinato de Trigo «...explica la solicitud de extradición formulada y su consiguiente acogimiento por este decisor, en mérito de una ponderada valoración de los elementos probatorios...». Resultan sumamente extrañas las explicaciones vertidas. No comprendo la circunstancia de que el cambio de persona representante del Ministerio Público, en las actuaciones de marras, hayan variado de tal manera la situación de Hernández Fernández; desde ser interrogado como testigo, a ser sospechado como el co-autor del hecho. Recordemos también que quien debe evaluar las probanzas recolectadas en un sumario judicial, no es la parte, sino el Juez. También cabe recordar los hechos que denunciara el requerido ante estos estrados, en los cuales expresaba haber sido varias veces detenido, torturado y amenazado por autoridades policiales de la ciudad de Colonia, con el fin de que aporte información sobre el crimen de Trigo. Estas denuncias, como bien advierte la defensa, coinciden con diferentes denuncias de detenciones ilegales que se efectuaran en esa investigación y que surgen de los recortes periodísticos, similares a los manifestados por Hernández. En ellos se denuncia especialmente a la Seccional Séptima de la Policía de Colonia. Misma Seccional en la cual se iniciaran las actuaciones por los delitos de rapiña. Hasta el momento ha quedado establecido que en primer lugar es el mismo magistrado que interviene en ambas causas. También que más allá del informe remitido, el requerido guardaba ya una estrecha relación con la investigación del caso Trigo. Finalmente en ambas se advierte la intervención activa de la Seccional Séptima de la Policía de Colonia. Por otro lado resulta llamativo que el requerido haya pertenecido a las fuerzas de seguridad, y que manifestara haber tenido que dejar las mismas en razón de cuestiones de índole ideológicas; por pertenecer a una agrupación de «izquierda». Cabe aclarar que en ningún momento pretendo analizar la culpabilidad o no del requerido en los hechos por los cuales se formulara la solicitud. Pero dadas las irregularidades que rodean el requerimiento de extradición es que tengo no sólo el derecho de intervenir, sino la obligación. Haciendo abstracción de los dichos del justiciado, porque ello en definitiva podría llegar a ser analizado desde su posición defensiva, lo cierto es que, objetivamente y a modo de oráculo, fue anunciado en el proceso de extradición anterior que se

encuentra agregado como prueba en el presente, lo que luego, en realidad, sucedió. El cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes de extradición no pueden desvincularse de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garanticen que el requerido pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento. (C.S.J.N. «Manulaki, Andrés Agustín s/ extradición 12/5/98. T.321,P.0). Ello por cuanto, resultan sumamente fundados, tal cual lo expresa la defensa, los temores del requerido de ser trasladado a la ciudad de Colonia. También es cierto que existen motivos suficientes para sospechar que el requerido ha sido objeto de violaciones a sus derechos y garantías internacionalmente reconocidas, en el proceso penal por el que se lo requiere. Las aseveraciones del nombrado respecto a las varias «persecuciones» en relación al caso Trigo que ha sufrido con anterioridad en su estadía en el Uruguay, fueron corroboradas tanto por su esposa como por su hermana. Cierto es que las mismas guardan una estrecha relación sentimental con el requerido, pero sus aseveraciones que coinciden en un todo entre ellas, y con las de Hernández Fernández no pueden desestimarse por ello. Todas ellas, se recuerda nuevamente, fueron mientras el nombrado no era considerado imputado en la investigación. En realidad, a la vista actual de los hechos puede asegurarse que, en razón de sus dichos, de los dichos de los testigos, y de la gran cantidad de noticias periodísticas, en donde surgen manifestaciones de diversas personas relacionadas con el caso, Hernández Fernández ya era investigado en el mismo, y como tal se le imputaba notoriamente su participación en el homicidio de Trigo, más allá de lo que informara el Magistrado interviniente. Por ello no puede dejar de sorprenderme que ante la libertad que se le otorgara al nombrado se recepcione este nuevo pedido de extradición, variando notablemente su situación: considerando que tal cual lo expresara el nombrado oportunamente, se lo esperaba en el Uruguay para ser interrogado por el caso Trigo. Éste análisis me surge a la luz del nuevo proceso de extradición, donde ya no son desconocidas las circunstancias referidas por Hernández Fernández en el juicio anterior, pudiéndolas tener ahora como corroboradas. Sin perjuicio de la naturaleza del proceso que nos ocupa, no puedo ignorar que tanto la Constitución Nacional cuanto los Instrumentos de Derechos Humanos de Jerarquía Internacional obligan a las autoridades Judiciales de este país a respetar los derechos en ellos reconocidos y que la violación de éstos en un proceso de extradición podría generar responsabilidad Internacional. La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado en diversas oportunidades que «los tratados y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial internacional sino también como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o ley, con respeto de los derechos humanos» (C.S.J.N. Voto del Dr. Augusto César Belluscio. «Juez de Foz de Iguazú - Brasil s/ pedido de extradición del señor Jorge Américo Arena. 4/5/95, T.318,p.595). Asimismo «los tratados de extradición no constituyen únicamente instrumentos destinados a reglar las relaciones entre los Estados sino que deben ser entendidos como garantía de que ninguna persona será entregada sino en los casos y bajo las condiciones que en ellos se establezcan y; dado que las disposiciones que contienen regulan restricciones a la libertad, su cumplimiento se vincula no sólo con esa garantía constitucional, sino también con las de defensa en juicio y el debido proceso» (C.S.J.N. L.341.XXIV. Liendo Arriaga, Edgardo s/ extradición 30/4/96. T.318,p.0); «los convenios y las leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a una potencia

extranjera sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley; con respecto a sus derechos humanos fundamentales» (C.S.J.N. M.118 XXXIII. «Manulaki, Andrés Agustín s/ extradición.12/5/98. T.321, P.0)». (conf. fs. 911/916vta.)

A fs. 923/931 se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal Federal Dr. Carlos Stornelli, agraviándose de que *«...no existe en el actual juicio de extradición seguido contra Mario Ezequiel Hernández Fernández, ninguna constancia que importe considerar que «existen motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», tal como reza el artículo 8 inciso «e» de la ley 24.767"*.

El Sr. Fiscal sostuvo que *«Más allá de la convicción con la que Hernández Fernández sostiene sus temores a ser extraditado, y la trascendencia pública en Uruguay que ha tenido el asesinato de Andrés Trigo Fonte, advertidas a partir de la lectura las constancias periodísticas aportadas a la causa, no se ha comprobado a juicio de esta parte, la verosimilitud de lo invocado.»*

Añadió asimismo que, aún en la hipótesis sustentada en la sentencia, no se había explicado por qué Hernández Fernández no podría ser extraditado con el resguardo de las seguridades del caso. Señaló además que, a su criterio, no se daban ninguno de los supuestos referidos por los arts. 4, 5 y 8.1 de la ley 25.304; como así tampoco los supuestos del art. 8, incs. a), b), c), d) y/o f) de la ley 24.767. En ese sentido remarcó, que de las constancias presentadas por la República Oriental del Uruguay no era posible presumir que se hubieran vulnerado principios constitucionales, como así tampoco se habían verificado violaciones a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el trámite extraditorio.

El 14 de octubre de 2003, la Dra. María Servini de Cubría concedió el recurso interpuesto (vid. fs. 932).

A fs. 937/940 luce acollarada la expresión de agravios del Sr. Procurador General, Dr. Luis Santiago González Warcalde.

En esa presentación, luego de realizar una reseña de los antecedentes del caso, el Dr. González Warcalde señaló que no existían en autos *«...elementos suficientes para suponer que Hernández Fernández será sometido a torturas u otros malos tratos. Ello sin perjuicio de que, aún en la hipótesis de que existan sospechas en este tenor, el extrañamiento -si bien condicionado- aún puede admitirse.»*

El Sr. Representante de la Procuración General de la Nación enfatizó el hecho de que la República Oriental del Uruguay ha ratificado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a fin de demostrar el compromiso del vecino país con el respeto de los derechos humanos. Luego de realizada esa aclaración, señalaba: *«Ante tan claro compromiso en pos de la plena vigencia de los derechos humanos por parte del Estado uruguayo, no parece razonable otorgar sin más plena credibilidad a la versión del extraditable, sustentada únicamente en algunos recortes periodísticos y en las declaraciones -necesariamente teñidas de parcialidad- de su cónyuge y su hermana.»*

Seguidamente, el Representante del Ministerio Público Fiscal relativizó las informaciones que surgían de los medios periodísticos uruguayos avalando las alegaciones a través de las cuales Hernández Fernández justificara sus temores a ser extraditado. En ese sentido expresó que a la prensa se le admite «...*una mayor discrecionalidad al no pesar sobre ella «el deber de verificar en cada supuesto la exactitud de una noticia...» (Fallos 310:508). De adverso, corresponde a los jueces -por imperio del principio in dubio pro reo- una mayor rigurosidad en el análisis de los elementos fácticos para poder aventurar una imputación concreta contra una persona determinada».*

Luego de reconocer que el mero hecho de que se hubiera reemplazado al fiscal actuante no justificaba la mutación del carácter de Hernández Fernández de testigo de cargo a coautor del homicidio, el Dr. González Warcalde consideró que las constancias remitidas por la justicia uruguaya daban cuenta de la existencia de elementos probatorios que admitirían sustentar dicha imputación.

En dicho sentido remarcó: *«En efecto, conforme surge de las constancias obrantes a fs. 257/415, luego de la nota del juez uruguayo en la otra extradición (cfr. fs. 187 de la causa A-4748, que en copia obra agregada), se produjeron numerosas declaraciones y peritajes médicos, poligráficos y psicológicos, que parecen sustentar la tesis de que Hernández Fernández tuvo algún tipo de participación en el homicidio. Y en nada conmueve a lo expuesto las eventuales observaciones que pueda hacerse a estos elementos de prueba (cfr. fs. 450/454). Estas son cuestiones ajenas a la naturaleza peculiar del proceso de extradición y cualquier observación sobre eventuales deficiencias en materia de prueba o subsunción, deben ser ventiladas en el proceso que se le sigue en aquél país (doctrina de Fallos 169:144; 301:996; 318:373; 319.2557; 320:1775; 322:1564). En síntesis, contrariamente a lo alegado por Hernández Fernández, el último pedido viene a confirmar la seriedad de ambos requerimientos. En efecto, si en el otro proceso de extradición se intentó sembrar la sospecha de que al pedido subyacía la intención de someter al extraditable a proceso por el homicidio de Trigo Forte, esta extracción -fundada, precisamente, en esos hechos- viene a confirmar que aquella hipótesis era falsa, desvaneciéndose la tesis de que el primer pedido sólo constituiría el objeto de aquélla extradición: una vez que el magistrado oriental reunió elementos de prueba suficientes para formalizar una imputación contra Hernández Fernández, no dudó en solicitar su extrañamiento en base a estos hechos.»*

Finalmente, y en forma subsidiaria, el Sr. Procurador General propició la entrega del requerido con la salvedad de que, en el caso de comprobarse la verosimilitud del riesgo para la seguridad personal de Hernández Fernández, se disponga la extradición exigiendo al Estado requirente las debidas garantías.

El 11 de febrero de 2004 V.E. decidió correr traslado de la presentación del Ministerio Público Fiscal a esta dependencia. (vid fs. 941).

A su turno, este Ministerio había solicitado una suspensión de plazos merced a que la íntima relación existente entre el pedido de extradición sustanciado en el Expte. CSJN, Letra «H», N° 425, L. XXXVIII; Año 2002, *«Hernández Fernández s/ extradición»* y el que ocasionara la nueva intervención de la suscripta, obligaba a la acumulación por conexidad de ambos expedientes. Añadí que, sin perjuicio de la solicitud de conexidad, resultaba imperioso contar con la totalidad de las actuaciones a fin de cumplir cabalmente con el cargo oportunamente asignado por V.E. (ver fs. 942/vta).

A fs. 943 esa Digna Corte ordenó se proceda a la acumulación de los expedientes nombrados en el párrafo anterior y dispuso una nueva vista al Sr. Procurador General y a esta Defensa Oficial.

Al momento de contestar la vista conferida el Dr. González Warcalde, consideró que la nuevas constancias aportadas por esta defensa -particularmente la noticia de la prensa uruguaya que da cuenta de la captura del supuesto autor del homicidio de Trigo Fonte- no resultaban suficientes para inferir que no persistía el interés por la extradición de mi asistido. Asimismo, recordó que *«...aún si V.E. concede la extradición, nada obsta a que a posteriori el Poder Ejecutivo constate si subsiste el interés por la extradición y, en su caso, emita su decisión final rechazándola (artículo 36 de la ley 24767).»* (vid. fs. 944).

III. CONSIDERACIONES DE FONDO

Como ya se señalara, la Dra. María Servini de Cubría denegó el pedido de extradición de Hernández Fernández por entender que, «...*existen 'motivos fundados' para sospechar sobre los riesgos y tratos a los que podría ser sometido Hernández Fernández..*»

La reseña del caso, transcripta extensamente en el apartado anterior, me exime de ahondar aquí en los antecedentes de los sucesivos pedidos de extradición cursados desde el vecino país.

Por lo mismo, no me extenderé en la reiteración de la jurisprudencia internacional citada en ocasión de contestar el primer pedido de extradición cursado desde la República Oriental del Uruguay, avalando la posición sustentada por esta defensa y por la propia magistrada *a quo.* Remito, en consecuencia, a las consideraciones expuestas a fs. 363/373vta., 405/vta. y 416.

De este modo, me avocaré a controvertir las consideraciones expuestas por la Procuración General de la Nación, en el entendimiento de que ninguna de ellas conmueve la decisión adoptada en anterior instancia.

Se sostiene, reafirmando el interés por la extradición, que no existen elementos suficientes para suponer que mi defendido será sometido a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes, y que, a todo evento, corresponde el extrañamiento, «*-si bien condicionado-*»

Dos observaciones se imponen sobre este tópico.

Tanto en el orden interno como -sobre todo- en el orden convencional, el grado de sospecha requerido como óbice a la remisión se ajusta a los postulados del principio *pro homine.* En efecto, en tanto a nivel interno se hace alusión a la existencia de «*motivos fundados*» (art. 8, inc. «e» de la ley 24.767) en el plano convencional alcanza para negar la extradición, la existencia de «*razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura* (art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Vuelvo a insistir aquí -retomando el criterio sustentado en el anterior memorial- que la Convención utiliza la forma potencial para abrigar la «creencia» de la existencia de «peligro» de que la persona sea sometida a tortura (terminología que, en última instancia, está cristalizando una hipótesis que bien podríamos denominar como «peligro de peligro» y que guarda un estrecho paralelismo con la constitucionalmente cuestionada estructura de los delitos de peligro abstracto, bien que invirtiendo los términos de la ecuación), sin otro requerimiento.

Es evidente entonces que la alegada insuficiencia de las razones aducidas por la Magistrada actuante no pasa de ser una mera afirmación dogmática, que invierte el criterio normativo con arreglo al cual debe resolverse el caso.

En segundo lugar, el repaso de esa normativa es suficiente para descartar la petición subsidiaria de la contraparte.

Obsérvese, en este sentido, que la previsión del art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece un óbice absoluto al extrañamiento, inconciliable con la pretensión de entrega *«condicionada»*.

Cabe destacar, en el mismo sentido, que la pretensión del recurrente no sólo no se ajusta al precedente sobre cuya base fue formulada sino que se aparta, en buena medida, del criterio sustentado por la propia Procuración General de la Nación en otros casos similares.

Observo, en el primer sentido, que el supuesto de hecho resuelto en Fallos 322:507 en modo alguno avala la petición subsidiaria del recurrente.

En efecto, en el caso comentado (citado por la suscripta en el memorial agregado a fs. 363/373vta., con particular énfasis en el voto del Dr. Fayt, Considerando 11), el justiciable era requerido a los efectos del cumplimiento de una sentencia firme, situación que difiere radicalmente de la que toca resolver aquí, en la que los tratos incompatibles con la Convención podrían tener lugar en el marco de un proceso en el que se han denunciado múltiples irregularidades y en el que las hipótesis de cargo van variando periódicamente y con ellas, el universo de personas imputadas (elocuentes en este sentido son las informaciones barajadas en el curso del presente año, que dan cuenta de las diligencias cumplidas en torno al principal sospechoso del homicidio investigado en el país vecino, así como de la investigación abierta en la Corte Suprema de Justicia uruguaya en torno a la actuación de otro magistrado de ese país).

Si bien la suscripta aludió al precedente en cuestión en el anterior memorial, lo hizo procurando controvertir las apreciaciones vertidas en la primera decisión adoptada por la Dra. Servini de Cubría -solución que reviera en la resolución puesta aquí en crisis por la Procuración General- en la cual consideró ajenas al trámite extraditorio las alegaciones expuestas por mi asistido en ejercicio de su defensa material.

En el segundo de los sentidos señalados, tengo para mí que, contrariamente a lo sostenido aquí, en el dictamen emitido en Fallos 324:3484 fue el Dr. González Warcalde quien se expidió acerca de los alcances de la prohibición contemplada en el art. 8, inc. e de la ley 24.767, que supeditó a la existencia de «...*elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente...*».

Esta idea engarza -y a un tiempo contrasta nuevamente- con otro cuestionamiento opuesto al decisorio en crisis.

Recordemos que, según sostuvo el recurrente, la República Oriental del Uruguay ha ratificado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; de ahí que, sostuvo, *«Ante tan claro compromiso en pos de la plena vigencia de los derechos humanos por parte del Estado uruguayo, no parece razonable otorgar* ***sin más plena credibilidad*** *a la versión del extraditable, sustentada únicamente en algunos recortes periodísticos y en las declaraciones -necesariamente teñidas de parcialidad- de su cónyuge y su hermana.»* (el destacado me pertenece.)

Sin dejar de insistir en que ninguna de las cartas internacionales demanda un estándar siquiera compatible con el de la *«plena credibilidad»* (tal como -insisto- lo reconociera el propio recurrente al dictaminar en otros casos similares), lo cierto es que en modo alguno puede insinuarse que resulta determinante, para la dilucidación del presente caso, el compromiso internacional asumido por el Estado requirente ante la Comunidad Internacional.

De hecho, si fuera cierto que a los efectos de establecer eventuales violaciones a los derechos humanos bastara con verificar si el estado denunciado es signatario del instrumento en particular, carecería de sentido el simultáneo sometimiento a la jurisdicción de los organismos con competencia para la determinación de eventuales responsabilidades.

La verosimilitud de las alegaciones del justiciable se ha visto decisivamente confirmada con la puesta en marcha del segundo proceso extraditorio, mecanizado, como bien lo señala la Sra. Juez Federal, a raíz de la puesta en libertad de Hernández Fernández. No es osado afirmar que, si la extradición se

hubiese concedido -tal como efectivamente ocurrió- pero se hubiese mantenido al requerido privado de su libertad, ninguna nueva petición se hubiese perfeccionado.

Cabe aditar que, si bien el recurrente pretende relativizar el valor la de información periodística recabada, lo cierto es que ha sido el propio estado requirente quien se ha encargado de confirmarla, al librar el segundo pedido de extradición.

El Dr. González Warcalde sostiene que, en rigor, el nuevo requerimiento se justificaría en la existencia de nuevos elementos de juicio. En este sentido remarcó: *«En efecto, conforme surge de las constancias obrantes a fs. 257/415, luego de la nota del juez uruguayo en la otra extradición (cfr. Fs. 187 de la causa A-4748, que en copia obra agregada), se produjeron numerosas declaraciones y peritajes médicos, poligráficos y psicológicos, que parecen sustentar la tesis de que Hernández Fernández tuvo algún tipo de participación en el homicidio.»*

Sin embargo, la compulsa de los elementos de juicio señalados por el representante del Ministerio Público Fiscal, lejos de abonar la tesis de la participación de mi asistido en los hechos, reafirma las objeciones constitucionales opuestas a su extrañamiento.

Baste pasar revista a los elementos de juicio que, según sostiene el recurrente, provocaron el nuevo pedido:

-Fs. 686 (fs. 257, según la foliatura original): Ángel Carro, funcionario policial, se refirió a un encuentro con Karina Carro, poco después de ocurrido el homicidio, sin realizar otras consideraciones;

-Fs. 690/694: testimonios del apartamiento de la fiscal interviniente y de la asunción de su sucesor, quien, en su primer dictamen (v. fs. 693) requirió distintas medidas periciales;

-Fs. 695/696vta.: declaración testimonial de Cristina Leticia Rossi Ojeda. Más allá de que la testigo no hizo ninguna referencia a mi asistido, su relato viene en todo caso a corroborar la hipótesis de trabajo sobre cuya base se rechazara la extradición de Hernández Fernández. Y es que, refiriéndose a una conversación mantenida con el padre de un joven detenido en el marco de la investigación en curso en Uruguay, señalaba: «*Yo le dije que Tabi no iba a matar* (sic) *a Andre* (sic) *y el me dijo que vos sabes que andan buscando un culpable... Que me dijo Tabi que le habían pegado en la comisaría de Riachuelo y le refregaban la foto de Andrés en la cara.»* (conf. fs. 696, líneas 7/8 y 26/27)

-Fs. 703/753vta.: copias de actuaciones administrativas sustanciadas hacia el año 1995. Cabe consignar que el homicidio de Trigo Fonte tuvo lugar el **17 de agosto de 1998**.

-Fs. 755/767: testimonios del legajo personal de mi asistido en ocasión de su desempeño como policía.

-Fs. 770/773vta.: actas de trascripción de conversaciones telefónicas mantenidas por mi asistido hacia el mes de **octubre de 1998,** es decir, mucho tiempo antes del primer pedido de extrañamiento por parte de las autoridades uruguayas.

-Fs. 774/795: constancias del examen pericial realizado «*con el polígrafo Lafayette-Ambassador».* Este examen -expresamente mencionado por el Dr. González Warcalde entre las pruebas que, según su criterio, explicaban el cambio de criterio adoptado por la justicia uruguaya en punto a requerir la extradición de HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ por el homicidio de Trigo Fonte- se había enderezado, paradójicamente, antes que a establecer la participación de mi asistido, a dilucidar la de Hugo Peralta, Karina Carro y Ricardo Miñón.

-Fs. 796/814: obran agregadas las pericias semiológica y de análisis del discurso practicadas sobre Karina Carro, Ricardo D. Miñón, Luis R. Fripp, Hugo Pereira,

Stella del Cerro, Gilma García, Miriam Banegas, Rubén D. Ortiz e Ignacio Bertolino. Cabe consignar que ninguna de las conclusiones obtenidas supone un avance por sobre la información barajada hacia el año 2000, es decir, a la época en que tuvo lugar el primer pedido de extradición por parte de las autoridades uruguayas.

-Fs. 815/7vta.: obran dos declaraciones testimoniales sin referencia a mi asistido.

-Fs. 818/821: informe médico legal; cabe consignar que de sus conclusiones se desprende que no puede determinarse el calibre exacto del arma homicida y, por otra parte, que no se descarta que el autor material del hecho haya sido una mujer.

Es evidente que todos y cada uno de los elementos de juicio consignados eran conocidos por la justicia del país hermano al momento de cursar el primer requerimiento de extradición, extremo que descarta de plano la aseveración del recurrente (procurando explicar los motivos del segundo pedido de extradición) en el sentido de que «*...una vez que el magistrado oriental reunió elementos de prueba suficientes para formalizar una imputación contra Hernández Fernández, no dudó en solicitar su extrañamiento en base a estos hechos.»*

Antes al contrario, sobre la base de esos elementos se robustece la hipótesis sobre cuya base, con sobrados fundamentos, la Sra. Juez de Instrucción que intervino en anterior instancia decidiera no hacer lugar al pedido de extradición, solución que corresponde homologar y, naturalmente, hacer extensiva al requerimiento originariamente cursado.

IV. PETITORIO

(...)

OTROSI DIGO: acompaño fotocopias de los siguientes periódicos de la República Oriental del Uruguay: *«Noticias»*, viernes 30/4/04, p. 15; 23/4/04, p. 4; íd., 5/3/04, p. 3; íd. 6/2/04, tapa y pp. 2/3; *«La República»*, 9/2/02, Sec. Justicia, p. 14; *«El eco de Colonia»*, sec. Información, 3/4/04, p. 20; 27/3/04, sec. Información, p. 8; íd., 31/1/04, tapa y pp. 4, 5 y 20; íd. del 21/2/04, tapa y pp. 2/3; *«El país»*, 8/2/04, primera sección, p. 9;. Asimismo se acompañan fotocopias del semanario *«Caras y caretas»*, del 30/1/04, pp. 5/10;

33. Sentencia de la Corte y comentario

La CSJN compartió los argumentos de la defensa en lo atinente a la posibilidad de que Hernández Fernández podría ser utilizado como *«chivo expiatorio» del hecho y que su entrega conducirá a su muerte»* (confr. considerando 12). En ese sentido, y luego de recordar que tanto la República Oriental del Uruguay como nuestro país eran signatarios de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Corte reseñó en extenso las pruebas aportadas por la defensa que daban cuenta de las irregularidades acaecidas en la investigación llevada a cabo en el Estado requirente. Con ese accionar, la CSJN reafirmó su rol de contralor último de las garantías constitucionales y convencionales aún en un trámite procesal proverbialmente regido por el principio del *pacta sun servanda*. El Máximo Tribunal consideró acreditadas *prima facie* las alegaciones defensistas y resolvió -al igual que en Fallos, 330:1961 y en C. 3636, «Cerboni, Alejandro del 6/5/2008»- *«...que -previo a adoptar un temperamento definitivo acerca de la extradición solicitada por la República Oriental del Uruguay- correspondía poner en conocimiento del país requirente las circunstancias puestas de manifiesto por Mario Ezequiel Hernández Fernández* (...) *Ello para que informe acerca de las*

mediadas adoptadas para investigar el cuadro de situación denunciado que habría tenido lugar en el período previo a su ingreso a la República Argentina. Asimismo, a todo evento, constatar si las circunstancias de hecho en que se sustentaba la denuncia efectuada subsisten en la actualidad y, en su caso, especifique las garantías existentes para salvaguardar debidamente su integridad física así como su derecho a la defensa en juicio y al debido proceso, de accederse a su entrega.» (confr. considerando 20). Finalmente, y sin perjuicio de lo apuntado, la Corte suspendió el trámite de las actuaciones hasta tanto recayera una decisión firme acerca del pedido de refugio político oportunamente formulado por Hernández Fernández ante el Cómite de Elegibilidad para Refugiados.

34) A. 2173. XL, *«Aranciaga, Matías Ariel y Fernández, María Luisa s/ solicitud de captura internacional»* (sentencia del 4 de julio de 2006)

PRESENTA MEMORIAL. EXPRESA AGRAVIOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

Que, legitimada activamente en mi carácter de Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vengo en legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, el art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y normas concordantes, a fundar el recurso de apelación interpuesto por el titular de la Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Dolores, Dr. Miguel Ángel Rossi, contra la sentencia del Juzgado Nacional Federal de aquella localidad (obrante a fs. 570/573), en cuanto hizo lugar a los pedidos de extradición de mis asistidos, solicitados por el Sr. Juez en lo Penal de Garantías de la Ciudad de Hernandarias, de la Circunscripción Judicial del Alto Paraná y Canindeyú, República del Paraguay.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

II. 1. Génesis de las actuaciones

El 1° de diciembre de 2003 se hizo presente en la Dirección de Investigaciones en Función Judicial de La Matanza, P.B.A., el Sr. Agente Fiscal Penal de la República del Paraguay, Dr. Manuel Trinidad Colman, quien puso en conocimiento del Jefe de la Delegación, que Matías Ariel ARANCIAGA y Librada FERNÁNDEZ LEZCANO ó María Luisa FERNÁNDEZ LEZCANO registraban mandamiento de aprehensión dispuesto por las autoridades judiciales de la República del Paraguay, en orden al delito de secuestro. Asimismo manifestó que los nombrados se encontraban residiendo en el Partido de La Matanza (confr. acta obrante a fs. 1 y comunicación de orden de detención internacional obrante a fs. 2)

El 3 de diciembre de 2003, luego de realizadas tareas de inteligencia, personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires procedió a detener a mis asistidos (vid. fs. 46/47vta.).

II. 2. La audiencia del Art. 27 de la ley 24.767

El 4 de diciembre de 2003 se realizó la audiencia prevista en los arts. 27 y 49 de la Ley 24.767 con el Sr. Matías Ariel ARANCIAGA, diligencia que **no fue notificada al Sr. Defensor Oficial.**

En la oportunidad, el Sr. Juez Federal de Dolores Dr. Raúl María Cavallini le hizo saber al justiciable que «*...puede designar abogado de su confianza y que*

mientras así no lo haga se le designa al señor Defensor Oficial ante este Tribunal (art. 49 de ley 24.767), quien no se halla presente en el acto pero ***manifiesta que desea ser defendido por el Dr. Ricardo Ghiglione, con domicilio particular en (...); hasta tanto acepte el cargo el letrado designado, se le designa al señor Defensor Oficial lo que así solicita»*** (v. fs. 64; el destacado me pertenece).

Iniciada la audiencia, se lo anotició de los motivos de su detención y de los detalles de la solicitud de extradición, haciendo saber el justiciable que no aceptaba ser extraditado (conf. fs. 64/65vta).

Encontrándose ARANCIAGA en estado de absoluta indefensión técnica, como ya lo señaláramos, la diligencia prevista por la ley específica fue absolutamente desnaturalizada, toda vez que el Magistrado actuante, lejos de limitarse a cumplimentar los recaudos legales, interrogó a mi asistido en los siguientes términos: «*...Manifiesta que la mujer con la que él vive se llama MARIA LUISA FERNÁNDEZ LESCANO. Se le exhibe la fotografía de fs. 14 y manifiesta que se trata de la mujer que se encuentra semiflexionada y a la que se le ha hecho una cruz de tinta azul en el hombro izquierdo. Se le pregunta si puede tener otro nombre esta mujer, dice que el deponente la conoció así. Se le exhibe la fotocopia de fs. 15 y manifiesta que no sabe, que tiene cierto parecido pero para el dicente no es María Luisa Fernández. Se le pregunta si la firma que se observa en la misma fs. 15, la reconoce como de la persona a la que está haciendo referencia, dice que no está en condiciones de decirlo porque nunca la vio firmar. Se le pregunta si la persona puede llamarse LIBRADA FERNÁNDEZ, dice que ello no lo sabe, sólo la conoció por el nombre que diera anteriormente. Se le pregunta si ha escuchado los nombres de MARCELA JOSEFINA ANGENE y de MARLENE ALEJANDRA KONALCZNR, dice que nunca escuchó esos nombres.»* (v. fs. 65/vta.).

A fs. 67/68 luce acollarada el acta que da cuenta de la celebración de la audiencia de los arts. 27 y 49 de la ley 24.767 respecto de María Luisa FERNÁNDEZ LEZCANO.

Tal diligencia, **practicada en las mismas condiciones de indefensión señaladas respecto de ARANCIAGA**, da cuenta de un interrogatorio similar: «*Se le pregunta quién es LIBRADA FERNÁNDEZ LESCANO, manifiesta que se trata de una hermana suya y que la indicación de su hermana en la investigación en Paraguay seguramente deriva de que una casa allanada en el Paraguay a raíz de la investigación, estaba alquilada a nombre de su hermana LIBRADA FERNÁNDEZ. Se le exhibe la fotografía de fs. 14 dice que se encuentra la declarante semiflexionada, el niño que se encuentra de pie es uno de sus dos hijos la otra mujer adulta es una sobrina de la dicente y las dos criaturas restantes también son sobrinas suyas.»*

II. 3. Reseña de las comunicaciones mantenidas entre el Sr. Juez Federal de Dolores y las autoridades del Estado requirente

A fs. 134 se encuentra agregado un informe de fecha 5 de enero de 2004 que da cuenta de un llamado telefónico realizado por el Juez Federal al teléfono celular del Fiscal en lo Penal de la República del Paraguay, Dr. Manuel Trinidad Colman, a fin de *«...determinar el estado en que se halla el trámite sobre el pedido de extradición, sin que se respondiera al llamado por persona alguna, habiendo dejado un mensaje en el buzón de la línea explicando las razones del llamado.»*

Con fecha 6 de enero del mismo año obra un nuevo informe del que surge que el magistrado mantuvo una conversación telefónica con el *«fiscal subrrogante Dr. Alcides Rafael Blanco, quien me comunicó que, enterado del motivo del llamado, se comunicará inmediatamente con el juez de la causa, Dr. Wilfredo Velásquez Ferreira... y hará saber al suscripto sobre el estado en que se halla el trámite de extradición...»* (ver fs. 135).

Debe señalarse que, al momento de las comunicaciones reseñadas, el estado requirente no había formalizado el pedido de extradición respecto de mis asistidos.

El 8 de enero de 2004, el titular del Juzgado Federal de Dolores entabló conversación telefónica con funcionarios de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería Argentina, a los efectos de determinar si había ingresado en esa sede el pedido formal de extradición de la República del Paraguay (ver fs. 146). A fs. 147 obra otro informe en el que el Dr. Cavallini deja constancia de que: *«Comunicado con el fiscal de Paraguay Dr. Blanco, me hizo saber que el señor Juez de la causa le había manifestado que estaba estructurando la presentación para formular el pedido de extradición antes del vencimiento del plazo, y que era su intención no pedir la prórroga de ley.»*

A fs. 179/185 y en anexo separado, se encuentra agregada la documentación enviada por la República del Paraguay, a fin de perfeccionar el pedido de extradición.

II. 4. La citación a juicio. Las incidencias planteadas. Debate y sentencia

El 28 de enero de 2004 se procedió a citar a las partes a las audiencias dispuestas en el art. 27 de la Ley de Cooperación Internacional (ver fs.. 201/vta. y 203/vta.) y al día siguiente se citó a juicio.

A fs. 207/208vta. obra una presentación directa de ARANCIAGA, donde pone de manifiesto distintas irregularidades cometidas por agentes fiscales del Estado requirente durante su detención, y cuestiona las diligencias desplegadas por el juez federal actuante tendentes a lograr la formalización del pedido de extrañamiento.

El 4 de febrero de 2004 el Sr. Defensor Público Oficial Dr. Rossi se presentó ante el Sr. Juez Federal ofreciendo prueba y articulando diversos planteos. En primer lugar, la defensa impetró la recusación del magistrado actuante, en virtud de la parcialidad demostrada al impulsar el perfeccionamiento del pedido de extradición.

En segundo término, solicitó se decrete la nulidad de las audiencias de fs. 64 y 67 en virtud de que las mismas fueron realizadas sin la presencia de un asistente técnico que garantizara el derecho de defensa de los requeridos. Señaló, además, que sus defendidos le habían manifestado que durante su encierro fueron visitados por un letrado de la querella quien intentó influenciarlos para que aceptaran ser extraditados.

Por otra parte, se opuso a la concesión del pedido de extradición por entender que el mismo carecía de una correcta mención de los motivos que permitían sospechar de la participación de ARANCIAGA en la comisión del delito investigado en Paraguay.

Asimismo manifestó que no se encontraba debidamente probada la identidad de su defendida, por cuanto la orden de captura de fs. 31 hace referencia a LIBRADA FERNÁNDEZ LEZCANO, siendo que el nombre correcto de su pupila es MARÍA LUISA FERNÁNDEZ LEZCANO.

El Dr. Rossi se hizo eco igualmente de las manifestaciones vertidas por ARANCIAGA en su escrito de fs. 207/208, ofreció prueba de testigos que habían presenciado el procedimiento de detención de los requeridos y solicitó se remitan oficios a la Embajada de la República del Paraguay, a fin de recabar datos sobre la identidad de Librada Fernández, y a la Unidad N° 3 del Servicio Penitenciario Federal, a efectos de establecer si su asistida había recibido la visita de una persona de apellido Ávalo ó Ávalos (fs. 209/215).

El 5 de febrero el Juzgado Federal de Dolores ordenó la formación de incidentes de recusación y de nulidad a fin de resolver las cuestiones planteadas por la defensa oficial (fs. 218). Lo acaecido en el trámite de estas dos incidencias será relatado en apartados posteriores en aras de una mayor claridad expositiva.

El 9 de febrero de 2004 se presentó ante el Juzgado Federal el Dr. Juan Carlos Fantoni, apoderado del Sr. César Cabral (sedicente víctima del secuestro investigado en Paraguay) solicitando ser tenido como parte querellante, petición que fue resuelta en la misma fecha. A tales fines apuntaba el Dr. Cavallini: *«Si bien ya se ha citado a juicio en esta causa, a fin de garantizar ampliamente el derecho de defensa en juicio, y no tratándose de un proceso común sino especial referido a una extradición, en el que no existe prevista una clausura de la instrucción, habiéndose acreditado los extremos prescriptos por los arts. 82 y 83 del Código Procesal Penal de la Nación, se tiene por parte querellante a César Cabral, actuando por medio de su apoderado...»* (fs. 233).

Contra esta providencia, el Sr. Defensor Oficial interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, en la inteligencia de que el trámite de extradición es un proceso entre Estados y que ninguno de los instrumentos legales aplicables al caso permitía la intervención de un particular (fs. 245/246).

El 15 de julio de este año, en virtud de lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en el incidente de recusación (trámite que, como se señaló, será reseñado más adelante), el Dr. Cavallini, apartado de la causa por el Superior, designó como conjuez al Dr. Lamacchia (fs. 360 del principal).

A fs. 368 se encuentra agregada una presentación del Dr. Lamacchia en la que expresó la imposibilidad de asumir como conjuez debido a que se encontraba en la situación descripta en los incisos 1 y 10 del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación. En consecuencia, el 29 de julio de 2004 designó al Dr. Jorge Salim como conjuez actuante en la causa.

El 2 de agosto de 2004 el Dr. Salim se inhibió para seguir entendiendo en el proceso de extradición, en razón de ser el cuñado del Sr. Defensor Oficial actuante, y designó al Dr. Ochoa (fs. 377). A su turno el Dr. Ochoa, no aceptó la excusación formulada por su antecesor y se planteó la cuestión ante el Superior, a fin de que dirimiera la contienda. Así, el 20 de agosto del mismo año la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió aceptar la excusación propuesta por el Dr. Salim y designar al Dr. Ochoa como conjuez a cargo del proceso (ver facsímil obrante a fs. 404/405).

El 7 de septiembre de 2004, el conjuez Ochoa rechazó todas las pruebas ofrecidas oportunamente por la defensa y fijó fecha de celebración de la audiencia de debate (fs. 411/412). Interesa señalar que entre las probanzas rechazadas, se cuenta aquella dirigida a establecer la identidad de mi ahora asistida. Dicha diligencia –que consistía en prueba informativa- fue denegada en los siguientes términos: «*Encontrándose debidamente acreditada la identidad de Fernández Lezcano como la persona cuya extradición ha sido requerida por el Paraguay, considero que no corresponde prolongar la instrucción con la certificación solicitada por la defensa...»* (v. fs. 411vta.).

El 20 de septiembre de 2004 se llevó a cabo la audiencia prescripta por el art. 30 de la ley 24.767. En la oportunidad asistieron los imputados, el Sr. Defensor Oficial, el representante del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, representada por el Dr. Fantoni, y a la postre separada de tal carácter por el Dr. Ochoa a pedido de la defensa, que planteó el tema como cuestión preliminar (v. fs. 453/4).

Concedida la palabra a la requerida Fernández manifestó su deseo de no ser extraditada a Paraguay «*...pues teme por su vida y la de sus hijos, y que recibió en su lugar de detención en dos oportunidades la visita de una abogada paraguaya de apellido Avalos quien le ofreció que si accedía ser extraditada sólo se le pediría que declarara como testigo en contra de un funcionario policial del Paraguay y que rápidamente quedaría en libertad*».

Tras un breve receso, originado en un mareo momentáneo de mi ahora asistida, ésta ratificó su temor a ser extraditada y, seguidamente, se dio la palabra a ARANCIAGA, quien, tras reseñar las circunstancias en que se produjo su detención, se expidió en términos similares a los expuestos por la primera. Así, sostuvo *«...haber recibido amenazas de personal policial paraguayo que intervino en su detención, como que si lo extraditaban al Paraguay la iba a pasar mal por ser ciudadano argentino, por lo que señala que teme por su vida en caso de ser extraditado y que utilicen torturas en ese país para obligarlo a declarar, refiriendo, asimismo que no advierte en toda la causa cuáles son los hechos concretos que se imputan y que está detenido sin razón, pidiendo que no se lo extradite.»* (fs. 454vta.).

En oportunidad de alegar, el Sr. Defensor Oficial -en ejercicio de la defensa de ambos justiciables- se opuso a la extradición solicitada. Señaló, en primer término, que amén de la confusión verificada en torno a la identidad de su asistida, ésta permaneció arbitrariamente detenida desde el 3 de diciembre de 2003 hasta el 15 de enero de 2004, fecha de formalización del pedido de extradición. Cuestionó, asimismo, la parcialidad evidenciada por el Dr. Raúl María Cavallini cuando no se había formalizado aún el pedido de extradición; señaló que no se encontraba cumplido el requisito contemplado por la ley 25.302 en cuanto a la descripción de los hechos imputados a ARANCIAGA; denunció la vulneración del derecho de defensa como consecuencia de haberse rechazado la producción de diversas medidas de prueba conducentes para probar la improcedencia de la extradición; postuló la falta de debida acreditación de la identidad de la mujer requerida y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, impetró el rechazo del extrañamiento afirmando el riesgo que de él podría derivarse para la integridad física de ambos justiciables. En el acto el letrado solicitó la inmediata libertad de sus asistidos.

Tras una breve suspensión de la audiencia, el 8 de noviembre de 2004, el Dr. Ochoa declaró procedente el pedido de extrañamiento al entender que: *«....encuentra el firmante debidamente verificado en autos la identidad de las personas traídas a juicio, que son aquellas requeridas por Paraguay, y no otras, conforme los datos de identidad acreditados, sin que surjan, por otra parte, razones especiales de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales para la República Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido, como ya lo ha manifestado el Ministerio de Relaciones Exteriores a fs. 179/180. Seguidamente se ha de analizar si se han cumplido con los requisitos exigidos para otorgar la extradición requerida. Así, cabe señalar que el hecho por el que se persigue a Aranciaga y Fernández Lezcano, consiste en la privación de la libertad de una persona para obtener un rescate, conducta que se tipifica como secuestro y que es delictiva en Paraguay, con una pena de prisión que permite la extradición, en el sentido de ser pasible de una cantidad de sanción intermedia mínima de dos años (arts. 1° y 2°, punto 1 del Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Paraguay), sin percibirse excepción alguna de las previstas por el art. 3° de tal normativa, ni ninguna otra que llevare a denegar la extradición. Asimismo, se advierten cumplidos los requisitos que exige el art. 10 del Tratado arriba mencionado, según a continuación de detallará, con la aclaración de que las fojas que se citarán, corresponden al Anexo I que corre por cuerda. Luego de verificado que la solicitud de extradición se ha formulado por escrito y transmitido por vía diplomática, se constata que se han acompañado las constancias requeridas en el:* ***Punto 2, inciso a) del art. 10 de la ley 25302:*** *Se observa que se encuentra justificado el requisito relacionado con la copia o transcripción del auto de procesamiento, prisión o resolución análoga,*

pudiéndose indicar en este sentido los dictámenes y las resoluciones de fs. 3/7, 62, 64/68, 73/74, 77, 79, 80/82 y 85/86. ***Punto 2, inciso b) del art. 10 de la ley 25302:*** *También se cumple con los datos de identidad de ambas personas requeridas, se señala su nacionalidad y residencia e incluso se ha acompañado fotografías de ellos (ver fs. 7, 8, 91, 94 y 99).* ***Punto 2, inciso c) del art. 10 de la ley 25302:*** *Asimismo, se da cumplimiento con la copia y transcripción de los textos legales que tipifican y sancionan el delito, la expresión de la pena, los que establecen la competencia de la Parte requirente para conocer el hecho, y los referentes a la prescripción de la acción (ver fs. 8/14 y 37/57).* ***Punto 2, inciso d) del art. 10 de la ley 25302:*** *No resultan necesarias las seguridades referidas, por no hallarse en juego la pena de muerte o la pena privativa de libertad a perpetuidad.* (...) .***III.*** *A modo de corolario, reitero que la solicitud ha sido formulada bajo los recaudos y extremos previstos por el art. 2 y ccdtes. De la Ley de Cooperación Internacional de aplicación supletoria, con la correcta y adecuada identificación de las personas reclamadas, tratándose efectivamente de las personas buscadas y peticionadas por el país vecino y sin que adviertan* (sic) *ni hayan operado las excepciones a la extradición establecidas por el art. 3 y 6 de la Ley 25.302 y aquellas reguladas por los arts. 8, 10 y 11 de la ley 24.767; las cuales doy por reproducidas en honor a estériles repeticiones.»* (fs. 571vta./572vta. Destacado en el original)

II. 5. El incidente de recusación N° 5100/2

Tal como anticipara, reseñaré, por separado, las incidencias cumplidas durante el trámite de extradición. En este marco, y, puntualmente, en el incidente registrado como 5100/2, el 5 de febrero de 2004, el Sr. Juez Federal -por entonces el Dr. Cavallini- envió las actuaciones a la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (ver fs. 8/9vta. del incidente respectivo) a raíz de la recusación articulada por el Sr. Defensor Federal Dr. Rossi.

El 19 de febrero de 2004, los integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata se entrevistaron con ARANCIAGA (ver fs. 21/22). En esa oportunidad el requerido, según reza el acta realizada, *«....manifiesta que quiere saber porqué no contó con un abogado defensor y le fue preguntado sin contar con esa asistencia. Junto con el Juez se encontraba una persona que no sabe si era un secretario o escribiente, pero que era gordo. En la segunda oportunidad fue atendido por quién es el Secretario. Que le manifestó al Juez que el no tenía nada que ver con esta causa, respondiéndole el magistrado que dicha afirmación se la tenía que dar a un abogado. Que al momento de su detención en el peaje camino a general Conesa se encontraban presentes quien dijo ser fiscal paraguayo de nombre Trinindad Colman, un policía de INTERPOL canoso y uno más petiso que no sabe si era policía paraguayo o de INTERPOL. Que le comunican que lo detienen por tener un pedido de captura, que lo interrogan y lo llevaron al peaje, que se «mete» la policía de la Matanza. Que el policía canoso le pide que le diga donde está una persona que no recuerda su nombre, y que era la persona que buscaban y que podían llegar a un arreglo. Que lo empezaron a amenazar, le dijeron que «era un problema político» y que si colaboraba se iba en libertad. Que querían llegar a través de su detención a la detención de Librada Fernández. Que el dicente le manifiesta que su mujer no era Librada Fernández y le contestan que si colaboraba quedaba en libertad y que si no colaboraba lo amenazaron con sacarle fotos y mostrarlas en Paraguay. Pese a eso le tomaron varias fotos conjuntamente con su camioneta y su pareja María Luisa Fernández. Que le dijo al Juez todas estas circunstancias, que lo habían amenazado y que estaba el fiscal paraguayo en el momento de su detención y como respuesta obtuvo la expresión «eso háblelo con su abogado».*

Ese mismo día, María Luisa FERNÁNDEZ LEZCANO compareció ante los integrantes de la Cámara Federal. Mi defendida manifestó que *«...al juez que atiende su causa* (por entonces, el Dr. Cavallini) *no le tiene confianza, por que cree que hizo llamadas al Paraguay y al teléfono particular del fiscal paraguayo, que es la persona que le tuvo amenazada. Que esas llamadas cree que fueron hechas para avisar sobre el vencimiento de los plazos de la extradición. Que no le otorgó en ningún momento el derecho a hablar con su abogado defensor. Que en ningún momento dejó constancia de las razones por las que no quería ser extraditada: el temor por la vida de sus hijos y la propia, comentándole al Sr. Juez que le vino a visitar al penal de Ezeiza la Dra. Gloria Ábalos, abogada paraguaya y querellante en el secuestro del Sr. Cabral. Le comentó al Juez que esa abogada paraguaya le ofreció allanarse e irse a Paraguay para luego declarar en contra de un Comisario General de Paraguay y de otros policías, aclarándole que no le interesaba su detención, interesándoles sólo atestiguar en contra de estos policías. Que dichas circunstancias no fueron constatadas por escrito por el Juez. Que el juez en ningún momento la visitó en su lugar de detención. Que la abogada la llamó dos o tres veces al penal para saber si aceptaba el ofrecimiento. Que en todo momento los policías paraguayos estuvieron en Dolores, y que le dijeron a sus hijos que si la madre iba al Paraguay la iba a pasar muy mal y le interrogaban a sus hijos por la identidad. Los policías paraguayos les decían «tu madre es Librada Fernández», a lo que les respondía que su madre se llamaba María. Que desea aclarar que Librada Fernández es hermana suya y vive en Paraguay.»* (ver acta de fs. 23/vta.).

El 2 de junio de 2004, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, por mayoría, hizo lugar a la recusación planteada (vid fs. 52/56vta.).

En uno de los votos que conformaron tal decisión, el Sr. Juez de Cámara Dr. Ferro señaló : *«...el Juez a quo parecería haberse interesado sobre el trámite de la documentación respectiva y cabe interrogarse, con qué objeto? Pues su accionar está enmarcado dentro de la norma aplicable para el caso de actuar vencido el plazo sin contar con la documentación para la extradición. El contacto del Sr. Juez de grado se debió, el mismo lo admite, a la materia del proceso y ese motivo concurre cuando se interesó sobre un punto de la extradición o algún aspecto relacionado con la documentación, que más debía preocupar a las autoridades del país extranjero que a un magistrado local; se ha emitido una opinión o se ha interesado por algo cuya diligencia o trámite se encarga a otra parte, en este caso -reitero- las autoridades de la República del Paraguay y debo añadir, que ello estaba referido al proceso donde interviene el Sr. Magistrado a quien se recusa.»*

Por su parte, el otro integrante de la mayoría, Dr. Arrola, sostuvo: *«...tras dar lectura a todo lo actuado, no me queda otra alternativa que compartir, la postura defensista, habida cuenta que, tal lo afirma el Dr. Rossi, aquel magistrado, a través de su actuar, ha evidenciado desconocer la letra y el espíritu de ley N° 24.767 del año 1997, titulada «Ley de cooperación internacional en materia penal» (ver Piombo, Horacio Daniel «Tratado de la Extradición - Internacional e interna», Buenos Aires, Vol. I y II, edit. Depalma, 1998/9). Y así es que, el Juez de Primera Instancia ha ido más allá de la actuación que le correspondía, conforme a derecho, avasallando no solo las funciones del PEN, sino también, aquellas reservadas al Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN, ley 24.946 y arts. 22, 25, 29, 74 y 120 de la ley 24.767), por lo cual resulta adecuado, a mi entender, concluir en el sentido que, ha desarrollado un rol «borderline» al que le está asignado al representante de la parte requirente, olvidando su funciones de Juez, es decir, en el caso respetar la legislación especial y los principios constitucionales vigentes. Que a esta altura creo oportuno recordar que ésta no es la primera vez que declaro nulo un decisorio del Dr. Cavallini.»*

II. 7. Incidente de nulidad N° 5100/1

Como también se adelantara al inicio de lo actuado, el Dr. Rossi dedujo distintas nulidades, cuyo detalle ocupa este apartado. El Sr. Defensor Oficial cuestionó la regularidad de lo actuado por considerar que se violó el derecho de defensa, al incumplirse la notificación de la realización de la audiencia prevista en el art. 27 de la ley 24.767 y que, fruto de esa vulneración, se verificaron otras irregularidades, entre las que señaló la extralimitación del juez de la causa respecto de las indagaciones que le estaba dado realizar en el contexto propio de aquél dispositivo legal.

Tal embate fue resuelto por el Dr. Cavallini el 11 de febrero de 2004. El magistrado sostuvo que: *«1). No concuerda con la realidad lo aseverado por el defensor; lo que prescribe el art. 27 inc. d., es que el imputado puede manifestar su deseo de ser extraditado, previa consulta con la defensa, que no significa que tenga que ser en esa misma oportunidad, en la que en todo caso se le debe comunicar al acusado sobre su derecho a tener un abogado, que no es lo mismo que éste deba estar en esa audiencia -que no es para indagatoria-, en la que además se exige claramente cumplir con el resto de los requisitos del art. 27. La postura del señor defensor es implicativa de un indebido incumplimiento por parte del juez de llevar a cabo esa audiencia como lo prescribe el art. 27, cayendo entonces por incorrecta la tesis expuesta. Y de hecho, se le ha comunicado por algo, y como lo prevé la ley, que puede reservarse la respuesta para más adelante, y que con precisión se le ha dado a conocer en ese acto. Es justamente para que se tenga tiempo de elaborar una cuestión de trascendencia para la persona, y con su abogado de confianza. Desde el principio así sucedió, como surge de la primer audiencia. Y también de la segunda audiencia. En este último caso incluso, se les ha entregado a los dos acusados copias de las partes pertinentes del pedido de extradición, expresándose en forma concreta sobre su negativa a ser extraditados y estar a las resultas del juicio. Y desde el comienzo de este proceso, pudo haberse manifestado cada uno de los imputados sobre tal punto de la conformidad, con suficientes oportunidades para ello, e incluso podrían hacerlo en el futuro, en cualquier momento, sin necesidad que tenga que ocurrir en las audiencias celebradas conforme la previsión legal (ver art. 28 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal). No se comprende entonces de qué modo se ve coartada tal posibilidad de defensa como se expresa por el incidentista, porque en ninguna circunstancia se ha limitado «la previa consulta» relacionada con la cuestión de la conformidad para ser extraditado, hallándose ambos detenidos siempre al alcance de las defensas.* ***También, como lo sostiene la querella, sería de imposible cumplimiento, porque es en esa audiencia en la que se le insta a designar defensor, sin que se comprenda en consecuencia cuál es el incumplimiento que se señala****. 2). El señor defensor está notificado en forma legal, como surge de fs. 186 y 193, para el caso de Aranciaga. Para el caso de Fernandez Lezcano, ésta designó al Dr. Rossi en la propia audiencia convocada a fs. 201, de donde no se percibe cómo habría de evitarse la celebración de la misma, que es para cumplirse con las exigencias del art. 27 de la ley de Cooperación Internacional, y que no puede obviarse porque no es optativo ni faculta al juez para ello, a pesar de la cita de un caso de este mismo tribunal en sentido contrario. Vale también para este capítulo, lo expresado anteriormente sobre el imposible cumplimiento de lo exigido por el señor defensor, y a pesar de la cita de un caso de este juzgado. 3). No existe inconveniente en que las personas sean preguntadas por la identidad de cada una, que es en su propio beneficio, porque uno de los puntos medulares a resolver por el juez en el proceso de extradición, es si se está frente a la persona correcta en cuanto sea la requerida y no otra (ver art. 29 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal). 4).*

Resulta evidente que la audiencia que se impugna no es la única vía que se tiene para exponer razones de oposición para la extradición, pudiéndose hacer en el desarrollo de todo el proceso, por eso la ley prevé la reserva de la respuesta para más adelante (art. 27); puede hacerse asimismo en el juicio, y ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación. 5). Que no se han señalado en las audiencias, manifestaciones de los comparecientes. En el acto de esas audiencias, sin polemizar sobre si ha dicho o no lo que se expresa en el escrito, no es cualquier manifestación del imputado lo que debe dejarse asentado; la ley es clara al respecto, al mencionar «...que se dejará constancia de sus manifestaciones respecto del contenido de la solicitud de extradición...», no de temas dispersos o que no hacen a lo medular de la disposición. En la primera audiencia, no había solicitud de extradición alguna. En la segunda oportunidad, nada dijeron los detenidos sobre el contenido de la solicitud de extradición; justamente en la audiencia se le entregó copia de las partes pertinentes de esa solicitud, para que pudieran estudiar su contenido, de difícil concreción en la audiencia. Surge por el contrario, un especial debido respeto a la defensa de cada uno de los imputados, al habérseles entregado material del expediente, como acto no previsto en la legislación. 6). Finalmente, es clara la ley en cuanto a que no debe discutirse sobre la existencia del hecho o la culpabilidad del acusado (art. 30). Si bien la referencia está prevista para la etapa del juicio, carecería de sentido que pudiera discutirse antes del juicio, como lo afirma la defensa y no pudiera volverse sobre tal cuestión en la etapa más importante del proceso, vedada expresamente por la ley. De tal afirmación, se deriva sin esfuerzos que el planteo no debe prosperar al no concordar con las prescripciones de la normativa. El inciso c. del art. 27 indica manifestaciones respecto del contenido de la solicitud de extradición, que no es el hecho en sí ni su discusión, sino las cuestiones formales del pedido o de su contenido, que no tiene nada que ver con el suceso o su autoría.» (la negrilla me pertenece).

El Dr. Rossi interpuso recurso de apelación contra ese decisorio a fs. 21/22.

El 2 de junio de 2004 la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata rechazó el remedio procesal intentado por la defensa. La mayoría de ese Tribunal sostuvo que: *«...debemos colegir que el Sr. Juez de grado ha dado adecuado tratamiento al punto en su resolución apelada, que coincide con lo sucedido en estas actuaciones en donde en dos oportunidades diferentes se ha dado posibilidad a los indicados en el pedido de extradición a designar su defensor en ocasión de hacérseles saber el motivo de su detención e informarse del contenido concreto del pedido de extradición formulado por el Juez Penal de la República del Paraguay. Acerca de la previa notificación de las audiencias antes referidas, cabe remitirse a las constancias agregadas a fs. 186 y 193 de la causa principal como la propia audiencia de fs. 201 donde se propone por parte de Fernández Lezcano al Sr. Defensor Oficial para la asunción de la defensa en este proceso, con lo que tampoco se dan las condiciones para anular el proceder en tal sentido. En lo relativo a la indagación a Aranciaga sobre la identidad de otra persona detenida y la exhibición de fotos, debe destacarse que el Sr. Juez a (*SIC*) procedido conforme la normativa aplicable intentado individualizar debidamente a la persona detenida, por lo que las interrogaciones respectivas fueron dirigidas a tal fin y enmarcadas dentro de las facultades que confiere la ley aplicable (ver art. 29 ley 24.767). Por último, en lo relativo a la posibilidad que tiene el indicado de extradición de formular las razones de oposición al pedido extraditorio, cabe señalar que las mismas pueden ser expuestas a lo largo de todo el desarrollo de este proceso e inclusive ante la instancia administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación, por lo que no se ve de tal modo afectada la defensa en juicio que se dice haberse lesionado con tal proceder, al igual que al*

consignarse las manifestaciones de los declarantes en las respectivas audiencias, puesto que éstas tienen un solo objetivo referido al contenido de la solicitud de extradición.» (ver fs. 29/vta.).

Por su parte el Dr. Arrola, refirió en su disidencia que: *«Habiendo pasado revista a lo actuado concluyo que, le asiste razón al peticionante pues se han violado, efectivamente, las previsiones legales mentadas por el art. 27 y concs. de la ley N° 24.767 en cuanto a darle a los encausados la posibilidad de asistencia concreta de un Defensor, así como por habérseles interrogado más allá de lo posibilitado por los textos legales en un procedimiento tan especial como el que nos convoca. Que tal lo he recordado en el incidente de recusación, promovido con respecto a los mismos actuados principales, creo oportuno recordar que ésta no es la primera vez que declaro nulo un decisorio del Dr. Cavallini.»* (confr. fs. 30).

Debo señalar, llegados a este punto, que los votos del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Ferro en ambos incidentes (el de recusación y el de nulidad) son absolutamente contradictorios.

En efecto, en el primero de ellos cuestiona severamente la actividad del Sr. Juez Federal Dr. Raúl María Cavallini, lo reputa parcial y postula la aceptación de la recusación planteada conformando así la mayoría. En el segundo adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara Dr. Alejandro Osvaldo Tazza (minoría en el incidente de recusación) y rechaza la nulidad impetrada por la defensa.

Ahora bien, aún cuando los motivos invocados por el Dr. Defensor Oficial para reclamar tal sanción procesal fueran la violación del derecho de defensa y no la parcialidad del juzgador, va de suyo que si el Dr. Ferro estaba reconociendo en resolución de la misma fecha la parcialidad del Sr. Juez Federal de Primera Instancia y admitiendo críticas a su labor, íntimamente ligadas a los motivos de la nulidad, la mínima coherencia exigible a un magistrado le imponía pronunciarse como lo hiciera su colega Dra. Graciela Arrola. Es más, ésa y no otra es la solución lógicamente válida **si advertimos que las peticiones del Sr. Defensor constan en un solo escrito (ver fs. 1/7vta. de ambos incidentes) y se hallan insalvablemente imbricadas.**

Sin embargo, en una resolución huérfana de todo sustento jurídico, se acepta que los actos llevados a cabo por un juez a quien se reputa parcial son válidos.

II. 8. El recurso de apelación

Retomando el orden cronológico del expediente, vemos que a fs. 576/579vta. se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Público Oficial contra la decisión por la que se otorgaran las extradiciones de ambos justiciables.

La defensa oficial atacó la concesión del extrañamiento en la inteligencia de que el proceso presentaba diversas irregularidades y deficiencias.

El Dr. Rossi señaló, en primer lugar, que el pedido de captura internacional había sido emitido a nombre de «Librada Fernández» y que, en virtud de esa orden, se procedió a detener a «María Luisa Fernández». Indicó que, tal era la falta de certeza sobre la verdadera destinataria de la orden de captura internacional que, en las audiencias -por cierto nulas- del art. 27 de la ley 24.767 (obrantes a fs. 64/65 y 67/68), el juez actuante había interrogado a ambos requeridos sobre la identidad de Librada Fernández.

En segundo término sostuvo que la descripción del hecho por el que se requería el extrañamiento (constancias obrantes a fs. 5 y 8 del Anexo I, así como a fs. 7 del documento 7), no contenía la explicación de los motivos por los que se sospechaba de la participación de ARANCIAGA en el mismo, tal como lo exige la ley de

Cooperación internacional en su artículo 13, inc. d).

Por otra parte, apuntó que el fallo no había contestado las múltiples irregularidades denunciadas, que incluían la realización de llamados telefónicos desde el Juzgado a la Fiscalía de Paraguay, soslayando la vía diplomática impuesta para este tipo de trámites, tendentes a dar impulso a la formalización del pedido extraditorio; la falta de justificación al rechazo de la prueba y al tratamiento de aquellos puntos que ARANCIAGA y FERNÁNDEZ LESCANO indicaron como motivos por los cuales no debían ser extraditados.

Puntualizó el tinte político de los motivos de la extradición así como los temores expuestos por ambos justiciables en torno a sus vidas e integridad física, teniendo en cuenta las irregularidades señaladas.

El Dr. Rossi se agravió de que el conjuez actuante no había hecho lugar a ninguna de las pruebas ofrecidas. Agregó que esas medidas procuraban establecer la verosimilitud de las alegaciones de sus defendidos, en cuanto habían señalado que el motivo del pedido de extradición era lograr su comparecencia ante la Justicia paraguaya para actuar como informantes del hecho investigado.

Añadió que, de haberse otorgado las pruebas requeridas porla defensa, se habrían podido probar los extremos regulados en el art. 8, inc. «e» de la ley 24.767, lo que hubieran obstado de plano al extrañamiento. En esa tesitura recordó lo expresado por FERNÁNDEZ LESCANO en cuanto a que había recibido la visita de la abogada querellante en su lugar de detención. Remarcó que la denegación de los medios de prueba cercenó toda posibilidad de ejercer correctamente el derecho de defensa en juicio.

Recordó además, que en el momento de su alegato en la audiencia de debate, había señalado que el cúmulo de esas circunstancias no hacía más que demostrar la parcialidad del órgano juzgador y la presencia de elementos ajenos al pedido formal de extradición.

Que, en el contexto señalado, al darse comienzo a la audiencia de debate, la defensa carecía de toda posibilidad de probar gran parte de sus alegaciones, fruto de la parcialidad verificada en cabeza del juez que previno, así como de la vulneración al debido proceso.

Se agravió, finalmente, de que ninguna de las cuestiones anteriores haya sido objeto de cabal tratamiento en la sentencia que otorgó la extradición de ambos justiciables.

El 29 de septiembre de 2003, el Sr. Juez concedió el recurso interpuesto (ver fs. 227).

III. EXPRESA AGRAVIOS

III. 1. Improcedencia de la extradición (Art. 8, Inc. «e» de la Ley 24.767; Arts. 1, Inc. 1°, 5, Inc. 2° y 8 Inc. 1; 8, Inc. y 2, Aps. «d» «f» y «g»? CADH; Arts. 2, Incs. 1 y 7 y 14 Incs., Inc. 1; 14, Inc. 3 «d», «e» y «g» PIDCP; Art. 3, Incisos 1 Y 2 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y Art. 18 CN)

No desconoce esta parte que la extradición es un procedimiento de asistencia judicial internacional, cuyo fundamento reposa en el interés -común a todos los Estados- de que los delincuentes sean juzgados y, eventualmente, castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los hechos delictuosos (Fallos 319:510).

Pero también ha señalado V.E. en dicho precedente que ninguna de esos principios habilita a *«...prescindir en absoluto de lo que los tratados disponen en materia de formas con miras a garantizar la seriedad de sus pedidos para salvaguarda de los derechos del extraditado... (Fallos: 267:405)»* (Fallos 319:510, cit., Considerando 7°).

El Sr. Defensor Público Oficial impetró el rechazo de la solicitud extraditoria argumentando que, desde el comienzo mismo del trámite y hasta el dictado de la sentencia, concediéndola, los jueces actuantes cercenaron el debido proceso así como el derecho de defensa de los requeridos en distintas oportunidades.

De la lectura del capítulo de *«Antecedentes»* surge con claridad la existencia de serias irregularidades al momento de celebrar las audiencias previstas en el art. 27 de la ley de Cooperación Internacional, en tanto las mismas fueron llevadas a cabo sin la presencia de abogado defensor. De hecho, la defensa técnica ni siquiera fue anoticiada de la realización de tales actos.

Cabe recordar que la declaración del sujeto pasible de extradición resulta una verdadera indagatoria y por, lo tanto, debe contar con las garantías propias de ese acto procesal.

En este sentido se expresa Piombo al señalar: *«**En rigor de verdad, la declaración del art. 27 traduce una indagatoria**; esto no sólo por las notas arriba señaladas sino porque en dicho acto el sujeto requerido puede manifestar su allanamiento a la solicitud de extradición, lo cual, según sea el régimen normativo aplicable, resulta apto para surtir efectos inmediatos en lo decisorio **y, por tanto, procede que se la rodee de formalidades que garanticen la libre expresión del consentimiento**.»* («Tratado de la Extradición (Internacional e interna)», Vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 262 y 263).

Establecida la naturaleza jurídica del acto, resulta de aplicación la jurisprudencia sentada por nuestros Tribunales en punto a la obligatoriedad de la notificación a la defensa técnica de su realización. Así se expidieron el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 (E.D., T. 153, P. 563); la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala II (J.A., 1994 – II, pág. 629) y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, D. J. 1993-I, pág. 940 (todos citados en *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado,* Francisco J. D'Albora, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 619).

Este mismo autor apunta que *«La falta de información de este derecho configura una nulidad virtual -aunque absoluta- alcanzada por los arts. 18, Constitución Nacional y 167, inc. 3° y 168. Aquéllos tienen la facultad de asistir al acto, pese a que la investigación se encuentre en secreto (art. 204). Si se omitió aclarar al imputado que tenía derecho a contar con la presencia de un defensor, la indagatoria resulta inválida, máxime cuando aquél se encontraba detenido e incomunicado (CCC, Sala VI, J.A., 2000-I, Índice, pág, 178, nro. 49).»* (op. y aut. cit., p. 619)

Y aunque la constatación de que nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta me eximiría de la demostración del concreto agravio causado (tal como lo reconociera puntualmente el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 en la jurisprudencia citada), entiendo indispensable adentrarme en su consideración, no sólo de cara a reafirmar la nulidad propiciada sino, y principalmente, para probar que, fruto de los vicios señalados, se vulneró la garantía de incoercibilidad del imputado, que veda la autoincriminación compulsiva, el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer pruebas de descargo así como la garantía de imparcialidad, con afectación del debido proceso.

Resulta claro que la audiencia realizada en los términos del art. 27 está destinada únicamente a informar al detenido los motivos de su privación de libertad y los detalles de la solicitud de extradición (inc. a); a invitarlo a designar letrado defensor (inc. b); a dejar constancia de las manifestaciones del justiciable *«...respecto del contenido de la solicitud de extradición;»* (inc. c) y, finalmente, a preguntarle si, ***«...previa consulta con su defensor,** desea prestar conformidad a la extradición, informándole que de así hacerlo pondrá fin al trámite judicial...»*

Los limitados alcances de la disposición legal analizada además de reafirmar la naturaleza garantista del acto, revelan que el legislador federal ha sido exhaustivo al requerir la asistencia del letrado para controlar la legalidad de cualquier actividad que pudiera resultar en un menoscabo a los derechos del extraditable.

El repaso de lo actuado durante aquellas audiencias no solo da cuenta de que la instrucción carecía de toda certeza en punto a la identidad de las personas requeridas (cuestión que ha sido invariablemente sostenida por el Dr. Rossi, sin que se diera respuesta alguna a sus reclamos) sino –además- que el Sr. Juez Federal (en una manifestación, de entre muchas, de la parcialidad -reconocida por su Superior- con que se manejó la instrucción) se extralimitó en sus funciones, adoptando el rol de auxiliar del Estado requirente, papel que la ley reserva, en todo caso, al Ministerio Público Fiscal, pero que veda expresamente a quien ejerce la magistratura, de quien se reclama básica y fundamentalmente imparcialidad.

Si bien es cierto que, a la postre, el Dr. Cavallini sería apartado del conocimiento de la causa, **también lo es que** (merced al inexplicable voto del Dr. Jorge Ferro, cuestionado en párrafos anteriores -ver II.7-) **los actos cumplidos con su intervención, evidentemente viciados, mantuvieron plena vigencia, pese a encontrarse alcanzados por los defectos que motivaran su desplazamiento.**

Cabe recordar aquí que ambos justiciables fueron convocados a sendas audiencias ante la Cámara de Apelaciones respectiva, oportunidad en la cual manifestaron que, pese a que le habían comunicado al Sr. Juez Federal las irregularidades acontecidas en el marco del trámite extraditorio y los temores que abrigaban, el Dr. Cavallini nada asentó en las actas labradas en los términos del art. 27 de la ley de extradición.

Interesa destacar que las alegaciones de mis asistidos, enmarcadas dentro de las previsiones del art. 8, ap. «e» de la ley 24.767 y 3, aps. 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, importaron un inequívoco intento por ejercer su defensa material.

Pese a ello, en clara y abierta violación del derecho a ser oído y de ejercer la defensa material, aquellas manifestaciones no fueron plasmadas (a pesar de que, como se señaló, la previsión del art. 27 de la ley 24767 impone al juez la obligación de dejar constancia de toda manifestación del justiciable «*Respecto del contenido de la solicitud de extradición*») mientras que sí se dejó constancia de indicaciones obtenidas en el marco de un interrogatorio prohibido, no sólo a la luz de los taxativos alcances de aquél dispositivo sino -y sobre todo- en virtud de la ausencia de letrado asistente en el acto.

De ahí que el apartamiento del Dr. Cavallini no alcance para sanear los vicios señalados, tanto más cuando, como se verá de seguido, el conjuez designado en su lugar, suficientemente al tanto de las razones por las que se cuestionara la intervención del citado magistrado, lejos de encauzar el procedimiento a fin de ajustarlo a la garantía del debido proceso, no hizo más que agudizar las violaciones perfeccionadas hasta su asunción.

En este orden, debemos recordar que el Dr. Ochoa denegó a la defensa la realización de las medidas probatorias destinadas a determinar la veracidad de las manifestaciones vertidas por ambos justiciables en la audiencia que les concediera la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en el marco de las incidencias deducidas por la defensa.

Conforme con la previsión del art. 8, inc. «e» de la ley 24.767 «*La extradición no procederá cuando ...e) existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes»;* en tanto que, estando a la previsión del art. 3 de la Convención

contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes «1.- *Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.* 2.- ***A los efectos de determinar si existen esas razones las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes,*** *inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.»* (el destacado me pertenece).

Queda claro entonces que la decisión en crisis no sólo volvió a desconocer –como lo hiciera el Dr. Cavallini- las reiteradas manifestaciones de los imputados y de su defensa, impidiendo así a los requeridos ejercer su derecho de aportar pruebas que acreditasen que la extradición se dirigía a compelerlos a presentarse en el proceso pendiente en Paraguay, a riesgo de recibir tratos incompatibles con el esquema de protección internacional de los derechos humanos- sino que, además, desoyó el mandato legal y convencional que impone al Estado Argentino la obligación de determinar, de manera previa, si existe riesgo de que la entrega pueda redundar en el supuesto de violación regulado en el artículo 8 de la Ley de Extradición y 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Cabe apuntar que FERNÁNDEZ LEZCANO informó al Sr. Juez *a quo* la identidad de la abogada que la había visitado durante su detención en el Penal de Ezeiza, quien le habría ofrecido un trato en caso de acceder a ser extraditada al Paraguay y atestiguar en el proceso motivo del pedido de extradición, diligencia fácilmente comprobable con el simple trámite de librar un oficio al penal que alojaba a mi asistida.

En este marco, y como elementos ilustrativos de la verosimilitud de los dichos de ARANCIAGA y FERNÁNDEZ LEZCANO, me permito recordar que la primera detención de los requeridos se produjo por una intervención directa de una comisión fiscal enviada especialmente desde el Estado requirente a tal efecto, y que el Sr. Juez Federal mantuvo, a lo largo del proceso extraditorio, una comunicación constante -e indebida- con el Sr. Agente Fiscal del Paraguay.

A estas circunstancias debemos sumar la insólita presentación en el proceso como querellante del damnificado, por medio de un letrado apoderado, y su, aún más inaceptable designación como tal por el Magistrado actuante.

En ese irregular estado de cosas -donde resultaba indudable el inusual interés por la entrega de los requeridos- las manifestaciones acerca de la intención oculta detrás del pedido de extrañamiento ameritaban, cuando menos, la posibilidad de contar con los medios tendentes a probar la veracidad de tales afirmaciones.

En este sentido cabe recordar lo dicho por V.E. en cuanto a que: *«La especial naturaleza* ***de*** *los procedimientos* ***de extradición,*** *que los diferencia* ***de*** *los juicios criminales propiamente dichos, no puede llevar a la conclusión* ***de*** *que el sujeto requerido no se encuentra amparado por la* ***garantía constitucional de*** *la* ***defensa en juicio****.»* (Fallos: 311:1925).

En el mismo sentido se enrola la doctrina de V.E. en Fallos 324:3484 y 322:507.

En el primer precedente, la Procuración General de la Nación -a cuyos argumentos adhirió V.E.- analizó los alcances de la prohibición contemplada en el art. 8, inc. e de la ley 24.767, distinguiendo aquellas alegaciones que puedan importar *«referencias genéricas»* (en el caso, la defensa había alegado el anormal estado de las instituciones judiciales y carcelarias del Estado requirente), ajenas a la excepción analizada, de aquéllas otras en que «*existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente...».*

En el segundo precedente citado esa Corte afirmó: *«Que en referencia a las torturas y malos tratos denunciados por el requerido a fs. 131, resulta pertinente examinar la cuestión invocada y, en caso de comprobarse la verosimilitud del planteo, disponerse la entrega de Romero Severo en condiciones que preserven su seguridad personal.»* (v. Considerando 9°), en tanto que en el voto del Sr. Ministro, Dr. Fayt leemos: *«11) Que, el inc. e del art. 8° de la ley 24.767 al contemplar la posibilidad de que existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a resultas de la decisión de entrega, constituye la recepción en el ámbito del derecho argentino del principio vigente en el derecho internacional de los derechos humanos conforme con el cual* ***un Estado parte de un Tratado tiene la obligación de asegurar que cumple sus demás compromisos jurídicos de una forma compatible con el resto de los derechos humanos, pues su responsabilidad internacional podría verse comprometida si la decisión de entrega sometiera al sujeto requerido al sufrimiento o al riesgo de sufrir, en el proceso penal extranjero, una flagrante denegación de justicia o un riesgo efectivo (consecuencia necesaria y previsible) de que sus derechos humanos fundamentales sean violados en jurisdicción del país requirente*** *(conf. decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos* ***Soering*** *el 7 de julio de 1989- E.H.R.R.. Serie A, v. 161- y* ***Drozd and Janowsek v. France and Spain*** *el 26 de Junio de 1992- 14 E.H.R.R. 745, Serie A, v. 240- y observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 486/1992 caso* ***Kindler, C. contra el Canadá****, del 29 de julio de 1992 y en la Comunicación N° 469/1991,* ***Charles Chitat Ng. c. el Canadá****, el 5 de noviembre de 1993).»* (el destacado me pertenece).

Si bien es cierto que la verosimilitud de los temores anunciados por mis asistidos no puede reputarse plenamente probada, también lo es que la indeterminación reinante es el fruto de una vulneración más a sus derechos constitucionales. Hubiera bastado que el Sr. Conjuez, en observancia de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino ante la comunidad internacional al firmar la Convención analizada y de la doctrina de V.E., consistente con los principios de aquél instrumento, hubiera otorgado las medidas de prueba ofrecidas por la defensa.

Pero ocurre que el Sr. Conjuez Federal ni garantizó el derecho a ofrecer pruebas, reconocido a favor de los justiciables, ni se avino siquiera a explicar por qué, en las condiciones del caso, se aventaban los temores abrigados por ambos requeridos, cuando la historia del expediente venía corroborándolos en toda su extensión.

Es más, la actuación del Sr. Conjuez Federal no sólo resulta cuestionable a la luz de las previsiones citadas: recuerdo aquí que entre las pruebas rechazadas a la defensa se cuentan aquellas destinadas a determinar, nada más y nada menos que la identidad de mi defendida, es decir, si ella era la persona requerida por la República de Paraguay.

Pese a la importancia de la prueba (tanto es así que, como se vio, el Dr. Cavallini desconoció de plano el principio de incoercibilidad sometiendo a ambos justiciables a un interrogatorio exhaustivo sobre el punto), el magistrado subrogante la rechazó en los siguientes términos: «*Encontrándose* ***debidamente acreditada*** *la identidad de Fernández Lezcano como la persona cuya extradición ha sido requerida por el Paraguay, considero que no corresponde prolongar la instrucción con la certificación solicitada por la defensa...»* (v. fs. 411vta.)

Es decir que, no solo porfió en la práctica -a esa altura acendrada- de soslayar de plano todo viso de debido proceso sino que, emulando a su antecesor, vulneró la garantía de imparcialidad, esta vez, adelantando, *in audita parte,* aquello que

-supuestamente- debía establecerse tras la realización de la audiencia prevista en la ley de extradición, en resguardo de la garantía del debido proceso.

Y es que, si a criterio del magistrado actuante la identidad se encontraba *«debidamente acreditada»* al momento de la citación a juicio ¿qué garantías tuvieron los justiciables de que el juzgador no albergaba idéntica certeza en torno a los restantes requisitos de procedencia de la extradición? ¿qué sentido tenía realizar el debate en estas condiciones?

Vale destacar que es de aplicación al presente caso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citada por V.E. en reciente fallo donde se hace particular hincapié en el valor de la imparcialidad del juzgador: *«27) Que, de acuerdo con el criterio del tribunal internacional mencionado, se ha señalado que en materia de imparcialidad del tribunal lo decisivo es establecer si, ya desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, y siguiendo el adagio « justice must not only be done: it must also be seen to be done» (conf. casos «Delcourt vs. Bélgica», 17/1/1970, serie A, n ° 11, párr. 31; «De Cubber vs. Bélgica», 26/10/1984, serie A, n ° 86, párr. 24).»* («Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa Nº 4302», resuelta el 23 de diciembre de 2004).

Según se ve, las violaciones constitucionales denunciadas se han extendido a lo largo del trámite de la extradición sin que se respetaran, en todo su decurso, las garantías mínimas exigibles para este tipo de procesos.

En el sentido apuntado, a los pronunciamientos del Sr. Ministro Dr. Fayt en su voto en Fallos 322:507, se suman la Comunicación N° 470/1991, Canadá. 18/11/93CCPR/C/48/D/470/1991 (Jurisprudencia) en la que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo «*6.6... **cuando se requiere que un extranjero abandone el territorio por expulsión o extradición, se aplican, en principio, las garantías generales previstas en el artículo 13, al igual que las exigencias del Pacto en su totalidad.** En tal sentido, el Comité observó que el autor, aunque había ingresado ilegalmente en el territorio del Canadá, tuvo amplia oportunidad de presentar sus argumentos contra la extradición ante los tribunales canadienses, inclusive el Tribunal Supremo del Canadá, que examinó los hechos y las pruebas que tenía ante sí y llegó a la conclusión de que la extradición del autor no violaría sus derechos con arreglo al derecho canadiense o al derecho internacional. En este contexto, el Comité reiteró su constante jurisprudencia en el sentido de que no es competente para revaluar los hechos y las pruebas examinadas por los tribunales nacionales. Lo que puede hacer el Comité es comprobar si el autor dispuso de todas las garantías de procedimiento previstas en el Pacto...*» (el destacado me pertenece).

Por otra parte, en la Comunicación N° 539/1993, Canadá. 9/12/94. CPR/C/52/D/539/1993. (Jurisprudencia), el organismo internacional citado apuntó: *«10.3. La extradición en sí misma está fuera del alcance de la aplicación del Pacto (comunicación Nº 177/1981, M. A. c. Italia, párrafo 13.4: «No hay ninguna disposición del Pacto que prohíba a un Estado Parte solicitar la extradición de una persona de otro país»). La extradición es un instrumento importante de cooperación en la administración de justicia, que requiere que no se otorgue asilo a quienes tratan de evadir un juicio con las debidas garantías por los delitos cometidos o a quienes escapan después de que se ha llevado a cabo dicho juicio. **Pero las obligaciones de un Estado Parte en relación con una cuestión que en sí misma se halla fuera del alcance del Pacto pueden existir en relación con***

otras disposiciones del Pacto */ Véanse las decisiones del Comité en las comunicaciones Nos. 35/1978 (Aumeeruddy-Cziffra y otros c. Mauricio, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981) y 291/1988 (Torres c. Finlandia, dictamen aprobado el 2 de abril de 1990). En el presente caso el autor no afirma que la extradición como tal viole el Pacto, sino más bien que las circunstancias particulares relacionadas con los efectos de su extradición plantearían cuestiones en relación con determinadas disposiciones del Pacto. El Comité considera que, en consecuencia, la comunicación no se puede excluir ratione materiae.»*

De hecho, aunque el Pacto de San José de Costa Rica no prevé ninguna norma específica en materia de extradición, la Comisión Interamericana se ha expedido acerca de la admisibilidad de un cuestionamiento similar al aquí analizado (en este sentido v. Resolución N° 31/86, «Reclamación presentada por el Sr. Luis Bertello Masperi», Costa Rica, 23 de septiembre de 1986). Y, si bien en el caso se declaró la inadmisibilidad de la petición, la Comisión llevó a cabo el control que, lamentablemente, debe reputarse ausente en la presente causa, pese a los ingentes esfuerzos del Sr. Defensor Público Oficial en tal sentido.

La magnitud de los vicios denunciados avala plenamente los planteos de nulidad articulados por la defensa durante las etapas previas del procedimiento y opera como causa eficiente para que V.E. revoque la sentencia en crisis y disponga el rechazo de las extradiciones.

En este sentido, de la mano de las violaciones constitucionales verificadas (con entidad suficiente como para coartar la extradición, tanto más si tenemos presente el prolongado lapso que mis defendidos llevan en detención cautelar) hemos visto que la sentencia que se impugna no puede reputarse cumpliendo un mínimo de fundamentación constitucionalmente aceptable.

Y es que, el respeto de los recaudos inherentes a este tipo de trámite ha sido afirmado de manera dogmática, sin que se haya siquiera hecho referencia a las múltiples objeciones introducidas por el Dr. Rossi que, en consecuencia, mantienen plena virtualidad.

Haré referencia, tan solo a título de ejemplo, que vuelve el *a quo* a afirmar que no existen dudas sobre la identidad de los reclamados, pese a que rechazó las pruebas enderezadas a cuestionar tal aserto en torno a mi asistida y no obstante las múltiples objeciones planteadas por el defensor, respecto de las que nada refuta.

Tampoco analizó el Sr. Conjuez Federal las razones en virtud de las cuales se disipaban los temores expresados por ambos justiciables durante la audiencia, en punto a que, de ser extraditados, ambos podrían recibir tratos incompatibles con el art. 8, inc. «e» de la ley 24.7678 y 3 la Convención contra la Tortura.

Sumado a todo ello debe relevarse que la decisión, no sólo es cuestionable por no responder a ninguna de las múltiples críticas esgrimidos por la defensa, sino también por adelantar juicios de valor que, sobre todo en el caso de autos, resultan de exclusivo resorte del Poder Ejecutivo Nacional. En efecto, recordemos que, tras reseñar los recaudos cumplidos, el Sr. Conjuez añadiría: «*sin que surjan, por otra parte, razones especiales de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales para la República Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido, como ya lo ha manifestado el Ministerio de Relaciones Exteriores a fs. 179/180*».

Cabe señalar que la facultad otorgada al Poder Ejecutivo, en los términos del art. 36 de la norma que regula el trámite de extradición, en nada se relaciona con los dictámenes técnicos emitidos por Cancillería al comienzo del trámite administrativo. Sin embargo, en una nueva muestra de arbitrariedad, el Sr. Conjuez

se valió de una evaluación necesariamente precaria y absolutamente desentendida de su objeto de decisión, para justificar una resolución que no dio ninguna respuesta a los tópicos a los que sí se encontraba conminado a elucidar.

En definitiva, la sucesión de violaciones constitucionales verificada a lo largo del trámite es suficiente para probar la improcedencia de la extradición, razón por la cual se impone la revocación de la sentencia en crisis y el rechazo de las extradiciones concedidas con base en un proceso pleno de nulidades procesales cometidas, todas ellas, en perjuicio de los derechos de ambos justiciables.

IV. PETITORIO

(...)

34. A. Sentencia de la Corte Suprema

El 4 de julio de 2006, el máximo Tribunal tuvo por desistido el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el justiciable. Sin embargo, y pese a que ya no contaba con jurisdicción, el Tribunal exhortó a las autoridades del país requirente a garantizar la integridad psicofísica de los justiciables. Así pues y en palabras textuales, apuntó el Tribunal que: «...*en atención a lo manifestado a fs. 606 por Matías Ariel Aranciaga y a fs. 608 por María Luisa Fernández Lezcano y la señora defensora oficial ante este Tribunal a fs. 609, tiénese por desistidos los recursos de apelación concedidos, a fs. 580. Sin perjuicio de hacerle saber al juez de la causa que deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que la entrega y permanencia de los requeridos en el país extranjero se lleve a cabo en condiciones que salvaguarden su integridad. Ello teniendo en cuenta las circunstancias por ellos denunciadas que, más allá de la investigación que se inició en esta sede (fs. 394, 406/410), involucra la participación de funcionarios policiales extranjero*».

Es importante tener presente que la decisión del desistimiento tenía que ver con razones estrictamente personales y que se presentó acompañado de una manifestación suscripta por la defensa oficial. En la oportunidad se señaló que, aún cuando el cúmulo de irregularidades detectadas tornaba imperiosa la intervención de la Corte, la voluntad inequívoca del justiciable de tomar contacto con su familia en el país requirente debía prevalecer incluso por sobre el criterio técnico de la defensa.

Lo interesante de este pronunciamiento es que la Corte, ya sin jurisdicción propiamente dicha, y en una suerte de *obiter dictum*, efectuó una exhortación que, en la práctica, equivalió a un auténtico fallo jurisdiccional, máxime teniendo en cuenta los límites normativos impuestos por el texto de la ley 24.767 que caracteriza el trámite de extradición.

Una vez más, el control de convencionalidad prevaleció por sobre una visión ortodoxa de las reglas procesales. Esta forma de resolución permite poner en crisis cualquier decisión que pretenda que es legítimo coartar derechos subjetivos del justiciable so pretexto de la existencia de óbices procesales.

35) C. 4208. XLI, «Carro Córdoba, Cristian Ramón» (publicado en Fallos, 330:1961)

35.A. El caso

El recurso de apelación fundado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pretendía la revocación de la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de San Isidro, Secretaría N° 7 en cuanto había declarado procedente el pedido de extradición de Cristian Ramón Carro Córdoba formulado por el Juzgado Penal de Garantías N° 4 de la República del Paraguay. En lo que aquí interesa los antecedentes del caso daban cuenta de que en Paraguay se había solicitado la detención preventiva con fines de extradición sobre la persona de Cristian Ramón Carro Córdoba por haberse considerado que había suficientes elementos de sospecha reunidos sobre la existencia del hecho punible: privación ilegal de la libertad.

Durante el trámite recursivo que fue llevado a cabo, Carro manifestó que no prestaría conformidad al pedido de extrañamiento, afirmando en primer lugar su total ajenidad con los hechos que se le endilgaban y en segundo término aseguró que el sistema criminal y carcelario de la República del Paraguay no ofrecía ningún tipo de garantías. En ese sentido manifestó que durante su detención en la Provincia de Corrientes había sido interrogado por funcionarios judiciales del Estado requirente y acompañó fotocopias de que daban cuenta de la repercusión de la detención en los medios escritos de Paraguay y de la Argentina, destacó que lo habían compelido «Me preguntaron, me amenazaron junto a la fiscal Sandra Quiñónez también del Paraguay quien me dio su teléfono..., para que yo les dijera algo, pero yo no tuve nada que ver con lo que preguntaban, hasta por el secuestro de la hija del ex presidente de Paraguay me preguntaron», que aparecían diversas noticias con su nombre: "Desazón judicial por el silencio de Carro Córdoba. La reticencia a declarar de uno de los sospechosos del secuestro de Cristian Schaerer desinfló la expectativa de los investigadores. El fiscal Federal, Oscar Resoagli, dijo que «se esfumó la esperanza». **Ayer Carro Córdoba fue indagado informalmente por fiscales paraguayos que se encuentran en Corrientes**"; "...detenido secuestrador Cristian Carro Córdoba no quiso colaborar con la Justicia paraguaya, manteniéndose en una especie de «pacto de silencio». ...El dato fue confirmado por la fiscal de Paraguay, Cinthia Lovera, quien junto a su colega Sandra Quiñones mantuvo en Corrientes una reunión «informal» con Carro Córdoba, en la que éste se limitó a averiguar hasta que punto está comprometido en las causas penales que ellas llevan adelante... En el Paraguay le adjudican los secuestros extorsivos de la hija del ex presidente paraguayo Raúl Cubas, del empresario ganadero Carlos Llano y del intento de secuestro del padre de Cristian Schaerer" (noticia publicada por el Diario «El Litoral» de Corrientes en su edición del 27 de octubre de 2004); entre muchas otras.

La presentación de la Defensoría, no sólo se limitó a fundar técnicamente el recurso sino que incorporó diversa documentación periodística aportada por Carro Córdoba que daba cuenta de la existencia de torturas sobre personas relacionadas con la causa que generó el pedido de extradición y que fundaba el temor que había expresado Carro Córdoba por su integridad física.

35. B. Sentencia de la Corte

Con el voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi y Maqueda se resolvió declarar reunidos los recaudos de procedencia exigidos entre la República del Paraguay y Argentina. Sin embargo, y con carácter previo a adoptar una decisión final sobre el particular –esto es, en el marco de una sentencia interlocutoria-, resolvió poner en conocimiento del señor juez extranjero los términos de lo resuelto para que en el marco de lo señalado en los considerandos 5° y 6°, se esclarezcan debidamente las circunstancias que allí se señalan y, en su caso, se arbitren las garantías pertinentes.

«*5°) ...corresponde -previo a adoptar un temperamento definitivo acerca de la extradición solicitada- dar noticia al país requirente de las circunstancias puestas de manifiesto por Cristian Ramón Carro Córdoba en el procedimiento de extradición y/o en las denuncias en trámite en jurisdicción argentina. Ello atento a que, más allá de la investigación iniciada en esta sede (fs. 172 vta., 182/194), la imputación involucra la participación de funcionarios policiales extranjeros que habrían participado en la prevención de la causa que sustentó el pedido y -en ese contexto- se asientan los temores del requerido para oponerse a la entrega. 6°) Que con el fin de cumplir con ese cometido, el Tribunal considera aplicable, mutatis mutandi, la regla que el tratado de extradición con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302, fija para recabar información adicional (art. 11). A cuyo fin, las autoridades judiciales argentinas deberán comunicar de inmediato al juez de la causa extranjera lo aquí resuelto acompañando los antecedentes del caso y hacerle saberque dispone de un plazo -que el juez fijará dentro del margen que consagra el tratado- para informar acerca de las medidas adoptadas y/o para investigar el cuadro de situación denunciado. Y, en su caso, garantizar que la entrega y permanencia del requerido en el país extranjero se lleve a cabo en condiciones que salvaguarden su integridad.*»

En disidencia, la jueza Carmen Argibay adhirió a los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal.

36) «Andrey Andréev» (sentencia del 22 de diciembre de 2004, publicada en Fallos, 327:5597)

FUNDAMENTA RECURSO DE APELACIÓN

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

Que en legal tiempo y forma (art. 280, párrafos 2º y 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), conforme la competencia de esa Corte asignada por el art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, N° 24.767, me presento con el fin de fundamentar el recurso ordinario de apelación interpuesto por la defensora de grado contra la sentencia que hace lugar a la extradición de Andréev Andrei Nikolaevich solicitada por la Federación Rusa.

II. ANTECEDENTES DE LA CAUSA. SÍNTESIS

El expediente judicial se originó en ocasión de la recepción por la Secretaría General de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de un requerimiento de extradición de mi asistido (fs. 1/10). A consecuencia del pedido, el «a quo» solicitó su captura (fs. 11).

En tanto se procuraba la aprehensión de Andréev, se recibieron vía Interpol copia remitidas por fax de los recaudos legales que habrían de observarse en este proceso (fs. 16/52). La detención se concretó el día 6 de septiembre de 2001 (fs. 54/62) documentándose la coincidencia papiloscópica entre la persona requerida por la Federación Rusa y el detenido (fs. 68). Finalmente se dio conformidad a lo prescripto por el art. 49 párrafo 1º de la Ley aplicable al caso, acto procesal en el que el requerido negó la imputación y expresó su negativa a ser extraditado (fs. 78).

Ante la imposibilidad de cumplir con la documental necesaria para este juicio en los plazos ordinarios previstos por la ley de rito, a expresa solicitud de la Embajada de la Federación Rusa, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto concedió una prórroga en los términos de la facultad otorgada por el art. 50, Ley 24.767 (fs. 113), cuestión que se tuvo presente por el juzgado competente (fs. 120). Contemporáneamente inspeccionó el expediente, en su materia de competencia, el Ministerio del Interior por la Dirección Nacional de Migraciones (fs. 127/128), dejándose debida constancia en los autos de lo resuelto por esa Autoridad Administrativa (fs. 134/135, fs. 234/236).

Se adelantó la documental, tal y como lo confirma la comunicación de estilo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 144 y siguientes) y se glosaron las piezas en idioma español certificadas por la Representación Diplomática, en espera de la remisión de los originales (fs. 186/219). Superado esto, el juzgado competente comunicó la citación a juicio (fs. 222) y se presentó la Defensa Oficial de instancia (fs. 243/244).

Finalmente se recibió la documentación original con su correspondiente traducción (fs. 247/308). Tras esto último tuvo lugar la evaluación de mérito de las piezas por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 309/310), el que refiere -en cuanto al cumplimiento de lo dispuesto por el art. 13 inc. «c» de la ley 24.767- que no se advierte una fundamentación acerca de la competencia de los tribunales del Estado requirente ni sobre la vigencia de la acción penal que se pretende ejercitar. En punto a la admisibilidad de los elementos probatorios ofrecidos por la defensa, el «a quo» denegó uno de esencial importancia respecto al cumplimiento del principio del debido proceso en la Federación Rusa (fs. 312/312vta.). Seguidamente suspendió el trámite reproduciendo los argumentos del informe de fs. 309/310 (fs. 315), cuestión que confutó el Ministerio Público Fiscal en su presentación posterior (fs. 317).

Asimismo cuenta el expediente con la producción del informe socio-ambiental solicitado por la Defensa Oficial en la oportunidad prevista por el art. 354, Ley 23.984 (fs. 321/326). A su tiempo la Defensora de instancia interpuso recurso de reposición contra la denegatoria de prueba relevante (fs. 332), recurso que mereció la oposición formal del Ministerio Público Fiscal toda vez que sostuvo que el auto que se cuestionaba tuvo sustanciación previa (fs. 334), argumento que hizo propio el juez de grado (fs. 343). A fs. 349 se fijó audiencia de debate aún cuando perduraba la falta de documentación que previamente había motivado la suspensión del proceso de extradición.

Finalmente se adelantó la documentación reclamada (fs. 364/374), la que resultó por último canalizada por la Representación Diplomática (fs. 378/388), conforme nota del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs.389). A fs. 391/398 se encuentra una oposición a la solicitud de extradición de la Defensora de Instancia, a la que me referiré luego toda vez que sus alegaciones han sido objeto del debate conforme lo ilustra el acta respectiva (fs. 399/400). De dicho instrumento también surge la manifestación del extraditando, en cuanto sostiene que la afirmación del Fiscal de Rusia en punto a que en su país ya no se aplica la pena de muerte no es cierta, toda vez que a menudo cambian de criterio sobre el tema (fs. 399vta.).

Durante el curso del debate el Ministerio Fiscal sostuvo que toda la documental cumple con las exigencias de legalidad del Estado requerido y que -en cualquier caso- le correspondería al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto el control sobre el cumplimiento del compromiso. Replicó la Defensa, a su turno, que el compromiso respecto a la no ejecución de la pena de muerte no es suficiente ni puede ser considerado tal, a lo que sumó el escrito antes señalado de oposición que solicitó se acumule al debate, petición acogida favorablemente (fs. 400).

Una vez concluida la audiencia se dictó sentencia (fs. 401/411) en la cual, tras un relato de la evolución del caso y de los hechos objeto de imputación por el Estado requirente, el juez de grado, desarrolló la siguiente fundamentación: a) respecto al tema de la prescripción que había motivado oportunamente la suspensión del juicio, sostuvo que le asistía razón al Fiscal, pues con la documental aportada resultaba claro que las acciones penales emergentes de los hechos atribuidos no se encontraban prescriptas (Considerando V, fs. 407/408); b) afirmó que con los autos «disposición de imputar» y «disposición de imputar como acusado» de fs. 277/279 y 283/297 se encuentra satisfecho el recaudo del inc. «d» del art. 13 de la Ley 24.767, (Considerando VI, fs. 408); c) que no existe inimputabilidad por razón de la edad ni tampoco un supuesto de juicio «in absentia» (Considerandos VIII y IX, fs. 408/408vta.); d) que se supera el mínimo de pena que corresponde a la semisuma legal y se encuentra cumplido el principio de la correspondencia legal de la imputación entre Estado requirente y requerido

(Considerando X, fs. 408vta./409); e) que la oposición formulada por la Defensora Oficial en base al art. 8 «f», Ley 24.767, no es viable en tanto resulta suficiente el compromiso asumido por el Fiscal General Adjunto de la Federación Rusa (fs. 380) toda vez que surge de la documental que existen otras penas que podrían serle impuestas al extraditando, cuestión a la que se suma que el compromiso proviene de un Fiscal y no de un juzgado en atención a lo que surge de la misma pieza, esto es, que el imputado se sustrajo del sumario de modo tal que la investigación nunca pudo pasar al juzgado ruso y ello no puede resentir el compromiso de asistencia, cooperación y reciprocidad que subyacen al instituto de la extradición, lo que sería, según agregó con cita de jurisprudencia de V.E., una carga adicional (Considerando XI, fs. 409vta/410) y, finalmente, f) desechó el argumento de la defensa acerca de la falta de garantías en el Estado requirente por estimar que tal cuestión excedía el objeto del juicio (Considerando XII, fs. 410vta./411). Así pues, declaró procedente la extradición de mi asistido.

La Defensora Pública Oficial Dra. Silvia Otero Rella interpuso recurso de apelación contra la sentencia (fs. 413/417vta.) construyendo los agravios en atención a lo oportunamente dictaminado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, reseñado brevemente, y destacando la improcedencia de la extradición sobre la base del art. 8° incs. «e» y «f» de la Ley 24.767. Introdujo correctamente los motivos que fundamentan la no procedencia de la extradición en razones de orden público, con base en Instrumentos de Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 C.N., C.A.D.H. art. 4, P.I.D.C.P. art. 6.2, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 3° inc. 1°) y acompañó jurisprudencia del Tribunal y doctrina que sustenta sus agravios.

El juzgado concedió la apelación (fs. 418) y, recibidas que fueron por V.E. las presentes actuaciones, se dio intervención a esta Defensoría Oficial a mi cargo (fs. 423).

IIII. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

A) Previo a abundar sobre los fundamentos introducidos por la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. Silvia Otero Rella en su recurso ordinario de apelación obrante a fs. 413/417vta., me ocuparé de una cuestión no abordada explícitamente por la citada magistrada y que hace a la procedencia formal de la extradición requerida.

Adelanto, en el marco aludido, mi convicción de que la solicitud de extradición efectuada por la Federación Rusa respecto del ciudadano Andréev Andrei debe ser rechazada, en razón de que la misma no da acabado cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 13 inc. «d» de la Ley N° 24.767, de aplicación al caso ante la ausencia de un tratado específico que obligue a ambos estados.

En efecto, la norma en cuestión establece que «la solicitud de extradición de un imputado debe contener: «*testimonio o fotocopia autenticada de la **resolución judicial** que dispuso la detención del procesado, con explicación de los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición*» (los resaltados me pertenecen). En el supuesto bajo examen resulta de toda evidencia que no existe «resolución judicial» alguna, ni conforme al sentido que le otorga a tal expresión la ley aplicable al caso, ni a la luz de la interpretación efectuada por V.E. en los antecedentes jurisprudenciales a los que seguidamente aludiré.

En efecto, ni la orden de detención de Andréev ni el libramiento de la solicitud de extradición emanan de una autoridad judicial sino, tan sólo, de un representante del Ministerio Público Fiscal, concretamente, de la Fiscalía de San Petersburgo (fs. 18/19, 186/187 y 275/276), lo que resiente el concepto atributivo de resolución, que

debe permanecer restringido a su condición inequívocamente jurisdiccional.

Sustenta este agravio la jurisprudencia sentada por V.E. en el precedente «Xu Zichi s/ pedido de detención» (X. 2. XXXV, de fecha 4/9/2001) en el siguiente orden de Considerandos, a saber:

«4°) Que como tiene dicho esta Corte, la letra de la ley es su primera fuente de interpretación, y ésta debe llevarse a cabo sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 318: 595, considerando 4° y sus citas).

5°) Omissis (art. 13, inc. «d», Ley 24.767) {...}

6°) Que, a juicio de esta Corte, la norma transcripta es suficientemente clara en cuanto establece que tanto la resolución que dispone la detención del procesado como la que ordena el libramiento de la solicitud de extradición deben revestir el carácter de «resolución judicial» para que sea posible asignarle efectos en la jurisdicción argentina.

7°) Omissis {...}

8°) ... ella no puede ser equiparada a la voluntad jurisdiccional -emanada de un órgano jurisdiccional independiente y no de comisiones especiales o de órganos políticos- que exige la legislación vigente en la República Argentina en resguardo del principio constitucional del debido proceso. La verificación de las formas que garantizan el debido proceso constituye un presupuesto necesario para la procedencia de toda extradición y condiciona el principio de colaboración internacional en materia penal.»

Aún más, no sin compartir los Considerandos 1° a 7°, las disidencias ocurridas en el fallo comentado son contundentes en el sentido postulado por esta parte: *«8°) Que en este orden de ideas, la autorización otorgada por la fiscalía popular resulta manifiestamente insuficiente para considerar cumplido el requisito de «resolución judicial» que exige el art. 13, inc. d, de la ley 24.767 a los fines de la detención y de la solicitud de extradición, pues no se ha demostrado que aquél órgano tenga naturaleza jurisdiccional ...».*

El caso en estudio presenta una situación análoga al precedente citado puesto que quien solicita a la República Argentina, en su calidad de Estado requerido, la extradición de Andréev es -como ya se adelantara- la Fiscalía de San Petersburgo, que remite instrumentos que no pueden ser catalogados de resolución judicial, de modo tal que ya desde los límites del lenguaje normativo la solicitud es improcedente.

Si existe una resolución judicial que ordena tanto la detención como el libramiento de la solicitud de extradición del requerido (opción que, atento las explicaciones brindadas por el órgano acusador en punto al trámite procesal vigente en el estado requirente debe, en principio, ser descartada) la misma no ha sido remitida.

Va de suyo que, en aras a la salvaguarda del debido proceso legal, corresponde tener en todo momento presente que «El Ministerio Fiscal es órgano de justicia, **pero no jurisdiccional.**» (el resaltado me pertenece) (Clariá Olmedo, Jorge, «Derecho Procesal Penal», Tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba (R.A.), 1984, Pág. 22). Por ende, más allá del nombre concreto que se asigne a sus auxiliares en tanto pertenezcan a la órbita del órgano acusador los instrumentos jurídicos que de ellos emanen jamás podrán tildarse de «resoluciones judiciales», ni, por ende, ser encasillados en los claros supuestos del art. 13 inc. d de la ley aplicable al caso.

Adviértase que ya el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en su dictamen incorporado a fs. 309/310 de estos obrados,

señalaba la falencia que apuntamos, aún cuando enderezándola a un incumplimiento del inc. c del mentado art. 13 de la ley 24.767, en función de la falta de fundamentación de la competencia. Tal señalamiento condujo a dictar el auto de fs. 315 suspendiendo el debate, a fin de subsanar el déficit apuntado.

Ahora bien, la respuesta del Estado requirente, que -a juicio del «a quo»- satisfizo sus reclamos, no sólo no subsana el mentado incumplimiento de la fundamentación de la competencia de los tribunales de la Federación Rusa para juzgar el caso, -punto que agotaré en párrafos siguientes-, sino que despeja toda duda con relación al agravio que esta parte puntualiza.

En efecto, a fs. 380 el Fiscal General Adjunto de la Federación Rusa V. V. Simuchenkóv manifiesta: *«... A estos efectos, los organismos de justicia de Rusia llevan a cabo el sumario, y concluido éste, la causa criminal -una vez preparada el acta acusatoria- será cursada al juzgado de Rusia para realizar la instrucción judicial... En vistas de que Andréev A.N. se escapó al sumario, es imposible concluir, en su ausencia, las diligencias previas y cursar la causa al juzgado. Por esta razón el procedimiento ha quedado suspendido temporalmente debido a sus pesquisas... Lo expuesto sirve de fundamento, según el cual, la causa criminal relativa a la acusación del ciudadano de Rusia, Andréev A.N., correrá a cargo de los juzgados de la Federación Rusa...».*

Es cierto, lo expuesto acredita que la causa criminal relativa a la acusación de Andréev correrá en un futuro a cargo de los juzgados de la Federación Rusa, pero también demuestra, más allá de toda duda, que hasta el momento **no intervino en el trámite de la presente rogatoria ninguna autoridad judicial,** sino, tan sólo, integrantes de los organismos de justicia de la Federación Rusa que no despliegan, por ende, actividad jurisdiccional, por lo que mal puede afirmarse que dicten resoluciones judiciales como las que reclama el inciso «d» del art. 13 de la ley 24.767.

Va de suyo que los peculiares argumentos en punto a que la rebeldía de Andréev es el motivo de la falta de intervención judicial, no resisten el menor análisis a la luz de nuestra legislación vigente, toda vez que en nuestro país tampoco se admiten las sentencias dictadas en rebeldía y ello no resulta óbice para que los mandatos de arresto provisorio y los pedidos de extradición emanen de autoridades judiciales (conf. arts. 63 y concordantes de la ley 24.767).

Más aún, si alguna duda pudiera caber con relación a la ausencia de actividad judicial, basta con reparar en el encabezado de las notas obrantes a fs. 192 ó 281 de las que surge que las órdenes de coerción fueron libradas por el Vicefiscal de la Fiscalía de San Petersburgo, Consejero de Justicia N.A. Vinnichenko, mandato este último que por fecha se corresponde, en apariencia, con el original de fs. 253. A mayor abundamiento, a fs. 275/276 luce la traducción de la solicitud de extradición de Andréev (cuyo original corre a fs. 247/248) rubricada por el Fiscal General Adjunto de la Federación Rusa, V.V. Kolmogórov, donde se afirma que quien examina la causa criminal incoada contra mi asistido es la Fiscalía de San Petersburgo, omitiéndose toda alusión a una intervención, aún provisoria, de un magistrado judicial.

Es más, si bien podría inducir a confusión el plexo obrante a fs. 192/3 en la medida en que la traducción daría cuenta de la intervención de un juez instructor (con los reparos que tal supuesta actuación me ofrece a la luz de las explicaciones sobre la operatividad del sistema procesal brindadas a fs. 380, afirmaciones que me llevan a pensar que, más que ante la actividad jurisdiccional de un verdadero juez nos hallamos ante el dictamen de un magistrado adjunto a la Fiscalía) tales dudas se disipan cuando advertimos que N.G. Timofeev se identifica como «Primer

Juez Instructor de la Sección de bandidaje y asesinatos premeditados adjunto a la Dirección de investigación de asuntos de importancia especial. Jurista de III clase».

Pero, más allá de todo lo expuesto, aún cuando V.E. desoyera las fundadas alegaciones de esta parte en punto a que las autoridades de las que emana la orden de arresto no revisten, o, por lo menos, no está probado que revistan, calidad judicial, lo que luce fuera de toda controversia es el hecho de que no existe en autos resolución judicial alguna que disponga el libramiento de la orden de extradición (segundo requisito establecido por la norma legal citada) lo que torna absolutamente improcedente la extradición que se reclama.

Al respecto, V.E., en el precedente «Xu Zichi» antes citado, destacó lo siguiente: *«10°) Que no se trata de la ausencia de un procedimiento jurisdiccional en el Estado requirente, sino de un ejercicio de facultades en etapas que no tienen su equivalente en el procedimiento penal nacional, lo cual conlleva a un defecto esencial en el debido proceso, imposible de soslayar a los fines de la entrega del sujeto requerido...*».

Vale recordar que el Juez Federal interviniente en el caso Xu Zichi dispuso el rechazo definitivo del planteo y que V.E. -por mayoría-, adoptó un pronunciamiento prudencial que de ningún modo autoriza a confirmar lo decidido en la anterior instancia en el sub-judice. Lejos de ello, el precedente robustece la postura sustentada por esta asistencia técnica.

En el mismo orden de ideas, tampoco comparto que en la documental que cabe discutir en este proceso especial de extradición, se encuentren las piezas señaladas como faltantes por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto a fs. 309/310. Concretamente, siempre dentro del marco legal apuntado, la lectura de fs. 277/296, sintetizada en la sentencia atacada a fs. 401vta/407, refleja meramente una imputación carente de todo razonamiento lógico, en orden al proceso inductivo de valoración de pruebas, elemento característico de toda resolución judicial. Sobre el particular apenas se deja leer que se han recogido suficientes pruebas para imputar a Andréev Andrei Nikolaevich en calidad de acusado (fs. 277, 2° párrafo) y, si bien en este juicio de extradición no procede discutir cuestiones relativas al proceso en el soberano Estado de la Federación Rusa (C.S.J.N., Fallos: 42: 409; 150: 316; 166: 173; 178: 81 citados en 311: 1925 y 314: 1132), no es menos cierto que debe acompañarse al Estado requerido una mínima base de prueba general sobre la que se apoya la imputación.

Si los artículos 13 y 14 de la Ley del caso establecen los requisitos que le son exigibles a un formal pedido de extradición y tales exigencias «*se han establecido teniendo en mira las condiciones sobre cuyas bases la extradición se considera procedente y puede ser concedida*» (Cfr. D´Alessio-De Paoli-Tamini, «La nueva ley de extradición y cooperación en materia penal», L.L., diario, 21-5-1997), en el proceso que se eleva a conocimiento de V.E. no hay elementos suficientes como para considerar satisfecho el examen de procedibilidad. Huelga recordar sobre este tópico que desde antiguo esa Excma. Corte ha sostenido que un pronunciamiento denegatorio de la extradición no impide que se reabra la instancia con nuevos documentos y nuevas pruebas, justamente, cuando el rechazo se sustenta en el defecto o insuficiencia de las presentadas (C.S.J.N. Fallos: 42: 409; 91: 440; 108: 181).

Se puede reconocer que en procesos donde rigen Tratados específicos, V.E. ha postulado que estos cuestionamientos, que se enderezan a la discusión de las formas intrínsecas de los documentos acompañados por el país requirente, excederían la naturaleza del juicio (C.S.J.N. Fallos: 61: 129). Pero, en definitiva, ello no hace más que reconducirnos a la primera cuestión, -la ausencia de una

autoridad judicial que haya tomado intervención en el proceso y dispuesto la orden de extradición-, puesto que en tales casos esa Excma. Corte ha encontrado salvado todo obstáculo en la medida en que se hayan acompañado copias de las diligencias del sumario actuado ante un **juez** del Estado requirente (mutatis mutandi C.S.J.N. Fallos: 39: 124, citado en el considerando 6° in re «Carissi Landaburu, Sergio Javier; Bentancourt Trama, Daniel Nicasio s/ extradición», C. 1933. XXXII. 1-7-1997). Reiteramos -una vez más- que en el presente caso tal exigencia no se cumple, lo que torna de aplicación inexcusable la reciente jurisprudencia de ese Alto Tribunal en el antecedente Xu Zichi .

En virtud de las argumentaciones expuestas estimo que las afirmaciones efectuadas por el «a quo» en el considerando VI de la sentencia atacada (fs. 408), en tanto entiende que mediante el testimonio obrante a fs. 281/282 queda cumplido el requisito exigido por el inciso «d» del art. 13 de la ley 24.767, son inexactas y de ningún modo se ajustan ni a la letra ni al espíritu de la norma citada. Es más, la sentencia que se ataca resulta autocontradictoria, ya que luego de afirmar lo precedentemente consignado, a fs. 410 el juez reconoce lo que inequívocamente surge de la documentación remitida: esto es, que las actuaciones labradas contra Andréev nunca ingresaron en los juzgados de la Federación Rusa y que todos los instrumentos que se remitieron emanan de un Fiscal y sus magistrados adjuntos.

Corresponde, pues, que en atención a las alegaciones ampliamente desarrolladas, mantenga el agravio de mi predecesora en la defensa con relación a la falta de cumplimiento de los requisitos estatuidos en el art. 13 inc. «d» de la ley de aplicación al caso.

B) Igual criterio habré de mantener en punto a la violación de los artículos 11 inc. «a» y 13 inc. «c» en todo aquello que hace a la vigencia de la acción penal y a la competencia de los tribunales del Estado requirente. En el ya aludido informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto glosado a fs. 309/310 se advierte de las inobservancias, las que de ningún modo se eliminan con las acotaciones obrantes a fs. 380. Es más, atento el tenor de las mismas, resulta inexplicable que el «a quo» se haya conformado continuando el trámite del proceso que, ante las manifestaciones del citado Ministerio había suspendido (ver fs. 315, tercer párrafo), restando toda importancia a la falta de acreditación de extremos esenciales (ver fs. 349). Al respecto no está de más advertir que el tratamiento oficioso de primera instancia sobre desajustes en la presentación formal no suple sus defectos (C.S.J.N. Fallos: 319: 510 considerando 5°).

C) a) Sobre la prueba rechazada.

Entrando al análisis de los agravios introducidos por la Sra. Defensora Oficial de instancia, cabe manifestar un enérgico rechazo a la denegatoria efectuada por el Juez de grado con relación a la producción de prueba dirimente, consustancial a la naturaleza del juicio de extradición que tratamos.

En efecto, tanto desde el punto de vista sustantivo como formal, en el ofrecimiento de prueba incorporado a fs. 243 vta., punto III, titulado prueba informativa se presenta la Defensa intentando acreditar si se corresponde con el Orden Público de este Estado requerido -en función del principio del debido proceso legal- el actual sistema de administración de justicia e institucional de la Federación Rusa, asunto tratado como «impertinente» por el «a quo» aduciendo que no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte en la materia. Tal decisión, que entorpece injustificadamente el derecho de defensa del extraditable, olvida que es necesario que en el procedimiento se conjuguen al mismo tiempo el interés del Estado requirente y el del imputado cuya extradición se requiere, a quien debe asegurarse un debido proceso en el que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la

procedencia del requerimiento (C.S.J.N. Fallos: 311: 1925 consid. 12°).

El criterio sostenido por el magistrado judicial de grado demuestra que ha privilegiado el criterio de asistencia y cooperación internacional en demérito del debido proceso legal. De hecho, más allá de la naturaleza del juicio, estando en tensión la libertad del requerido y la garantía constitucional del debido proceso, aplicable aún a extranjeros (art. 20 C.N.), es indispensable no sólo que se escuche a nuestro asistido sino que se dé ocasión a éste o a su Defensa para hacer valer sus argumentos.

Corresponde agregar que el «a quo» no sólo desoyó el ofrecimiento de medidas de prueba sino que rechazó el medio de impugnación de la decisión formalmente interpuesto en el ejercicio de su ministerio por la Defensa -fs. 332- utilizando argumentos que V.E. acertadamente ha catalogado como constitutivos de «exceso ritual manifiesto» -fs. 343-**.**

C) b) Sobre la pena de muerte.

Sin embargo, aún sin contar con esta prueba a mi juicio trascendente, estimo que existen argumentos de peso que excluyen la procedibilidad de la extradición impetrada.

La Ley 24.767, art. 8 incs. «e» y «f», excluye toda posibilidad de concesión de la extradición en aquellos casos en que existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y en aquellos otros en que el delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diera seguridades de que no será aplicable. Esta disposición concuerda con el principio que consagra que el derecho penal (derecho constitucional y derecho público del Estado en su aplicación) debe tener un sentido humano, propio de un Estado Democrático y Social de Derecho, principio aceptado pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia contemporánea. (*BverdGE* 20, 331 citado por Wolfganag Naucke, *«Strafrecht eine Einführung»*, 1991, Alfred Metzner Verlag, Juristiche Lernbücker, Bd. 3/4, pp. 97).

Vayamos ahora al análisis del obstáculo para la concesión de la extradición que surge con mayor claridad ante nuestra vista: la circunstancia de que conforme la misma documental remitida por el Estado requirente alguno de los delitos por los que se solicita la extradición de Andréev se encuentra conminado con pena de muerte (ver fs. 303).

Reconoce la doctrina dos panoramas posibles: el primero de ellos abarca los casos en que las penas violatorias de derechos humanos se encuentran conminadas en forma exclusiva, supuesto en el cual el poder judicial del país requirente se verá obligado a imponerlas en virtud del principio de legalidad, y sólo cabe como alternativa el compromiso asumido por el Estado que solicita la extradición, esto es, una formal promesa de indulto que necesariamente habrá de obtenerse por la vía diplomática («in re» «Rosa Candino de Pepe y otros», fallada el 21 de noviembre de 1956 (C.S.J.N. Fallos: 236: 306); «Ernesto Vera Enriquez y otro», decidida el 22 de noviembre de 1979, considerando 7°, C.S.J.N. Fallos: 301: 1075).

Esta hipótesis no sería de aplicación al presente caso ya que, como surge de fs. 303, el delito de asesinato en la Federación Rusa «se castigará con la pena de prisión por un plazo de ocho a veinte años o con la pena de muerte, o la cadena perpetua».

Ahora bien, en este segundo supuesto en el cual el juzgador del Estado requirente tiene un abanico de opciones, ya no resulta necesario acudir al compromiso estatal obtenido por vía diplomática sino que se torna suficiente la promesa formal de no imposición de pena de muerte emitida por el poder jurisdiccional, esto es, por los jueces que habrán de decidir en definitiva.

Coincide con este análisis un reconocido tratadista de nuestro medio cuando señala: *«Tratándose de imputados y hallándose contemplada en la legislación*

que rige el caso la posibilidad de aplicar una pena temporal en lugar de la perpetua o la de muerte, ***bastará con el compromiso asumido por el tribunal ante el cual pende el proceso incoado contra el sujeto requerido****. En el supuesto de imputado procesado por delito cuya única penalidad es repulsada por el ordenamiento constitucional o legal patrio, será la autoridad política con atribuciones para dictar el indulto, la conmutación o la gracia v.gr: ministro de justicia o jefe de gobierno la que debe asegurar que la sanción, en caso de devenir firme o ejecutada, no será aplicada. El mismo temperamento corresponde seguir con los condenados a las sendas clases de penas de que se trata.»* (Cfr. Piombo, H. D., «Tratado de la extradición» T.I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 438.).

Resta entonces analizar si se cuenta en el expediente con el compromiso de no imposición de pena de muerte asumido por el tribunal ante el cual pende el proceso incoado contra el sujeto requerido. Va de suyo que, por las razones largamente desarrolladas en acápite precedente, podemos afirmar que en el plexo en estudio no se cuenta con **ninguna** manifestación del tribunal que decidirá en definitiva la suerte de mi asistido.

En efecto, recordemos que el juez de grado da por cumplimentado este extremo mediante la supuesta promesa que surgiría del cuestionable documento glosado a fs. 380 que permite leer lo siguiente: *«Por cuanto Rusia es firme partidaria de no aplicar la pena capital y de prohibirla, la pena de muerte no será aplicada a Andréev A. N. Durante el último lustro, los autos pronunciados por los juzgados rusos con respecto a las personas condenadas a pena capital, no se ponen en ejecución. Sobre la base del art. 59 del Código de la Federación Rusa la pena de muerte se considera como forma excepcional de castigo y, a título de indulto, podrá ser sustituida por cadena perpetua o pena privativa de libertad por un plazo de 25 años. Dichas circunstancias constituyen una garantía suficiente de que, en caso de la extradición de A. N. Andréev y su condenación por el juzgado de Rusia, no le será aplicada la pena capital».*

Esta misma respuesta, tergiversada por el confundido juez de grado, demuestra acabadamente por qué el pedido de extradición formulado es, por lo menos por el momento, absolutamente improcedente. Veamos que dice el Fiscal General Adjunto de la Federación Rusa V. V. Simuchenkov en el documento que para el «a quo» configura una promesa de la Federación Rusa de que no aplicará la pena de muerte ni otra pena cruel, inhumana o degradante: 1) afirma que Rusia es firme partidaria de no aplicar la pena de muerte y de prohibirla, sin dar razón alguna de sus dichos ni aportar elementos que los acrediten; 2) **admite que los juzgados rusos siguen imponiendo la pena de muerte** para agregar que la misma no se aplica sin aclarar, en momento alguno, que modalidad toma esta no aplicación, es decir, si se los indulta, en su caso qué pena se les aplica, quién los indulta y, fundamentalmente, sin remitir un compromiso del órgano de la Federación Rusa encargado de la tramitación de los indultos en el que tal órgano se comprometa a indultar a Andréev y a imponerle una pena temporal de prisión; 3) se remite al artículo 59 del Código Penal ruso reproduciéndolo en forma fragmentaria ya que omite consignar que, luego de considerar la pena en cuestión como una medida excepcional, la norma dice que podrá ser aplicada «solamente por los delitos de especial gravedad referidos a los atentados contra la vida» y que la única limitación taxativa que el artículo en cuestión impone es en el caso de mujeres, de menores de 18 años y de mayores de 65 años (fs. 371), para luego limitar las posibilidades en caso de indulto a cadena perpetua o a privación de libertad por un plazo de 25 años; 4) culmina afirmando dogmáticamente que las circunstancias reseñadas constituyen una garantía suficiente de que no se aplicará a Andréev la pena de muerte.

V.E. no puede conformarse con una manifestación vacua de un funcionario

que carece de poder como para comprometer la voluntad de un Estado soberano.

Volvamos al punto: existiendo la posibilidad de que el juzgador imponga una pena diferente a la de muerte o cadena perpetua, toda vez que el Código Penal contempla estas posibilidades, debió ser el tribunal que en definitiva habrá de juzgar a mi defendido quien formulara la promesa de limitarse exclusivamente a la imposición de una pena temporal. Si V.E. no compartiere mi criterio y entendiera que, aunque existen otras opciones punitivas, el peculiar sistema procesal de la Federación Rusa impide que en esta etapa se comprometa un tribunal determinado, tal promesa debió ser emitida por la cabeza del poder judicial ruso, comprometiendo de tal manera a todos sus integrantes. O, en el último de los casos, debió exigirse la formal promesa del órgano de la Federación Rusa encargado de dictar los indultos resultando a todas luces inverosímil que tal actividad recaiga en cabeza del órgano acusador quien, por otra parte, no promete nada sino que cuenta lo que hizo en otras oportunidades (sin aclarar cuáles) un órgano al que no identifica.

Es inaceptable la línea argumental del «a quo» que sostiene que es factible eludir el requisito del compromiso del Poder Judicial, toda vez que: «las seguridades sobre la no aplicación de la pena de muerte, serán objeto de un expreso condicionamiento por parte del Poder Ejecutivo en la oportunidad de la decisión final sobre el pedido de extradición» con cita del art. 36 de la norma. Esta posición es insostenible. La ley primero exige que se cumplan distintos requisitos, entre ellos la promesa formal de no imposición de penas contrarias a nuestro ordenamiento legal, y luego, en caso de ser otorgada la extradición porque se cumplieron **todos** estos requisitos, adita -como mayor recaudo- la exigencia de que en la comunicación diplomática de la concesión de la extradición se inserten los condicionamientos prescriptos en los artículos 8, inciso f), 11 inciso e) y 18 de la ley que rige la materia, para que, de tal modo, el Estado que recibe al extraditado se encuentre condicionado frente al Estado requerido y no cambie la promesa oportunamente efectuada.

Pero este recaudo, que hace a las formas de comunicación entre los Estados y a las obligaciones impuestas por sus mutuas relaciones, es un agregado destinado a evitar un ulterior desvío, pero en modo alguno reemplaza el requisito de la promesa anterior ya que, si así lo hiciera, ¿con qué fines iba a establecer el legislador los requisitos del art. 8 inciso «f» de la Ley 24.767? Bastaría la mera exigencia del art. 36 del mismo plexo normativo.

Adviértase, a mayor abundamiento, que el recaudo del art. 36 de la Ley 24.767 sólo engloba uno de los requisitos, el de la no imposición de la pena de muerte, mientras que nada dice respecto a las penas crueles, inhumanas o degradantes, con lo que podríamos afirmar, conforme el razonamiento del «a quo», que en el caso de riesgo de una pena cruel, inhumana o degradante corresponde el compromiso judicial o estatal emanado del requirente para que la autoridad judicial argentina conceda la extradición, mientras que en el caso de la pena de muerte ese requisito desaparece y basta la mera inserción declamativa del art. 36. Como vemos, esta postura no resiste el menor análisis, toda vez que por más graves que sean los supuestos del art. 8 inciso «e», nunca pueden alcanzar la magnitud que conlleva el riesgo de que un ser humano pierda la vida.

A la luz de los criterios expuestos es posible afirmar que la intervención final del Poder Ejecutivo, una vez activado el mecanismo judicial, no puede imponerse por sobre la decisión de V.E. en temas que atañen al orden público y que tutelan garantías establecidas por la Constitución Nacional o por tratados integrantes del bloque de constitucionalidad, donde, como en este caso -por si poco faltara- concurre su rol político-institucional de intérprete final. Si esto es así cuando la intervención de V.E. evita riesgos importantes pero menores -juicios y condenas

in absentia- cuanto más ha de tornarse de aplicación obligatoria en el caso en estudio donde, como se señalara, aparece sin suficiente garantía el derecho a la vida de mi asistido.

La jurisprudencia de V.E. luce sin fisuras en la postura que sustento lo que me lleva a estimar imposible una actitud del Poder Ejecutivo que transite el camino contrario. En esta línea de defensa irrestricta de los derechos humanos ese Alto Tribunal ha sostenido: *«18°) Que la solución adoptada, lejos de atentar contra el principio de colaboración entre estados que es el criterio rector en los trámites de extradición, lo reafirma ya que la realización de los altos fines de la justicia penal instituida en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes se vería frustrada si el Tribunal acudiera a razones extralegales como son las atinentes a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos, para apartarse de su inveterada jurisprudencia consagrada en salvaguarda del derecho humano a la defensa en juicio.*» (C.S.J.N. Fallos: 319: 2557, de la mayoría).

Cabe recordar lo afirmado por V.E. cuando señalara: «*17°) Que la cláusula de «orden público» fue así adoptada por esta Corte Suprema como modalidad para proteger los derechos humanos en trámites de extradición, tal como era de práctica a fines del siglo pasado según señala Pascuale Fiore («Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición», págs. 333/334, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880). Y ello así porque de acuerdo con el sistema de organización constitucional y legal argentino, a diferencia de otros regímenes, los jueces no tienen la posibilidad de indagar acerca de la culpabilidad del requerido y su decisión es «final» sin que de ella pueda apartarse el Poder Ejecutivo (artículos 655, inciso 2° y 659 del Código de Procedimientos en Materia Penal -ley 2372-).»* (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, por su voto, C.S.J.N. Fallos: 319: 2557).

Más allá de lo expuesto, teniendo a la vista el precedente «Xu Zichi» en su considerando 10°, es imposible aceptar como garantía lo manifestado por el Fiscal General Adjunto de la Federación Rusa a fs. 380. Es claro que dicho funcionario carece, o, por lo menos, no se ha probado que posea, capacidad como para obligar ni a los órganos judiciales de su país ni al mismo Estado que, a la luz del Derecho Internacional Público, no representa. Reitero, el nombrado Simuchenkov, en el pliego de referencia, se limita a relatar, sin ninguna virtualidad compromisoria, lo que ha venido ocurriendo en su país, emitiendo un dictamen premonitorio en punto a que tal política criminal será sostenida. Equiparar tal profecía a una formal promesa que obligue a la Federación Rusa es desconocer el respeto y el cuidado que merece todo proceso en el que corra peligro una vida humana.

Por otra parte, es de absoluto orden público constatar que nada de lo suscripto en la nota de fs. 380 aparece en la documental incorporada a este juicio. En efecto, no existe, más allá de los términos vertidos en la pieza tantas veces citada, ningún elemento que respalde que desde septiembre de 1996 los jueces de la Federación Rusa no ejecutan la pena capital. Y es misión de esa Excma. Corte, conjuntamente con esta Defensa, exigir que se despeje cualquier duda sobre el particular. Debe observarse que resulta peligrosamente contradictoria la afirmación de que la Federación Rusa tiende a no observar y prohibir la pena capital cuando, de la documental de este juicio, se extrae intacta la vigencia de la reacción punitiva como respuesta para uno de los delitos imputados y nada se dice sobre la existencia de una reforma legal en curso.

Respetuosamente le recuerdo a V.E. que en temas de orden público, menores si nos ajustamos al valor vida en tensión, la Corte le ha denegado extradiciones a la República de Italia cuando se ha excluido la posibilidad de un nuevo juicio respecto de una persona juzgada in absentia (C.S.J.N. Fallos: 217: 340) por cuanto

era de aplicación el criterio de que «*siendo tal la exigencia de las leyes procesales argentinas consecuencia de la garantía consagrada en el art. 27 de la Constitución Nacional, no es posible, sin violencia de aquélla, acceder al requerimiento que las autoridades italianas hacen del prevenido... pues en ello se hallan comprometidos principios que interesan al orden público de la Nación»* (C.S.J.N. Fallos: 158: 250, citado en el considerando 11° del voto del juez Moliné O´Connor en Fallos: 321: 1928, e igual doctrina emanada del considerando 6° de la mayoría).

Considero que similar temperamento debería adoptarse en este caso donde se encuentra en duda el derecho a la vida del requerido de dotado de un innegable valor normativo superior (art. 18 C.N., C.A.D.H. art. 4, P.I.D.C.P. art. 6.2 y art. 3° inc. 1° de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, art. 75 inc. 22 C.N. en función del art. 27 y 31 C.N.). Antigua jurisprudencia del Tribunal, citada por la Defensa, resulta de cita obligatoria en este caso (C.S.J.N., in re «Flores, Pedro A.» dictada el 4 de febrero de 1929, Fallos: 153: 377; J.A. 29-14).

Para concluir este acápite debo, tal y como lo hiciera la Defensora en la anterior instancia, referirme a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos in re «Soering v. The United Kingdom» -dictada el 7/7/1989- atento su calidad de *interprete valioso* en temas de Derechos Humanos, calidad reconocida por esa Excma. Corte (doctrina C.S.J.N. Fallos: 310: 1476 (Considerando 6° del voto de la mayoría y 8° del voto del Ministro Fayt); 312: 2490 (Considerandos 6° y 7°); 314: 1531 (Considerando 10° del voto en disidencia del Ministro Fayt); 315: 1492 (Considerandos 21° y 22° del voto de la mayoría y 14° y 16° del voto en disidencia de los Ministros Petracchi y Moliné O ´Connor); 315: 1943 (Considerando 15° del voto del Ministro Boggiano), entre otros).

Ese tribunal internacional, en fallo de estricta aplicación al caso, sostuvo*: «91. En suma, la decisión de un Estado Parte de extraditar a un fugitivo puede originar un caso bajo el Artículo 3° (art. 3) y por lo tanto compromete la responsabilidad de ese Estado bajo la Convención, si se han mostrado motivos sustanciales para creer que la persona involucrada, si es extraditada, enfrentará riesgo real de ser sometida a tortura o a un trato o castigo inhumano o degradante en el país requirente. El establecimiento de tal responsabilidad inevitablemente envuelve una valoración de condiciones en el país requirente contrarias a los criterios del Artículo 3 (art. 3) de la Convención. Sin embargo, no tiene sentido adjudicarle o establecer la responsabilidad del país receptor, ya sea en el marco del derecho internacional general, de la Convención o de otra manera. Se estaría ante una responsabilidad bajo la Convención o se podría incurrir en ella; es una responsabilidad en la que incurre el Estado Parte extraditante en razón de haber realizado una acción que tiene como directa consecuencia la exposición de un individuo a un maltratamiento prohibido*». [91. In sum, the decision by a contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substancial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standards of Article 3 (art.3) of the Convention. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under the convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting state by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment».]

El antecedente es relevante toda vez que, a diferencia de la situación presente, Estados Unidos de América y el Reino Unido estaban comprometidos por un tratado específico sobre la materia y, pese a ello, aún contando con una primera respuesta favorable del Estado requirente -que, por vía diplomática, había garantizado la no aplicación de la pena capital-, la información posterior de Estados Unidos en punto a que el Fiscal del caso había decidido peticionarla bastó para que la Corte Europea de Derechos Humanos considerara que el proceso que debía soportar el ciudadano hasta el momento del indulto prometido -en el que incluyó su necesaria estancia en la llamada «galería de la muerte»- configuraba un trato inhumano y degradante que justificaba revocar la concesión de la extradición realizada por el Reino Unido.

Resulta claro, que aplicando esta jurisprudencia, donde se teme por la suerte del extraditado aún contando, -a diferencia del caso que nos ocupa-, con el compromiso de no imposición de la pena de muerte por parte del Estado requirente, corresponde rechazar la petición de la Federación Rusa. Podrá decirse que la situación de Andréev es más ventajosa toda vez que se cuenta con la afirmación de un Fiscal respecto a que la pena de muerte no será impuesta. Pero, como ya lo señalamos, tal manifestación no es garantía alguna puesto que no sabemos si tal funcionario será el que atienda el caso, conocemos por sus propias afirmaciones que los jueces siguen imponiendo penas de muerte y no contamos con el compromiso -debidamente efectuado por la vía diplomática- de que en este caso concreto las autoridades facultadas de la Federación Rusa concederán el indulto.

Por ende estimo que no es osado afirmar que en este caso la vulneración de derechos es todavía mucho más gravosa que en el caso Soering, puesto que no sólo Andréev deberá esperar un supuesto indulto en la «galería de la muerte» rusa, situación que «per se» configura un trato inhumano y degradante, sino que, tal y como están dadas las cosas, corre el riesgo cierto de perder la vida, resultando de aplicación al caso la opinión concurrente del Juez Meyer en el diferendo ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando el citado magistrado afirmara: «*La solicitud de extradición a los Estados Unidos de América del presentante lo expondría no sólo a un trato o castigo inhumano o degradante. También y por sobre todo violaría su derecho a la vida. Efectivamente, la cuestión más importante en este caso no es «la posibilidad de la temida exposición del presentante al «fenómeno de la galería de la muerte» sino el muy simple hecho de que su vida podría ser puesta en peligro por la citada extradición».* [«The applicant's extradition to the United States of America would not only expose him to inhuman or degrading treatment or punishment. It would also, and above all, violate his right to life. Indeed, the most important issue in this case is not «the likelihood of the feared exposure of the applicant to the «death row phenomenon»,...but the very simple fact that his life would be put in jeopardy by the said extradition.»]

Y este es precisamente el punto V.E.: **si se lo extradita en estas condiciones la vida de mi defendido corre peligro.**

Las razones expuestas me permiten afirmar que el requisito del compromiso del Estado extraditante no se halla satisfecho y que, por ende, no existe seguridad alguna sobre el destino de Andréev para el caso de ser extraditado. En tal entendimiento no caben dudas de que la petición de la Federación Rusa debe, por lo menos por el momento, ser denegad.

C) c) Sobre la condena a cadena perpetua

Tampoco puede soslayar esta parte que, si bien con un menor grado de lesividad que el que reviste la imposición de una pena de muerte, tampoco parece

compadecerse con los requisitos establecidos en el art. 8 (en este caso en el inc. «e») de la Ley 24.767 la imposición de una pena a cadena perpetua, que es precisamente una de las alternativas a la pena de muerte ofrecidas por el funcionario cuya legitimidad para emitir promesas en nombre de la Federación Rusa se cuestiona, remitiéndose al contenido de la norma transcripta en la documentación aportada.

Sin reiterar los cuestionamientos acabadamente reseñados en el acápite anterior, sólo abundaré respecto a la tipificación de la pena a cadena perpetua como una de aquellas que se estiman crueles, inhumanas y degradantes. Corresponde destacar, como paso previo, que evidentemente esta pena no puede equipararse a una sanción temporal de significativa duración, ya que también se contempla como alternativa de la pena de muerte la de veinticinco años de prisión, lo que parece afirmar que cuando se habla de cadena perpetua se denota precisamente eso: prisión hasta morir.

Ahora bien, el artículo 5 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento integrante del bloque de constitucionalidad, proscribe las penas «crueles, inhumanas o degradantes», en tanto que el inciso 6° del mismo artículo prevé que la «pena tiene por finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.» Va de suyo que una pena que condene a un ser humano a estar definitivamente separado de la sociedad merece los apelativos citados en primer término; es una penalidad cruel porque, despojada de toda idea resocializadora, se limita al castigo por el castigo mismo; inhumana, porque le niega al reo la posibilidad de ser perdonado y al resto de la sociedad de ejercitar ese perdón y degradante, porque al dar por descontado que ese individuo no merece una nueva oportunidad -toda vez que no tiene alternativa alguna de llevar una vida conforme a derecho- lo está estigmatizando como un ser inferior, o, dicho en otros términos, lo está degradando.

Jescheck, comentando el Código Penal Tipo para América Latina que establece en su artículo 43 que el límite máximo de la pena de prisión será de 25 años expresó:»...debe subrayarse como hecho de significación que el sistema de penas y medidas de seguridad del Código Penal Tipo se apoye en la idea fundamental de humanidad, liberalmente entendida. No existe en él... la pena de prisión perpetua... ni tampoco otras consecuencias del hecho punible perturbadoras de la personalidad...» (cfr. Jescheck, H. H., «Las penas y medidas de seguridad en el código Penal Tipo en América Latina comparadas con el derecho alemán», Nuevo Pensamiento Penal, año 2, 1973, pág. 303).

Así las cosas, existiendo la previsión expresa de una pena temporal para el delito de que se trata (de ocho a veinte años de prisión) y una alternativa igualmente temporal para el caso de indulto en supuestos de imposición de pena de muerte (veinticinco años), estimo que es también obligación del Estado Argentino, a la luz del art. 8° inc. «e» de la ley del caso, reclamar del estado solicitante la formal promesa de que no se impondrá a mi defendido cadena perpetua, para tornar operativa la extradición que se intenta, reiterando respecto a este punto los argumentos que desarrollara «in extenso» respecto del tema de la pena de muerte. Hasta tanto no se cuente con tal requisito, tampoco podrá concederse la extradición que se solicita.

IV. PETITORIO

(...)

36. A. Sentencia de la Corte y proyecciones

En primer término interesa destacar que la Corte acogió el planteo defensista atinente a la necesidad de contar con una orden emanada de una autoridad jurisdiccional pese a que fue introducido tardíamente. Tratándose de un recurso ordinario de apelación, el relajamiento del recaudo formal respectivo supone una nueva reafirmación de la necesidad de anteponer la garantía constitucional por sobre cualquier regla procesal reglamentaria[10].

En otro orden, el fallo comentado invita a cuestionar el paquete de reformas legislativas que habilitó una serie de facultades tradicionalmente jurisdiccionales, en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

Así, en el marco de las denominadas «leyes Blumberg» se incluyeron una serie de reformas al CPPN que asignaron al Ministerio Público Fiscal la facultad de allanar domicilio sin orden judicial o recibir declaración indagatoria al justiciable. Desde la DOCSJN tales paquetes legislativos han sido tachados de inconstitucionales. Cabe aclarar que, hasta el día de la fecha, dichos planteos no han sido analizados por parte del máximo Tribunal.

[10] En similar sentido, v. el precedente «Yun Guang Cao», en el cual también tuvo intervención la DOCSJN, publicado en Fallos, 328:3265. En este caso, la Corte reafirmó la exigencia de que el requerimiento de extrañamiento debe provenir de un órgano jurisdiccional. Cabe destacar que el Tribunal remitió al voto en disidencia de «Xu Zichi» (Fallos, 324:2603), en el contexto del cual se rechazó el pedido de extrañamiento sin otorgar a la República Popular China el plazo para formular un nuevo requerimiento proveniente de un «órgano jurisdiccional».

37) S. 774. XLI, «Soriano, José Luis s/ extradición» (sentencia del 28 de agosto de 2007)

CONTESTA TRASLADO

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

En legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el art. 33 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, el art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y normas concordantes, me presento a contestar el traslado conferido a fs. 317 y a solicitar la confirmación del pronunciamiento emitido por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13 (obrante a fs. 288/292vta.), en cuanto rechazó el pedido de extradición de mi asistido, formulado por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de la República de Guatemala.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron el día 21 de julio de 2004, fecha en la que personal de la Policía Federal Argentina -Departamento INTERPOL- procedió a la detención de JOSÉ LUIS SORIANO, sobre quien se registraba un pedido de detención internacional librado por INTERPOL de la República de Guatemala. (ver fs. 1/vta).

El 22 de julio se ese mismo año se celebró la audiencia prevista en los arts. 52, 54 y cc del Código Procesal Penal de la Nación. En esa oportunidad, Soriano solicitó se rechace el pedido de extradición.

A fs. 56 luce agregada la providencia que ordenara la comunicación de la detención de Soriano a la República de Guatemala de conformidad con los recaudos previstos en el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Extradición de Montevideo de 1933.

A fs. 72 se informó, por Secretaría, que las autoridades de la República de Guatemala habían sido notificadas de la detención de Soriano el día 30 de julio y que a la fecha de la confección de esa certificación (28 de septiembre) no se había recibido respuesta de ningún tipo.

EL 1 de octubre de 2004, el Sr. Juez actuante, Dr. Jorge A. Urso decidió archivar sin más trámite las actuaciones en razón de «*...no haber sido formulado en tiempo y forma la solicitud de su extradición por las autoridades de la República de Guatemala*» (ver fs. 78/80)

A fs. 83/101 y 103/116 luce agregado un nuevo pedido de entrega realizado por las autoridades y la documentación acompañada a tal efecto.

La solicitud de extrañamiento se fundó en el siguiente supuesto de hecho: «*Del estudio de las actuaciones del infrascripto juez, establece que con fecha trece de febrero del año dos mil uno el Juzgado Sexto de Primera Instancia Penal,*

Narcoactividad y Delitos Contra El ambiente, de esta ciudad dentro de la causa número un mil quinientos setenta y dos guión dos mil uno y conexado a la presente causa, en resolución de fecha trece de febrero de dos mil uno, ordenó entre otros la inmediata aprehensión entre otros la de JOSE LUIS SORIANO, en base a existir indicios racionales de criminalidad contra dicha persona y sustenta en que siendo miembro del Consejo de Administración del Banco Empresarial, Sociedad Anónima, realizó hechos contrarios a las normas establecidas en la ley incurriendo en falsedades en los informes y balances de dicha institución; al presentar una situación económica que el Banco no tenía, con lo cual se configura el delito de Estafa mediante Informaciones Contable, del cual se le sindica al imputado afectando el patrimonio de la entidad Banco Empresarial, Sociedad Anónima; Asimismo de conformidad con el oficio de fecha cinco de agosto de dos mil cuatro, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Guatemala, indica por medio de tele fax de fecha treinta de julio del año en curso, a la Embajada de Guatemala en la República Argentina, comunicó que el Ministerio de Relaciones, Comercio Internacional y Culto -Asuntos Jurídicos- de la mencionada República, con fecha veintinueve de julio del año en curso, se le puso en conocimiento que el señor JOSE LUIS SORIANO fue capturado, y a efectos de mantener a JOSE LUIS SORIANO, sujeto al presente proceso, procedente es solicitar a través del presidente de la Corte Suprema Justicia quien deberá requerir por el conducto diplomático a donde corresponda formal solicitud de extradición, por lo que deben hacerse las declaraciones que en derecho correspondan.» (ver fs. 106/107).

El 6 de octubre de 2004, el titular del Juzgado de Instrucción Federal N° 7, decidió tener por introducido el pedido de extradición de José Luis Soriano dentro del marco de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Extradición de Montevideo de 1933, y dispuso la suspensión del trámite del proceso por treinta días a fin de que las autoridades del Estado requirente acompañaran al Tribunal copias certificadas de las leyes penales aplicables, así como los datos filiatorios de Soriano.

Recibida que fuera la documentación requerida, el Dr. Urso decidió celebrar la audiencia prescripta por el art. 27 de la Ley 24.767. En esa oportunidad, mi ahora asistido manifestó que no prestaría conformidad al pedido de extrañamiento. (ver fs. 187/188 vta.), afirmando que el sistema criminal y carcelario de Guatemala no ofrecía ningún tipo de garantías.

Durante el período estipulado por el art. 354 del Código de rito la defensa de SORIANO acompañó al expediente diversa documentación que ponía en evidencia las condiciones del sistema de justicia de la República de Guatemala. (ver fs. 228/259). En subsidio, dejó planteada la opción que efectuaría el justiciable de ser juzgado por los tribunales de la República Argentina, de conformidad con la previsión del art. 12 de la ley 24.767.

Según se desprende del acta labrada en ocasión de la sustanciación de la audiencia de debate, la defensa, *«...remitiéndose a la documental aportada por esa parte, refirió a la existencia de condiciones insuficientes en garantía de los derechos procesales de su pupilo e inseguridad jurídica, en el Estado requirente, adunados a una situación política que por su devenir, sería susceptible de acarrear manifiesto perjuicio respecto de su cliente. Por otra parte, y haciendo hincapié en la normativa del mismo artículo 5° inciso «B» del Tratado respectivo, entendió que el pedido formal de extradición, adolece de una relación clara y circunstanciada del hecho atribuido, motivo por los cuales postuló el rechazo de la extradición instada respecto de su asistido, y su juzgamiento por las autoridades judiciales nacionales.»* (v. fs. 285vta.)

En la sentencia del 23 de febrero de 2005, el titular del Juzgado Nacional en lo

Criminal y Correccional Federal N° 7 de la Capital Federal, Dr. Guillermo T. Montenegro, sede donde quedaran definitivamente radicadas las actuaciones, resolvió rechazar el pedido de extradición formulado por la República de Guatemala.

Procedo a transcribir en extenso la reseña y desarrollo llevados a cabo por el Magistrado, no sólo por ilustrar algunas de las circunstancias que obstan a la extradición de mi defendido sino también por dar cuenta de una serie de consideraciones que merecen algunas observaciones críticas en esta instancia: *«Primeramente, se advierte que se encuentran exentos de toda cuestión, la legalidad de los documentos acompañados con motivo de éste pedido, las formas guardadas en su introducción, y la validez intrínseca y extrínseca de la solicitud, a tenor de la materia de regulación del artículo 5 de la Ley 1.638 (Tratado Interamericano de Extradición) y 13 de la Ley 24.767; y no concurriendo, los supuestos de excepción a que refiere el artículo 3 de referido tratado -con correlato en los artículos 8 y 11 de la ley antedicha- circunstancia ésta que se tradujo en el normal desenvolvimiento del proceso hasta ésta instancia. En ese ámbito, sólo fue cuestionado por la Defensa -y en oportunidad del Debate Oral y Público- la expresión del hecho atribuido al causante, en el pedido extraditorio, en defecto de la relación clara y circunstanciada del mismo. Pues bien: dicho aspecto, se corrobora efectivamente desde la circunstancia que, en efecto, toda referencia que se efectúa tanto en el pedido extraditorio como en todas las piezas remitidas desde la República de Guatemala, en relación al hecho que se atribuye a José Luis Soriano (y sus consortes de causa), alcanza entidad de un genérico esbozo sobre el mismo, sin especificación concreta a qué conducta material le es inherente, ni basamento probatorio sobre el cual se edifica el tenor de toda imputación. En ésta tesitura, es evidente que se encuentra desprovisto este pedido formal, de un recaudo esencial a considerar, que si bien, no alcanza a controvertir la legalidad de los documentos ni la idoneidad de la solicitud en los fines de su tramitación, no llega a satisfacer los extremos que deberían propiciar la efectiva entrega del reo; puesto que introducido el requerimiento extraditorio, no son efectivamente conocidos por ésta Judicatura, los hechos y probanzas en las que se funda dicha solicitud. Esta es una cuestión a considerar en pos del rechazo de la extradición así articulada, no obstante lo cual, se habrán de analizar seguidamente otros extremos que a entender de ésta Judicatura, adquieren mayor entidad en el sentido que como se ha adelantado, habrá de ser resuelto éste pedido de extradición. Del análisis de las otras oposiciones formuladas por la Defensa, es de notar que las mismas, conducen a la aplicación de la normativa contenida en el artículo 2 de la Ley 1.638 -con su correlato en el art. 12 de la Ley 24.767-, que instituyen la opción del rechazo de la extradición peticionada, y el sometimiento de los hechos a los Tribunales del Estado requerido. Ahondando en tales planteos, éste Tribunal no habrá de aventurar ninguna hipótesis sobre las condiciones de legalidad observadas por los Tribunales del Estado requirente, puesto que en última instancia, tales cuestiones son inherentes a la órbita administrativa propia del Poder Político y no al órgano Jurisdiccional. Menos aún, desde la perspectiva que confiere Guillermo Fierro en su obra «La Ley Penal y el Derecho Internacional» (2°da. edición), Esitorial Tea. Buenos Aires, 1997, p. 723, quién con acertado criterio, expresa «...<u>habiéndose alcanzado en casi todos los países un nivel cultural y jurídico homogéneo en cuanto a las garantías esenciales, los recelos genéricos y a priori carecen de fundamento serio.</u> (textual)...». Así, el fundamento dado a su pretensión de rechazo, cae inexorablemente en terreno infértil, reduciendo sus afirmaciones a un mero esbozo defensista, y cuya forma de ser corroborada por ésta Judicatura, introduce un conflictivo cuestionamiento a las instituciones y condiciones de legalidad del Estado requirente, que como bien dijera, no asiste a quién dice Justicia. Empero ello, y sentada ésta consideración, debe*

advertirse que la misma no obsta la aplicación de la norma específica de excepción -esto es, los arts. 2 de la ley 1.638 y su semejante contenida en el artículo 12 de la ley 24.767-, en cuanto al ejercicio por la Judicatura de la facultad de denegar la extradición instada, tratándose el requerido de un nacional de la República Argentina, según lo determinen la legislación o las circunstancias del caso. En éste sentido, trae a colación el citado doctrinario la conclusión VI.3. del Coloquio de Friburgo de Brisgovia de abril de 1968, preparatorio del X. Congreso Internacional de Roma de 1969, que expresaba «...Una flexibilización del principio de la no entrega de los propios nacionales debe ser procurada, en el sentido que los nacionales sean extraditados al país en donde se cometieron los hechos, pero que las sanciones se ejecuten en el país de la nacionalidad (sic)...». Este modo de flexibilización (rasgo sobreviviente de la evolución del instituto desde el principio de no entrega) en el caso que nos ocupa, bien puede interpretarse en el sentido que, siendo que por imperio de los textos legales aplicables, es facultativo del Juez del Estado requerido, la no entrega del nacional y su consecuente juzgamiento por nuestros tribunales, se habrá de proveer en ese sentido, en proyección de un hipotético cumplimiento de condena (si fuera el caso) en nuestro territorio, en circunstancias mucho mas conducentes a su reinserción y resocialización. En ese supuesto, va de suyo la conveniencia y mérito que José Luis Soriano, sea objeto de juzgamiento por los hechos atribuidos por los Tribunales de la Nación, lo que amerita el rechazo de la extradición instada por los Sres. Jueces de la República Guatemalteca. Pero si ello no fuera poco, es de eminente interés abonar a un detenido análisis de las normas antes aludidas (art. 2° de la Convención de Montevideo de 1933 y 12 de la Ley 24.767), del que se deduce que en el caso que nos ocupa, resulta inexorable la vía del rechazo de la aplicación del Instituto y por las razones que seguidamente se expondrán. Reza el artículo 2° de la Convención «Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a Juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él concurren las condiciones establecidas por el inc. b) del artículo anterior (delito sancionable en el Estado requerido por pena de mas de un año de privación de la libertad), y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga (sic)». La Ley n° 24.767, de aplicación subsidiaria a la Convención extraditoria antes citada, en su artículo 12 prescribe «Si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso de un tratado que obligue a la extradición de nacionales. ...Si el nacional ejerciere esta opción, la extradición será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el estado requirente presente conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento. Si fuese aplicable al caso un tratado que faculta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo en la oportunidad prevista en el artículo 36, resolverá si hace o no lugar a la opción (sic)». Ambas normas, regulatorias de una misma materia, no se superponen y el juego armónico de su interpretación -la que debe juzgarse a favor de los intereses del imputado-, acarrea la preeminencia de la segunda y en éste sentido, ante la efectiva manifestación de la parte sobre su deseo de ser juzgado por los Tribunales de la República Argentina, y con ello, la prerrogativa que asiste a ésta Judicatura del rechazo del pedido extraditorio, con aplicación integral de la manda del citado artículo. Por otra parte, tampoco puede soslayarse en éste análisis, la ausencia en la Ley 1.638 que instituye la Convención de Montevideo de 1933, de una norma específica que obligue a los Estados signatarios, a la entrega de los reos de su nacionalidad (en referencia a la expresa mención del artículo 12 de la Ley 24.767); normativa que por ejemplo, así se

encuentra plasmada en el Tratado de Montevideo de 1889 (no aplicable a la especie) en su artículo 20, en cuyo caso no sería posible la aplicación de éste criterio. Verificándose la concurrencia de éstos extremos, habrá de recaer pronunciamiento en el sentido apuntado, haciendo de aplicación las reglas contenidas en los arts. 2 y 8 de la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933, 12, 32 y cc. De la Ley n° 24.767 y 409 y cc. del Código Procesal de la Nación, habida cuenta de los fundamentos de hecho y de derecho precedentemente invocados...» (ver fs. 290vta./ 292, subrayado en el original)

A fs. 296 se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal Federal Adjunto Dr. Federico Delgado contra el rechazo del pedido de extrañamiento.

El 3 de marzo de 2005, el Dr. Guillermo T. Montenegro concedió el recurso interpuesto (vid. fs. 297).

A fs. 314/316vta. luce acollarada la expresión de agravios del Sr. Procurador General, Dr. Luis Santiago González Warcalde.

En esa presentación, el Dr. González Warcalde señaló que: «*...la conclusión a la que arriba el magistrado, esto es, que el análisis de la opción del nacional tiene preeminencia por sobre las exigencias del artículo 5 del tratado aplicable (Convención sobre Extradición suscripta en la Ciudad de Montevideo en el año 1933) es, a mi juicio, errónea. Ello surge claro de los principios que se infieren de los instrumentos internacionales y de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24767), por lo que corresponde principiar por el análisis del cumplimiento de los requisitos formales. Tanto el tratado aplicable como la ley 24767 exigen una relación precisa de los hechos como una de las condiciones del pedido formal de extradición (artículos 5.b y 13.a, respectivamente). Es decir, que el cumplimiento de este requisito –y de los que concurren con él- hace directamente a la admisibilidad del pedido de extradición, y de allí que, obvia consecuencia, su ausencia determina el rechazo de la extradición y la imposibilidad de su reiteración (artículo 12 del tratado y 37 de la ley 24767). Y esto es así porque, como se ha dicho en innumerables ocasiones, el objeto del juicio de extradición se centra específicamente en la verificación –además de la identidad del requerido- del correcto cumplimiento de los requisitos formales previstos en la ley o en el instrumento internacional que rija la ayuda (Fallos 326:3696 y sus citas) Por otra parte, si bien la concesión de la opción del nacional trae como consecuencia la denegación de la extradición (artículo 12 segundo párrafo de la ley 24767), esta situación es distinta a los casos en que el rechazo obedece al incumplimiento de los requisitos impuestos en los tratados ya que la potestad jurisdiccional contra el extraditable cuando se otorga la opción de juzgamiento en el país no cesa sino que se transfiere del Estado requirente al requerido (siempre, claro está, que el primero consienta en delegarla). En consecuencia, hay una prioridad lógica de la constatación de los requisitos del pedido formal por sobre el ejercicio de la opción del nacional para ser juzgado en la Argentina. Así el juez, al haber soslayado la decisión respecto del requisito del artículo 5.b del tratado haciendo primar la opción, ha subvertido el orden ínsito en el instituto de la extradición.»* .

Luego de realizada esa aclaración, el Dr. González Warcalde se abocó a analizar la (a su entender) supuesta insuficiencia en la descripción del hecho en el pedido de extrañamiento. Así afirmó que *«..en el caso, si bien el relato de los hechos que se le imputan a Soriano en Guatemala puede parecer demasiado esquemático si sólo se atiende a la decisión judicial por la cual se requiere la extradición (fs. 86/ 89) ello no es así si se la complementa con el pedido fiscal de fs. 197/199, en el cual existen elementos suficientes para una íntegra delimitación temporo-espacial de los hechos por los cuales Soriano es requerido. Es que la ponderación de si se encuentran adecuadamente delimitados los hechos que sustentan la imputación*

contra el extraditable no debe limitarse –en una visión en exceso formalista- a la resolución en la cual el magistrado del Estado requirente solicita la extradición sino que debe atenderse a la totalidad de la documentación que conforma el pedido. En este sentido, por ejemplo, ya en otra ocasión el Tribunal ha considerado adecuadamente cumplido el requisito de la descripción fáctica, con la conjunción de los relatos efectuada en el «mandato de detención internacional» y en el requerimiento de Ministerio Público Fiscal del país requirente (Fallos 324:1557). En consecuencia, acoger la postura del sentenciante significaría pecar de un rigorismo formal inadmisible que olvida que esta exigencia obedece a que el requerido tenga certidumbre en cuanto a los hechos por los que se solicita su extrañamiento y respecto de los cuales habrá de ejercer su defensa en el proceso seguido en el Estado requirente (dictamen de Fallos 324:1557 que el tribunal compartió e hizo suyo). Y en el presente se hace evidente que el requerido, a partir de la descripción tildada de incompleta, tanto ha comprendido acabadamente cuál es la situación por la que se requiere su extradición, que se explayó en una amplia y pormenorizada explicación exculpatoria respecto del fondo de la imputación a lo largo de su escrito de más de veinticinco fojas (cfr. fs. 158/186)»

Respecto de la opción ejercida por mi ahora defendido de ser juzgado por tribunales nacionales, el Sr. Representante del ministerio Público Fiscal aseveró que: *«La Convención de Montevideo de 1933, al referirse a esta cuestión expresa «cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega ésta podrá o no ser acordada según lo que determinen la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregar al individuo requerido, el Estado queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, en las condiciones establecidas por el inc. b) del artículo anterior y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga» (artículo 2, el destacado es propio). El suscripto ha tenido ocasión de expedirse respecto de la correcta hermenéutica de este instrumento internacional en particular (Fallos 326:4415). Se dijo en aquella ocasión que de la expresión «podrá o no ser acordada» debe entenderse que el tratado en cuestión es de aquellos que facultan a la extradición de nacionales, es decir, debe considerárselo comprendido dentro del supuesto del cuarto párrafo del artículo 12 de la ley 24767. En consecuencia, será el Poder Ejecutivo en la oportunidad prevista en el artículo 36 quien deberá resolver si hace lugar o no a la opción (Fallos 322;507 y 486) Y sostengo que esta es la interpretación correcta puesto que la intentada por el magistrado lleva a consecuencias irrazonables. En efecto, de entender la norma del tratado como un simple reenvío a la legislación interna («podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación») supuesto en el cual podría considerarse razonable la aplicación directa del primer supuesto del artículo 12 de la ley 24767, quedaría inoperante la referencia, en la misma cláusula del tratado, a «las circunstancias del caso» como uno de los elementos a ponderar al admitir o denegar la entrega del nacional. Se advierte entonces que la decisión del a quo no tiene en cuenta el principio según el cual las leyes deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 310:195, entre muchos otros). En síntesis, según una adecuada interpretación de la norma en cuestión «a juicio del Estado requerido» (entendiendo por esta expresión al Poder Ejecutivo -cfr. mutatis mutandi punto V del dictamen en Fallos 323:892) podrá elegirse entre acoger la opción –y en consecuencia, rechazar la extradición y someter al requerido a juzgamiento en los tribunales argentinos- o, si las circunstancias del caso lo aconsejan, desecharla y dar curso a la entrega del extradiurus al Estado requirente.»»*

El 11 de agosto de 2005 V.E. decidió correr traslado de la presentación del Ministerio Público Fiscal a esta dependencia. (Vid fs. 317).

III. CONSIDERACIONES DE FONDO

III. 1. Falta de determinación de los hechos

Corresponde abordar las consideraciones expuestas por la Procuración General de la Nación, en el entendimiento de que ninguna de ellas conmueve la decisión adoptada en anterior instancia.

Como ya se señalara, la República de Guatemala solicitó la entrega de SORIANO *«en base a existir indicios racionales de criminalidad contra dicha persona y sustenta en que siendo miembro del Consejo de Administración del Banco Empresarial, Sociedad Anónima, realizó hechos contrarios a las normas establecidas en la ley incurriendo en falsedades en los informes y balances de dicha institución; al presentar una situación económica que el Banco no tenía, con lo cual se configura el delito de Estafa mediante Informaciones Contable, del cual se le sindica al imputado afectando el patrimonio de la entidad Banco Empresarial, Sociedad Anónima...»*

Cabe recordar que el Sr. Juez actuante entendió que: «...*toda referencia que se efectúa tanto en el pedido extraditorio como en todas las piezas remitidas desde la República de Guatemala, en relación al hecho que se atribuye a José Luis Soriano (y sus consortes de causa), alcanza entidad de un genérico esbozo sobre el mismo, sin especificación concreta a qué conducta material le es inherente, ni basamento probatorio sobre el cual se edifica el tenor de toda imputación. En ésta tesitura, es evidente que se encuentra desprovisto este pedido formal, de un recaudo esencial..»*

Compartiendo en un todo las razones apuntadas al efecto, sólo señalaré que el art. 5, inc b) del Tratado de Montevideo de 1933 estipula que el pedido de extradición debe contar con una *«...relación precisa del hecho imputado...».* Este requisito también se ve contemplado en el art. 13 de la ley 24.767 establece en su inc. a) que la solicitud de extradición de un imputado debe contener: *«Una descripción clara del hecho delictivo, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y las circunstancias en que se cometió y sobre la identificación de la víctima.»*

El pedido realizado por las autoridades de la República de Guatemala sólo hace referencia a un ilícito supuestamente ocurrido «...*al presentar una situación económica que el Banco no tenía, con lo cual se configura el delito de Estafa mediante Informaciones Contable, del cual se le sindica al imputado afectando el patrimonio de la entidad Banco Empresarial, Sociedad Anónima*».

Estas menciones tan genéricas como vagas en modo alguno pueden, como pretende la contraparte, ser valoradas como suficientes para ubicar correctamente en tiempo, espacio y modo el delito endilgado a Soriano.

La exigencia legal persigue como último fin que el requerido tenga certidumbre en cuanto a los hechos por los que se solicita su extrañamiento y respecto de los cuales habrá de ejercer su defensa en el proceso seguido en el Estado requirente, en cuanto la descripción de los sucesos que originan las imputaciones. (Fallos 324:1557).

La misma doctrina subyace en Fallos 236:306. Conforme sostuviera V.E. «*no procede acordar* [la extradición] *en el caso en que no hay elementos que permitan tener por ocurrido el homicidio imputado a la persona requerida, sino tan solo presunciones o indicios sobre la «desaparición» de las presuntas víctimas de los lugares en que vivían. Examinar el punto por el Tribunal requerido no es entrar al fondo del asunto, sino solamente comprobar si las condiciones necesarias para la extradición están objetivamente satisfechas o no».*

Ese Digno tribunal ha afirmado recientemente que los convenios de extradición

deben ser entendidos no sólo como *«...instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales. Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (Fallos: 321:1409, considerandos 7° Y 8° y sus citas)»* (conf. Expte CSJN R.1046.XXXIX «Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición» rta. el 14 de octubre de 2004)

Como ya se señalara las deficiencias del pedido de entrega en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la conducta endilgada a Soriano impidieron establecer no ya la mera existencia del hecho, sino la posibilidad controlar el cumplimiento del principio básico de doble punibilidad , dado que *«...sólo conociendo el sustrato fáctico se podrá determinar si el mismo encuadra en alguna figura penal del derecho vigente del país requerido.»* (Cfr. Piombo, Horacio Daniel, «Tratado de la Extradición (Internacional e interna)» Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 96).

Esta imposibilidad de cumplir con la delimitación del hecho atribuido a Soriano en alguno de los tipos penales vigentes en nuestro país, trae como consecuencia, además, la falta de determinación del óbice regulado en el artículo 1°, inc. «b» de la mencionada Convención sobre Extradición de Montevideo, que es la ley especial vigente entre las partes (Argentina y Guatemala) en el caso en estudio.

En efecto, de conformidad con la previsión del artículo 1, inciso «b» del referido Convenio, la extradición sólo procede allí donde el mínimo legal previsto para la figura objeto de proceso no sea inferior a un año de prisión, **en ambos ordenamientos legales**, es decir, tanto en el derecho de fondo del país requirente como en el del requerido. Esta interpretación se ajusta a lo propósitos perseguidos por la legislación en la materia, que son los de excluir la posibilidad de reclamos para delitos de menor entidad que, por ende, no justifican procesos de extradición. (Fallos 293:64, Considerando 4°).

Desde esta perspectiva, la indeterminación del supuesto de hecho faculta a esta parte a oponer la disposición convencional citada con base en la escala penal regulada en los arts. 172 y 173 del Código Penal, cuyo mínimo legal obsta a la extradición del justiciable.

Pretender que las manifestaciones brindadas por mi asistido al ser convocado por el Sr. Juez Federal prueban que el pedido de extradición no adolece del vicio de indeterminación apuntado en la resolución que impugna equivale a asumir que, en lugar de ejercer su legítimo derecho constitucional a ser oído, mi defendido hizo las veces de emisario del estado requirente, satisfaciendo un prerrequisito legal impuesto como garantía del debido proceso.

De hecho, el propio Señor Procurador reconoció implícitamente la falencia verificada en el relato del hecho punible, al denunciar la existencia de un «rigorismo formal inadmisible».

En efecto, según sostuvo el Dr. Gonzalez Warcalde, «*...ya en otra ocasión el Tribunal ha considerado adecuadamente cumplido el requisito de la descripción fáctica, con la conjunción de los relatos efectuada en el 'mandato de detención internacional' y en el requerimiento del Ministerio Público Fiscal del país requirente».*

Lo cierto, incluso cuando se compartiera la tesis articulada, es que no se advierte –ni fue explicado- qué pasaje de aquellos relatos sanearía el vicio de origen,

extremo que obsta a innovar por sobre el meditado análisis llevado a cabo sobre el punto por el Sr. Juez Federal.

De este modo, toda vez que la falencia relevada en la resolución impugnada por la contraparte obsta al pedido de extrañamiento, entiendo que corresponde su homologación y consiguiente rechazo de la extradición de mi asistido. (conf. art. 1, ap. b) *a contrario sensu,* del Tratado Interamericano de extradición).

III. 2. Derecho de opción

Si bien lo expuesto en el apartado anterior alcanza para mantener los efectos de la decisión que dispuso el rechazo de la extradición, corresponde abordar -bien que en subsidio- las consideraciones vertidas por la contraparte en torno al instituto de la opción en el caso presente.

El Sr. Procurador fundó su posición a partir del pronunciamiento de V.E. en el que se afirmara que *«...respecto a la opción de juzgamiento en el país con fundamento en su nacionalidad, si un tratado faculta la extradición de nacionales, como ocurre en autos, el Poder Ejecutivo debe resolver, en la oportunidad prevista por el art. 36 de la ley 24.767, si hace o no lugar a la opción, (conf. Fallos 322:486, G.646.XXXIII. «García Allende, Jorge Ignacio s/ infracción ley 1612», pronunciamiento del 6 de octubre de 1998, entre otros).»* (Conf. Fallos: 326:4415, consid. 14).

Según sostuvo el Sr. Procurador, la expresión «podrá o no ser acordada» del art. 2 del Tratado Interamericano importa concluir que dicho instrumento internacional es de aquellos que facultan la opción de nacionales, haciendo jugar así la regla del cuarto párrafo del art. 12 de la ley 24.767 y no la del primero.

Justificó tal interpretación reiterando el análisis efectuado al dictaminar en el precedente reseñado. Sostuvo al efecto: « *Y sostengo que esta es la interpretación correcta puesto que la intentada por el magistrado lleva a consecuencias irrazonables. En efecto, de entender la norma del tratado como un simple reenvío a la legislación interna («podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación») supuesto en el cual podría considerarse razonable la aplicación directa del primer supuesto del artículo 12 de la ley 24767, quedaría inoperante la referencia, en la misma cláusula del tratado, a «las circunstancias del caso» como uno de los elementos a ponderar al admitir o denegar la entrega del nacional.»*

Algunas observaciones se imponen.

En primer término no puede dejar de observarse que, a la doctrina del pronunciamiento reseñado corresponde oponer la del caso «Canda, Alejandro Guido», igualmente vinculada el instituto de la opción.

El precedente reseñado es importante no sólo por controvertir la jurisprudencia citada por la Procuración sino, fundamentalmente, por el reconocimiento de que la opción comporta, ante todo, un *derecho* del extraditable, antes que una prerrogativa estatal.

Sostuvo V.E.: *«9) Que el tratado que vincula a ambas naciones dispone –en lo atinente al punto sometido al tribunal- que si el reclamado fuere nacional de la parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia ley, cualidad de nacional que se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición y siempre que no hubiera sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquélla (art. 7°, apartado primero, del convenio aprobado por ley 23.708)...12)...**la calidad de ciudadano argentino no obsta a la entrega a menos que el requerido haga uso de la opción que se le acuerda, derecho que, por otra parte, le asiste al naturalizado si su condición fue adquirida antes del hecho que motiva la solicitud de extradición, según lo dispone la***

segunda parte del inc. 1° del art. 3° de la ley 1612 *no modificada por el art. 669 del código de rito (Fallos 313:256).13) Que dicha norma dispone que si el reo fuese ciudadano argentino y prefiriese ser juzgado por los tribunales argentinos, el Gobierno de la nación requirente podrá suministrar a dichos tribunales todos los antecedentes y pruebas del delito a fin de que sea juzgado con arreglo a las leyes de la República. Este precepto se encuentra en vigencia en virtud de lo dispuesto por el art. 538 –segundo párrafo- de la ley 23.984, que por lógica implicancia constituye la legislación interna aplicable al caso, a la que el tratado remite y sobre cuya base el Estado está autorizado a no entregar a los nacionales del país.14) Que el criterio expuesto fue seguido por esta Corte, como lo señala el Procurador General, al aplicar la cláusula del art. 2° de la Convención Panamericana de Extradición suscripta en Montevideo en 1933 en cuanto prescribe que cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, la entrega podrá ser o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido (considerandos 3° y 4° de Fallos: 282:259), por lo que concluyó que, al haber optado en ese caso el sujeto pasivo de la extradición correspondía su juzgamiento por los tribunales argentinos.»* (conf. Expte. «C» 801, del 23/10/95. El destacado me pertenece).

Lo cierto, incluso dejando momentáneamente de lado el reconocimiento por parte de V.E de la existencia de un auténtico derecho subjetivo del extraditable a ser juzgado por los tribunales de su país de origen (status que, naturalmente desplaza la intervención del poder ejecutivo defendida por el impugnante al activar el indispensable control judicial del acto), es que tampoco resultan definitorias las observaciones efectuadas por el Sr. Procurador en apoyo de su interpretación favorable a considerar que el Tratado Interamericano es de aquellos que remiten al supuesto regulado en el cuarto párrafo del art. 12 de la ley 24.767.

Y es que, contra lo argumentado por el Dr. González Warcalde tengo para mí que la interpretación asignada por el Sr. Juez Federal no importa vaciar el significado de las alternativas trazadas en el art. 2 del Tratado pues, entre las cuestiones que podrían generar el impedimento a la opción se cuentan, vgr., los casos en que la nacionalidad se hubiera adquirido luego de la solicitud de extradición o –como se observara en el precedente Canda- aquellos en que se hubiera adquirido como un medio fraudulento para evitar la extradición.

La interpretación que aquí se propicia es, por otra parte, la que mejor armoniza con el esquema legal acuñado en el Tratado vigente.

Observo en este sentido que el ejercicio de la opción por el nacional impone la **obligación** del estado requerido de juzgar al extraditable por el hecho imputado y comunicar la sentencia que recaiga. (v. art. 2 *in fine* del Tratado que rige el caso)

Esta acotación es importante toda vez que la interpretación que aquí se propicia en modo alguno podría entenderse socavando el principio de cooperación internacional en torno al cual se articula el instituto de la extradición.-

De esta forma, y en el entendimiento de que las razones argüidas por el Sr. Procurador en su dictamen no han controvertido los principios que inspiraron el rechazo de la extradición, entiendo que corresponde que V.E. confirme la sentencia de fs. 288/292vta., en cuanto no hace lugar a la extradición de SORIANO a la República de Guatemala.

III. 3 CONSIDERACIONES FINALES

El Sr. Juez de grado descartó las protestas de la defensa enderezadas a cuestionar los peligros que para la integridad física podría acarrear la eventual extradición del

justiciable al país requirente fundado en la generalidad de tales alegaciones.

Sin embargo, la prueba presentada oportunamente, a la que se suman las informaciones emitidas por distintos organismos de protección de los derechos humanos (que acompaño al presente para mayor ilustración), dan cuenta de que, incluso dejando a salvo las consideraciones desarrolladas en los dos apartados precedentes, la extradición del justiciable debe ser rechazada con fundamento en las previsiones de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

En este sentido, hago mías las consideraciones vertidas en el voto en disidencia del Ministro Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni al resolver en el precedente B. 3456 «Borelina, Rosana Claudia s/ extradición», sentencia del 30 de agosto de 2005.

Por otra parte, y contra lo afirmado en la decisión de grado en punto a la generalidad de las alegaciones merece observarse que tanto en el orden interno como –sobre todo- en el orden convencional, el grado de sospecha requerido como óbice a la remisión se ajusta a los postulados del principio *pro homine.* En efecto, en tanto a nivel interno se hace alusión a la existencia de «*motivos fundados*» (art. 8, inc. «e» de la ley 24.767) en el plano convencional alcanza para negar la extradición, la existencia de «*razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura* (art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

A ello se suma que la Convención utiliza la forma potencial para abrigar la «creencia» de la existencia de «peligro» de que la persona sea sometida a tortura (terminología que, en última instancia, está cristalizando una hipótesis que bien podríamos denominar como «peligro de peligro» y que guarda un estrecho paralelismo con la constitucionalmente cuestionada estructura de los delitos de peligro abstracto, bien que invirtiendo los términos de la ecuación), sin otro requerimiento.

Es evidente entonces que la alegada insuficiencia de las razones aducidas por el Magistrado actuante no pasa de ser una mera afirmación dogmática, que invierte el criterio normativo con arreglo al cual debió analizarse este tópico. Si bien es cierto que el tema no ha incidido en la resolución del caso, su observación se impone ante la eventualidad de que se acoja la pretensión del Ministerio Público Fiscal.

IV. PETITORIO

(...)

37. A. Sentencia de la Corte

Por sentencia del 28 de agosto de 2007, la Corte Suprema confirmó la resolución apelada. Con voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Petracchi, Fayt, Maqueda, Argibay y Zaffaroni sostuvo el Tribunal: «*3°) Que, como lo señala la señora Defensora General sustituta, resulta decisiva en el caso la circunstancia de que no se cumple con el requisito relativo al mínimo de punibilidad para que proceda la entrega del requerido. En efecto, el art. 1°, inc. B, de la Convención de Montevideo de 1933 establece que el hecho que da sustento al pedido de extradición debe ser «...punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad.» 4°) Que ese precepto convencional recoge, por un lado, el principio de «doble subsunción», «doble incriminación» o «doble identidad de normas» al exigir que el hecho sea «...punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido...». Por otro lado, fija un umbral mínimo de gravedad al condicional la procedencia de la*

extradición a que el hecho sea, además de punible, merecedor de una «pena mínima de un año de privación de la libertad» en ambos países (Fallos: 327:4168). 5°) Que sabido es que para dar por acreditado el requisito de la «doble subsunción» no se exige identidad normativa entre los tipos penales en que los Estados partes subsumiedron los hechos que motivaron el pedido (Fallos: 317:1725: 319:277, entre otros) sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (doctrina de Fallos: 284:459; 306:67; 315:575; 319:277 y 531; 320:1775; 323:3055, entre otros). 6°) Que, en efecto, tanto el delito de estafa del art. 172 del Código Penal, como los casos especiales de defraudación previstos en el artículo siguiente, establecen la pena de prisión deun mes a seis años para los que realizaren la sconuctas llí descriptas. 8°) Que esta Corte Suprema tiene subrayado que el mínimo de punibilidad del art. 1°, inc. B, de la Convención de Montevideo de 1933 es en abstracto y como extremo inferior de a escala represiva, según el propósito de excluir la posibilidad de reclamos para aquellos delitos de menor gravedad que no justifican trámites internacionales de este tipo (Fallos: 293:64; 301:996; 318:108, considerando 3° y sus citas y 326:4414; 317:4168). 8°) Que, en tales condiciones, el mínimo de la escala penal en nuestro ordenamiento jurídico no alcanza el umbral mínimo de gravedad que existe la Convención de Montevideo de 1933, por lo que resulta insustancial el tratamiento de los restantes agravios.

B. Proyecciones

Según puede verse, aunque la decisión de primera instancia coincidió con la adoptada por el máximo Tribunal, lo hizo en consideración a argumentos que recién fueron introducidos por la DOCSJN. Se reitera así la línea de resolución verificada en casos ya analizados como «A.L.M.», «Catrilaf» o, *a contrario sensu,* «Rosales» (recordemos que en el caso era la fiscalía la que pretendía introducir un argumento novedoso *in malam partem*, posibilidad que fue descartada por el máximo Tribunal).

38) R. 1046. XXXIX, «Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición» (sentencia del 14 de octubre de 2004, publicada en Fallos, 327:4168)

PRESENTA MEMORIAL. EXPRESA AGRAVIOS. MEJORA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

Que, en mi carácter de Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, legitimada activamente en virtud de la delegación de funciones efectuada por el Sr. Defensor General de la Nación, Dr. MIGUEL ANGEL ROMERO, quien cuenta entre sus deberes y atribuciones ejercer ante V.E. en los casos que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 51, inc. «a» y «b» y 53, inc. «a» de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946), vengo en legal tiempo y forma, en atención a lo normado por el art. 33 de la Ley N° 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, el art. 24, inc. 6°, «b» del Decreto-ley 1285/58 y demás normas concordantes, a fundar el recurso de apelación interpuesto por la titular de la Defensoría Pública Oficial en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal, Dra. Perla Martínez de Buck, contra la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría N° 2 (obrante a fs. 187/192vta.), en cuanto hace lugar a la extradición de mi asistido, solicitada por el Juzgado 10° del Crimen de Santiago, República de Chile.

II. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

La Embajada de la República de Chile requiere la extradición de mi defendido de conformidad con lo dispuesto en los «*...autos rol N° 3774-99 de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, sobre Extradición Activa, en el proceso rol N°?78.180 - 2 del 10° Juzgado del Crimen de Santiago, seguido por el delito de giro doloso de cheques.*» (v. fs. 2).

En el Expediente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile, que corre agregado por cuerda, se encuentran las órdenes de detención de RODRÍGUEZ PIZARRO, junto con el exhorto correspondiente y copias certificadas del Código Penal, Código Procesal Penal, y Decreto con Fuerza de Ley N° 700, todos de la República de Chile (v. fs. 87, 2, 109/110vta., 111vta. y 112, respectivamente).

Tras la presentación del dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 3) y la intervención del Ministerio Fiscal (fs. 4) las actuaciones se radicaron en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría N° 2. Cumplidas diversas tareas de inteligencia, se procedió a librar orden de allanamiento del domicilio habitado por RODRÍGUEZ PIZARRO en nuestro medio, lográndose su detención el día 5 de septiembre de 2000 (ver fs. 19).

Al día siguiente, se realizó la audiencia prevista en el art. 27 de la Ley 24.767,

oportunidad en la que el requerido se negó a ser extraditado (conf. fs. 35vta). RODRÍGUEZ PIZARRO explicó que su negativa se basaba en que hacía veinticinco años que se encontraba radicado en la Argentina, habiendo constituido su grupo familiar en este país del que era el único sostén económico.

Citada en los términos del art. 30 de la ley 24.767, la defensa ofreció como pruebas la orden de allanamiento y detención libradas sobre su defendido, de fs. 12; el acta de detención de fs. 19/20; el acta de la audiencia de identificación de fs. 35 y el informe del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal de fs. 42. Asimismo, solicitó se citara como testigos a los Sres. Aldo Arcieri y Ángel Pinazo y a la. Sra. Margarita Inés Pizarro Valderrama. Por último requirió la realización de un amplio estudio socio-ambiental, así como un estudio médico psiquiátrico a efectos de medir la incidencia de una posible extradición sobre la psiquis del requerido y de su grupo familiar.

El 11 de diciembre de 2000 la defensa solicitó se rechace la solicitud de extradición formulada, por entender que la misma no cumplía con las exigencias formales del art. 5° inc. b) y c) del Convenio de Montevideo de 1933. En esa oportunidad también señaló que RODRÍGUEZ PIZARRO se encontraba radicado en el país desde hace más de veinte años y que la duración del proceso de extradición, originado por un pedido con falencias formales insalvables, ocasionaba a su defendido un injustificable estado de incertidumbre y ansiedad. (fs. 76/79).

A fs. 97/100 la Sra. Jueza Federal interviniente resolvió no hacer lugar al rechazo de la solicitud de extradición formulado por la defensa y continuar con el trámite de la causa. Contra ese decisorio la Sra. Defensora Oficial interpuso recurso de casación (ver fs. 101/105), el que fue concedido a fs. 106/vta.

En fecha 19 de junio de 2001(fs. 112/vta) la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar mal concedido el recurso en la inteligencia de que el sistema establecido por la ley de extradición prevé específicamente un proceso de apelación ajeno a su competencia..

A fs. 113/122vta. el Sr. Defensor Público Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h) interpuso recurso extraordinario federal, el que fuera rechazado con fecha 21 de junio de 2001 (*vid* fs. 127).

Finalmente, a raíz del recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado interpuesto por la defensa oficial, V.E. desestimó el recurso intentado el 23 de abril de 2002 (v. fs. 150) al afirmar que la queja no refutaba los motivos de la resolución denegatoria del recurso extraordinario.

El 8 de julio del año en curso se celebró la audiencia de debate. En la misma fecha la Dra. María R. Servini de Cubría resolvió hacer lugar a la extradición de Mario Iván RODRÍGUEZ PIZARRO.

En los fundamentos de la sentencia dictada el 14 de julio ppdo. (ver fs. 187/192vta.) la Sra. Jueza Federal señaló: «*...aprecio con claridad de las actuaciones remitidas por la justicia del país solicitante que Mario Iván Rodríguez Pizarro es requerido a fin de ser juzgado por el giro doloso de los cheques Nros. 4070711, 4070713, 4070714, 400715 y 4070716, todos ellos correspondientes al Banco Santander, los cuales fueron suscriptos por el encausado en su carácter de factor de comercio de la empresa «Tropishow Producciones Limitada», con fechas 16/06/98, 23/06/98, 30/06/98, 06/07/98 y 13/07/98.* ***Conductas como estas se encuentran reprimidas por el art. 467 del Código Penal de la República de Chile, y el art 22 del decreto ley Nro. 700 del vecino país, encontrando su correlato en art. 302 de nuestro digesto sustantivo.***»(sin destacar en el original).

Respecto de las cuestiones planteadas por la defensa en cuanto a que la

codificación penal de la República de Chile estipula las penas en grados y no en años, la sentenciante sostuvo: *«...de fs. 95 del legajo remitido por el país requirente, se desprende que a cada uno de los delitos que se le achacan a Mario Iván Rodríguez Pizarro le corresponde una pena de privación de libertad mínima superior al año, tiempo exigido por las leyes que regulan el presente proceso. Asimismo, del expediente que contiene la documental enviada por al justicia chilena, se puede observar que obra la copia legalizada que ordena la aprehensión de Mario Iván Rodríguez Pizarro -ver fs. 59- , de su análisis también se infiere que los hechos por los cuales se solicita al nombrado no se encuentran prescriptos, ni por el ordenamiento legal de la nación requirente ni por las leyes de nuestro país; la pena prevista por los dos delitos que se lo requiere supera el mínimo establecido en el Tratado de Montevideo, siendo típicos tanto para las leyes argentinas como para las uruguayas; y, por último, no se dan, en principio, ninguno de los impedimentos establecidos en las leyes de la materia. De esta forma, entiendo que los requisitos previstos por el art. 5to. de la ley 1.638 y por los arts. 6to. y 13vo. de la ley 24.767 se encuentran reunidos en su totalidad.»*

A fs. 196/198vta. se encuentra agregado el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Pública Oficial, quien se agravió de la concesión de la extradición en tanto resultaba violatoria de la Convención Interamericana sobre Extradición de Montevideo, más precisamente del art. 5 ap. b) y c) y de lo dispuesto en el art. 13 de la ley 24.767.

En esa empresa sostuvo que la petición cursada por la Embajada de Chile a la República Argentina (obrante a fs. 2) no revestía el carácter de solicitud formal requerida por la ley. Señaló además que las copias de las órdenes de aprehensión eran ilegibles, que la descripción de los hechos efectuada por el Estado requirente era insuficiente y que la República de Chile había omitido enviar una descripción precisa de la pena que le cabría al requerido en caso de recaer condena en su contra.

En torno a esta última cuestión, la Dra. Martínez de Buck enfatizó que el Código Penal Chileno estipula las penas en grados y no en años. Añadió que la carencia de documentación que acreditara la cantidad de años de prisión correspondiente a cada grado de pena, había imposibilitado a la defensa y al propio Tribunal dar cabal cumplimiento al art. 6 y concordantes de la ley 24.767.

La Sra. Defensora Pública indicó, además, que el delito previsto en el art. 467 del Código Penal Chileno (fs. 110vta. del legajo enviado) se encuentra reprimido con tiempos de detención que varían de acuerdo al monto de la defraudación cometida; que la graduación de la pena se calcula tomando como base la suma monetaria defraudada mensurada en «unidades tributarias mensuales» y que el Estado requirente no había informado respecto cuántos pesos chilenos conforman una unidad tributaria mensual a los fines de encuadrar típicamente la conducta de RODRÍGUEZ PIZARRO.

Señaló, en otro orden, que la permanencia del justiciable en la República Argentina por espacio de más de veinte años, en cuyo transcurso formó una familia de la que es único sostén económico, tornaba desaconsejable su extrañamiento pues debía prevalecer en el caso el derecho del extraditurus a permanecer en el país.

III. 1. IMPEDIMENTO FORMAL PARA LA VIABILIDAD DEL PEDIDO DE EXTRADICIÓN – JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN – DECISIÓN CONTRARIA

Esta parte no desconoce que la extradición es un procedimiento de asistencia judicial internacional, cuyo fundamento reposa en el interés común a todos los

Estados de que los delincuentes sean juzgados y, eventualmente, castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los hechos delictuosos (Fallos 319:510).

Pero esos principios son inescindibles de la idea -también expresada en el precedente citado- de que en materia de extradición *«...no cabe prescindir en absoluto de lo que los tratados disponen en materia de formas con miras a garantizar la seriedad de sus pedidos para salvaguarda de los derechos del extraditado...(Fallos: 267:405)»* (Fallos 319:510, Considerando 7°).

La República de Chile solicitó, por resolución de su Corte Suprema de fecha 17 de mayo de 2000, la extradición de Mario Iván RODRÍGUEZ PIZARRO, a los efectos de someterlo al juzgamiento de los hechos delictivos por los que se le iniciara proceso, todos ellos calificables como giro doloso de cheque, previsto en el artículo 22 del Decreto con fuerza de ley sobre cuentas corrientes bancarias, que a su vez remite a la sanción punitiva del artículo 467 inc. 3°, segundo párrafo, del Código Penal de ese país (conf. fs. 86/91vta. y 109/112vta. del expediente de la Corte Suprema de Chile que corre por cuerda).

El ilícito mencionado se encuentra previsto y reprimido en nuestro país en el artículo 302 CP, tal y como lo señalara la Sra. Juez actuante en la sentencia obrante a fs. 187/192vta.

Es menester recordar entonces que**,** en el caso, rige la Convención sobre E**xtradición** aprobada por la 7ma. Conferencia Internacional Americana de Montevideo, el 26 de diciembre de 1933, suscripta y ratificada por **Chile** a través del Decreto N° 942 y por la República Argentina por el Decreto-Ley 1638, del 31 de enero de 1956.

Ahora bien, el delito por el que se solicita la extradición tiene prevista en nuestro ordenamiento jurídico nacional una pena mínima de seis meses de prisión art. 302 del CP , lo que veda absolutamente la concesión del reclamo de extradición, conforme el óbice regulado en el artículo 1°, inc. «b» de la mencionada Convención sobre Extradición de Montevideo, que es la ley especial vigente entre las partes (Argentina y Chile) en el caso en estudio.

En efecto, de conformidad con la previsión del artículo 1, inciso «b» del referido Convenio, la extradición sólo procede allí donde el mínimo legal previsto para la figura objeto de proceso no sea inferior a un año de prisión, **en ambos ordenamientos legales**, es decir, tanto en el derecho de fondo del país requirente (Chile) como en el del requerido (Argentina).

Cabe destacar que en el caso «Flores Méndez, Jaime y otra s/ extradición», resuelto el 7 de octubre de 1975 (Fallos: 293:64), esa Digna Corte sentó la recta interpretación del óbice legal analizado, afirmando que *«la 'pena mínima' no puede sino referirse al mínimo legal y abstracto que las legislaciones de los países requirente y requerido imponen al delito en cuestión...».* En esa oportunidad, V.E. resolvió no hacer lugar a la extradición solicitada por la República de Chile, en la que el delito imputado era el de apropiación indebida, conducta sancionada en la Argentina con una pena mínima de un mes y una máxima de seis años. V.E. fue categórica en punto a que la vigencia del Tratado tornaba inaplicable el principio de reciprocidad o la práctica uniforme de las naciones, que –sostuvo- «*sólo podrían operar en defecto de aquél»* (Fallos 293:64, Considerando 5°).

En este contexto resulta evidente que en autos no se ha satisfecho el requisito exigido por el art. 1°, inc. «b» del Tratado de Montevideo de 1933.

Reciente jurisprudencia de esa Corte reafirma el alegado impedimento: «*...Conforme a una conocida jurisprudencia del Tribunal, debe entenderse que la «pena mínima» a que hace referencia la Convención de Montevideo es la que el*

precepto invocado prevé en abstracto como extremo inferior de la escala represiva. Una solución contraria, fundada en la pena mínima que concretamente podría atribuirse al hecho en la escala legal del Estado chileno, importaría exigir de los jueces argentinos una suerte de predicción valorativa de las circunstancias del caso a tener en cuenta por los tribunales de la nación solicitante que significaría decidir cuestiones de fondo que exceden los límites de este tipo de juicio. (caso «Osorio Vázquez», Fallos: 301:996, considerando 5° y sus citas; ver, asimismo, caso «Weissgärber», Fallos: 314:1132, considerando 7° y sus citas).»(Fallos: 318:108, «Peyrú, Diego Alberto s/ pedido de extradición Embajada de la República de Chile», rta. el 23 de febrero de 1995).

Esta interpretación se ajusta a lo propósitos perseguidos por la legislación en la materia, que son los de excluir la posibilidad de reclamos para delitos de menor entidad que, por ende, no justifican procesos de extradición. (Fallos 293:64, Considerando 4°).

Así las cosas, debiendo basarse la procedencia de la extradición en el cabal cumplimiento de las exigencias formales y de los requisitos prescriptos en el Tratado respectivo (conf. Fallos: 240:115, entre muchos otros) cuyas previsiones operan, por lo demás, como límite al interés de los Estados por representar «*...el interés común de todos en el estricto respeto a los tratados de extradición que establecen las condiciones bajo las cuales se otorgará la ayuda...*» (Fallos 311:1925, Considerando 12°), corresponde, y así expresamente lo solicito, revocar la decisión en crisis y no hacer lugar a la extradición impetrada toda vez que la pena mínima prevista en la República Argentina para el delito por el que se solicita la extradición, no satisface las condiciones dispuestas en el art. 1°. inc. b) de la Convención de Montevideo de 1933.

No desconozco, por cierto, que el óbice formal que aquí se opone como impedimento absoluto a la procedencia de la extradición no ha sido objeto de cuestionamiento expreso por parte de la defensa pre-actuante; sin embargo, la naturaleza ordinaria del recurso que se intenta me habilitan a incorporar argumentos jurídicos que han de resultar fundamentales a la hora de emitir una decisión, mejorando las alegaciones de quien me precediera en el ejercicio de mi ministerio.

También viabiliza mi pretensión el tratamiento puntual, pero erróneo, de este tópico efectuado por la Sra. Jueza Federal en la sentencia recurrida (v. fs. 192, tercer párrafo, donde textualmente se consigna: *«la pena prevista por los delitos que se lo requiere supera el mínimo establecido en el Tratado de Montevideo, siendo típicos tanto para las leyes argentinas como para las uruguayas»* (sic); son evidentes los errores materiales que el párrafo citado contiene: por una parte en tanto cita las leyes uruguayas que nada tienen que ver en la cuestión; por la otra, cuando afirma que la pena supera el mínimo convencional establecido. Lejos de ello, el delito contemplado por el art. 302 del Código Penal Argentino, tipo legal excogitado por la Sra. Magistrada de grado para encuadrar la conducta imputada al requerido, de ninguna manera *«supera el mínimo establecido en el Tratado de Montevideo»* toda vez que ese mínimo es de *«un año de privación de libertad»* y el artículo de mentas prevé **una penalidad mínima de seis meses de prisión.**

Igualmente habilita la mejora de fundamentos que se intenta la circunstancia de que mi predecesora en el cargo introdujo el agravio de la penalidad mínima, aún cuando utilizando argumentos diversos. En efecto, la Sra. Defensora Pública Oficial puso en crisis la ausencia de definición en el instrumento del Estado requirente en punto a la penalidad mínima prevista en el ordenamiento chileno, lo que legitima mi afirmación de que no estoy incorporando un nuevo agravio sino abundando en argumentos de neto corte jurídico vinculados al requisito previsto en el art. 1 inc. «b» del Convenio aplicable al caso.

Por otra parte resulta válido recordar que, en las especiales condiciones del caso, anteponer deficiencias procesales al espíritu y a la letra del Tratado que rige en la causa supondría incurrir en exceso de rigor formal en desmedro de la previsión del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y del precepto del artículo 26 ibídem, en tanto recoge el principio *pacta sunt servanda,* pautas hermenéuticas reconocidas como criterios rectores en la jurisprudencia invariable de esa Corte.

En este sentido se ha expedido V.E. al afirmar: «...*resulta insostenible propugnar una inteligencia que implique dar prioridad a una ley interna respecto de un tratado internacional (S. 289. XXIV in re «Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo» rta. el 8 de septiembre de 1992)»* (del dictamen del Procurador General de la Nación al que adhirió V.E. en Fallos 324:3484. Sobre los alcances del principio *pacta sunt servanda* v. además, Fallos 323:3680; 322:1558, entre otros).

A mayor abundamiento, cabe citar la jurisprudencia sentada en el expediente C.S.J.N. letra «B», N° 752, Libro XXXVII, R.O. «Báez, Héctor Antonio s/ arresto preventivo», sentencia del 3 de abril de 2003, en el voto del Sr. Ministro Doctor Don Antonio Boggiano. En el precedente citado se analizó la cuestión la perspectiva de la máxima *iura novit curia*, siguiendo al efecto el principio general conforme al cual incumbe a la Corte *«...calificar la verdadera índole jurídica de la cuestión y su fundamento, máxime cuando está en juego un tratado con una nación extranjera».*

En tal sentido, conforme la jurisprudencia invariable de V.E. según la cual la determinación de los límites punitivos debe realizarse con apego a la penalidad prevista en abstracto, el Sr. Ministro entendió «...*inoficioso pronunciarse respecto de la aplicabilidad del art. 239 del Código Penal argentino, pues aun cuando se considerase que tal normativa rige en el caso, la pena en cuestión no alcanza a un año. 7°) Que, en definitiva, la descripción del hecho efectuada por el país requirente, no es posible de encuadrar en ningún tipo legal conminado con una pena en el ordenamiento penal argentino, a fin de tener por acreditado el principio de doble incriminación (art. 280 del Código Penal).»*

Siguiendo estos principios así como los que derivan de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1°, inc. «b» del Tratado de Montevideo de 1933, revocar la decisión en crisis y rechazar el pedido de extradición formulado por la República de Chile en tanto la conducta imputada a quien se desea extraditar encuadra en un tipo legal con una penalidad mínima inferior al año de prisión.

III. 2. CRITICA A LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Sin perjuicio de lo precedentemente señalado, corresponde enfatizar los restantes argumentos presentados a consideración por la defensa.

Como ya se señalara, la sentenciante concedió el pedido de entrega de RODRÍGUEZ PIZARRO a la República de Chile en relación al delito de giro doloso de cheques, descrito en el art. 22 del Decreto con fuerza de Ley N° 700 de la República de Chile y en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 302 del Código Penal de la Nación.

El pedido realizado por las autoridades de la República de Chile obrante a fs. 2 sólo hace referencia a «...*la solicitud de extradición del ciudadano chileno Mario Iván Rodríguez Pizarro* (...) *en el proceso rol N° 78.180 - 2 del 10° Juzgado del Crimen de Santiago, seguido por el delito de giro doloso de cheques.»*

Estas menciones tan genéricas como vagas en modo alguno pueden ser

valoradas como suficientes para ubicar correctamente en tiempo y espacio el delito endilgado a RODRÍGUEZ PIZARRO. La exigencia legal persigue, como último fin, que el requerido tenga certidumbre en cuanto a los hechos por los que se solicita su extrañamiento y respecto de los cuales habrá de ejercer su defensa en el proceso seguido en el Estado requirente (Fallos 324:1557).

El hecho de que el Estado requirente no acompañara documentación que especifique las equivalencias en años de cada uno de los grados punitorios, viola el art. 5 inciso b de la Convención sobre Extradición suscripta por la República Argentina en la Séptima Conferencia Internacional Americana de Montevideo, el 26 de diciembre de 1933. Dicha norma establece que «*Cuando el individuo es solamente un acusado,* [debe acompañarse] *una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes penales aplicables a éste así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena.*»

Si bien este recaudo parecería cumplimentado con las fotocopias remitidas por la judicatura chilena, extremo que llevó al *a quo* a descartar la defensa opuesta en este sentido, de la lectura de esa documentación se vislumbra que la tabla de equivalencias entre grado punitorios y años de prisión, en la que se fija la penalidad aplicable al caso, no se encuentra anexada a la presente causa, por lo cual la documentación remitida es incompleta e inexacta.

Y esto se ve agravado, ya que, además de la señalada omisión, el Estado requirente no ha enviado la lista o tabla que permite establecer fehacientemente a cuánto asciende el monto pecuniario de cada «unidad tributaria mensual». Cabe señalar la importancia de dicha información, ya que de acuerdo a lo estipulado en el art. 467 del Código Penal Chileno las penas a imponer varían de acuerdo al monto de la defraudación expresado en las unidades ya mencionadas.

Estas omisiones han conculcado asimismo las exigencias del art. 3°, inc. a) de la Convención sobre Extradición suscripta en Montevideo en 1933 ya que la imposibilidad de determinar la pena que recaería sobre el nombrado ha impedido a la defensa controlar si la acción penal del delito en que se funda el pedido de extradición se encuentra prescripta.

Debe destacarse, para finalizar, que la defensora oficial también se opuso al extrañamiento en virtud del derecho del justiciable a *«...permanecer en el país»,* que –sostuvo con cita de Laband y Julio Claro- en un caso como el presente debe prevalecer. La falta de toda respuesta en torno a esta cuestión por parte de la Sra. Magistrada interviniente, argumento mantenido en el memorial de fs. 196/198vta., habilita su replanteo en esta instancia.

Y es que, más allá del infranqueable óbice formal consignado en el apartado anterior, los principios allí expuestos guardan relación con este agravio en particular. El hecho de que mi defendido haya permanecido en la República Argentina por espacio de más de veinte años, que haya formado una familia de la que es único sostén económico, y que, por lo demás, no posea antecedentes ni causas en trámite (v. informe policial de fs. 40 y Planilla del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal obrante a fs. 42/vta.) reafirma la improcedencia del extrañamiento frente a reclamos por delitos de menor gravedad que, como señalara V.E. en Fallos 293:64, Considerando 4°, ya citado, «*...no justifican trámites internacionales de este tipo.»*

En las condiciones del caso, la concesión de la extradición de mi defendido solicitada por la República de Chile supondría una restricción irrazonable de la garantía constitucional del artículo 14 de la Constitución Nacional que, conforme la jurisprudencia invariable de esa Corte, es la que debe conjugarse con las normas

de extradición (en este sentido Fallos 311:1925; C. 801.XXIV, «Candá, Alejandro Guido s/ extradición»; «A». 83.XXIV «Juez de Foz de Iguazú-Brasil s/ pedido de extradición del señor Jorge Américo Arena, fallada el 4 de mayo de 1995, Considerando 7° del voto de la mayoría y del voto de los Ministros López y Bossert, y Considerando 3° del voto del Ministro Petracchi, todos citados en Fallos 318:2148, Considerando 12° del voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor).

IV.- PETITORIO

(...)

38. A. Sentencia de la Corte

La CSJN hizo lugar al recurso de apelación presentado por la defensa, aún cuando los agravios -referidos a que el hecho que había dado inicio la pedido de extradición no cumplía con los requisitos del art. 1, inc. b) de la Convención de Montevideo de 1933- habían sido introducidos directamente en la instancia de memorial. A ese respecto afirmó que *«El cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados de extradición y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento.»* (ver considerando 4).

39) G. 1711. XLI, «Gorosito Ibañez s/ causa 6284» (sentencia del 11 de septiembre de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. DOCTRINA DEL PRECEDENTE «CASAL, MATIAS EUGENIO y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681-». AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

III. 1. La sentencia condenatoria. El cómputo de pena

El 1° de diciembre de 1999 Gorosito Ibáñez fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 de la Capital Federal a la pena única de veintitrés años de reclusión con declaración de reincidencia.

Una vez firme la sentencia se formó el legajo de ejecución respectivo y se procedió a la realización del cómputo de pena.

A fs. 241/vta. del legajo de ejecución el Defensor Público Oficial ad hoc de la Defensoría de Ejecución penal se presentó peticionando la realización de un nuevo cómputo de pena, con invocación de la doctrina de V.E. en el precedente «Méndez, Nancy Noemí».

En la misma presentación la defensa señaló que el inc. 4° del art. 493 del C.P.P.N. determina la competencia del juez de ejecución en la resolución de todos los incidentes que se susciten en el ámbito de la ejecución de la pena.

Asimismo destacó que la solicitud de un nuevo cómputo de pena se realizaba dentro de los términos del art. 504 del C.P.P.N..

A fs. 263/265 por resolución del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2 de

fecha 6 de mayo de 2005 se rechazó el planteo defensista.

Se sostuvo al efecto: «*En principio, tal como dejara asentado 'in re' SOBRERO, Claudia Alejandra rta. el 7 de abril ppdo., entiendo que la letra del art. 491 del ordenamiento ritual no invoca en forma inequívoca o taxativa cuáles son las causas, que a criterio del juzgador, deban ser suficientes como para plantear una incidencia. Tan solo establece el trámite de los incidentes, requiriendo para ello el planteo por alguna de las partes, salvo en el caso del querellante, y el plazo de resolución previa vista a la contraparte. Es por ello que considero válida la cuestión traída por parte de la defensa ante esta instancia y no fue descartada de plano, otorgándosele la voz al representante del ministerio público a fin de que se expidiera, lo que hizo sin lugar a dudas, contestando en fondo y forma la argumentación de la defensa. Por lo tanto, entiendo que la pretensión introducida por la defensa encuadra en la previsión del art. 491 del código ritual en cuanto prevé que, resulta competente la justicia de ejecución penal para '...todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución'. Aclarado el punto, he de traer a colación que, ya en anteriores oportunidades dejé plasmado mi criterio, respecto a que, en esta sede de ejecución penal, se debe estar al resultado del cómputo original practicado por el tribunal de juicio y respetando la aplicación que oportunamente se hizo del art. 24 del código penal (leg. Nº 5469 'Rolón, M. G.' del 14/10/04). Entiendo que la norma contemplada en el art. 493 del código adjetivo, implica que el cómputo practicado adquiere firmeza y pasa en autoridad de cosa juzgada si no fue impugnado por las partes en el plazo procesal correspondiente. Para su revisión obran como excepciones: los errores de índole aritmética; cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna -art. 504 C.P.P.N.- (en tal sentido ver C. nº 4473, 'GARCIA, D.E.' rta. el 27/6/03, voto del Dr. DAVID, que remite a lo sostenido en el fallo 'PODESTA, G. I.' del 30/4/97, ambas de la Sala IIa. de la CNCP. A mayor abundamiento y con meridiana claridad, la Sala Ia. del Tribunal casatorio ha dicho: '...el cómputo de pena no integra la sentencia condenatoria, sino que es un acto tendiente a su cumplimiento, y que modificar sus errores es obligación, practicable aún de oficio, por el Tribunal que los advierte -medie o no recurso de la parte acusadora- porque esa modificación no altera la cosa juzgada sino que tiende a preservarla...' (C. 'ARES' del 19/5/97). Por lo tanto y encontrando, por lo dicho, expedita la vía para pronunciarme sobre lo peticionado, adelanto que comparto la postura que sostiene que la jurisprudencia emanada de los fallos de la Corte Suprema no resulta vinculante ni de aplicación obligatoria para casos análogos. Sin perjuicio de ello, sostengo desde lo sustancial, igual criterio que el enunciado en el fallo 'MENDEZ, Nancy N.', y así lo consideré en la resolución ya citada respecto de Claudia Alejandra SOBRERO a la que me remito en honor a la brevedad, no obstante, debo señalar que la postura sustentada debe ser adecuada conforme cada caso en particular, para evitar el riesgo de estandarizar los pronunciamientos que caben al respecto y trastocar la labor jurisdiccional en una mera actividad administrativa, sin que ello me haga incurrir en contradicción alguna. Tan así es esto, que en el presente legajo, entiendo, no me encuentro formalmente habilitada para acceder a la modificación impetrada por la asistencia técnica. Debe advertirse que en oportunidad de pronunciarse el Tribunal de condena ya se encontraba vigente, desde el 19 de julio de 1996, la actual ley de ejecución penal -24.660-, por lo que al momento de efectuarse el cómputo de vencimiento de pena, la mentada normativa, operaba de pleno derecho y las partes tuvieron en sus manos la posibilidad de plantear las impugnaciones respectivas, sobre la base de los mismos argumentos que hoy aquí se ventilan, vinculados con el criterio*

sustentado por el Supremo Tribunal en la causa 'MENDEZ'. De modo tal que, teniendo en cuenta que el plazo previsto en el art. 493 del ritual transcurrió con holgura sin que las partes efectuaran impugnación alguna, considero que en esta sede no procede la modificación pretendida ya que tal acto, como manifestara anteriormente, ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Va de suyo, entonces, que la incidencia hoy planteada no responde a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que como quedara asentado, al tiempo de ser condenado GOROSITO IBAÑEZ, la ley 24660 se encontraba vigente. Tal situación no puede ser modificada desde esta jurisdicción, so riesgo de incurrir en una indebida extensión de la competencia fijada.»

III. 2. El recurso de casación

A fs. 266/272vta. se encuentra agregado el recurso de casación articulado por la defensa oficial.

Se agravió por considerar que la falta de traslado de la opinión vertida por la fiscalía en oportunidad de sustanciarse el pedido de nuevo cómputo ocasionó una grave vulneración al derecho de defensa en juicio.

Sostuvo en otro orden que la resolución atacada se apartó arbitrariamente de la doctrina sentada por el máximo Tribunal de garantías de la República, y que adolecía de defectos de fundamentación insalvables que acarreaban su nulidad.

Con cita del precedente de V.E. en el caso «Romero Cacharane» refirió que las garantías constitucionales en materia criminal abarcan la etapa de ejecución penal, de modo que el planteo debió ser atendido y resuelto con arreglo a lo peticionado.

Afirmó que, independientemente de la derogación de la pena de reclusión tras el dictado de la entrada en vigencia de la ley 24.660, V.E. fueron categóricos en afirmar que la modificación del cómputo de pena integra la competencia del juez de ejecución.

En abono de su postura, la defensa se detuvo en el análisis del carácter vinculante de la jurisprudencia del máximo Tribunal, cuestión que abordó con cita de doctrina y jurisprudencia atingente concluyendo que *«...el decisorio se pronuncia en contra de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin introducir argumentos novedosos o independientes que justifiquen tal decisión, lo que convierte al pronunciamiento arbitrario»* (v. fs. 271)

Asimismo enfatizó el defensor que la misma Magistrado que rechazara el planteo, lo había acogido favorablemente tan solo un mes antes, al resolver en la causa «SOBRERO, Claudia Alejandra», leg. 6441, cuyos fundamentos transcribió en aras de probar la inconsecuencia verificada.

Y más adelante agregó: «*Al argumento de la Sra. Juez, en el sentido de sugerirse incompetente -aunque sin declinación- en la inteligencia que al momento del fallo la ley de ejecución penal tenía plena vigencia, carece de rigor jurídico, si de contrastar con el art. 504 del ritual se trata, pues lo que no existía –y he aquí la ausencia de fundamentación que enerva la crítica- es el precedente de nuestro más alto Tribunal que motivó el inicio de la incidencia.»* (v. fs. 271 vta.)

El 17 de mayo de 2005 se concedió el recurso (v. fs. 275) y, sin sustanciación de ninguna índole, por resolución reg. 7792 de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal del 28 de junio de 2005 se lo declaró mal concedido.

Sostuvo el Tribunal: «*Que la afectación a la garantía de defensa en juicio, que se alega como derivación de no haberse dado traslado al defensor técnico del dictamen fiscal de fs. 256, no es tal. En efecto, del planteo –y su fundamentación- hecho por la defensa se corrió vista al fiscal (fs. 244) y luego fue resuelto, tal*

como lo determina el art. 491 del C.P.P.N. 5º) Que tampoco se ha resuelto, como se pretende, en oposición al fallo de la corte recaído in re: Mendez. Esto es así porque, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, en ese pronunciamiento no media doctrina en el sentido de la derogación de la pena de reclusión por la ley de ejecución penal nº 24660, desde que el considerando 8º del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Maqueda no ha sido compartido por los Ministros Beluscio, Boggiano y Highton de Nolasco. Además, esta sala ha suministrado las razones por las cuales esa derogación no se ha producido y las que avalan la constitucionalidad de la distinción entre las penas de reclusión y prisión y su diferente cómputo a los fines de la prisión preventiva. (causa nº 5532, reg. Nº 7143, 'Almeida, María Marta s/rec. de casación', del 29-10-04), sin que el recurrente se hubiera hecho cargo de atenderlas. En tales condiciones, el recurso a examen se halla absolutamente infundado y, por tanto, no debió ser admitido.» (v. fs. 282/3).

III. 3 El Recurso extraordinario federal

A fs. 284/299 obra agregado el recurso extraordinario federal articulado por la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. Silvia E. Zelikson.

En aras de demostrar los agravios federales causados, la citada Magistrado comenzó su análisis partiendo de la decisión de la Sra. Juez de Ejecución que descalificó por considerarla arbitraria.

Sostuvo al efecto que, independientemente de la inteligencia que corresponde asignar al precedente «Mendez», tampoco podía compartirse la idea del fallo analizado en cuanto descartara la competencia para estudiar el planteo, so pretexto de la existencia de defectos en el planteamiento (concretamente las referencias a que la defensa no había efectuado cuestionamientos sobre el punto durante la etapa de juicio). En este sentido, la Dra. Zelikson invocó la doctrina de V.E. en el caso «Núñez, Ricardo A.», destacando que las eventuales omisiones atribuibles al letrado en causa penal no pueden perjudicar la situación del titular del derecho de que se trate.

Puesta a cuestionar la actuación de los Magistrados en la instancia jurisdiccional intermedia la Dra. Zelikson denunció la vulneración al debido proceso verificada como consecuencia de la clausura liminar del remedio casatorio, mecanismo que coartó el contradictorio en esa etapa, en desmedro de la garantía de defensa en juicio.

Entendió que, en consecuencia, se había vulnerado la garantía constitucional de la doble instancia jurisdiccional pues, sin habilitar a la defensa la posibilidad de mejorar fundamentos, el Tribunal clausuró la vía, introduciéndose en el fondo del planteo.

Pese a ello, y en aras de agotar argumentos favorables a su postura, la Dra. Zelikson transcribió los fundamentos brindados por el *a quo* en el caso «Almeida» (al que remitiera para la resolución del presente caso) y procedió a controvertir sus alcances, y, al efecto, se introdujo en el análisis de la inconstitucionalidad del art. 24 del C.P. sin desatender la cuestión relacionada con la derogación tácita de tal precepto, por vía de la sanción de la ley 24.660.

Explicó su abordaje destacando: «*...después del dictado del fallo 'Méndez Nancy' (M. 447 XXXIX) que no existe la extemporaneidad que menciona la Cámara en el mismo precedente pues el agravio tiene lugar* ***cuando la norma se torna operativa*** *y, al tiempo de interponerse tanto el recurso de inconstitucionalidad como el presente remedio federal, Gorosito Ibáñez sufre un daño actual porque la* ***operatividad de la norma es ininterrumpida.*** (v. fs. 295vta.)

Y más adelante destacó: «*En esta línea no es preciso presumir inconsecuencia alguna del legislador sino atender a la labor sobreviviente del Congreso que, al sancionar, la ley 24660 equiparó la modalidad de cumplimiento de las penas que*

importan encierro, reformando de ese modo el rasgo esencial de la sanción y alterando el criterio de razonabilidad para el cálculo de la prisión preventiva. Incluso cuando desoyéramos la opinión de los jueces Maqueda, Petracchi y Zaffaroni en el fallo 'Mendez' y supusiéramos por un momento que la reforma legislativa (ley 24660) no ha derogado la pena de reclusión, ocurre que desaparecida la diversidad en el modo de ejecución de penas, sumado al reconocimiento de ciertos derechos jerárquicamente tutelados pueden tornar inconstitucional su aplicación si, como sucede en la especie, las consecuencias que ella provoca son inconciliables con el despliegue incondicional del derecho al recurso del que goza el justiciable. ***Cualquier justiciable, con prescindencia de la pena con que se lo sanciona.*** *Por ello, si solo al condenado a una pena de reclusión, el tiempo que insume el trámite de una apelación a la que tiene derecho le provoca un perjuicio en la extensión temporal de su condena, no parece irrazonable sostener que la distinción que proviene de la ley que sanciona ese régimen importa arbitrariedad.»* (v. fs 297)

Ahondó en las implicancias de la cuestión enfatizando que, fruto de la interpretación abrigada por el *a quo*, la mayor o menor extensión de la pena quedaba depositada en cabeza del justiciable.

Por resolución reg. 7958 del 25 de agosto de 2005 los miembros de la Sala I declararon inadmisible el remedio federal intentado.

Toda vez que, a su juicio, la cuestión planteada resultaba sustancialmente idéntica a la resuelta en el caso «Díaz, Roberto Oscar s/ recurso extraordinario causa Nº 6236, reg. Nº 7954», la Sala remitió a los fundamentos vertidos en el caso y que se transcriben a continuación.

«...es evidente, el agravio sintetizado en el considerando anterior no se dirige contra la resolución de esta Cámara sino respecto de la suscripta por el juez de ejecución que, por cierto, no es la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contra la que procede el remedio extraordinario federal. Ello no obstante, ***no es misión de este Tribunal -al examinar la procedencia formal de los recursos que surten su competencia- suplir a los recurrentes*** *-aunque se trate de asistentes legales provistos por el Estado- en todas aquellas cuestiones que, por vía de tales recursos, podrían eventualmente plantearse.* ***Menos aún cuando, como en este caso acontece, ese asistente no se ha conducido con la inoperancia, inadvertencia o morosidad manifiestas que la recurrente le achaca. Y ello porque, contrariamente a lo sostenido por la representante de la defensa oficial de la instancia, la decisión del magistrado a quo no presenta el vicio de arbitrariedad que le adjudica****. Primero, porque -se ha dicho por la Sala mediante motivación que esa representante no ha confutado- no existe pronunciamiento de la Corte que debiese ser atendido por jueces inferiores; y, segundo, porque no especifica porqué, sin ley más benigna posterior al fallo en ejecución ni error de cálculo, qué otra razón legal hubiera habilitado al magistrado de ejecución a ejercitar la competencia que le atribuye el art. 504 del C.P.P.N.; ni cómo esa habilitación podría producirse por vía de la jurisprudencia que autoriza la declaración de inconstitucionalidad, de oficio, de las normas legales, o por la aplicación del precedente de otra Sala de esta Cámara o del voto de uno de los jueces del Tribunal en otro caso.»* (El destacado me pertenece.)

En segundo término los integrantes de la Sala I, analizaron el agravio de la defensa que señalaba la violación del art. 8 inc. 2, ap. h) de la CADH, asentando que: *«...****la frustración del trámite del recurso de casación intentado no obedece a la vulneración de la garantía a la doble instancia judicial -cual se asegura en el medio de impugnación a examen- sino a la propia insuficiencia argumental de aquél****, aspecto este último que no cuestiona la defensora de la instancia y que es el*

único que debió cuestionar para fundar adecuadamente su apelación federal (art. 15 de la ley 48). Además, jamás puede resultar de una recta lectura de la decisión de esta Sala la conclusión de que ella excedió el marco de competencia al resolver al fondo del asunto (la constitucionalidad del art. 24, en lo pertinente, del Código Penal). ***La cita del precedente «Almeida» no fue hecha para sustentar la aludida constitucionalidad -que el recurrente no puso en entredicho- sino para poner en evidencia que en el recurso de casación no se habían atendido las razones ahí expuestas acerca de que esa norma no se halla derogada y, por ello, el escrito no estaba adecuadamente fundado****. En definitiva, la distorsión del tema -si de ella cabe hablar- la ha traído el enfoque equivocado de la recurrente, por lo que los agravios expresados en pos de la inconstitucionalidad de la norma de fondo más arriba señalada carecen de relación directa e inmediata con lo resuelto.»* (v. fs. 304/5)

IV.- FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. LA NATURALEZA FEDERAL DE LOS AGRAVIOS. DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES CASAL, MENDEZ Y ROMERO CACHARANE. RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO

Tal como se desprende de la reseña de antecedentes, el sustrato del caso presentado a estudio es virtualmente idéntico al que diera lugar a los precedentes de V.E. en los casos «Casal, Matías Eugenio», «Martínez Areco», y «Romero Cacharane», sentencias en las que quedara definitivamente establecida la inteligencia que corresponde asignar a la garantía de revisión del fallo condenatorio tanto desde la perspectiva del derecho interno como del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

Al igual que en los casos en cuestión, en el presente el Tribunal *a quo* clausuró la revisión del fallo condenatorio sin siquiera imprimir un mínimo de sustanciación, coartando de ese modo la bilateralidad (en este sentivo se ha expedido V.E. recientemente al resolver en el caso «Jurevich, Carlos Alberto s/ causa N° 3411», sentencia del 7 de junio de 2005, destacando en el Considerando 5° la gravitación de la garantía del debido proceso en el trámite adversativo regulado en los arts. 478, 465, 451 y 453 del C.P.P.N.) y el ejercicio de la defensa en juicio en la instancia jurisdiccional intermedia.

Las razones que guiaron la clausura inaudita de la vía casatoria no difieren, en lo sustancial, de aquéllas que se vertieran en el precedente en cita; en ambos casos el derecho de revisión se vio truncado a partir de justificaciones que, amén de exhibir un exceso ritual manifiesto (concretamente al referir al modo en que los impugnantes expusieron sus agravios) trasuntaron una interpretación absolutamente inconciliable con su vigencia.

La profunda lectura histórica, sistémica y jurídico-constitucional emprendida por V.E. ha permitido precisar la relación entre la mayor o menor extensión del recurso de casación y el alcance del derecho del imputado a recurrir.

Por ende, a la luz del compromiso internacional asumido por nuestro país en materia de recursos contra las sentencias condenatorias (arts. 8, inc. 2, ap. «h» CADH y 14, inc. 5 PIDCP) el sistema cargó durante años con una deuda histórica en materia de interpretación constitucional del sistema de recursos contra las sentencias condenatorias, a la luz del compromiso internacional adoptado por nuestro país en materia de tutela de la citada garantía constitucional al doble conforme, que encontró en el fallo CASAL, por vez primera, un meduloso análisis por parte de ese Alto Tribunal, que rompe con la inerte tendencia jurisprudencial a aceptar un sensible recorte en las facultades en punto al control judicial.

La interpretación que del recurso hiciera el tribunal inferior en grado, ha

restringido el alcance del recurso de casación, ya que no se avocó a verificar si el Sr. Juez de Ejecución había cumplido con su deber de control judicial permanente de ejecución de la pena, en orden a garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley (en este sentido puede confrontarse el reconocimiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ROMERO CACHARANE, causa Nro. R.230. XXXIV «Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal», rta. el 9/3/04).

A modo de ejemplo, respecto de la verdadera naturaleza que cabe asignarle al control judicial en la etapa de ejecución de la pena, se presenta el razonamiento de ese Digno Tribunal al sostener que *«...la negativa de la Cámara Nacional de Casación Penal de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones adminis-trativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena...»*. («Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal», rta. el 9/3/04.)

Así también, con lo establecido recientemente por V.E., al sostener que la modificación de un cómputo por la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión (art. 24 del C.P.) se trata de una cuestión *«...propia de la etapa de ejecución...»* (*in re* M.447.XXXIX «Méndez, Nancy Noemí s/homicidio -causa Nro. 862-», del 22/2/05).

A ello se suma el hecho de que el precedente al que remitiera el Tribunal de Casación para coartar el derecho constitucional de revisión del fallo condenatorio (causa Almeida), se encuentra actualmente a estudio de V.E. (en rigor el trámite de la cuestión vinculada al cómputo quedó suspendido hasta tanto se resuelva un planteo de fondo. El tema es objeto de estudio en el Expte. Letra A. nº 2688, L XL, año 2004 y su acumulado, Expte. Letra A, Nº 63, L. XLI) de modo que mal podría predicarse su carácter dirimente cuando la sentencia aún no se encuentra firme.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación realizada por el tribunal *a quo*, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo y con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el marco del recurso casacional. Por ende, el fallo recurrido no sólo no se compadece con la interpretación constitucional brindada a la norma adjetiva, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, debiera acogerse favorablemente el remedio federal intentado.

Resta en cambio señalar que la desestimación del control casatorio (y la posterior inhabilitación del recurso extraordinario) ha asumido en nuestro caso la calidad de exceso ritual manifiesto, con virtual apartamiento al texto legal vigente. En efecto, la decisión del tribunal *a quo* inadvirtió que el ordenamiento adjetivo, prevé específicamente dos momentos en los que pueden desarrollarse en profundidad la suma de argumentos tendientes a sustentar el agravio central de un planteo recursivo, ya sea por escrito, tal lo ordenado en el art. 466, u oralmente o por intermedio de breves notas en la audiencia, según lo autoriza el art. 468. De esta manera, las exigencias en materia motivación del recurso en el escrito de interposición se alivianan, pues basta con exponer allí los motivos del recurso casatorio, para habilitarse la instancia.

En otras palabras, la comprensión cabal del funcionamiento del sistema de recursos importa advertir que el ordenamiento adjetivo prevé un verdadero «*juicio de casación*», con expresa previsión de un término de oficina para el desarrollo o ampliación de los fundamentos de dicha instancia recursiva y de una audiencia oral y pública en la que las partes pueden ser oídas, y consecuentemente, la fundamentación del recurso se satisface sólo con la clara enunciación del o de los motivos y agravios que, en el caso, fue satisfecho completamente por la asistencia técnica.

Con ello pretendo significar que, no sólo la fundamentación del recurso de

casación había resultado harto suficiente, en tanto se expusieron los argumentos tendientes a demostrar los vicios de fundamentación en que incurriera el tribunal al momento de decidir la situación de mi asistido, sino que además a través del trámite impreso en la instancia casatoria a ese planteo, se lo privó del juicio de casación que expresamente prevé el ordenamiento de rito.

Por otra parte, he de insistir en que para decretar la inadmisibilidad del recurso casatorio (y luego, del recurso extraordinario federal), el tribunal *a quo* se excedió en el análisis de la procedibilidad de dicho remedio, al sustentar su decisión, ya no en fallas técnicas vinculadas a sus formas (que, insisto, nunca podrían perjudicar al justiciable, verdadero titular del derecho de revisión del fallo condenatorio), único objeto del juicio de admisibilidad de ese recurso, sino en el abordaje del fondo del planteo deducido, en firme desvirtuación del juicio de admisibilidad, y en claro perjuicio de mi pupilo, pues se han omitido los pasos procesales que el juicio de casación requiere a tal efecto privándolo de ampliar, por intermedio de su asistencia técnica, los fundamentos que sustentaron los agravios introducidos oportunamente.

En lugar de garantizar los derechos de revisión del fallo condenatorio y de defensa sustancial, el tribunal de casación optó por hacer su propio aporte al elenco de violaciones constitucionales, cercenando la instancia contradictoria estipulada por la ley de rito en el marco del recurso de casación, desestimando sin más trámite los agravios.

En definitiva, entiende esta parte que el único camino procesal posible a fin de restaurar las garantías constitucionales violentadas es el acceso ante V.E., férreamente clausurado por el tribunal intermedio.

En ese marco, mantienen todo su vigor las alegaciones de la defensa en cuanto al pedido de aplicación del precedente de V.E: «Méndez, Nancy Noemí» para la realización de un nuevo cómputo de pena.

Por lo expuesto, y por remisión a los fundamentos del precedente Casal solicito a V.E. nulifique la Resolución Reg. N° 7958 de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que denegó el recurso extraordinario oportunamente presentado, ya que, «*existe cuestión federal, si se ha cuestionado la inteligencia de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas...*» (Fallos: 324:975).

V. PETITORIO

(...)

39. A. Sentencia de la Corte y comentario

Por sentencia del 11 de septiembre de 2007, la Corte declaró aplicable el criterio expresado en el considerando 8 de Fallos, 328:137 («Méndez, Nancy Noemí»). En esa oportunidad, los jueces Petracchi, Maqueda y Zaffaroni votaron por la admisibilidad del recurso en el entendimiento de la pena de reclusión había sido definitivamente abrogada por la ley 24.660. A su turno, los jueces Belluscio, Boggiano y Highton de Nolasco sólo descalificaron el fallo apelado al amparo de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

En disidencia, las juezas Argibay y Highton de Nolasco entendieron que el recurso extraordinario no había refutado los fundamentos del fallo apelado. Esta decisión aparece inconciliable con el desarrollo seguido en Fallos «Núñez», «Noriega», «Schenone», etc. cuando la Corte afirmó –explícita o implíicitamente- que los yerros del asistente técnico en modo alguno podrían afectar al justiciable.

40) S. 2182. XLI, «Salazar, Sergio Rubén s/ causa N° 5919» (sentencia del 21 de noviembre de 2006)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS. POSIBLE «PROCEDIMIENTO POLICIAL FRAGUADO»

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

La resolución que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, causa un agravio actual e irreparable y versa sobre una sentencia definitiva que, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso y asumirá el carácter de cosa juzgada.

Por ello, entiendo que la desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 CPCCN.

La violación constitucional que aquí se denuncia guarda relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia al justiciable.

La trascendencia del caso se advertirá tan pronto se establezca que el sustrato material que se debate es virtualmente idéntico al que diera lugar al señero precedente de V.E. en el caso «Casal», sentencia del 20 de septiembre de 2005.

Asimismo, tampoco puede dejar de señalarse que el presente caso podría llegar a engrosar las listas de los tantos procedimientos policiales fraguados detectados oportunamente por la Procuración General de la Nación, de modo que ello refuerza la necesidad de que V.E. se aboque al tratamiento de los planteos aquí articulados.

III. ANTECEDENTES

III. a) El génesis de estos actuados

El presente proceso tuvo como protagonista principal (en calidad de imputado)

a Sergio Rubén Salazar. Salazar era artesano, atendía un pequeño puesto de venta ambulante en San Miguel de Tucumán, ganaba por mes (aproximadamente) unos $350, vivía con su hijo Eneas y su mujer, quien percibía un plan social cuya suma ascendía a los $ 150 mensuales (fs. 31). Asimismo, nunca consumió estupefacientes (fs. 31).

El día 23 de abril de 2004 a las 17:00 hs. Salazar fue detenido en su puesto de artesanías, conjuntamente con Manuel Esteban Córdoba y Ricardo Miranda (estos dos últimos, clientes-amigos del encartado).

La versión oficial del contexto situacional en el que se produjo la aprehensión del justiciable fue brindada por quien se encontraba a cargo del procedimiento, es decir, el Inspector Claudio Luciano Leal.

En palabras textuales, el mencionado agente expresó que: «...*en la fecha siendo aproximadamente las 17:00 horas en circunstancias en que por disposición de la Superioridad de esta Dependencia se encontraba* ***a cargo de una de las Brigadas de la misma****, y abocado a las tareas de prevenir y reprimir toda infracción a la Ley 23.737 prestando mayor atención a las zonas donde funcionan colegios y lugares donde normalmente concurren los jóvenes con fines de esparcimiento. Es así que en momentos en que transitaba por calle 25 de Mayo de Norte a Sur, entre calle Córdoba y Mendoza por la vereda Este, observa que por la vereda del frente, a la altura del Nº 250 de 25 de Mayo había un puesto de venta ambulante de los artesanos, siendo atendido éste por una persona del sexo masculino, al cual se acerca otro joven y casi simultáneamente, se les acerca un tercer masculino tripulando una moto del tipo cross, procediendo en esos momentos el primero de los nombrados a abrir una bolsa de nylon de color blanca que poseía sobre la mesa o 'paño' para mostrarles su contenido a los dos que habían llegado, lo cual llamó la atención del dicente por lo que decide proceder a identificarlos, momento en el cual el que tripulaba la moto al notar la presencia policial, trata de avisar de algún modo a los otros dos, por lo que el dueño del puesto procede de alguna forma a cerrar la bolsa. Ante esta circunstancia, el declarante le indica a uno de sus secundantes que solicitara la presencia de dos testigos hábiles los que resultaron ser Juan Luis PONCE y José Martín GUTIERREZ (..), ante quienes se procedió a revisar los efectos personales de los tres masculinos no secuestrándoles ningún tipo de elemento y al proceder a revisar el contenido de la bolsa de plástico de color blanco, se observó que dentro de la misma había varios cigarrillos de armados caseros que en su interior contenían una sustancia vegetal de color verde amarronada, lo que por su olor y características se trataría de cigarrillos de marihuana comúnmente denominados 'porros', contabilizados los mismos arrojaron la suma de CIENTO CATORCE (114). Que al lado de esta bolsa había otro envoltorio de papel de diario, al que también se procedió a aperturarlo, encontrándose dentro del mismo ONCE (11) cigarrillos más de similares características a los antes descriptos*» (fs. 1/vta., destacado agregado).

En razón de ello, Salazar, Miranda y Córdoba fueron detenidos y consecuentemente conducidos a la repartición policial correspondiente (fs. 2).

III. b) La defensa material de Salazar. La identificación fehaciente del autor de la maniobra delictiva. Su apoyo probatorio

Es importante observar que en sus respectivas declaraciones, los dos testigos procedimentales refirieron que: «...***uno de los jóvenes demorados, manifestó espontáneamente que un rato antes había pasado alguien y se la había dejado*** [las bolsitas con estupefacientes] ***para que se la cuide***» (fs. 6/vta. y 7/vta., destacado agregado).

El mismo día 23 de abril, se dispuso que tanto Ricardo Miranda, como así también Manuel Esteban Córdoba recobraran su libertad (cf. fs. 20/21). Por el contrario, Salazar continuó detenido y sometido al régimen de la incomunicación (fs. 22).

La versión «oficial» en punto a las especificidades del procedimiento que fuera apuntada en el acápite anterior, se contrapone con aquella otra brindada por Salazar en sus declaraciones indagatorias obrantes a fs. 30/126, y por los testigos presenciales Ana María Michavila (fs. 45/101), César Olovardi (fs. 46), Manuel Esteban Córdoba (fs. 69) y Ricardo Miranda (fs. 70).

En la primera de sus deposiciones, Salazar refirió que reconocía su firma solamente en el acta de fs. 4vta. (lectura de derechos). Con relación a las restantes, manifestó que aquella no le fue requerida.

En este contexto y a la par de no haber reconocido los envoltorios, puesto que la primera vez que los vio fue cuando el policía procedió a abrirlos en el marco del procedimiento (fs. 30vta.), refirió en todo momento que la bolsita se la había dejado un tal **Jorge** momentos antes de que arribara la policía y formalizara el procedimiento.

Así pues, el día de la detención, el tal **Jorge** se acercó en una moto y le pidió «*...que le guarde unos instantes un paquete. Que mientras le hacía este pedido le mostraba al dicente un envoltorio hecho de papel de diario. Que no se especificó que contenía. Que el dicente aceptó el pedido, tomó el paquete y lo puso frente suyo sobre la mesa de trabajo. Que Jorge le dijo que ya volvía y se retiró en la moto. Que instantes después llegó a la mesa del dicente su amigo MIRANDA y por detrás de éste CORDOBA. Que MIRANDA fue a la mesa del dicente a cobrarle un dinero que el dicente debía en concepto de mercadería. Que CORDOBA llegó a charlar ya que también lo conoce a MIRANDA. Que estas personas no vieron al tal Jorge ya que éste se retiró antes.* ***Que como les quería mostrar unas piezas de artesanía a MIRANDA y a CORDOBA, tomó el paquete y lo ubicó a un costado de la mesa****. Que unos instantes después llegó la policía y el resto de los hechos fueron como dice el acta que le fue leída. Que como dijo antes Jorge es un cliente del dicente. Que Jorge le hace hacer al dicente unos gorritos de metal de chef y también le encarga pulseras.* ***Que a Jorge lo conoce únicamente de la calle*** *y hace un año a la fecha. Que el dicente cree que a Jorge la policía lo venía persiguiendo o algo por el estilo y que trató de esquivar a la policía dejándole el envoltorio al dicente. Que al dicente varios conocidos le dejan pedidos, como mirarle la moto o tenerle alguna caja u otros elementos. Que únicamente le cuidaba alguna cosa a los conocidos. Que jamás pensó que en el envoltorio que le dejó Jorge había porros, sino no lo hubiera aceptado. Que Jorge es una persona de unos* ***30 o 35 años más o menos alto, de 1m, 80 mts. más o menos, contextura delgada, casi sin pelo en su frente y cortado tipo comando en sus costados y atrás, pelo de color negro, usa un aro tipo argolla en su oreja derecha, tez blanca, tiene una chivita en su pera****. Que el dicente cree que Jorge es Chef, dado el tipo de encargo que le hacía, pero no sabe donde trabaja ni donde vive*» (fs. 30vta./31, destacado agregado).

En su segunda deposición, ocurrida el día 1 de septiembre de 2004, el encartado ratificó tal versión de los hechos. Volvió a agregar en este sentido que: «…***debe insistir con lo dicho respecto del tal JORGE, él fue quien le dejó la bolsa que contenía la droga y que luego fue encontrada sobre su mesa de trabajo por la policía***» (fs. 126, destacado agregado).

En idéntica línea discursiva se expresó la testigo Ana María Michavila. En su primera manifestación sostuvo que: «***conoce a una persona de nombre JORGE y efectivamente merodea por calle 25 de mayo al 200 de esta ciudad, y lo puede describir como una persona de sexo masculino, alto, entre 1.75 a 1,80 de estatura, de tez blanca, con una chivita, de frente despejada y usa corte de cabello denominado comando, delgado, y se desplaza en una moto tipo scutter*** (..) ***Que efectivamente el tal Jorge el día viernes 23 de marzo ppdo. siendo más o menos las 16.30 le dejó en el mesón de SERGIO SALAZAR una***

bolsa de plástico de color blanco, de las tipo camisetas envuelta en un papel de diario. *Que le consta que el señor SERGIO RUBEN SALAZAR no se dedica a la venta y/o comercialización de estupefacientes.* ***Ello le consta en razón de que lo observa las veinticuatro horas del día desde su puesto de trabajo al Sr SERGIO y observa la humildad que tiene el nombrado, en su forma de ser y vestir, tanto él como toda su familia, es una persona que no se dedica a la venta de estupefacientes*** (...) *Que no es fuera de lo normal que le dejen paquetes al Sr SERGIO, pasa mucha gente, tanto estudiantes, amigos, y le dejan paquetes siempre, ya que SERGIO es una persona muy querida, su mesa siempre está muy concurrida por gente joven y de la edad de él* (...) *Que el tal SERGIO está trabajando sobre la misma vereda donde trabaja el dicente y desde allí puede observar todos los movimientos*» (fs. 45vta., destacado agregado).

c) Distintos medios de comunicación aparecen «mágicamente» para cubrir los pormenores de un sospechoso caso de flagrancia

En su segunda declaración, la testigo Michavila, a la par de haber afirmado encontrarse en condiciones de reconocer al tal Jorge, expresó que en el «***procedimiento estaban todos los medios de prensa y televisivo***» (fs. 101, destacado agregado).

Otro de los testigos presenciales de nombre César Olovardi se pronunció en el mismo sentido que la anterior deponente, avalando en consecuencia la defensa empuñada por Salazar en sus respectivas declaraciones. Así pues, dijo el testigo: «***Que efectivamente el tal Jorge el día viernes 23 de marzo ppdo. siendo más o menos las horas 16.30 le dejó en el mesón de SERGIO un paquete confeccionado en papel de diario***...» (fs. 46, destacado agregado).

Como modo de reforzar la tesis «no oficial» del suceso que se viene analizando, cabe traer a colación un dato de no menor importancia probatoria. Se trata de los testimonios de quienes fueron aprehendidos junto con Salazar en el procedimiento que condujo a su institucionalización.

Más allá de que ambos coincidan con lo relatado por el imputado, es de resaltar que Córdoba expresó que en el instante de comenzado el procedimiento: «***llegó la televisión, un móvil de radio, no recordando qué emisora era y fotógrafos***» (fs. 69), mientras que Miranda afirmó que: «...*SALAZAR le mostró al deponente y a CORDOBA con quien llegó casi en el mismo momento pero por separado, una bolsa con aros que estaba preparando, que entonces llegó la policía ordenándoseles se sienten en el cordón de la vereda.* ***Que revisaron primero lo que había en el paquete de papel de diario y luego lo hicieron con lo demás, llegando en ese momento todo el periodismo Siglo 21, La Gaceta, Canal 10, Canal 8, y una radio emisora***» (fs. 70, destacado agregado).

La presencia de los medios masivos de comunicación en el lugar de los hechos se vio reforzada por los recortes de diario oportunamente adjuntados por la defensa técnica de Salazar (fs. 73 y 177).

Frente a ello y aún cuando muchos de los elementos probatorios referidos fueron producidos con posterioridad a esta solicitud, la defensa técnica de Sergio Salazar impetró el sobreseimiento de su pupilo o, en su defecto, la llamada falta de mérito (fs. 48/50). En tal presentación se advirtió que el personal de la Policía Federal que participó en el procedimiento «...***lleg[ó] aproximadamente a los cinco minutos de haberse retirado aquél*** [se refiere a la persona de nombre Jorge] *detectaron que en el mencionado envoltorio hallábanse porros de marihuana*» (fs. 48, destacado agregado).

Conferida la vista de ley, el Sr. Fiscal Carlos Alfredo Brito solicitó que se cite al

personal policial que actuó en el procedimiento a ampliar sus dichos, toda vez que el acta de secuestro no documentó ciertas circunstancias del acontecer histórico que requerían esclarecimiento (fs. 53).

Luego de ello y en forma contradictoria con lo anterior, el agente fiscal instó al magistrado a que tomara una decisión de mérito en punto a la situación procesal del imputado.

A fs. 54 el *a quo* ordenó que se cite a prestar declaración testimonial a los Inspectores Claudio Leal y Mario Aguirre, y a los Cabos 1eros. Walter Romero y José Francisco Leal; todos ellos pertenecientes a la Brigada que participó en el procedimiento de marras.

d) El auto de procesamiento: la inversión del principio de inocencia

El día 13 de mayo de 2004, con prueba pendiente de producción y en circunstancias que ameritaban un enorme cuadro de duda en punto a la virtual irregularidad del procedimiento policial, el instructor, no obstante ello, dictó auto de procesamiento en perjuicio de Sergio Rubén Salazar (fs. 57/58).

En su resolución, el *a quo* se limitó a sistematizar todos aquellos elementos probatorios reunidos hasta dicho momento en la pesquisa. En tal contexto de evidente confusión y pese a las defensas opuestas por el encartado y los testigos que depusieron en su favor, el Juez de Instrucción se limitó a afirmar (legitimando claramente criterios de responsabilidad objetiva, violatorios del estado legal de inocencia) que: «***Dicha circunstancia, hasta este momento de la instrucción, no se encuentran probadas en autos***. ***Pero lo que sí se encuentra probado mediante la ratificación de las actas efectuada por los testigos de actuación, es que al momento de realizarse el procedimiento, que dio origen a estas actuaciones, el causante SALAZAR tenía en su poder la cantidad de 125 cigarrillos de Marihuana en la calle principal de esta ciudad, siendo ésta la que tiene mayor tráfico de peatones y por consiguiente el mayor peligro que esto implica***» (fs. 58vta., destacado agregado).

En razón de ello dictó el procesamiento de Sergio Rubén Salazar y convirtió su detención en prisión preventiva (fs. 58vta.).

e) La versión del personal policial que intervino en el procedimiento. Motivos de la intervención y explicaciones en torno a la «casual» presencia de los medios de comunicación en el lugar: Contradicciones y devaneos

El día 20 de mayo de 2004 la Dirección General de Drogas Peligrosas informó que el Inspector Mario Aguirre se encontraba fuera de la Provincia de Tucumán (más precisamente en la Ciudad de Buenos Aires). Por tal motivo, le resultaba imposible acudir a la citación cursada en orden a prestar declaración testimonial (fs. 63).

A fs. 64/66 obran los testimonios de Claudio Luciano Leal, Walter Norberto Romero y José Francisco Leal.

El primero de ellos afirmó que el día del procedimiento iba caminando con Aguirre por la calle 25 de mayo. En la vereda de enfrente lo hacían Romero y Leal. «...*cuando llegan los dos al artesano, éste último abre una bolsa y todos se acercan a ver el contenido de la misma*...» (fs. 64).

Dado que todo ello le llamó la atención: «...*se detiene y cruza la vereda haciéndole seña a los otros dos policías que iban por la vereda del frente que se acerquen al puesto del artesano* (...) ***Aclara que en ese momento apareció gente del canal de TV por cable CCC*** *y que* ***supone que estaban haciendo una nota***

periodística en la zona. (?) *Que todo este procedimiento no fue una tarea de inteligencia previa ni investigación alguna sino que de causalidad caminaban por calle 25 de Mayo cuando hicieron el procedimiento*» (fs. 64/vta., destacado agregado).

No está de más señalar que los medios congregados pertenecían a distintas emisoras de radio y televisión locales, de modo que, a menos que se hubiera constatado un hecho con repercusión social capaz de concentrar una convocatoria de esas características, la pueril explicación según la cual «estaban haciendo una nota periodística en la zona» ni siquiera se ajusta al más elemental sentido común.

Teniendo en cuenta que, como consecuencia del procedimiento, mi asistido permanece privado de su libertad, la implicancia de estos pormenores adquiere una gravedad inusitada.

Cabe consignar que la defensa técnica de Salazar interrogó a Leal acerca del motivo por el cual no se aclaró en el acta de fs. 1, la identidad de quienes lo acompañaron en el procedimiento. Este último afirmó que: «*el tema del personal que intervino está en el acta de detención, lectura de derechos y acta de secuestro donde se hace constar a todo el personal interviniente*» (fs. 64vta.). Asimismo agregó que «*La bolsa era blanca, del tipo de las que entregan en los supermercados*» (fs. 64vta.).

En esta línea, Romero adunó que «… *no sabe la razón por la que estaba un canal de televisión y que es una costumbre de la Brigada salir en grupo pero que no estaban investigando nada en particular*» (fs. 65).

Por su parte, José Francisco Leal sostuvo: «*Que no tiene idea el porqué de la presencia de la gente de la televisión* ***los que aparecieron como a la hora de comenzar el operativo***» (fs. 66).

En virtud de haber constatado ciertas divergencias entre los testimonios de los policías, en comparación con aquellos otros prestados por los testigos presenciales aportados por el encartado, la defensa técnica solicitó la realización de careos (fs. 71), medida que fue denegada por el *a quo* a fs. 72 y que motivó una extensa presentación del primero que obra a fs. 75.

f) La indagación en torno a la identidad de Jorge César Serrano, autor de la entrega del paquete que contenía la sustancia estupefaciente secuestrada, se desvanece tan pronto se confirma la defensa material de Salazar

Podrá advertirse que, pese a estar obligado a «*investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado*» (art. 305 C.P.P.N.), el juez de instrucción que intervino en el proceso no arbitró los medios necesarios como para dar con el paradero del sujeto mencionado como «Jorge», cuya pesquisa, lo recuerdo, resultaba vital a los efectos de determinar no sólo la eventual responsabilidad de Salazar en el hecho, sino también, el potencial carácter «fraguado» del procedimiento policial. Es claro que en este caso en concreto la «pertenencia» y la «utilidad» de dicha prueba era más que ostensible.

Fue a instancias de la defensa técnica de Salazar que el olvidado «Jorge» adquirió nuevamente primacía en el procedimiento.

Así pues y a fs. 78, el defensor allegó una presentación por medio de la cual afirmó que: «...*en el día de ayer, conforme fuentes fidedignas me informaron que el aludido 'Jorge', quien dejó el envoltorio con estupefacientes en el mesón de mi defendido,* ***es un informante y/o 'buchón' del Inspector Leal (Jefe de la Brigada) actuante del operativo cuestionado***. ***En realidad el nombre del citado Jorge, es el de César Serrano****, quién presta servicios en un taller de autos ubicado sobre calle Catamarca 545 de esta ciudad, sobre el cual pido respetuosamente al*

Proveyente ***ordene su inmediata aprehensión*** (fs. 78).

Toda vez que la respuesta a este respecto no podía hacerse esperar, el *a quo* le ordenó «…*al Sr. Jefe del Destacamento Tucumán de Gendarmería Nacional a fin de en forma reservada averigüe si en el taller ubicado en Calle Catamarca nro. 545 de esta ciudad, trabaja una persona llamada SERRANO César, en caso afirmativo dispondrá lo necesario para que el mismo sea vigilado por cinco días hábiles a fin de establecer fehacientemente sus actividades, lugares que concurre o frecuenta y/ o personas con las que tiene trato ajenas a su ámbito familiar*» (fs. 79).

A fs. 104/107 consta el informe requerido a la Gendarmería Nacional. Allí se dio cuenta de una serie de informaciones personales relativas a Jorge (César Serrano).

Más allá de los datos referidos a su vida personal y/o laboral, la precitada comunicación concluyó con una descripción física de César Serrano («Jorge»). En palabras textuales: ***«César es una persona de estatura aproximada 1,70 a 1,75 mts. de contextura física delgada, aparenta tener entre 25 a 30 años de edad, tez blanca, de cabello castaño claro semi calvo, ojos marrones claros, actualmente usa barba en forma de candado. Mediante entrevista mantenida con la fuente en forma encubierta, se puede llegar a determinar que el cuestionado SERRANO César de profesión mecánico, se trataría del ciudadano SERRANO César Augusto D.N.I. 24.981.285 clase 1975 de profesión mecánico***» (fs. 107, destacado agregado).

Y en tal sentido, no puede dejar de advertirse lo similares que resultan las características físicas del tal «Jorge» enumeradas en el informe de Gendarmería, en comparación con aquellas otras brindadas por Salazar, Michavila y Olovardi.

Sin embargo, tal curiosa coincidencia no ameritó suspicacia alguna en los sujetos procesales del procedimiento. Por ello, el juez *a quo* estimó completa la instrucción y le cursó vista al representante fiscal a los efectos de expedirse en los términos del artículo 346 del Código Procesal Penal de la Nación (cf. fs. 111).

A fs. 112 el fiscal le solicitó al instructor que se expidiese sobre la procedencia de los careos, «*...por considerar útil el resultado de dicha prueba para modificar la situación de*... [Salazar]» (fs. 112).

Cabe aclarar que a fs. 123 el defensor particular del imputado presentó su renuncia al cargo. Por tal motivo, a fs. 124 se designó en dicho carácter al Sr. Defensor Oficial, Dr. Ciro Vicente Lo Pinto.

En lo sucesivo, el juez *a quo* rechazó la realización de los careos, toda vez que consideró que dicha medida no resultaba ni pertinente ni útil para dilucidar el suceso bajo examen (fs. 133).

Pese a haber manifestado dudas con anterioridad, el agente fiscal requirió la elevación a juicio respecto del hecho delictivo atribuido a Sergio Rubén Salazar.

Resulta curioso que dicha pieza procesal no haya mencionado todas aquellas probanzas que, cuanto menos, arrojaban enormes sospechas en punto a la regularidad del procedimiento. En este sentido, y luego de sistematizar los actos procesales cuestionados afirmó que «*Todo esto desvirtúa los justificativos esgrimidos por el imputado al ejercer su defensa material, por lo que reitero que la conducta desplegada por* ***Sergio Rubén SALAZAR*** *se encuadra en lo tipificado por el Art. 5º inc. 'c' de la Ley Nº 23.737 en cuanto se refiere a la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización*» (fs. 138).

Como dato de color, puede agregarse que el fiscal pretendió justificar el aspecto subjetivo apelando a elementos que «certificaban» el aspecto objetivo del ilícito. Asimismo legitimó la violación al estado legal de inocencia en estos términos: «*Respecto al aspecto volitivo, se encuentra debidamente acreditado por el*

*conjunto de aspectos y circunstancias que integran el hecho delictuoso, es decir los episodios de su realización externa a saber: -por el secuestro de estupefacientes al procesado Sergio Rubén SALAZAR. -Por la cantidad y forma en que estaba fraccionada la droga secuestrada (125 cigarrillos armados) que hacen presumir que era para su comercialización. -**Por la falta de pruebas que acrediten los argumentos esgrimidos por el causante en el sentido de que los elementos secuestrados no le pertenecen, unido al resultado negativo de las averiguaciones practicadas a fs. 114/120***» (fs. 137vta./38, destacado agregado).

g) Lo actuado ante el Tribunal Oral Federal

Llegadas las actuaciones al Tribunal de juicio, tanto el fiscal como la defensa ofrecieron la prueba de rigor (fs. 146/149).

Resulta curioso que ninguna de las partes haya solicitado diligencia alguna en relación al Sr. César Serrano («Jorge»).

Celebrada la audiencia de debate, cuya materialidad consta en un acta absolutamente incompleta (cf. fs. 175/76), y en la etapa procesal prevista en el artículo 393 del C.P.P.N., el Sr. Fiscal de juicio sostuvo que el encartado no ofreció elemento alguno a los efectos de individualizar al tal «Jorge», circunstancia totalmente falsa si se coligen tanto las declaraciones del incuso, como así también el propio informe de Gendarmería obrante a fs. 104 (especialmente, cf. fs. 105).

En un contexto pletórico de irregularidades como el descripto anteriormente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Provincia de Tucumán, por medio de una sentencia cuya extensión total apenas alcanzó las **tres** carillas, condenó a Sergio Rubén Salazar a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos ($225), accesorias legales y costas por «*ser autor voluntario y responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, previsto y reprimido por el Art. 5º inc. 'c' de la Ley 23.737*" (fs. 184/185).

La grave condena dictada en torno a mi asistido se justificó como sigue: «…*el hecho objeto de la imputación penal que trae al estrado el Ministerio Público **ha quedado acabadamente demostrado** a partir de las pruebas que seguidamente se consideran: en primer lugar, el secuestro del paquete en el puesto de ventas de artesanías del imputado conteniendo los 125 cigarrillos de marihuana conforme pericial practicada por Sara Ojeda, **la cosa peligrosa** se hallaba en dos envoltorios, uno continente de 114 cigarrillos y el otro de 11, correspondiendo destacar que el lugar del secuestro era la calle 25 de Mayo entre Mendoza y Córdoba, en el corazón del microcentro de la ciudad de Tucumán.- **Lo que se describe precedentemente ha sido aceptado por Sergio Rubén Salazar, quien afirmó que un cliente al que identificó como Jorge le había dejado, momentos antes, el envoltorio con el contenido descripto, aunque dijo desconocer su contenido, sin embargo el mencionado Jorge nunca compareció al proceso**.- En relación al modo en que se realizó el secuestro el Inspector de la Policía Federal Claudio Luciano Leal, manifestó en la audiencia que un **movimiento sospechoso** en el puesto de Salazar, como consecuencia de un contacto de éste con una persona que llegó en moto, lo indujo al procedimiento que llevó al secuestro del que participaron los Cabos Walter Norberto Romero y José Francisco Leal, que constataron la existencia del paquete aunque aclarando haber llegado al lugar con posterioridad al Inspector Leal. En relación a la regularidad del procedimiento, lo testigos civiles, Gutiérrez y Ponce, dieron cuenta del hallazgo de los 'porros', reconociendo las evidencias; **es más, los propios artesanos que convocó la defensa a la audiencia, Córdoba, Miranda y Olovardi (colegas de Salazar), reconocieron la existencia del mentado paquete** aunque Olovardi dijo haber*

visto a la persona que llegó en una moto tipo scooter y dejó la cosa. Que a esta altura puede afirmarse que ***indubitadamente*** *ha quedado probado lo acaecido,* ***tanto por el propio discurso del imputado*** *cuanto por las pruebas que se articulan con él de modo coherente,* ***quedando como cuestión residual***, ***un matiz*** *que podría determinar una consecuencia diferente, la afirmación de Salazar, en el sentido de que la cosa no le pertenecía, detentando en fin, un paquete con un contenido que él desconocía*» (fs. 184/vta., destacado agregado).

Tal elemental interrogante que hubiera sellado claramente la suerte del proceso fue respondido con términos inconstitucionales por el tribunal de debate. Así: «*La forma en que queda planteado el* ***dilema*** *nos pone frente a lo que algún sector de la dogmática española denomina 'ignorancia deliberada', que* ***supone necesariamente el dolo del autor****, en tanto en las circunstancias del caso resulta suficiente para satisfacer lo exigido por el elemento subjetivo del tipo penal, en razón de que, conforme a las reglas de la experiencia común con* ***consenso social suficiente***, ***no resulta creíble que una persona como el autor (artesano profesional)****, halla* (sic) *recibido una cosa de estas características sin satisfacer el elemento cognoscitivo del tipo subjetivo, ello en tanto que,* ***en ese ambiente*** *es donde más alerta se podría estar en relación a circunstancias como la de autos*» (fs. 184vta., destacado agregado).

Por último, cabe referir que la mensuración de la pena pretendió ser justificada mediante una apelación genérica a los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin mayores especificaciones al respecto (cf. fs. 185).

c) El recurso de casación

A fs. 186/192 obra el recurso de casación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Ciro Vicente Lo Pinto.

En la pieza procesal, Lo Pinto reencauzó su impugnación al amparo de los dos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, la defensa técnica tachó de arbitraria la sentencia recurrida, toda vez que «…***sus fundamentos son tan escuetos y pobres que prácticamente no existen****. Este acápite, tal vez el más importante de la Sentencia, no refleja la realidad del hecho ocurrido tanto durante la instrucción del proceso como durante el debate, de las pruebas aportadas y de la participación DEL JUSTICIABLE EN EL CASO: todo esto lo manifiesto y dejo a la valoración de V.E. ya que todo surge de la simple lectura del texto de dicha sentencia* (...) *corresponde hacer notar que no se entiende cómo puede haber quedado probado el hecho que da origen al proceso si solamente se hace mención a lo considerado por el Tribunal actuante y no a las dudas y demás pruebas en contrario traídos por esta Defensa durante la sustanciación del debate, las cuales debieron ser consideradas en los fundamentos para explicar y entender porque no fueron tenidas en cuenta por los sentenciantes*» (fs. 187/vta., destacado agregado).

Cuestionó, asimismo, que no se hayan tomado en cuenta los testimonios de Michavila y Olovardi, dado su carácter dirimente (187vta.).

En tal contexto, agregó que el tipo subjetivo del delito enrostrado en modo alguno fue acreditado, razón por la cual, la condena resultó violatoria de los principios de *in dubio pro reo* y culpabilidad (fs.187vta. y 188).

Acertadamente, la defensa no se explicó cómo el tal Jorge no fue citado a comparecer al proceso (fs. 188), todo lo cual denota que la fundamentación de la pieza resultó cuestionable (cf. fs. 188/189).

En otro orden de ideas agregó que la sentencia trasuntó una discriminación

negativa, tanto más si se toman en cuenta las expresiones del Tribunal Oral en punto a la actividad desarrollada por Salazar («ambiente») (fs. 190). En palabras textuales: «*Como vemos se presume que el Sr. Salazar tenía conocimiento del contenido del paquete por un prejuicio tenido por los sentenciantes en contra de la profesión de mi defendido, cual es la artesanía*» (fs. 190/190vta.).

Tales razones lo condujeron a afirmar que, en el presente, no se aplicaron las reglas de la sana crítica (fs. 190vta.), se violó el principio *in dubio pro reo* (fs. 191) de modo que ello certifica la nulidad de la sentencia por haber condenado a Salazar pese a la ausencia de certeza y pruebas concretas (fs. 191).

Por último, la impugnación de la defensa sostuvo que no existieron elementos suficientes como para estimar completa la tipicidad objetiva y subjetiva del delito enrostrado (fs. 191vta.).

El día 4 de abril de 2005 y a fs. 193, el Tribunal Oral declaró admisible el recurso de casación.

Sin sustanciación, el día 8 de julio de 2005, por medio de la Resolución Registro 7774/2005, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal consideró que el remedio casatorio fue mal concedido por el *a quo* (fs. 204/205).

Para ello decidir no se ha innovado mucho al respecto, toda vez que el tribunal apeló a los reiterados clisés en la materia.

Así: «*…más allá de los esforzados argumentos del impugnante, estos no alcanzan a demostrar* ***vicio jurídico alguno****. Ello es así toda vez que, si bien el recurrente invoca los dos incisos del art. 456 del código de rito, en realidad, del modo en que ha deducido sus agravios sólo demuestra* ***su discrepancia*** *con la manera en que el* ***a quo*** *seleccionó y valoró la prueba producida, atribución que le es propia y que resulta ajena -por vía de principio- al control casatorio* (…)» (fs. 204vta., destacado agregado).

De manera inexplicable agregó que: «*…en el caso, el pronunciamiento impugnado* ***cuenta con los argumentos jurídicos mínimos****, necesarios y suficientes para arribar a la conclusión cuestionada por el recurrente*» (fs. 205, destacado agregado).

Por último, el *ad quem* relegitimó la tesis conforme a la cual la aplicación concreta del principio *in dubio pro reo*, escapa al alcance del control casatorio (cf. fs. 205/vta.).

d) El Recurso extraordinario federal

Rechazado el recurso de casación, la defensa (ejercida en esta instancia por el Dr. Guillermo Lozano) interpuso recurso extraordinario federal que obra a fs. 225/235.

En su presentación, el recurrente tildó de arbitraria la sentencia dictada por el *ad quem*, por carecer de una fundamentación mínima que resguarde en el caso los derechos de defensa en juicio y debido proceso (fs. 232vta.).

Dada la clausura inaudita de la instancia intermedia, el Dr. Lozano correctamente indicó que ello «*…ha privado a esta defensa de ampliar los fundamentos de la apelación, invocar otros argumentos -siempre en consonancia con la línea trazada por el recurrente en sus agravios-, aportar jurisprudencia que brinde mayor sustento a la presentación y asistir a la audiencia de informe*» (cf. fs. 232vta.)

Dicha tesitura resultó, a su juicio, violatoria de una adecuada hermenéutica del derecho a la doble conforme constitucional (fs. 232vta.).

A renglón seguido destacó que el rechazo del recurso importó convalidar una

sentencia carente de fundamentación, todo lo cual reforzó la arbitrariedad apuntada (fs. 233/234vta.).

Por último, expresó que pese a lo sostenido por el *ad quem*, el control de la aplicación del principio *in dubio pro reo* resulta pertinente en la instancia intermedia (fs. 235/vta.).

El día 30 de septiembre de 2005, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal consideró que el recurso extraordinario intentado resultaba inadmisible (cf. Res. Registro 7983/2005 obrante a fs. 240/241).

Para llegar a tal conclusión, el tribunal consideró que en la especie no se configuraba cuestión federal bastante como para habilitar la competencia extraordinaria de esa Corte (fs. 241).

En palabras textuales: «...*los agravios basados en la doctrina de la arbitrariedad, no son atendibles, si se repara cuáles son los límites de esa doctrina, establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ella está reservada para hipótesis de absurdos valorativos o manifiestos apartamientos de la ley cometidos por el juzgador. Las circunstancias de excepción aludidas no se dan en el sub lite, en vista de que el pronunciamiento contiene un estudio detallado de las actuaciones y un análisis meditado de los elementos de convicción reunidos en el proceso efectuado por los jueces de la causa sin exceder las facultades que les son propias*» (cf. fs. 241).

Cabe aclarar que el pronunciamiento de la Sala fue dictado el día **30 de septiembre de 2005**, esto es, **10 días después** de que V.E. hiciera lo propio en los autos «Casal, Matías Eugenio».

Este nuevo contexto jurisprudencial no constituyó óbice alguno como para que el *ad quem* rechazara el agravio relativo a la violación al derecho a la doble instancia, bajo el argumento de que: «...*el derecho a una revisión judicial no es absoluto sino que se obtiene en la medida en que los recurrentes la utilicen adecuadamente y cumpliendo con los requisitos de fundamentación exigidos legalmente por la vía procesal idónea para satisfacer su pretensión, circunstancia que, no ocurrió en el sub judice*» (fs. 241).

A renglón seguido, reiteró las tradicionales racionalizaciones tendientes a justificar la pretendida falta de control de la aplicación del principio *in dubio pro reo* en la instancia intermedia (fs. 241vta.).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. LA NATURALEZA FEDERAL DE LOS AGRAVIOS. PROCEDIMIENTOS POLICIALES FRAGUADOS. CARACTERISTICAS DISTINTIVAS. SU CONVALIDACION POR PARTE DE LA AGENCIA JUDICIAL. ARBITRARIEDAD. VIOLACION AL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*. SOLICITA AVOCACIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 16 DE LA LEY 48

Si bien, como se verá en el apartado que sigue, concurren aquí todos y cada uno de los presupuestos que dieran lugar a la doctrina de V.E. en los precedentes «Casal» y «Martínez Areco», entre muchos otros, estos actuados presentan una serie de particularidades que me convencen de la necesidad de requerir la asunción de competencia positiva en los términos del artículo 16 de la ley 48 para, de ese modo, poner fin a la serie de irregularidades detalladas a continuación y que de seguro habrán sido ya advertidas del mero repaso de los antecedentes reseñados en el apartado pertinente.

En este sentido, no puede hacerse oídos sordos a la forma en que se produjo la detención de Sergio Rubén Salazar.

No obstante que su pertinencia sin orden judicial haya resultado dudosa, tanto más si se toman en cuenta los pretendidos fundamentos esgrimidos por el agente

Leal en punto a su viabilidad concreta (cfme. *Fallos* 327: 3832, voto en disidencia del Dr. Maqueda), lo cierto es que tal elemento, sumado a las defensas esgrimidas por el encartado a lo largo del desarrollo procesal y a la hasta hoy nunca explicada presencia en el momento y lugar preciso del procedimiento de múltiples medios de comunicación (que, como se probara en autos, registraron en los medios gráficos la noticia del procedimiento), arrojan demasiadas suspicacias que, de llegar a ser ciertas, configurarían un supuesto de detención, proceso y condena ilegal y comprometerían la responsabilidad internacional del estado.

Si reparásemos en todos esos elementos y luego los analizáramos globalmente, las coincidencias con aquellas metodologías utilizadas en el marco de los procedimientos policiales fraguados -que ameritaron una férrea investigación por parte del Ministerio Público Fiscal- se tornarían más que evidentes.

Para tales fines, se impone tomar en préstamo las diversas características regularmente detectadas en los llamados «procedimientos fraguados», a los efectos de comprobar si en estos actuados, tales cartabones han estado presentes o no.

En la publicación *Los procedimientos policiales fraguados y su difusión en los medios de prensa*, la Procuración General de la Nación ha sistematizado una serie de características comunes a tales tipos de dinámicas operativas, entre las que cabe mencionar:

a) «*Un hombre ('carnada'), tras ganarse la confianza de una persona con escasa posibilidad de reacción -analfabeto, mendigo, inmigrante ilegal, desocupado, marginal (ebrio, drogradicto), retrasado mental- lo convence para que lo acompañe, generalmente con la promesa de darle trabajo*» (en nuestro caso: el tal Jorge se ganó la confianza de Salazar, mediante el encargo de una serie de trabajos de artesanía. Cabe recordar también el estado de vulnerabilidad en el que se encontraba el imputado).

b) «*La lleva hasta el interior de una estación de tren, un centro comercial u otro lugar público (drogas)*...» (en la especie, aquél lugar en el cual Salazar tenía su puesto, denominado «mesón»).

c) «*Una vez en el lugar, deja sola a la víctima por unos instantes con cualquier excusa*» (Recordar que el propio imputado y varios testigos refirieron que el tal Jorge se retiró minutos antes de que arribara la policía).

d) «*Sobreviene inmediatamente el procedimiento policial, que se dirige directamente a la persona, con resultado exitoso debido al secuestro en el lugar de armas de fuego, autos robados, estupefacientes, etc. y a la presentación de la víctima como autor de graves ilícitos*». (no está de más señalar aquí que los testigos del procedimiento fueron asertivos en señalar que mi asistido manifestó en ese preciso instante que el paquete secuestrado no le pertenecía)

e) «*Se hacen presente en el 'operativo' los medios de prensa, que cubren el caso con imágenes y entrevistas a los encargados del mismo. Muchas veces, la noticia (versión policial) es reproducida al día siguiente por los diarios*». (todos estos extremos se configuraron en la especie. También hemos registrado las ora disparatadas, ora contradictorias versiones aportadas por la prevención procurando explicar una presencia y una «casualidad» inexplicable.)

f) «*En los casos de secuestro de sustancias estupefacientes, las pericias químicas terminan revelando en casi todos los casos que se trata de material inocuo o sucedáneo (yerba mate, bicarbonato de sodio), o bien rebajada a porcentajes ínfimos de pureza*» (cfme. *Los procedimientos policiales fraguados y su difusión en los medios de prensa*, mimeo, p. 9).

En este tenebroso contexto, resulta absolutamente inexplicable que el

representante del Ministerio Público Fiscal no haya advertido las coincidencias entre los «fraguados» históricos y el procedimiento policial que condujo a la detención de Salazar. Lo dicho, toda vez que no pudo ignorar que en los años 2001/2002, el Procurador General de la Nación dictó las Resoluciones Generales Nros 35/01 y 104/02, por medio de las cuales alertó a los fiscales de todo el país acerca de la práctica punitiva anotada.

Palabras aparte merece la inexplicable actuación de la agencia judicial a lo largo de todo el procedimiento.

Así pues, no se entiende el motivo por el cual, ora el Juez de Instrucción, ora el Tribunal Oral, omitieron citar en calidad de testigo al sujeto de nombre «Jorge» que, según afirmó el imputado, fue en definitiva el que le dio el paquete que contenía la marihuana.

La absoluta desaprensión de la agencia judicial a este respecto –que en modo alguno se suple con los informes y seguimientos obrantes a fs. 104- poco se compadece, incluso, con el principio de evacuación de citas establecido en el artículo 305 del Código Procesal Penal de la Nación.

Tal omisión y verbigracia, la negativa a realizar los careos aún cuando existían elementos suficientes que denotaban la contradicción entre los testigos, resulta altamente cuestionable y siembra un manto de sospecha en punto a la actuación de todos los sujetos procesales estatales del procedimiento.

No es de extrañar, en este irregular contexto, que la sentencia de condena registre las insuficiencias argumentales que la signan.

En efecto, desde los mismos orígenes del Tribunal, V.E. no ha dejado lugar a hesitación alguna en este sentido. Y así, para que una sentencia judicial revista el carácter de tal, debe tener necesariamente un mínimo fundamento jurídico que legitime (o valide) la conclusión y las consecuencias que de ella dimanan (*Fallos* 112:386; 274:60; 283:86; 295:95).

Lo contrario ya no podrá ser entendido como un acto jurisdiccional válido, sino antes bien, como un mero acto de poder carente de dicha calidad (F*allos* 215:417; 306:578).

Si analizamos las tres carillas en las cuales que componen la totalidad de la sentencia de condena (extensión que incluye las referencias del caso, sus antecedentes así como la indispensable descripción del hecho, de las pruebas, su valoración y el encuadre legal) veremos que los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán pretendieron justificar la responsabilidad punitiva de Salazar (y como consecuencia de ello, la aplicación de una medida institucional que importó nada más y nada menos que una privación de libertad de cuatro años) en ausencia de los requisitos objetivos exigidos por V.E..

La orfandad argumentativa, la lisa y llana aplicación de criterios de responsabilidad objetiva, la inequívoca inversión del principio *in dubio pro reo*, la desaprensión frente a un procedimiento policial dudoso y la utilización del prejuicio popular («*en ese* ***ambiente*** *es donde más alerta se podría estar en relación a las circunstancias como las de autos*», fs. 184vta.) como modo de legitimar la conclusión y en especial la pretendida existencia del dolo, en forma alguna satisfacen las calidades que debe revestir una sentencia judicial para ser legitimada en ese carácter.

Todo ello, tanto más si se toma en cuenta que esas escasas carillas habilitaron la institucionalización de un ser humano por el plazo de 4 años. Por tal motivo, es claro que el pretendido acto sentencial, antes que una «derivación razonada del derecho vigente», apoyó sus conclusiones en la singular voluntad de los jueces

que la suscribieron (*Fallos* 112:386).

En este contexto altamente irregular, resulta inexplicable que la sentencia condenatoria no haya hecho referencia alguna a todos aquellos planteos articulados por la defensa y que tuvieron por objeto cuestionar un procedimiento policial que a todas luces puede ser absolutamente censurable desde la unidimensional perspectiva de la legalidad constitucional.

Es importante recordar que la presencia del autor material de la maniobra (conocido por mi asistido como Jorge, aunque luego identificado como César Serrano) el día del procedimiento no solo fue afirmada por mi asistido sino también por otros artesanos que trabajaban en puestos cercanos.

Pese a que la defensa material del justiciable contaba con apoyo probatorio serio, el Tribunal Oral ni siquiera analizó su gravitación en la ponderación general de la prueba.

No sólo eso. Los testigos convocados fueron contestes en afirmar que mi asistido se desempeñaba como artesano y que mantenía a su familia con los escasos ingresos derivados de tal actividad a los que se sumaba un plan social con el que satisfacían sus necesidades mínimas.

Queda claro que la condición socioeconómica de mi asistido (suficientemente acreditada en autos) en modo alguno concilia con la hipótesis afirmada de manera caprichosa e infundada en la sentencia pues choca contra elementales reglas de la lógica suponer que Salazar, quien apenas alcanzaba a satisfacer sus necesidades mínimas, se dedicara a una actividad ilícita de las características de la afirmada aquí.

Es importante recordar que la instrucción y el propio Tribunal Oral recibió distintos testimonios que reafirmaron no sólo las condiciones socioeconómicas de mi asistido sino su efectivo desempeño como artesano, descartando de plano que llevara a cabo conductas como la atribuida en autos.

Y así, pese a que la defensa material ensayada por mi asistido fue corroborada por prueba objetiva y no obstante las serias objeciones que, como ya se señaló, se oponían a las escasas pruebas de cargo colectadas (sobre cuyas contradicciones e irregularidades me expedí más arriba), la sentencia se limitó a afirmar el reproche sin atender todo un universo probatorio que no hacía más que reafirmar un status jurídico –me refiero, naturalmente, a la inocencia de Salazar- que fue notoriamente subvertido a lo largo de la tramitación de esta causa.

Lo cierto, incluso dejando de lado las graves omisiones que registra el pronunciamiento de condena, es que las escuetas proposiciones que lo conforman no resisten el menor análisis lógico.

En palabras del Tribunal «*La forma en que queda planteado el dilema nos pone frente a lo que algún sector de la dogmática española denomina 'ignorancia deliberada' , que supone necesariamente el dolo del autor, en tanto en las circunstancias del caso resulta suficiente para satisfacer lo exigido por el elemento subjetivo del tipo penal, en razón de que, conforme a las reglas de la experiencia común con consenso social suficiente, no resulta creíble que una persona como el autos (artesano profesional), halla* (sic) *recibido una cosa de estas características una cosa de estas características sin satisfacer el elemento congnoscitivo del tipo subjetivo, ello en tanto que, en ese ambiente es donde más alerta se podría estar en relación a circunstancias como las de autos.»*

Por extraño que parezca es indudable que los Jueces del Tribunal sostuvieron que la prueba de la autoría de Salazar se satisfacía con el reconocimiento de que «Jorge» (ni más ni menos que el autor material de la maniobra!!!) le había otorgado en guarda el envoltorio.

Más extraño aún (por las consecuencias legales asociadas a una condena gravísima

como la impuesta en autos) es que se pretendiera justificar el elemento volitivo del dolo apelando al «ambiente» en el cual el encartado desarrollaba su actividad.

Y es que, a más de una subversión de todas las reglas de la lógica, presumir la existencia de la ultrafinalidad («fin de comercialización») exigida por el tipo resulta imposible incluso en términos materiales si tenemos en cuenta que esa misma desinterpretación.

Así pues, si el reconocimiento probó la autoría, y si el «ambiente» hacía presumir el dolo, ¿cómo legitimar la ultrafinalidad si el imputado –dentro de esa lógica- ni siquiera estaba seguro de que el envoltorio contuviera sustancia estupefaciente?

Podríamos suponer que la respuesta estaría dado por remisión a una posición doctrinaria desconocida para esta defensa pero que tendría la virtud de solucionar toda problemática vinculada a la acreditación del dolo del autor.

Si bien no se aportó mayor información en torno a la tesis de la «ignorancia deliberada» consignada en la sentencia, lo cierto es que ninguna posición teórica podría sortear el panorama reseñado aquí.

No estamos hablando de incertezas o de insuficiencia probatoria para derribar un status jurídico que asiste al justiciable hasta tanto la sentencia final adquiera firmeza.

Hablamos, muy por el contrario, de una saga de probanzas que han acreditado certeramente la ajenidad del justiciable en el hecho objeto de estudio y la existencia de una actividad perquisitiva reñida con elementales principios del Estado de Derecho.

Ante al sombrío panorama descripto resulta difícil comprender la aseveración del tribunal de casación según la cual la valoración probatoria efectuada por el *a quo* se hallaba a cubierto del embate casatorio por contar con fundamentos mínimos y autosuficiencia constituye en general.

Encuentro, por el contrario (y me atrevo a afirmar que lo propio hará V.E.) que la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán se ajusta en un todo al excepcional esquema reservado a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias por el máximo Tribunal en su actual conformación, en particular, en el abordaje efectuado sobre el punto en el caso «Casal», reiteradamente citado.

V. LA SOLUCION PROPUESTA

Tal como se anticipó y como se verá en el apartado que sigue, es claro que en la especie resulta aplicable la doctrina sentada por V.E. en los precedentes «Casal» y «Martínez Areco».

Sin embargo, las particulares especificidades trasuntadas por el *sub lite*, y en especial, la probable existencia de un procedimiento policial fraguado utilizado como base para la institucionalización de Salazar, la aberración de la sentencia condenatoria y la posición del tribunal casatorio que importó obliterar el control institucional del proceso, me inclinan a solicitar a V.E. que asuma competencia positiva en los términos del último párrafo del artículo 16 de la ley 48.

Si bien no desconozco que dicha petición se contrapone con la cohorte de presentaciones allegadas por esta Defensoría, tendientes a que se dé real cumplimiento a la garantía de revisión del fallo condenatorio, la gravedad institucional de lo aquí discutido, como así también la eventual responsabilidad internacional del estado por haber generado y legitimado una detención (y condena) ilegal, ameritan que V.E. asuma competencia positiva y, en consecuencia, resuelva sobre el fondo del asunto (art. 16, último párrafo de la ley 48).

Por ello y, *mutatis mutandi*, podrían ser aplicadas las expresiones utilizadas por parte del Sr. Juez Lorenzetti (si bien en otro contexto y con otro sentido) al momento de resolver la causa «Merlo, Luis Benito» el 20/12/2005.

Dijo allí el Sr. Ministro que «...*diversidad de razones, entre las que no son de menor importancia las de poner punto final al proceso dentro de un plazo razonable, imponen la ventaja de evitar un reenvío para que se practique un examen ya realizado y que, por lo tanto, puede preverse cuál será su resultado*» (considerando 7º, in fine).

Creo que dicha fraseología bien podría utilizarse para evitar, en este caso en concreto, un reenvío cuyo resultado puede preverse y que resulta a todas luces contraproducente, teniendo en cuenta la penalidad impuesta y el tiempo durante el cual ha permanecido en detención de asistido.

Cabe reiterar que la importancia de las cuestiones introducidas, tornan viable que de una vez y para siempre se ponga fin a la situación de incertidumbre y aberración padecida por el justiciable Salazar (Cf. *Fallos* 272:188), de modo que por ello, la revisión debería ser reencauzada al amparo del texto del artículo 16 de la ley 48, ya citado con anterioridad.

Si V.E. no compartiera tal criterio y, por el contrario, decidiese reenviar la causa a la Cámara Nacional de Casación Penal a los efectos de que sea ésta última la que revise la sentencia en los términos de los *leading cases* «Casal» y «Martinez Areco», estimo fundamental que en dicho resolutorio esa Corte conmine al tribunal *ad quem* a que con anterioridad a tomar una resolución sobre el fondo, es decir, en el marco de una eventual audiencia de debate, cite a declarar al Sr. César Serrano («Jorge»), como así también a todos aquellos trabajadores de los medios masivos de comunicación que visualizaron el procedimiento, por considerar dichos testimonios absolutamente dirimentes para resolver la controversia.

Tal petición no resulta descabellada, tanto más si se toma en cuenta que: «...*es preciso aceptar* (...) *la producción en el juicio del recurso de la prueba que resulte necesaria para la reprobación de la sentencia ensayada por el recurso del condenado* (...) *Si la impugnación centra su disconformidad con la sentencia en la valoración de lo declarado por un testigo que, por cierto, ha sido considerado decisivo para el sentido de la resolución, correcto será que el tribunal de casación reexamine ese testimonio y renueve la cuestión de hecho sólo en cuanto al testimonio cuestionado*...» (cf. Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 164-165).

Por último, cabe referir que el límite de la inmediación impuesta por V.E. en «Casal, Matías Eugenio» como confín al contenido del derecho al recurso, no puede en este caso observarse, por la sencilla razón de que los testigos de mención nunca fueron citados al proceso en tal carácter.

VI. DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES CASAL Y MARTINEZ ARECO. RESOLUCION CONTRARIA A LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO

Para el caso en que no se comparta la petición expuesta, y a título subsidiario, no puedo dejar de señalar, a partir de la reseña de antecedentes, que el sustrato del caso presentado a estudio, guarda analogía con aquéllos que dieran lugar a los precedentes de V.E. en los casos «Casal, Matías Eugenio» y «Martinez Areco, Ernesto»; sentencias en las cuales quedara definitivamente establecida la inteligencia que corresponde asignar a la garantía de revisión del fallo

condenatorio tanto desde la perspectiva del derecho interno como del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

De modo similar que en los casos en cuestión, en el presente el Tribunal *ad quem* clausuró la revisión del fallo condenatorio sin siquiera imprimir un mínimo de sustanciación, coartando de ese modo la bilateralidad y el ejercicio de la defensa en juicio en la instancia jurisdiccional intermedia.

Las razones que guiaron la clausura inaudita de la vía casatoria no difieren, en lo sustancial, de aquéllas que se vertieran en los precedentes en cita; en ambos casos el derecho de revisión se vio truncado a partir de justificaciones que, amén de exhibir un exceso ritual manifiesto trasuntaron una interpretación absolutamente inconciliable con su vigencia.

La profunda lectura histórica, sistémica y jurídico-constitucional emprendida por V.E. ha permitido precisar la relación entre la mayor o menor extensión del recurso de casación y el alcance del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria.

Esta discusión y sus conclusiones fundamentales importan una clara modificación en la interpretación jurisprudencial que caracterizaba el sistema de control recursivo de sentencias, acorde con lo que a este respecto vienen sustentando los organismos internacionales de Derechos Humanos (casos Herrera Ulloa, Cesario Gómez Vázquez, entre otros) todo lo cual produce sensibles efectos en la decisión del caso que nos ocupa.

En efecto, en «Casal», V.E. no ha dejado margen a interpretaciones como las que subyacen en el caso en estudio, al decir: **«***No existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta***»** (Consid. Nº 22 del voto mayoritario).

El precedente zanjó, en definitiva, una orientación jurisprudencial que afirmaba que las cuestiones de hecho y prueba eran ajenas a su jurisdicción de alzada, y sólo propias del tribunal de mérito. Conforme a esta argumentación, un gran porcentaje de condenas se veían imposibilitadas de ser revisadas en la máxima instancia estrictamente penal, y sólo expuestas a la estricta competencia de la Corte Suprema, recortada a la aún más estrecha materia federal invocable.

Asimismo y en «Martínez Areco», esa Corte sostuvo que no existía (ni existe) obstáculo alguno: «...*para que la Casación tratara los agravios expuestos por el recurrente,* ***ya que la inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, tanto para desechar la posibilidad de aplicación de la emoción violenta y del in dubio pro reo, como así tampoco impedía revisar la fundamentación realizada al determinarse la clase y cuantía de pena a imponer en el caso***» (cosinderando 36° *in fine* del voto de la mayoría).

La práctica -según fuera denunciado insistentemente por esta defensa- demarcaba la vigencia de un recurso que en la interpretación jurisprudencial mayoritaria sólo habilitaba la revisión de una sentencia condenatoria por cuestiones de derecho y en forma claramente restrictiva, otorgando plena vigencia al objetivo político original que procuraba la unificación de la interpretación de la ley penal, y que por ende, resultaba violatorio del derecho constitucional a la doble conforme.

Por ende, a la luz del compromiso internacional asumido por nuestro país en materia de recursos contra las sentencias condenatorias (arts. 8, inc. 2, ap. «h»

CIDH y 14, inc. 5 PIDCP) el sistema cargó durante años con una deuda histórica en materia de interpretación constitucional del sistema de recursos contra las sentencias condenatorias, a la luz del compromiso internacional adoptado por nuestro país en materia de tutela de la citada garantía constitucional al doble conforme, que encontró en los fallos CASAL y MARTINEZ ARECO, por vez primera, un meduloso análisis por parte de ese Alto Tribunal, que rompe con la inerte tendencia jurisprudencial a aceptar un sensible recorte en las facultades en punto al control judicial.

La interpretación que del recurso hiciera el tribunal inferior en grado, ha restringido el alcance del recurso de casación, ya que no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la defensa, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En rigor de verdad, no existía obstáculo alguno para que la Cámara Nacional de Casación Penal tratara los agravios expuestos en la defensa de mi asistido y ejerciera el control de la sentencia reclamado, ya que la inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, a fin de evaluar los agravios defensivos.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación realizada por el tribunal *a quo*, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo condenatorio y con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el marco del recurso casacional. Por ende, el fallo recurrido no sólo no se compadece con la interpretación constitucional brindada a la norma adjetiva, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, debiera acogerse favorablemente el remedio federal intentado.

Ocioso resultaría, frente al sesudo e ilustrado desarrollo emprendido por V.E. al desentrañar los alcances del derecho de revisión del fallo condenatorio, abundar sobre el punto.

Resta en cambio señalar que la desestimación del control casatorio (y la posterior inhabilitación del recurso extraordinario) ha asumido en nuestro caso la calidad de exceso ritual manifiesto, con virtual apartamiento al texto legal vigente. En efecto, la decisión del tribunal *a quo* inadvirtió que el ordenamiento adjetivo, prevé específicamente dos momentos en los que pueden desarrollarse en profundidad la suma de argumentos tendientes a sustentar el agravio central de un planteo recursivo, ya sea por escrito, tal lo ordenado en el art. 466, u oralmente o por intermedio de breves notas en la audiencia, según lo autoriza el art. 468. De esta manera, las exigencias en materia motivación del recurso en el escrito de interposición se alivianan, pues basta con exponer allí los motivos del recurso casatorio, para habilitarse la instancia.

En otras palabras, la comprensión cabal del funcionamiento del sistema de recursos importa advertir que el ordenamiento adjetivo prevé un verdadero «*juicio de casación*», con expresa previsión de un término de oficina para el desarrollo o ampliación de los fundamentos de dicha instancia recursiva y de una audiencia oral y pública en la que las partes pueden ser oídas, y consecuentemente, la fundamentación del recurso se satisface sólo con la clara enunciación del o de los motivos y agravios que, en el caso, fue satisfecho completamente por la asistencia técnica.

Con ello pretendo significar que, no sólo la fundamentación del recurso de casación había resultado harto suficiente, en tanto se expusieron los argumentos tendientes a demostrar los vicios de fundamentación en que incurriera el tribunal al momento de decidir la situación de mi asistido, sino que además a través del

trámite impreso en la instancia casatoria a ese planteo, se lo privó del juicio de casación que expresamente prevé el ordenamiento de rito.

Por otra parte, he de insistir en que para decretar la inadmisibilidad del recurso casatorio (y luego, del recurso extraordinario federal), el tribunal *a quo* se excedió en el análisis de la procedibilidad de dicho remedio, al sustentar su decisión, ya no en fallas técnicas vinculadas a sus formas (que, insisto, nunca podrían perjudicar al justiciable, verdadero titular del derecho de revisión del fallo condenatorio), único objeto del juicio de admisibilidad de ese recurso, sino en el abordaje del fondo del planteo deducido, en firme desvirtuación del juicio de admisibilidad, y en claro perjuicio de mi pupilo, pues se han omitido los pasos procesales que el juicio de casación requiere a tal efecto privándolo de ampliar, por intermedio de su asistencia técnica, los fundamentos que sustentaron los agravios introducidos oportunamente.

En lugar de garantizar los derechos de revisión del fallo condenatorio y de defensa sustancial, el tribunal de casación optó por hacer su propio aporte al elenco de violaciones constitucionales, cercenando la instancia contradictoria estipulada por la ley de rito en el marco del recurso de casación, desestimando sin más trámite los agravios.

En definitiva, entiende esta parte que el único camino procesal posible a fin de restaurar las garantías constitucionales violentadas es el acceso ante V.E., férreamente clausurado por el tribunal intermedio.

Por lo expuesto, y por remisión a los fundamentos de los precedentes «Casal» y «Martínez Areco» solicito a V.E. nulifique la Resolución Registro N° 7983/2005 de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que denegó el recurso extraordinario oportunamente presentado, ya que, «*existe cuestión federal, si se ha cuestionado la inteligencia de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas...*» (*Fallos*: 324:975).

VII. PETITORIO

(...)

40. A. Sentencia de Corte y comentario

Por sentencia del 21 de noviembre de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que era aplicable en lo pertinente lo resuelto por el Tribunal en el expediente «Casal» de Fallos, 328:3399. A raiz de la remisión de lo actuado a la Cámara Nacional de Casción Penal, y previa recusación de los miembros que intervinieran originariamente antes de que la causa llegara al máximo Tribunal, la nueva integración, conformada por los jueces Trangant, Riggi y Ledesma resolvió por resolución Registro N° 1292/07 de fecha 4 de octubre de 2007 hacer lugar al recurso de Casación deducido por la defensa oficial, anular la sentencia dictada por el Tribunal Federal de San Miguel de Tucumán y absolver de culpa y cargo a Sergio Rubén Salazar del delito por el que fuera condenado.

Así, el día 4 de octubre de 2007, la Sala III de la Camara Nacional de Casación Penal –tal como se apuntó anteriormente- hizo lugar a la presentación de la defensa oficial de Sergio Ruben Salazar -ejercida en esas instancias y, respectivamente, por los señores defensores Ciro V. Lo Pinto y Guillermo Lozano- y, tras ello, lo absolvió, en la medida en que la sentencia que lo había condenado a la pena de cuatro años de prisión en orden al delito de tenencia de

estupefacientes con fines de comercialización –dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de Tucumán- contenía defectos de motivación que la descalificaban como acto judicial válido.

La trascendencia del presente se verifica en tanto y en cuanto presenta particularidades que lo asemejan a uno de los tantos «procedimientos policiales fraguados» detectados en la última década a lo largo de todo el país.

A la par de ello, es de recordar que la sentencia condenatoria sustentó la autoría del justiciable al amparo de un prejuicio popular vinculado con la actividad comercial (venta ambulante de artesanías) que aquel llevaba a cabo.

41) M. 1788. XXXVIII, «Munson, Gregory» (sentencia del 3 de marzo de 2005, publicada en Fallos, 328:242)

ASUME INTERVENCIÓN. FORMULA MANIFESTACIÓN

EXCMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTINEZ (...)

I. OBJETO

Que, en ejercicio del Ministerio que ejerzo y conforme el expreso pedido que me formulara mi defendido Gregory MUNSON, del que diera cuenta a fs. 984 de los autos principales, vengo a explicitar, ante V.E., distintas violaciones constitucionales acontecidas durante la tramitación de este proceso.

Destaco, en este sentido que, más allá de que el Recurso Extraordinario Federal oportunamente interpuesto por el entonces letrado particular de mi ahora asistido, fue efectivamente concedido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal -de manera que la actividad de la suscripta debería limitarse al control del trámite pendiente- la gravedad que reviste el conflicto sometido a Vuestra consideración, y la intervención requerida por el justiciable (que me imponen esta presentación, en observancia de las reglas que informan mi ministerio), justifican un tratamiento más profundo de los antecedentes relevantes del caso y de la solución jurisdiccional cuestionada, tanto más si tenemos en cuenta que, producto de la violación de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso en materia penal, MUNSON permaneció privado de su libertad por espacio de más de dos años.

II. ANTECEDENTES

II.1)

Retrotrayéndonos a la etapa de instrucción, advertiremos que en oportunidad de contestar la vista contemplada en el art. 346 del CPPN, la Sra. Fiscal de Instrucción, Dra. Alicia Noemí Martín, postuló el sobreseimiento de MUNSON, conforme surge del dictamen obrante a fs. 140/1, en el entendimiento de que no se habían reunido en el legajo elementos probatorios que permitieran someter al justiciable a un juicio oral y público.

A fs. 142, la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 45, Dra. Fontbona de Pombo, «...no compartiendo los argumentos expuestos por la Sra. Fiscal en el requerimiento de fs. 140/141...» ordenó elevar las actuaciones a la Cámara del Fuero. La Alzada devolvió el expediente a fin de que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el art. 123 CPPN (auto del 14 de septiembre de 2000, obrante a fs. 145) toda vez que el decisorio respectivo no contenía una relación circunstanciada de los motivos del criterio divergente. El 20 de septiembre, la magistrada de mención elevó nuevamente la causa, en atención a lo normado

en el art. 348 del CPPN.

El 28 de septiembre los integrantes de la Sala VII decidieron apartar a la Sra. Fiscal interviniente y dar intervención a un nuevo representante del Ministerio Público Fiscal a fin de que requiera la elevación de la causa a juicio.

A fs. 155 el Sr. Fiscal designado, Dr. Rodolfo Pociello Argerich solicitó la producción de nuevas medidas probatorias.-

El 20 de octubre de 2000, esto es, a cinco meses de comenzada la pesquisa, la Sra. Juez de Instrucción amplió el auto de procesamiento, esta vez con prisión preventiva, de MUNSON, por considerarlo «pima facie» autor penalmente responsable de un nuevo hecho de abuso sexual (ver fs. 269/71).

A fs. 343 MUNSON designó como abogados defensores a los Dres. Estela B. González Espul y Gustavo Fabián Trovato.

A fs. 392/8 el Dr. Justo Joaquín Rovira, interinamente a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 3, requirió la elevación de la causa a juicio. En esa presentación el Sr. Fiscal calificó los hechos imputados a mi actual asistido como abuso sexual reiterado -tres hechos- (art. 119 -primer párrafo- del CP), en concurso real con el de amenazas coactivas (art. 149 bis -último párrafo- del CP).

II. 2) La etapa de juicio oral

Las actuaciones fueron elevadas al Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, con la expresa conformidad de la defensa (fs. 405).

El 22 de febrero de 2001, el Sr. Fiscal General Dr. Oscar Ciruzzi presentó un acuerdo de juicio abreviado, firmado por él, por el imputado, asistido en el acto por una traductora oficial y por su defensora de confianza, Dra. González Espul (ver fs. 415/416vta.), en virtud del cual el Sr. Fiscal General solicitaba una pena de tres años de prisión DE EJECUCIÓN CONDICIONAL y el pago de las costas. A fs. 424 se agregó el acta que documentó la realización de la audiencia prevista por el art. 431 bis, inc. 3° del CPPN, celebrada el 22 de febrero de 2001.

El 2 de marzo de 2001 (v. fs. 425) la Dra. González Espul presentó, un escrito exclusivamente con su firma, desistiendo del acuerdo de juicio abreviado oportunamente suscripto. Ese mismo día, MUNSON fue convocado a los estrados del Tribunal, a los fines de su ratificación, acto que tuvo lugar en presencia de su defensora y del Secretario del Tribunal, pero **sin asistencia de traductor alguno** (v. fs. 426).

A fs. 427 el Tribunal Oral citó a las partes a tenor del art. 354 del CPPN. La audiencia de debate tuvo lugar los días 6 y 9 de abril de 2001. En esa oportunidad el Sr. Fiscal General solicitó la ampliación del requerimiento de elevación a juicio y, en definitiva, MUNSON fue acusado por la comisión de los delitos de abuso sexual agravado por el uso de armas, violación en grado de tentativa en concurso ideal con abuso sexual, en concurso material con amenazas coactivas.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal condenó a MUNSON a la pena de cuatro años de prisión y accesorias legales como autor del delito de abuso sexual agravado por el uso de arma, en concurso real con amenazas coactivas, que, a su vez concursa materialmente con violación, en grado de tentativa -hechos n° 1, 3 y 4-; y absolverlo respecto del delito de abuso sexual -hecho n° 2-. El veredicto se dictó con fecha 9 de abril de 2001, en tanto los fundamentos de la sentencia datan del 18 de abril (fs. 507/535), fecha en que la Dra. González Espul renunció a su cargo. Dos días después MUNSON designó para su defensa a los Dres. Albino José Stefanolo y Rodolfo C. Vidal.

II. 3) Trámite del recurso articulado en torno a la inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN

A fs. 556/598vta. obra el recurso de casación interpuesto por la nueva defensa particular. En esa presentación, el Dr. Albino Stefanolo sostuvo que el proceso había sido elevado a juicio de conformidad con el trámite regulado en el art. 348 del código de rito, al que tildó de inconstitucional y solicitó se declare la nulidad de la sentencia, en tanto la ratificación de MUNSON del escrito por el que se desistía del juicio abreviado, había sido efectuado sin contar con el auxilio de una intérprete. También sostuvo que el Tribunal había aplicado erróneamente la ley sustantiva y, por último, se agravió del monto de la pena impuesta.

El 2 de julio de 2001 el Tribunal Oral N° 7 concedió el recurso de casación exclusivamente en relación al agravio correspondiente a la inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN (ver fs. 609/613vta.). En torno a este agravio puntual y, en el marco de lo dispuesto por los arts. 465 y 466 del CPPN, el Sr. Fiscal ante la Cámara Nacional de Casación Penal, adhirió a lo solicitado por la defensa, realizando reserva del caso federal (ver fs. 656/659).

Durante la audiencia celebrada en los términos del art. 465 CPPN, el 13 de febrero de 2002, la defensa técnica de MUNSON informó oralmente, solicitando se declarara la inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN e hizo expresa reserva del Caso Federal. En el mismo acto, uno de los magistrados del órgano casatorio, otorgó la palabra al imputado quien manifestó: *«Que el caso se encuentra basado en testimonios falsos, que fue objeto de una trampa, que el picaporte se encontraba roto, que existen treinta y siete cuestiones que podrían haber sido planteadas en casación, denuncia la corrupción de sus anteriores abogados defensores quienes le decían que había sido denegada la excarcelación cuando dicho pedido nunca había sido articulado, que es víctima de una conspiración, que en la primera declaración testimonial no hubo cargos en su contra y que la falta de pruebas motivó que el fiscal de primera instancia pidiera su sobreseimiento y que existirían otras irregularidades en la actuación de sus abogados, exhibiendo al tribunal el escrito en el que su defensa manifestó no oponerse al pedido del fiscal de elevación de la causa a juicio, ni deducido excepciones ni planteado nulidades –fs. 406-, el decreto de elevación dictado en consecuencia y en el que su defensa desiste del acuerdo de juicio abreviado.»* El 26 de febrero de 2002, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (por resolución Registro N° 56/2002, obrante a fs. 689/693) rechazó el recuso interpuesto.

En el punto 6 del rechazo el Tribunal dispuso: «*Respecto de las manifestaciones vertidas por el acusado en la audiencia oral celebrada en esta Cámara, de las que da cuenta el acta obrante a fs. 685, las referidas a las pruebas rendidas en el juicio y a su valoración ya han sido contempladas por el Tribunal de mérito y está vedada su reconsideración en esta instancia.*»

A fs. 701/712 se encuentra el recurso extraordinario federal presentado por el Sr. Fiscal Dr. Romero Victorica, invocando la inconstitucionalidad del art. 348 CPPN. Idéntico planteo llevó a cabo la defensa en la presentación de fs. 714/731.

El 15 de marzo de 2002 el justiciable revocó el mandato conferido al Dr. Vidal, designando en su reemplazo al Dr. Rafael Cúneo Libarona, quien, a fs. 732/796vta., amplió los fundamentos de la presentación del Dr. Stefanolo; en esa empresa, realizó un pormenorizado relato de lo acontecido en el proceso a fin de poner en evidencia las irregularidades cometidas en su transcurso.

El 25 de abril de 2002 los miembros de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvieron hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos

por el Dr. Stefanolo y por el Sr. Fiscal, y rechazar el del Dr. Cúneo Libarona (v. fs. 808/809vta.).

II. 4) Trámite del recurso de casación articulado en torno a la nulidad del desistimiento del juicio abreviado por falta de asistencia de intérprete y a la nulidad de la sentencia por vicios de fundamentación

Tras el rechazo parcial del recurso de casación articulado, el Dr. Stefanolo interpuso recurso de queja (fs.50/92 del Expte. 3527 de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal). El 24 de octubre de 2001 el recurso fue rechazado con base en que *«...el quejoso omite rebatir los argumentos brindados por el Tribunal al denegar el recurso. Al no ejercer una censura prolija y circunstanciada del razonamiento efectuado por el «a- quo», ni expresar los fundamentos jurídicos de su discrepancia con aquél, lo deja intacto.»* Más adelante agregaron que, a criterio de esa Cámara, *«...corresponde desestimar las quejas en las que no se han transcripto ni criticado el auto denegatorio del recurso que se pretende, pues dicha omisión la priva del fundamento necesario y mínimo tendiente a demostrar su procedencia, como también en análogos supuestos lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación...».* (Resolución Registro N° 656/2001, obrante a fs. 95/100).

A fs. 112/139vta. luce agregado el recurso extraordinario federal presentado por el Dr. Albino Stefanolo, el que, merced a un error de impresión, debió ser presentado nuevamente a 143/177. Este recurso fue rechazado el **6 de febrero de 2002,** en la inteligencia de que el remedio intentado carecía del requisito de autosuficiencia, no rebatía los argumentos del Tribunal y no lograba demostrar la existencia de cuestión federal habilitante (vid. fs. 183).

IV. VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE DEFENSA EN JUICIO Y DEL DEBIDO PROCESO

El repaso de los actos cumplidos hasta esta instancia pone en evidencia, no solo la deficiente actuación cumplida por los abogados que intervinieron en representación de MUNSON, con la consiguiente violación de la garantía de defensa en juicio, sino también la flagrante violación de la garantía del debido proceso. Durante la etapa de instrucción, la defensa, al tomar conocimiento de la aplicación del art. 348 CPPN, no dedujo articulación alguna ni cuestionó la actuación del Agente Fiscal que tomara intervención como consecuencia de lo resuelto a fs. 152. Es más, al momento de contestar el traslado del requerimiento de elevación a juicio, la defensa particular no sólo no promovió excepción alguna, sino que se presentó ante el juzgado «prestando conformidad» con la elevación de las actuaciones.

El 21 de febrero (v. fs. 411) el Fiscal General solicitó la comparecencia de MUNSON para el día 22, para celebrar la audiencia prevista en el art. 431 bis, inc. 2° CPPN; ese mismo día 22 mi actual pupilo, desde su lugar de detención y momentos antes de ser trasladado a la Alcaidía, solicitó se le conceda «*...una prórroga para la audiencia fijada en el día de la fecha.*» (conf. fs. 414).

Obviando su voluntad expresa, el 22 de febrero de 2001 se realizó la audiencia -cuyo aplazamiento infructuosamente solicitara- en cuyo transcurso se firmó el acuerdo de juicio abreviado, audiencia en la que estuvieron presentes MUNSON, la traductora Mariela Blanco, la Dra. González Espul, por la defensa técnica y el Sr. Fiscal General. **El acta respectiva fue presentada al Tribunal Oral en lo Criminal el día 23 de febrero** (fs. 416vta.), fijándose la celebración de la audiencia del art. 431 bis, inc. 3° para el día **26 de febrero**.

Sin embargo, a fs. 424 consta un acta, **de fecha 22 de febrero de 2001,** que

da cuenta de que el Tribunal tomó conocimiento *de visu* del imputado MUNSON en los términos del art. 431 bis, inc. 3°??En otras palabras, destacando notables dotes de quiromancia **los Sres. Jueces del Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 adivinaron, veinticuatro horas antes de que el acuerdo ingresara el Tribunal, que el mismo iba a ser presentado y, en tal virtud, entrevistaron al justiciable.**

Resulta interesante reproducir la cronología del expediente: fs. 414: escrito de MUNSON solicitando prórroga de la audiencia con el Fiscal General, con certificación de firma de fecha **22 de febrero de 2001 y cargo de ingreso al Tribunal de la misma fecha, a las 11.40 hs. (este escrito nunca fue proveído);** a fs. 415 obra un acta particularmente confusa, que parece haber sido redactada por el Secretario del Tribunal Oral (en tanto señala que comparecen **las partes** y comienza a enumerarlas mencionando al Sr. Fiscal General), pero luego no es firmada por ningún actuario, sino exclusivamente por la letrada particular, su defendido, la traductora y el mismo representante del Ministerio Público, que actúa alternativamente como parte y como redactor del documento; dicha acta **lleva fecha 22 de febrero;** a fs. 416 obre un escrito del Fiscal General mencionado donde consta que «en la fecha» se llevó a cabo la audiencia del art. 431 bis CPPN, menciona el resultado al que se arribara y acompaña el acta; dicho escrito carece de fecha, excepto **la del cargo judicial suscripto por «STELLA MARIS AMESTOY PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA», donde consta «23 de febrero de 2001 siendo las 10.15 hs.»;** a fs. 417 obra un auto del Dr. Ricardo Manuel Rojas, de fecha 23 de febrero, convocando a MUNSON para la audiencia de visu, la que se fija para el día **26 de febrero de 2001**; a fs. 418 obra la copia de un teletipograma, suscripta por el Secretario Julián Falcucci, donde se le requiere a la Prefectura Naval Argentina, -lugar de alojamiento de MUNSON-, su traslado al Tribunal para el día 26 de febrero, conforme lo dispuesto en el auto precedente; a fs. 418 vta. obra fax confirmando recibo del teletipograma; a fs. 419 nota del Secretario dejando constancia, con fecha 23 de febrero, de que se recibían actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción, que obran a fs. 420/423; **y a fs. 424 un acta de fecha 22 de febrero, firmada por los tres jueces y el Secretario, donde consta la celebración de la audiencia de visu con la presencia de MUNSON, su defensora y la traductora.** ¿Cómo pudo celebrarse esa audiencia si el acuerdo aún no había sido elevado al Tribunal (recordemos que ingresa el día 23)? ¿Para qué citaba el Dr. Rojas a MUNSON, mediante auto del día 23 febrero, con el objetivo de celebrar la audiencia de visu el día 26, si ya esa audiencia había tenido lugar, con su presencia, el día anterior?

Vale recordar que el acuerdo consistía en el pedido expreso de pena de tres años de prisión **en suspenso** para MUNSON y, por consiguiente, su **excarcelación automática**.

Varias observaciones se imponen en este punto:

El hecho de que la audiencia *de visu* celebrada en los términos del art. 431 bis del CPPN tuviera lugar **antes** de que el acuerdo respectivo ingresara a la sede del Tribunal, constituye una grave irregularidad con repercusión sobre la legalidad de lo actuado, a la luz de la previsión del art. 167, inc. 2° del CPPN (concretamente en cuanto impone que se entenderá siempre prescripta bajo sanción de nulidad, la observancia de la intervención del fiscal y su participación en los actos en que sea obligatoria).

Es evidente que, en el marco de un proceso especial como es el del juicio abreviado, que lleva ínsita la ***«conformidad del imputado... sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída»***, deben extremarse todos los recaudos legales a fin de evitar cualquier interferencia del órgano juzgador en el acuerdo de partes.

Refiriéndose a las características que debe reunir el acta celebrada entre la

fiscalía y el imputado asistido por su defensa, más allá de que el ritual exige simple constancia, apunta D'Albora: *«La constancia requerida para documentar la tratativa entre MP, imputado y defensor, garantiza pautas elementales de seriedad y buen orden. Como no es un* ***acuerdo de trastienda*** *exige que las audiencias entre fiscal e imputado, en procura del juicio abreviado, se documenten. Se percibe que la conversación es facultativa, aunque su coetánea anotación -no íntegra- es imperativa»* (D'Albora, Francisco, «Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado», Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 927).

El hecho de que el Tribunal celebrara la audiencia prescripta por el ordenamiento de rito, sin contar aún con el acta en la que constaba la concreción del acuerdo, prueba por sí mismo que «conoció» los pormenores de ese acuerdo de manera extraoficial, en desmedro de la previsión del art. 167, inc. 2° CPPN.

Se advierte así una inaceptable invasión del Tribunal en la esfera de actuación que el código de rito otorga a las partes en el marco del procedimiento abreviado, con alcances que trascienden la recta realización del trámite pues, insisto, el conocimiento de los pormenores de un acuerdo que todavía no se había incorporado a la causa (y que, de hecho, debía reputarse secreto) corrobora, en gran medida, las reiteradas denuncias de mi defendido en punto a la impropiedad con que se condujeron el Tribunal, la Fiscalía y su defensa, en el trámite de la causa toda.

Queda claro, también, que esa invasión jurisdiccional conculcó, de manera directa, la garantía del debido proceso en materia penal, pues el Tribunal llevó adelante actos jurisdiccionales que sólo pudo celebrar contando con la formalización del acuerdo. Pero, lo sustancial, que adquiere particular contundencia con el devenir del curso procesal, es que, pese a las graves irregularidades advertidas, ni la Dra. González Espul ni los letrados que la sucedieron en la defensa de MUNSON las señaló, en el marco de las intervenciones acordadas por le ley de rito.

Y aquí se presenta un punto de inflexión pues, sin desconocer la impropiedad formal de esta presentación, entiendo que V.E. se encuentra facultada para receptar los agravios señalados, a la luz de la jurisprudencia sentada en el expediente CSJN «Recurso de Hecho deducido por Luis Alberto Nápoli, en autos «Nápoli, Luis Albertos /Estafa», Expte. Letra «N», Libro XXXVI). Sostuvo V.E.: *«...constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional 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 confirmada»*, máxime cuando la falta de oportuno planteamiento incorporó un nuevo supuesto de defensa técnica inefectiva, con entidad para nulificar lo actuado.

Pero si las irregularidades señaladas no fueran suficientes, lo actuado con posterioridad termina por desvirtuar la eficacia de los actos cumplidos hasta esta instancia.

No puede perderse de vista la trascendencia que la celebración de la audiencia de juicio abreviado tenía para MUNSON, ya que significaba, más allá de cualquier alegación respecto de su inocencia, recuperar su libertad ambulatoria (luego de sufrir en detención más de cuatro meses, lapso durante el cual realizó numerosas denuncias vinculadas a sus condiciones de encierro) y, en última instancia, retomar su vida anterior.

De manera sorpresiva, a fs. 425, **es decir, a foja seguida de aquella en la que se encuentra la audiencia de visu celebrara antes de que el acuerdo fuera presentado, obra un escrito de la defensora particular**, con cargo de fecha 2

de marzo de 2001, a las 12 hs, en el que desiste del acuerdo de juicio abreviado y solicita la comparecencia de su defendido para ratificar tal manifestación.

MUNSON, a esta altura, seguía inexplicablemente privado de su libertad. Si el acuerdo se había firmado el 22 de febrero y la audiencia de visu se había celebrado (irregularmente, pero celebrado al fin) ese mismo día SIN QUE EL TRIBUNAL RECHAZASE LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO ¿por qué, su abogada defensora, en lugar de solicitar de inmediato su excarcelación, permaneció inactiva durante siete días para, el octavo, entregar un escrito desistiendo del acuerdo?

Ese mismo día -llama la atención la celeridad con que se produjo el traslado desde la DIPA hasta los estrados del Tribunal-, MUNSON firmó el desistimiento **sin asistencia de intérprete y en presencia de la Dra. González Espul y del Secretario del Tribunal**. Surge con claridad que en el momento de rubricar la renuncia al acuerdo de juicio abreviado y por ende, **a la libertad inmediata,** MUNSON no contó con la presencia de un traductor público. Sólo fue asistido por su letrada defensora de quien, a esta altura de los hechos, es imposible no predicar una insólita indolencia, suficiente como para configurar un supuesto paradigmático de defensa técnica ineficaz.

Recordemos, para terminar de describir el cuadro, que MUNSON es un ciudadano extranjero, que no habla castellano y que carece de todo vínculo familiar en el país.

La importancia de la incomprensible actitud de la defensa particular se advierte no sólo al considerar que se encontraba en juego la inmediata recuperación de la libertad de mi asistido, sino, particularmente, al considerar los riesgos a los que quedaba expuesto, que se vieron finalmente materializados con la imposición de una pena de ejecución efectiva.

La estrategia mínima de cualquier abogado defensor, por inexperto que fuera, hubiera sido reclamar la libertad de su cliente y, una vez lograda, estudiar los pasos a seguir. Su pedido de excarcelación hubiera forzado al Tribunal a convalidar el acuerdo, excarcelando a MUNSON, o a rechazarlo, **con la consecuente obligación de remitir el expediente a otro Tribunal Oral, para garantizarle al encausado un juzgamiento imparcial.**

Ante este cuadro, resulta llamativo, además de irregular, que el Tribunal Oral omitiera, precisamente, la obligada provisión de un intérprete, tanto más cuando había suplido esa necesidad en las anteriores oportunidades -firma de juicio abreviado y audiencia *de visu*-.

Como vemos, en este caso ni la defensa defendió ni los jueces controlaron o aseguraron la vigencia de las garantías constitucionales deferidas por nuestro ordenamiento a todo acusado en causa penal. Observo aquí que, objeciones como las planteadas, suelen no ser atendidas por los Tribunales cuando falta la acreditación del perjuicio ocasionado por el defecto que se está denunciando. Sin embargo, respecto de MUNSON, la exigencia jurisprudencial se ha visto cumplimentada de manera dramática, si tenemos en cuenta el giro que registró el proceso a partir de la –supuesta- renuncia de mi asistido al acuerdo que oportuna e irregularmente, por cierto, se presentara a consideración del Tribunal.

La firma del acuerdo permitía afirmar que, incluso a despecho de las alegaciones de inocencia mantenidas a lo largo de la causa, MUNSON no estaba dispuesto a seguir padeciendo los maltratos físicos y psíquicos de los que fue víctima en las unidades de detención en que permaneció alojado. Sólo este extremo explica que MUNSON acordara con la fiscalía la realización de un juicio abreviado tornando, cada vez más inexplicable, que ratificase el desistimiento

planteado por su asistente técnico, para ser entregado al juzgamiento por parte de un Tribunal Oral **integrado por magistrados que, a esa altura, ya debían haber formado criterio sobre su culpabilidad o inocencia.**.

A lo expuesto se suma que la renuncia al acuerdo **no tuvo lugar a iniciativa de MUNSON, sino de su defensora, aparentemente sin mantener contacto con el encartado, ya que, si lo hubiera entrevistado, lógico es suponer que el escrito hubiera contado con la firma del interno certificada.** Si a esto le sumamos que MUNSON apareció «mágicamente» ante el Secretario del Tribunal y, sin contar con traductor, **ratificó un desistimiento que coyunturalmente lo perjudicaba.**

Planteados este agravio en el recurso de casación el Tribunal responde: «*...más allá de que efectivamente en la ocasión no se hubiese convocado a un traductor público, es preciso recordar que en ese acto MUNSON fue asistido por su abogada Estela González Espul quien además, a lo largo del proceso dejó en evidencia que contaba con sobrados conocimiento del idioma inglés. Siendo ello así, el recurrente no alcanza a explicar cómo pudo afectar la defensa en juicio de MUNSON la ausencia del intérprete para traducir al imputado el contenido de un acta que tenía por sentido únicamente ratificar un acto que impulsó su propia letrada. Es que, para afirmar que la defensa en juicio de MUNSON se vio afectada habría que suponer que la abogada González Espul presentó el escrito de fs. 425 sin consultar a su cliente y luego cuando el Tribunal convocó a MUNSON para ratificar ese escrito, deliberadamente lo engañó con el velado propósito de que su caso sea resuelto en la instancia oral y pública, como finalmente ocurrió. Nada de eso fue invocado por la nueva asistencia técnica de MUNSON, lo que permite concluir que el recurso no está fundado.»*

Como vemos, el Tribunal Oral hábilmente omitió mencionar la circunstancia de que MUNSON no sólo estaba consintiendo ser llevado a juicio **sino que, simultáneamente, estaba resignando su derecho a recuperar de inmediato su libertad.** Y, haciendo gala de un pragmatismo digno de mejor causa, se aprovecha de un nuevo yerro de la defensa, esta vez protagonizado por el Dr. Albino Stefanolo, para desoir los justos reclamos del encausado.

Varias son, nuevamente, las observaciones a realizar.

Aún cuando la Dra. González Espul manejase el idioma inglés con cierta solvencia, esto no releva al Tribunal de la obligación de proveer al acusado de un traductor. Sino, ¿para qué se lo cita a ratificar? Si quien le va a traducir qué es lo que está ratificando es la misma persona cuya presentación ratifica, hubiera bastado con darle convalidación autónoma al escrito de la letrada. Claro, esto no se puede. Pues bien, hacer ratificar un escrito en idioma nacional a quien no domina esta lengua TAMPOCO SE PUEDE. El CPPN es claro cuando en el art. 268 afirma que, aún cuando el propio juez conozca el idioma extranjero de que se trate, no puede prescindir del intérprete.

Por ello, el razonamiento del Tribunal, negando la existencia de violación a la garantía de la defensa en juicio, no resiste el menor análisis lógico puesto que, el argumento utilizado, es precisamente el que reafirma su existencia pues fue debido a la necesidad de «ratificar [el]... escrito» que la presencia del intérprete resultaba consustancial con la legitimidad del desistimiento.

Veamos ahora qué sostuvo la Cámara Nacional de Casación Penal, al expedirse sobre el punto: *«...el imputado contó con la asistencia de una traductora pública oficial en todos los actos procesales anteriores y posteriores al que se impugna. Así ocurrió en la audiencia plasmada a fs. 415 –en la que prestó su conformidad sobre la existencia de los hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio y su participación en ellos y se avino a la calificación legal propiciada por el*

ministerio público fiscal-, también en aquella prevista en el inciso tercero del artículo 431 bis del rito, cumplida a fs. 424 y por último, durante todo el desarrollo del debate oral y público que culminó con la imposición de una pena mayor a la que había acordado con el fiscal. En la primera de las audiencias citadas -fs. 415- el imputado, secundado por su defensa y la traductora pública oficial, ***confesó su participación en los hechos intentando cumplir con los recaudos de admisibilidad del juicio abreviado,*** *trámite que elimina la audiencia oral y pública. Por ello, la ausencia de objeción alguna, en las primeras jornadas del juicio, donde también contó con la asistencia de la traductora y su defensa* ***trasluce su conformidad*** *con el descrito de desistimiento del acuerdo y su conocimiento de los alcances del acto: la renuncia a un trámite especial, sometiéndose nuevamente al ordinario que no impugnó oportunamente. Por ello, la irregularidad señalada no afectó garantía constitucional alguna.»* (el destacado me pertenece.)

Según se ve, a criterio del *a quo,* la ausencia de traductor en el acto de desistimiento resulta insustancial a la luz de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio debido a que MUNSON renunció al juicio abreviado (?). El razonamiento es tautológico: hay desistimiento válido porque hay desistimiento.

Es evidente que ni el Tribunal de juicio ni el *a quo* dieron razones válidas para confirmar un acto ilegítimamente cumplido del que se seguía, naturalmente, la violación de la garantía de defensa en juicio y un grave perjuicio para mi asistido. Es más, el órgano casatorio no advierte que, si como dice, MUNSON **confesó** ante los jueces, estos, para garantizarle un juicio imparcial, ante el desistimiento del juicio abreviado **debieron haberse excusado.**

Veamos qué sucedió en el trámite posterior.

El Dr. Albino Stefanolo -designado luego de la realización del debate oral- lejos de arbitrar los medios necesarios para llevar adelante la voluntad recursiva que su asistido indudablemente había mantenido a lo largo del proceso, o de señalar las graves irregularidades reseñadas, alejándose del mandato legal que se le había conferido, no recurrió la Resolución N° 2/2002 que rechazaba el recurso extraordinario interpuesto. Interesa particularmente destacar que su silencio importaba un claro apartamiento de la pretensión que el justiciable evidenciara durante la audiencia del 13 de febrero de 2002, en la que MUNSON en forma personal manifestó ante los integrantes de la Sala III su entera disconformidad con el trámite impreso a la causa y con la condena impuesta.

Más allá de que la audiencia respectiva tuvo lugar en el marco del expediente en el que se sustanciaba la alegada inconstitucionalidad del art. 348 CPPN, no pudo pasar inadvertido para ninguno de los presentes que las protestas de MUNSON se vinculaban con los agravios que el mismo Tribunal analizara, al rechazar el recurso extraordinario articulado a tal respecto, resolución que data del 6 de febrero de 2002 (v. fs. 183 de la causa N° 3527 de la Sala III de la Cámara de Casación Penal). Si tenemos presente que MUNSON tomó conocimiento del rechazo del recurso extraordinario en el que se cuestionaba la arbitrariedad del pronunciamiento en fecha 12 de febrero de 2002 (fs. 184 del expediente citado), esto es, un día antes de la audiencia en la que señalara su disconformidad, surge inequívocamente que los defensores actuantes ignoraron la voluntad recursiva de MUNSON. Al respecto señala V.E que «*...resulta evidente que al no hacer uso de todos los recursos legales, ni agotar las instancias a favor de su defendido, el defensor (...) privó a éste de un medio de impugnación apto para atender a sus reclamos de naturaleza federal...»* (Fallos: 310:1797).

Ante tal actitud de la defensa, los miembros de la CNCP, lejos de arbitrar las medidas idóneas para que esa voluntad impugnativa tuviera sustanciación legal,

se limitaron a rechazarla en las condiciones señaladas en el acápite de antecedentes. Es más, puestos a resolver el recurso de casación articulado en torno a la inconstitucionalidad del art. 348 CPPN, concretamente, en el punto 6 de la resolución respectiva (obrante a fs. 689/693 del expediente N° 3531 del registro de la Sala III CNCP), los magistrados rechazaron esos reclamos de mi pupilo, en la inteligencia de que ya habían sido tratados por el Tribunal de mérito en oportunidad de dictar la sentencia.

Sin embargo, y a estar a la evolución del proceso, es evidente que las manifestaciones vertidas por mi asistido se vinculaban con la decisión que rechazara el recurso extraordinario federal, de manera que el Tribunal debió, en todo caso, estimar que se encontraba frente a una queja por recurso extraordinario denegado «in pauperis forma» y arbitrar los medios necesarios para que fuera debidamente fundada por la defensa.

En este contexto, las alegaciones de mi defendido acerca del trámite impreso a la causa y de las deficiencias de las anteriores defensas técnicas, adquieren particular gravedad, en tanto trasuntan un supuesto incontrastable de violación a la garantía de defensa en juicio.

La protección del derecho de defensa, y el amparo de sus garantía ha sido preocupación de esa Corte desde sus orígenes, habiendo señalado reiteradamente que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor, asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:549; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502, entre muchos otros). De modo que «...*no basta para cumplir con la exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor*» (Fallos: 310:1934).

De esta forma, además de las deficiencias técnicas atribuibles a los defensores actuantes, los Tribunales intervinientes tampoco llevaron a cabo el debido control de legalidad de lo actuado, soslayando a un tiempo la normativa que protege el derecho de defensa y el debido proceso legal.

En este sentido, es jurisprudencia inveterada del V.E. que *«...Los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, de lo que se deriva* ***el deber de los tribunales de suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda*** *(Fallos 314:1514 y 1909).»* (del dictamen del Procurador General de la Nación, al que adhirió V.E. en el Expte. letra «A», N° 23, libro XXXVII, año 2001 «Recurso de hecho Andueza, César Horacio s/ homicidio en ocasión de robo -causa N° 1763/98-» resuelta el 24 de abril de 2003.

En el mismo sentido García sostiene : *«...si la falencia del abogado aparece manifiesta, corresponde a los Estados nacionales adoptar las medidas positivas que hagan efectivo el derecho a una defensa adecuada»* y en la nota 288, acota: *«...es irrelevante el origen o inserción institucional del abogado, pues en todo caso tanto los abogados privados, como los de oficio deben gozar de independencia del Estado. Parece razonable que el deber de adoptar las medidas positivas esté supeditado a la existencia de una clara actuación defectuosa de la defensa, que lesione el núcleo del derecho, y que el Estado deberá abstenerse frente a casos en los cuales la actuación pueda deberse a una estrategia profesional, aunque ésta aparezca ineficaz o errada, o que otra estrategia alternativa podría haber prometido mejores resultados. Por otra parte, el Estado no podría excusar su responsabilidad por la falta de diligencia del abogado,*

alegando que la asistencia legal de oficio es administrada por una corporación no estatal de abogados; confr. STAVROS, The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights...» (García, Luis Mario, «El derecho del Imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Una visión americana», en «Nueva Doctrina Penal», 2001-B, págs. 447 y siguientes).

Esa línea jurisprudencial fue afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Kamasinski v. Austria*; *Stanford v. Reino Unido* y *Tripodi v. Italia*, reafirmando la correcta interpretación y aplicación del art. 6.3 de la CEDH; en el sentido de que dicha normativa no concede simplemente un derecho a que el Estado *designe* un abogado, sino un derecho a la «*asistencia real y cierta*», de donde el Estado puede ser responsabilizado por la inactividad del abogado de elección, o del provisto de oficio. El TEDH declaró que en caso de inactividad de la defensa, el Estado tenía una *obligación positiva* y debía, o bien tomar las medidas para sujetarlo al cumplimiento de sus obligaciones, o bien reemplazarlo. Como expresa García, el TEDH distinguió este supuesto de los casos de mera discrepancia con el modo de conducir el caso. De tal suerte que la intervención de las autoridades nacionales sólo está impuesta por el art. 6. 3 c) en casos de manifiesta falla de la defensa asignada para proveer de una representación efectiva, y similar temperamento ha seguido cuando se trataba de la alegación de defectuosa actuación de defensores de elección del imputado (conf. García, Luis M; op. cit., pág. 74).

En el precedente «Collins, Trevor v. Jamaica», el Comité de Derechos Humanos destacó que, si bien el Art. 14 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no da título al acusado para elegir al abogado que le es asignado gratuitamente, el Estado debe tomar medidas para asegurar que ese abogado, una vez designado, provea a su efectiva representación en el interés de la justicia. En el caso consideró que había habido violación a la garantía de defensa en juicio pues el abogado suministrado por el Estado había sugerido el rechazo de la apelación de una condena a pena de muerte al tribunal que entendía en la misma, manifestando que no encontraba méritos para sustentar el recurso, contra la opinión expresa de su defendido.

En un caso posterior, «Grant, Lloyd v. Jamaica», el Comité mantuvo el criterio y volvió a sostener que si bien el Art. 14 (3), PIDCy P, no confiere derecho al acusado para elegir abogado que le será provisto gratuitamente, ello no implica que el deber del Estado quede satisfecho con la simple nominación de un letrado, sino que debe, -además-, tomar medidas para asegurar que la asistencia legal, una vez asignada, provea una representación efectiva en interés de la justicia. En el mismo sentido v. Informe 41/00 Casos 12.023 (Desmond Kenzie), 12044 (Andrew Donner y Alphonso Tracey), 12.107 (Carol Baker), 12.126 (Dwight Fletcher) y 12.146 (Anthony Rose), Jamaica, 13/4/2000, en especial § 313).

En el que aquí se denuncia, la defensa oficial omitió realizar el planteo de inconstitucionalidad del art. 348 en la oportunidad procesal habilitada al efecto; la Dra. González Espul omitió bregar por la libertad de su asistido, instó un procedimiento (el desistimiento del acuerdo) que coyunturalmente perjudicaba a su asistido, contribuyó a convalidar un acto que adolecía de deficiencias técnicas insalvables, consintió el juzgamiento ante un Tribunal Oral de cuya imparcialidad podía válidamente dudarse, se llamó a silencio ante la ampliación del requerimiento fiscal en la audiencia de debate oral y público y, finalmente, el Dr. Stefanolo omitió dotar de fundamentación técnica a la pretensión recursiva del justiciable, impidiendo que fuera encauzada legalmente en la causa.

Así, se concluye en la ineludible violación de las normas que protegen el debido proceso legal establecido en la Convención y se pone de manifiesto la indiferencia de las autoridades jurisdiccionales en el control de la operatividad de las decisiones que efectivizan los derechos reconocidos en la misma, básicamente, los que se refieren a la protección del derecho de defensa. Este accionar resulta incompatible con las normas sobre debido proceso legal que surgen de los artículos 7, inc. 2; 8, inciso 1°; 8 inciso 2, con más los apartados «c», «d», «e», «f», «g» y «h»; 8 inciso 3°; 9 y 11 incisos 1° y 3° del Pacto de San José de Costa Rica y 14, 2. incs. «b» y «d» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en la República Argentina gozan de jerarquía constitucional según el inc. 22 del art. 75 de la Carta Magna.

V. ACERCA DEL ART. 348 DEL CPPN

A lo largo de este expediente se ha cuestionado el alcance que posee el art. 120 de la Constitución Nacional, en cuanto establece la independencia funcional del Ministerio Público respecto de los demás poderes del Estado.

Asimismo, se ha puesto en discusión la correcta interpretación que merece la ley federal 24.946, a la luz de la norma constitucional, en cuanto dispone que ese organismo debe ejercer sus funciones sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (art. 1°) y establece la derogación de toda norma que resulte contradictoria con esa ley (art. 76).

Por último, también se ha puesto en tela de juicio el sentido constitucional de la garantía del debido proceso y defensa en juicio, entre cuyas formas substanciales se incluye el derecho del imputado a comparecer ante un juez imparcial que no se encuentre comprometido con la función de acusar (Fallos: 240:160).

En esencia, se encuentra cuestionado el perfil institucional del Ministerio Público en el sistema de organización del poder y la independencia con la que éste se debe conducir en tanto titular de la acción penal pública.

Teniendo en cuenta que, en este aspecto, la defensa técnica de MUNSON cumplió con la deducción de los recursos respectivos, no ahondaré en esta temática, tanto más cuanto que el recurso extraordinario federal articulado en torno a esta cuestión, fue oportunamente concedido por el *a quo.*

Sólo señalaré que, dadas las instituciones en juego, el caso reviste interés suficiente (Fallos: 253:465; 255:41; 256: 62; 259:307; 263:135; 273:103; 299:249, entre muchos otros) pues la cuestión debatida trasciende el marco natural de la causa y los intereses de las partes allí comprometidos y afecta el alcance de la función que, en ejercicio de su misión requirente, compete al Ministerio Público Fiscal.

Por ello, y por los fundamentos expuestos por la asistencia técnica de MUNSON, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, y dejar sin efecto la resolución apelada.

VI. PETITORIO

Por las consideraciones expuestas, solicito:

(...)

41. A. Sentencia de la Corte

Si bien el Tribunal acogió el recurso con arreglo a la doctrina sentada en el caso «Quiroga» de Fallos, 327:5863, lo cierto es que tras el reenvío, la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió al justiciable en el entendimiento de que se

había violado de forma ostensible su derecho a la asistencia técnica eficaz y el propio debido proceso.

41. B. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, REGISTRO NRO. 538/05

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil cinco, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Angela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant y Eduardo Rafael Riggi, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n? 3531 caratulada «MUNSON, Gregory s/ recurso de casación», con la intervención del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Juan Martín Romero Victorica y de el Sr. Defensor Oficial, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h).

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: doctores Ledesma, Tragant y Riggi.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora Juez Angela Ester Ledesma dijo:

PRIMERO:

La presente causa llega nuevamente a conocimiento de esta Sala, a raíz de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 3 de marzo de 2005 (fs. 1002/1008), por la cual se dejó sin efecto la resolución obrante a fs. 689/693 que rechazaba el recurso de casación.

En dicho decisorio, la anterior integración de esta Sala, entendió que el mecanismo previsto por el artículo 348 del CPPN importaba un control de legalidad que el legislador estimaba prudente y que no violentaba norma constitucional alguna. Contra ella, interpusieron recurso extraordinario el señor Fiscal ante esta Cámara y la defensa de Munson; impugnación que fue declarada procedente por el Alto Tribunal y que derivó en su anulación.

SEGUNDO:

Para comenzar con el tratamiento de las cuestiones que se presentan en estos actuados es necesario hacer una breve reseña de lo que ha ocurrido en los presentes actuados.

Gregory Munson, de nacionalidad estadounidense, fue procesado, con fecha 14 de junio de 2000, en orden a los delitos de abuso sexual -en perjuicio de P. A. C. y S. M. S.- en concurso con el delito de amenazas -en perjuicio de Víctor Antonio Pérez-. Los dos primeros hechos ocurrieron el día 28 de marzo de ese año, en la finca ubicada en Rodríguez Peña 1180, piso 4 departamento «C» de esta Ciudad, mientras que, el último de los acontecimientos acaeció en el interior de ese inmueble, aproximadamente a las 2:00 hs. del 11 de abril de 2000.

La señora Fiscal de Instrucción entendió que no se encontraban reunidos elementos probatorios que permita efectuar un reproche certero que amerite el sometimiento de Munson a un juicio oral. Por ello solicitó el sobreseimiento del nombrado en orden a los tres hechos por los que, hasta ese momento, había sido procesado (fs. 140/141). Este criterio no fue compartido por la Dra. Fontbona de Pombo, quien elevó la causa en consulta (fs. 147). La Sala VII resolvió, con fecha 28 de septiembre de 2000, que compartía los argumentos desarrollados por la juez de instrucción y, por lo tanto, correspondía apartar a la representante del Ministerio Público (fs. 152). El Fiscal de Cámara entonces designó a un nuevo agente fiscal (fs. 153).

Por otra parte, el 13 de octubre de ese mismo año Munson fue detenido en el «Hotel Tandil», sito en Av. de Mayo 890 de esta Ciudad a raíz de la denuncia efectuada por M. N. M. (cfr. fs. 158/160). En virtud de las reglas de conexidad, la causa fue remitida al Juzgado de Instrucción nro. 45 (fs. 246), donde tramitaban la causa por los otros tres hechos que se le imputaban al encartado. El 20 de octubre de 2000 se amplió su procesamiento y se dictó la prisión preventiva (fs. 269/271).

Así las cosas, el nuevo fiscal interviniente, Justo J. Rovira, solicitó la elevación a juicio de las presentes actuaciones. La imputación del Ministerio Público contenía los cuatro sucesos por los que el imputado había sido procesado (fs. 392/398 vta.).

Una vez radicadas las actuaciones ante el tribunal de juicio, se presentó el Fiscal General Dr. Oscar Ciruzzi y solicitó que se trasladara, el día 22 de febrero de 2001, a Munson hasta su despacho con el objeto de llevar adelante la audiencia prevista por el artículo 431 bis inciso 2? del CPPN (Fs. 411). El día en que debía llevarse a cabo dicho acto procesal, el encausado presentó un escrito solicitando que se prorrogue la audiencia (fs. 414). Sin perjuicio de ello, el día indicado se llevó a cabo el acuerdo (fs. 415/415 vta.), en el que participaron el fiscal, Munson, su defensora -Estela González Espul- y la traductora Mariela Blanco. La pena pactada era de tres años de prisión en suspenso. El acuerdo fue presentado el día 23 de febrero de 2001 (fs. 416) y el tribunal fijó la audiencia para el día 26 (fs. 417). Sin embargo, a fs. 424 se encuentra un acta de fecha 22 de febrero de 2001(un día antes de que se presentara el acuerdo), la que da cuenta de que se llevó a cabo la audiencia de visu prevista en el artículo 431 bis, inciso 3? del CPPN.

El día 2 de marzo de ese año, se presentó la Dra. González Espul y refirió que desistía del acuerdo del juicio abreviado (fs. 425). Ese mismo día, se procedió al traslado de Munson hasta el tribunal, y en presencia de su defensora y del Secretario del Tribunal, ratificó el desistimiento del acuerdo (fs. 426). Por ello, el día 5 de marzo el tribunal citó a las partes para que comparezcan a juicio (fs. 427).

Así las cosas, el 6 de abril de 2001 comenzó el juicio oral y público contra Munson. Cuando el Fiscal General realizó su alegato, acusó al encartado por los cuatro hechos mencionados, y solicitó se le imponga la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Finalmente, el Tribunal Oral nro. 7 condenó al nombrado a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el uso de arma (suceso que damnificó a C.), en concurso real con amenazas coactivas (cuya víctima resultó ser Pérez), en concurso real con el delito de violación en grado de tentativa (en perjuicio de M.). Asimismo, decidió absolverlo en relación al suceso que protagonizara con S...

TERCERO:

Pues bien, al resolver el recurso extraordinario en las presentes actuaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que se aplicaban las consideraciones expuestas en el precedente Q.162.XXXVIII «Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa 4302» resuelta el día 23 de diciembre de 2004. En dicho caso, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del mecanismo establecido por el artículo 348 del CPPN.

1) A mi entender, esa es la solución correcta en relación a los casos de C. y Pérez toda vez que, por un lado, el procedimiento de consulta contradice el modelo de enjuiciamiento acusatorio establecido por los art. 18 y 75 inc. 22 de la CN, al afectar los principios de imparcialidad del juzgador y defensa en juicio, en orden a la violación de la garantía de separación entre las funciones de acusar y de juzgar; y, por el otro, por resultar incompatible con el artículo 120 de la Constitución Nacional, que ubica al Ministerio Público como órgano independiente, es decir, fuera del ámbito del Poder Judicial y le confiere la función de parte en representación de la

víctima en los delitos de acción pública (defensor del interés social). Este criterio lo he sostenido a partir de la causa n? 4722 «Torres, Emilio Héctor s/ rec. de casación», resuelta el 11 de marzo de 2004, registro 100/2004.

2) Sin embargo, esta solución no alcanza al hecho del que resultara víctima M.. Conviene reiterar que ese suceso es posterior a la puesta en funcionamiento del mecanismo procesal establecido por el artículo 348 del CPPN. Por ello, entiendo que para resolver el caso adquiere operatividad los planteos que fueran efectuados por la asistencia técnica del encausado al interponer el recurso de casación y luego reintroducidos por la Sra. Defensora General ante la Corte Suprema.

En ambas ocasiones se alegó la violación del derecho de defensa en juicio y, como consecuencia de ello, del debido proceso. Entre los fundamentos que se brindaron ante el Alto Tribunal encontramos que: a) la defensa, al tomar conocimiento de la aplicación del mecanismo de consulta, no sólo no dedujo ninguna articulación sino que, cuando se le dio traslado del requerimiento fiscal, prestó su conformidad con la elevación de las actuaciones; b) no efectuó gestión alguna para lograr el efectivo aplazamiento de la audiencia -solicitado por Munson- en la que se consensuó y firmó el acuerdo de juicio abreviado, ni se realizaron planteos en relación a la audiencia de visu celebrada por el Tribunal Oral en los términos del artículo 431 bis del CPPN, antes de que existiese el acuerdo con el Ministerio Público Fiscal; c) el hecho de que el sentenciante celebrara la audiencia sin contar con el acta en la que se concretaba el acuerdo, da cuenta de que se conocían los pormenores del acuerdo para abreviar el procedimiento con anterioridad y, por lo tanto, una invasión jurisdiccional indebida que afectó la garantía del debido proceso. Sin embargo, la defensa de Munson no efectuó mención alguna de la cuestión; d) ocho días más tarde de que se celebrara el acuerdo, la doctora González Espul presentó, con fecha 2 de marzo de 2001, un escrito en el que desiste de aquel y solicita se cita a Munson a ratificarlo. Ese mismo día, el imputado, que era de nacionalidad estadounidense, firmó el desistimiento sin la asistencia de un traductor y en presencia de su defensora y del Secretario del Tribunal; e) La pena pactada en el acuerdo de juicio abreviado, tres años de prisión en suspenso, hubiera permitido a la defensa solicitar la excarcelación de Munson y, de esta manera, obligar al tribunal a que convalide el acuerdo llevado adelante entre el Fiscal y el imputado o, en caso de no compartir los términos de aquél, rechazarlo y remitir la causa a otro tribunal para garantizarle un juzgamiento imparcial. Sin embargo, la defensa no realizó presentación alguna y Munson permaneció en prisión preventiva; f) finalmente, el doctor Stefanolo, que se hizo cargo posteriormente de la defensa, omitió dotar de fundamentación técnica la pretensión recursiva de Munson, impidiendo que ella fuera encauzada legalmente.

De todo ello, la señora Defensora ante la Corte sostuvo que la defensa técnica no defendió, ni los jueces controlaron o aseguraron la vigencia de los derechos y garantías del encartado.

3) Pues bien, las irregularidades que se han transcripto afectan, sin lugar a dudas, la administración de justicia penal propia de un Estado Democrático de Derecho y no pueden ser aceptadas, ni consentidas por la magistratura. Por ello, corresponde dar respuesta a los agravios planteados.

«Los diversos derechos y garantías que rodean al imputado, concebido como esencial sujeto con capacidad de parte dentro del moderno proceso penal, pueden englobarse dentro de la genérica denominación de derecho de defensa» (Vázquez Rossi, Jorge E.:Derecho Procesal Penal, tomo II, el proceso penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 197). El derecho de defensa comprende la facultad

de intervenir en el procedimiento penal en el que se decidirá una posible reacción penal en su contra y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado (Maier, Julio B. J.: Derecho procesal penal, tomo I. Fundamentos, segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 547).

Para efectivizar este derecho, igualar las posiciones con el acusador y evitar pronunciamientos injustos (Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, segunda edición, Kohlhammer, Stuttgart, 1968, p. 150), se prevé la intervención de un defensor de manera tal que, su intervención en el proceso penal, se convierte en un presupuesto de su validez (Maier, Julio B. J.: op. cit., p. 583).

Sin perjuicio de ello, este derecho no se materializa únicamente con la designación de un defensor sino que, antes bien, ella deberá ser eficaz. Ello así, en razón de que, «(e)n materia penal, la defensa es una garantía de cumplimiento efectivo, lo que significa no sólo la facultad de ejercerla sino la obligación por parte del Estado de asegurarla a través del cumplimiento efectivo y conducente de los actos correspondientes, sin cuya realización no puede arribarse a un pronunciamiento conclusivo válido» (Vázquez Rossi, Jorge E.: op. cit., p. 205).

El relato efectuado por la defensora, corroborado por las actas agregadas en las presentes actuaciones (conforme surge del relato efectuado en el parágrafo segundo del voto: la audiencia previa al acuerdo, el desistimiento de aquel sin que exista un traductor, inactividad de la defensa luego de presentado el abreviado, entre otros), da cuenta de un tratamiento ineficaz por parte de la asistencia letrada de Munson que lo ha dejado en situación de indefensión. Esta circunstancia resulta, insisto, insostenible en el marco de un Estado de Derecho y genera la nulidad del acto jurisdiccional dictado en violación del principio constitucional indicado.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que «(...)en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)». De tal modo, «(...)no puede imputarse al procesado la inoperancia a la que ha sido ajeno de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)». (CSJN, N. 19. XXXIX. «Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario» resuelta el 16 de noviembre de 2004).

De lo indicado precedentemente, es posible concluir que, también en el caso de M., se arribó a una sentencia condenatoria en franca violación a los preceptos consagrados en la Constitución Nacional.

Por todo ello, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Gregory Munson, sin costas, anular la sentencia obrante a fs. 507/535 vta., dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n? 7 de esta Ciudad, y, en consecuencia, absolver al nombrado en orden a los delitos de abuso

sexual agravado por el uso de arma, en concurso real con amenazas coactivas en concurso material con violación en grado de tentativa (artículos 456 inciso 2?, 471, 530 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

El señor Juez doctor Guillermo José Tragant dijo:

Adhiero al voto de la doctora Angela Ester Ledesma y por ello emito el mio en igual sentido.

El señor Juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

Que por análogos fundamentos a los expresados por la doctora Angela E. Ledesma, emitimos nuestro voto en idéntico sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Gregory Munson, sin costas, ANULAR la sentencia obrante a fs. 507/535 vta., dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n? 7 de esta Ciudad y, en consecuencia, ABSOLVER al nombrado en orden a los delitos de abuso sexual agravado por el uso de arma, en concurso real con amenazas coactivas en concurso material con violación en grado de tentativa (artículos 456 inciso 2?, 471, 530 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber y oportunamente remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen.

Fdo: Dres Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria.

42) P. 1666. XL, «Peralta Cano, Mauricio Esteban» del 3 de mayo de 2007

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

La resolución que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, causa un agravio actual e irreparable y versa sobre una sentencia definitiva que, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso y asumirá el carácter de cosa juzgada.

Por ello, entiendo que la desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 CPCCN.

Las violaciones constitucionales que aquí se denuncian guardan relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia al justiciable. El recaudo específico se advertirá con el desarrollo de las cuestiones constitucionales que se realizará en los apartados pertinentes: por un lado, lo relativo a la determinación del alcance de las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional (libertad ambulatoria, nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente), derecho federal que es vulnerado por la resolución impugnada; y, por el otro, y en íntima vinculación con lo antedicho, la inconstitucionalidad de la norma de fondo que permite procedimientos como el de autos, a la vez que vulnera los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (protección de la intimidad, principio de reserva). En íntima conexión con el caso de autos y la doble vulneración de los preceptos expuestos también aparece conculcado el derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada (art. 11 incs. 2° y 3° C.A.D.H., art. 17 incs. 1° y 2° P.I.D.C. y P., art. 12 D.U.D.H. y art. V de la D.A.D.D.H.).

III. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente como para cumplir con el recaudo respectivo. No obstante, es preciso advertir que serán necesariamente breves, en tanto se llega a la condena que agravia a mi defendido tras una muy escasa actividad jurisdiccional.

III. a) El génesis de las actuaciones. Las distintas irregularidades verificadas en la detención

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de un llamado telefónico anónimo, recibido el 10 de mayo de 2000 y que es mencionado por el personal policial preventor como el motivo de detención de Peralta Cano y M.D.C.M., al menos en el acta inicial (v. fs. 1). La sentencia judicial también alude a la declaración del cabo Luis Rosales, que refiere la presencia de dos individuos en actitud sospechosa en las calles Lago Hermoso y Laguna Villarino de La Estanzuela. Se indica que esa intersección es un lugar «conflictivo», con lo que se alude a que es una zona de nivel socio-económico pobre, y en la que dos jóvenes paseen a las 21:30 horas revistiría «per se» una situación sospechosa de cara a la detención. Aun cuando las referencias a este punto central son escasas, se menciona que uno de los jóvenes portaba un «tornillo» en una mano, que es inmediatamente identificado como tal, pero que de todas formas vendría a «justificar» la intercepción policial. Una vez detenidos y trasladados a la dependencia policial fueron requisados, sin orden judicial alguna que lo permitiese y sin invocar motivos de urgencia, producto de lo cual aparece, de acuerdo al acta de fs. 1 sin testigo del acto, un envase de papel celofán de unos cinco centímetros conteniendo una sustancia amarronada «tipo tabaco en polvo y fibras». Con posterioridad, con presencia de personal experto en toxicomanía y recién después de haber realizado el mencionado hallazgo con el testigo Arancibia, de acuerdo a la mencionada acta –cabe aclarar que de acuerdo a su testimonio de fs. 30 solo vio la sustancia que le indicaron había sido encontrada en la plaza del barrio-, se practica un test orientativo de lo que surge que se trata de una escasa cantidad de cannabis sativa. De acuerdo a la pericia obrante a fs. 42, se trataba de 0,63 gramos de material vegetal (de los cuales casi la mitad es utilizada en dicha pericia para determinar que era marihuana). Las testimoniales del personal policial de fs. 35/36 (Rosales), 37/38 (Molina), 39 (Guzmán) y 40 (Campos) ratifican lo señalado en las actas previas y ensayan como única justificación que «*se hace la requisa, (porque se los aprehende por antecedentes y medios de vida al no portar documentación*» (fs. 36). Aquí acaba la actividad de instrucción.

III. b) Suspensión del juicio a prueba y condiciones que se imponen. La sentencia condenatoria

Tras el requerimiento de la elevación de la causa a juicio correccional bajo la imputación de la figura prevista en el artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737, se solicita y concede la suspensión del juicio a prueba en la que se le imponen a PERALTA CANO, por el lapso de un año, las reglas consistentes en residir en el domicilio denunciado, concurrir mensualmente al Patronato de Liberados, efectuar trabajos no remunerados en un programa de la Municipalidad de Godoy Cruz y cumplir con un período completo del programa que se realiza en el centro Preventivo de Adicciones. Fue precisamente la falta de cumplimiento de esta última medida -constatada a partir de la denuncia de no concurrencia que efectúa el médico psiquiatra a fs. 73- la que dio inicio a las diligencias que llevan al juez subrogante de la causa, Alfredo M. Rodríguez, a dejar sin efecto la suspensión

del juicio a prueba «*ante su falta de interés en la solución de su problemática*» (fs. 123 vta.).

Acto seguido se fija audiencia de debate en la cual la defensa téacnica de PERALTA CANO opone la nulidad del acta inicial de fs. 1, de la detención y requisa, y de todo lo obrado en su consecuencia. Al tratarse de una detención ilegal, sin orden de autoridad competente, sin invocar motivos de urgencia ni razonabilidad alguna para hacerlo, así tampoco como para practicar la requisa, sostuvo la defensa que la vulneración de las disposiciones legales y constitucionales en esos hechos, así como sucede también respecto a las actas que deben demostrarlos, lleva a invalidarlos y de esa forma obligan a dictar una absolución.

Por el contrario, el juez federal de la causa condenó, en fecha 26 de octubre de 2004, a PERALTA CANO, a la pena de un mes de prisión en suspenso, multa de trescientos australes, costas y accesorias legales por considerarlo autor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737. En la misma sentencia suspendió esa pena y la sustituyó por el cumplimiento de una medida de seguridad educativa a cuyo resultado quedó sujeta la sustitución.

Las posibilidades de cumplimiento de las medidas sustitutivas no difieren en lo más mínimo de aquellas referidas a las reglas de conducta incumplidas, pero ello poco importa al juez que al único dato de la realidad al que se ajusta es uno sobre el que no hay constancias en el expediente ni en el acta de la audiencia de debate. En efecto, sin que conste la calidad de adicto de PERALTA CANO se señala en la sentencia que «*las circunstancias señaladas conllevan a determinar con 'certeza' que esa tenencia era para el consumo personal del imputado*». (v. fs. 166) Para ello se toma en cuenta el dato objetivo que surgió del procedimiento irregular llevado a cabo por la prevención: «*La cantidad de estupefaciente secuestrada debe ser considerada escasa*» (id.).

Lo dicho no es de extrañar, si se consideran las respuestas que obtuvo la defensa oficial respecto a la nulidad articulada, sobre la cual había dejado expresamente fijada la posibilidad de recurrir a esta instancia dada la cuestión federal que se encuentra comprometida.

La sentencia dictada por el juez federal subrogante no alude sino en forma rutinaria a la detención y la requisa, repitiendo lo expuesto en las actas. A ello le aduna una serie de citas de jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal, con lo que concluye en la legitimidad del procedimiento.

Contra esa decisión se interpone el recurso de casación por parte de la defensa técnica (v. fs. 167/176vta.), el cual es concedido a fs. 177/vta. Los agravios señalados en esa oportunidad referían, el primero de ellos, al inicio de las actuaciones con la ilegal detención de PERALTA CANO y de M.D.C.M. (sin orden de autoridad competente ni circunstancias de flagrancia, invocadas ni existentes, o de «indicios vehementes de culpabilidad» o «peligro inminente de fuga o de entorpecimiento de la investigación» que pudiesen justificar el proceder prevencional). Respecto a la sentencia de condena se indicó prescindencia de la Constitución Nacional en la ausencia de toda consideración de su articulado así como del texto legal procesal penal, y también arbitrariedad en la interpretación de los hechos al acomodarlos para intentar cerrar la hipótesis de legalidad del procedimiento remitiendo a criterios muy generales de fallos de la Casación, no aplicables a las circunstancias de autos.

Y el segundo de los agravios motivo de casación aludía a la admisión de prueba del secuestro de la sustancia llevado a cabo mediante una requisa sin orden judicial y sin invocación –ni existencia- de motivos excepcionales que impidiesen esa autorización. La vulneración a los preceptos constitucionales que

protegen la intimidad, así como a lo previsto en el artículo 230 bis del Código de forma, es palmaria. En ambos casos señala la defensa que «***las circunstancias excepcionales ni siquiera son invocadas por la prevención,*** *sino presumidas por el Magistrado en una inusual actitud saneadora incompatible con sus deberes del rol*» (v. fs. 172vta.) También se indica el incumplimiento de lo previsto en el artículo 138 en cuanto a la presencia de testigos, pues critica el recurso de casación lo decidido por el juez al considerar testigo hábil al que arriba una vez descubierta la sustancia y que no vio quién la tenía, y al otro detenido (GUTIERREZ) que finalmente no es imputado pero que estaba siendo requisado en idéntica oportunidad.

Todas las irregularidades mencionadas conducirían a la invalidez del procedimiento y a la absolución de Peralta Cano.

Concedido el recurso (v. fs. 177) los autos fueron elevados a la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, Tribunal que, por Resolución de fecha 20 de diciembre de 2004 anuló el auto de concesión del recurso y ordenó el reenvío de la causa al Juzgado Federal Nº 1 de Mendoza para que volviera a expedirse sobre la admisibilidad del recurso. El auto respectivo obra a fs. 187/vta.

III. c) Sobre las consecuencias del Recurso de Casación

Por resolución Reg. Nº 7900 en fecha 9 de agosto de 2005, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto. El 12 de agosto se le dio lectura a esa sentencia en la cual, en lo que aquí interesa, se dijo que «*En cuanto al planteo de nulidad efectuado respecto de la requisa de* PERALTA CANO *y su posterior detención realizadas por personal policial, plasmadas en el acta de fs. 1/vta., cabe señalar que el sentenciante explicó en el fallo que 'incurre en arbitrariedad y resiente la motivación lógica del fallo, desatendiendo los arts. 123 y 404, inc. 2° del CPPN, el pronunciamiento que efectúa una demasía en la interpretación de los requisitos exigidos por el art. 230 del código mencionado, disponiendo la nulidad del acta de requisa personal practicado en la imputada y todo lo obrado en consecuencia' (C.N.C.P., Sala I, 2 de noviembre de 1994, 'Vicente, Ana M. J. A. 1995-II-569)*» (v. fs. 213)

Tras reiterar lo expresado por el juez federal sentenciante, la Casación agregó que «*Aclaró el magistrado que si bien en el acta no se insertó con amplitud el relato del personal policial, surge que respondió al llamado de un vecino que observó a dos sujetos que se comportaban en forma extraña, lo que está justificado por el secuestro en la mano de uno de ellos de un tornillo y de su presencia en la oscuridad en una zona barrial conflictiva. Ello refleja que el personal policial, cumpliendo sus funciones en prevención del delito, respondió al llamado recibido: y que el traslado al destacamento para la identificación y la posterior requisa en búsqueda de armas, es la práctica habitual y necesaria en situaciones similares, máxime cuando quien era mayor de edad no tenía identificación. El accionar policial no viola, por tanto, las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.). Además, dijo el sentenciante que quien lo acompañó en esa ocasión, que también fue identificado y requisado, presenció ese decomiso y aun cuando señaló que el envoltorio fue hallado en el piso, no negó su existencia. Destacó que la defensa tampoco cuestionó que el estupefaciente le perteneciera a* Peralta Cano*. Agregó, con cita de jurisprudencia, que se dio la situación de urgencia e impostergabilidad que autorizan los arts. 183, 184 inc. 5to., 230 y 284 del C.P.P.N., por lo cual la policía se encontraba facultada a practicar la requisa personal del imputado en autos (fs. 164 vta./165). Destacó el magistrado que dentro de su función específica, los policías fueron comisionados a deteminar un posible hecho ilícito y en ese contexto fue que*

interceptaron al encartado, quien a su entender debía ser identificado, situación que despertó la razonable sospecha del funcionario policial actuante y que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefacientes». (fs. 214/vta.)

Tras señalar que la Sala I de Casación compartía lo argumentado por el juez de grado, se adunaron decisiones previas de dicha Sala y la remisión a los precedentes de la Corte Suprema estadounidense «Terry vs. Ohio» de 1968, y «Alabama vs. White» de 1990, del que surgiría, de acuerdo a la interpretación de la Sala, un concepto de «sospecha razonable» más flexible.

Culmina por señalar que «*De todo ello se desprende, sin ambages, que el personal policial efectuó la identificación y posterior requisa del encartado porque le resultaron –en consonancia con la noticia anónima recibida- razonablemente sospechosas esas dos personas que se encontraban a altas horas de la noche en un lugar conflictivo y en actitud dudosa. También, porque pese a la escasa luz y estando muy cerca, percibió que al darse cuenta de que quien les pasaba al lado era un policía, el que iba vestido de negro alertó al de campera roja diciéndole: 'ojo'; y además de que –como se señaló- tenía un tornillo de considerables dimensiones en la mano. Estas circunstancias, lógicamente, fundaron en el funcionario policial actuante la razonable sospecha para proceder como lo hizo la que, por otra parte, fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes entre las ropas de* PERALTA CANO*».* (v. fs. 217)

III. d) Recurso Extraordinario

El 29 de agosto de 2005, la defensa de PERALTA CANO interpuso recurso extraordinario federal. El escrito de la defensora pública oficial Silvia Zelikson luce a fs. 222/232vta.

En esa presentación se exponen las falencias que demuestra el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, y se señalan expresamente los motivos del caso federal simple que hacen a ese recurso procedente. El fallo de casación se basa en afirmaciones dogmáticas, no da cuenta de los agravios invocados en el recurso respectivo, e interpreta en forma contraria a su titular las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional.

Se citan en su sustento el precedente «Tumbeiro» y otras sentencias dictadas por V. E. que indican que «*los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria puesto que la naturaleza del planteo conduce a determinar el alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie pueda ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente» (Fallos 325:2485, 325:3322, 326:41, entre otros)*». (v. fs. 228)

En sus fundamentos se explica por qué debe descalificarse el decisorio del superior tribunal de la causa que convalida un procedimiento de detención y requisa contrario a las garantías constitucionales invocadas. La Cámara de Casación hace suyos los argumentos del juez sentenciante que, en definitiva, autorizan que se dispongan indiscriminadamente y en forma contraria a los permisos legales.

Indica el recurso que «*la sala I denegó el planteo de casación solicitado por la defensa para establecer el alcance de la garantía a no ser arrestado sin orden fundada de juez competente en el presente caso, en el entendimiento de que el planteo no había cumplido con el requisito de confutar los argumentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos «Szmilowsky» (Fallos 326:41), y «Fernández Prieto» (Fallos 321: 2947). Sin embargo, uno de los argumentos que esta defensa ofreció –y que no mereció la mínima consideración-*

radicó en que las sentencias de la Corte citadas ***no constituyen un precedente*** *que haya sentado una línea de principios que sirvan para construir un estándar a ser tenido en cuenta por las partes del proceso...»* (v. fs. 229vta.) Sostuvo que a diferencia de esos casos, en «Daray» sí se conformó una mayoría suficiente, y es por ello que el recurso extraordinario postuló tomarlo como precedente.

Además, la señora defensora señaló otras falencias del fallo casatorio como que «…*avaló el procedimiento sobre la base de que resulta razonablemente sospechoso que 'dos personas se (encontraran) a altas horas de la noche en un lugar conflictivo y en actitud dudosa'. Observo, sin embargo que la detención acaeció a las 21:30 hrs. Y que no se explica en qué consistió la actitud sospechosa* [...]*. Por lo demás, los resultados positivos de la requisa no pueden legitimar ex post la inexistencia de las razones objetivas que necesariamente debieron concurrir en forma previa o concomitante al procedimiento pues 'de lo contrario razones de conveniencia se impondrían por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental' (voto del juez Maqueda –disidencia- en el fallo «Waltta, César L.», párr 22, CSJN 21/09/04, publicado en La Ley del 16/02/05)».* (v. fs. 230vta.)

También señaló la defensora Zelikson que «…*la mayoría conformada en el precedente 'Waltta', resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por el fiscal,... por lo que si bien no se avocó a tratar el fondo de la cuestión, descartó la aplicación automática de la doctrina de los fallos 'Fernández Prieto' y 'Szmilowsky'».* (v. fs. 232)

Culmina el recurso extraordinario, que es declarado inadmisible con costas a fs. 236/237, indicando que «…*el decisorio de la Casación alberga un doble orden de faltas al deber de motivación: la emanada de la sentencia condenatoria –que convalida un procedimeinto policial no amparado por los artículos 14 y 18 de la C.N.-, y la que emana de la resolución de la propia Sala –que desatiende los agravios y los argumentos que demuestran que la doctrina en que se asienta el decisorio carece de la virtualidad que se le asigna».* (fs. 232)

Para rechazar la vía extraordinaria intentada, sostuvo el *a quo: «3º) Que la prevalencia de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Naciòn («Daray») respecto de otros posteriores («Szmilosvky» «Fernández Prieto», «Tumbeiro» y «Monzón») en razón del mayor número de jueces que integraron la mayoría de opiniones concordantes, es una respetable opinión que no alcanza para descalificar la doctrina de los que fueron suscriptos por menos y fue escogida para sustentar el fallo. Sin perjuicio de ello, se advierte una clara discrepancia de la recurrente acerca de que las circunstancias fácticas que rodearon el procedimiento policial lo hubiesen autorizado, aún con apego a lo resuelto en «Daray». En tal sentido, se recuerda, en la sentencia se hizo hincapie en que el personal policial había recibido una noticia anónima sobre el comportamiento sospechoso del acusado y su acompañante, esa conducta se desarrollaba en horario nocturno y en lugar conflictivo, uno de los individuos, -al darse cuenta de que eran vigilados por policías- alertó al otro y tenía en su poder un tornillo de considerable dimensión que bien pudo ser confundido con un arma. Por fin, no se advierte que la concordancia del fallo con el de la anterior instancia afecte su motivación si este ùltimo –como aquí acontece- atendió y dio respuesta anticipada a los planteos recursivos, ni que esa coincidencia entre ambos importe falta de revisión en esta sede. Lo insostenible del agravio, pues, lo dice todo.»* (v. fs. 236/vta.)

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

La decisión en crisis debe ser revocada, y en su lugar debe dictarse un pronunciamiento sujeto a las disposiciones que la Constitución argentina y los

compromisos internacionales imponen para las resoluciones judiciales en una República democrática.

El repaso de los fundamentos brindados para rechazar el recurso extraordinario sólo trasunta un excesivo rigor formal que ha desatendido de manera flagrante el tratamiento jurisdiccional de las serias alegaciones defensistas denunciando la vulneración de las garantías constitucionales que deben regir en todo proceso penal.

Tal como se asentara en el apartado anterior, el Superior Tribunal de la causa omitió toda referencia a las cuestiones constitucionales debatidas a las que se responde que citar un fallo dictado por una mayoría de opiniones concordantes «*no alcanza para descalificar la doctrina de los que fueron suscriptos por menos y fue escogida para sustentar el fallo»*. Y finalizar, dogmáticamente, que *«no se advierte que la concordancia del fallo con el de la anterior instancia afecte su motivación si este último –como aquí acontece- atendió y dio respuesta anticipada a los planteos recursivos, ni que esa coincidencia entre ambos importe falta de revisión en esta sede. Lo insostenible del agravio, pues, lo dice todo»* (fs. 236 vta.). Por tanto, al entender que las cuestiones alegadas ya fueron tratadas porla Sala, se realiza una tácita remisión a la previa decisión que rechazara el recurso de casación.

Sin embargo, como puede también apreciarse al repasar los fundamentos brindados en la oportunidad, tampoco en esa instancia se dio una respuesta asertiva a la temática constitucional involucrada. En realidad, y a contrario de lo que se sostiene sobre el particular no se ha dicho nada (o nada que pueda surgir razonablemente de la Constitución argentina).

Recuerdo aquí que, al responder a los agravios defensistas -y homologar, a un tiempo, lo actuado al inicio de la causa- la máxima instancia jurisdiccional de la causa se limitó a afirmar de manera acrítica y -como ya puede apreciarse del mero repaso de lo actuado y como se verá en profundidad de seguido- dogmática, que no advertía la incorporación de prueba ilegal al proceso o la vulneración de garantías constitucionales en la detención y requisa de mi defendido.

Ninguna razón se brindó en apoyo de tal posición, que involucraba planteos íntimamente relacionados con la vigencia de garantías constitucionales.

De lo expuesto emerge la urgente necesidad de que V.E. en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional se expidan sobre los tópicos planteados.

Tal como se viera en el acápite anterior, se ha puesto en crisis la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y se ha cuestionado, en particular, la incorporación de elementos de convicción obtenidos en condiciones que no comulgan con el sistema de garantías que rige en nuestro Estado de Derecho. Lo relacionado con la detención ilegítima y con la requisa realizada en abierta vulneración de garantías constitucionales tiene que ver también con el tipo legal que permitió este procedimiento y que permite en general intromisiones que vulneran siempre y necesariamente el ámbito de reserva que la Constitución Nacional deja fuera del alcance de las autoridades.

Más allá de retomar la senda impugnativa iniciada en su oportunidad, el respeto a los derechos y garantías de todo justiciable en causa penal y los principios sentados por V.E. en el precedente N. 19. XXXIX. «Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario», sentencia del 16 de noviembre de 2004, me obligan a denunciar ante la máxima instancia judicial de la República el detalle completo de los derechos federales lesionados en el caso.

En este sentido se presentarán, en primer lugar, los cuestionamientos dirigidos a impugnar lo actuado en el inicio del proceso y, a título subsidiario, se hará lo propio retomando un agravio que, aunque no se mencionó sino de soslayo en el

recurso extraordinario, por trasuntar una vulneración adicional a principios constitucionales elementales no debería quedar marginado del estudio de esa Corte, según la interpretación amplia que supo ratificar en el precedente «Núñez», ya citado. Asimismo la vinculación del agravio referido a la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para el uso personal está lógicamente relacionada con una detención en la cual la única «sospecha» posible era la de ser consumidor, y no la de realizar conducta alguna con trascendencia hacia terceros. De la misma forma ese tipo penal inconstitucional se relaciona con lo que se buscaba en una requisa en la que previamente se había descartado cualquier riesgo para con el personal policial.

El análisis propuesto permitirá a esta defensa demostrar la viabilidad del presente recurso así como la necesidad de que sea el máximo Tribunal quien se expida sobre el punto.

V. VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA DEFENSA EN JUICIO. (arts. 14 y 18 C.N.)

Como ya señalara en los antecedentes del caso, la defensa oficial propugnó a lo largo de toda la vía recursiva la declaración de nulidad de la sentencia por haber convalidado actos procesales obtenidos a partir de una detención ilegítima que no fue decidida por la autoridad competente ni de acuerdo a las formas en que la ley procesal permite exceptuar esa orden.

En efecto, la detención del justiciable ha sido puesta en crisis, a la luz de las mandas constitucionales de los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional.

Vuelvo a insistir en la necesidad de abordar esta cuestión en concreto, en tanto configura un cuadro de grave afectación constitucional que se mantuvo en el tiempo y que no ha sido subsanado pese al agotamiento de las instancias jurisdiccionales previas.

Ni el acta de fs. 1 ni ningún otro instrumento acompañado a la causa dio cuenta de las razones por las cuales se procedió a la detención de mi asistido. Es cierto que se menciona a una vaga «denuncia anónima», también lo es que uno de los preventores alude a la actitud «sospechosa» –por portar un tornillo en la mano el individuo que resultó detenido junto a mi defendido, algo que se supo luego de la detención, y por haber creído escuchar que le dijera «ojo» al cruzarse con el personal policial- de no puede saberse qué delito o contravención, y que, finalmente, se menciona un área «conflictiva» y un horario nocturno (las 21:30 horas). Pero, a poco que se analicen esos extremos, se llega a la conclusión que nada de ello justifica una excepcionalidad y una ausencia de comunicación con el juzgado que, de hecho, se produjo tardíamente y sin inconvenientes.

Evidentemente, no se está ante la «regla» constitucional que establece que nadie puede ser detenido si no es con orden escrita del juez competente. Si se pasan a analizar los casos excepcionales en los cuales los funcionarios policiales puedan proceder a llevar adelante una medida que restrinja el derecho constitucional de la libertad ambulatoria, comenzaré por señalar que no se encuentran reunidos, ni separados, los presupuestos establecidos en el artículo 284 del Código Procesal Penal de Nación. No se alega en autos que los detenidos estuviesen a punto de cometer un delito, o en actitud de fuga estando legalmente detenidos, o habiendo sido sorprendidos en flagrancia de la comisión de un delito de acción pública, tampoco parece que hubiesen existido «indicios vehementes de culpabilidad». Finalmente es preciso analizar la ley 23.950 –en tanto modifica el decreto ley 333/58- que determina facultades de detención policial con fines de investigación, en un avance por sobre lo expuesto más arriba. Pero incluso en

este caso se exige que se esté ante circunstancias objetivas, que esas circunstancias objetivas de que se ha cometido o se está por cometer un delito, y en tercer lugar que el sospechado no se identifique suficientemente. Parece que más allá de las críticas que se pueda efectuar a esas facultades policiales, lo más razonable es otorgarle ese carácter conjuntamente necesario (como lo hace Luis García en «Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro», en La Ley del 19/02/2002; y Alejandro Carrió, «El derecho a la libertad y los trámites de identificación. De Daray a Fernández Prieto a Tumbeiro (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)» en J. A. del 19/02/2003). Afirmo que eso no sucede en la detención de Peralta Cano.

En el caso, la actitud de los dos jóvenes detenidos no era objetivamente sospechosa, el personal policial no indica qué es lo que sospecharon ni sobre qué base y, además, tras la correcta identificación verbal de ambos individuos, los dos son detenidos, llevados al destacamento policial y posteriormente requisados.

Todas las alegaciones efectuadas por la prevención, aún en el dudoso caso en que sean ciertas –y para enfatizar el dudoso baste recordar que no hay testigos que no sean preventores de esos supuestos- no están encuadradas dentro de alguna de las excepciones legales mencionadas.

Nos encontramos, en este aspecto puntual, ante un sustrato que guarda similitud con el que diera lugar a pronunciamientos encontrados de V.E. en los últimos años, reseñados en el voto disidente del juez Maqueda en el Expediente «W», N° 29, L. XXXVII «Waltta, César Luis s/ causa n° 3300 del 21 de septiembre de 2004.

Cabe sin embargo apuntar que, distinguiéndose del caso fallado en aquel precedente, en el que toca juzgar no sólo concurre el supuesto de resolución contraria sino que, además, se incorporan variables que, por involucrar otra serie de vulneraciones constitucionales adicionales (así reconocidas en diversos pronunciamiento de V.E. en su actual conformación), permiten a esta parte postular la trascendencia del caso (art. 280 *a contrario sensu* del C.P.C.C.N.) y, consiguientemente, la necesidad de que V.E. se avoque al tratamiento de la cuestión.

Es que en el caso que me ocupa se evidencia que la única argumentación que le ha quedado a la Casación es la que relaciona la situación de «razonable sospecha previa» con el posterior hallazgo de la ínfima cantidad de estupefaciente que fue consecuencia de la detención y, luego, la requisa, de mi asistido.

Más allá del erróneo análisis que evidencia allí el superior tribunal de la causa, lo que queda expuesto de esa no expresada sospecha acerca del carácter de consumidor que podía tener en su poder sustancia estupefaciente, hace evidente la doble vulneración a la libertad y al ámbito de intimidad personal. A ello me referiré más adelante, puesto que en tanto esa sospecha nunca fue expresada, no debe ser tenida en cuenta. Y ninguna otra sospecha puede ser válidamente considerada, ni siquiera para la tesis que erróneamente sostiene que puede justificarse un procedimiento por el resultado obtenido y no por las objetivas condiciones previas.

Al poner atención a esas condiciones de esta causa -vale decir, la de dos jóvenes de bajos recursos dando un paseo por el lugar en donde viven, en horarios muy razonables como son los de las nueve y media de la noche, y en ningún caso en alguno de los supuestos que legalmente se prevén como plausibles de excepcionar el estricto requerimiento legal para proceder a una detención- es que la ilicitud del procedimiento policial sin motivos que lo justifican se torna evidente.

Como señaló el juez Petracchi en su disidencia en el mencionado caso «Fernández Prieto»: «el funcionario policial no está autorizado a detener y revisar

a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo («Sibron v. New York» [392, U.S., 40, 64 - 1968])».

La falta de expresión de esos motivos, los convierte en inexistentes. Como igualmente son inexistentes aquellos motivos que no pueden generalizarse. Eso sucede con la expresión de lugares «conflictivos» como mecanismo saneador de toda intervención producida en ámbitos habitados por ciudadanos pobres, ya que si ello se extiende como se hace en el caso para vulnerar las premisas legales de motivación de la detención, de la necesidad de encontrar testigos, y de la notificación con el juez competente, sucederá que en la Argentina existirán zonas en las cuales sus habitantes estén protegidos por las garantías constitucionales y otras de excepción, por su pobreza, en que ninguna garantía amparará a quienes allí vivan.

Lo que quiero remarcar es que en este caso concreto la detención se practicó fuera de toda la regulación legal y por lo tanto en forma contraria a la que podría permitirse esa restricción a la libertad ambulatoria en el marco de un procedimiento que luego debe ser revisado por un juez. Ningún juez, salvo que se base en criterios dogmáticos que excedan la causa, pueda evaluar en este caso si la detención se fundamentó en razones objetivas, si estas despertaron la sospecha relacionada con algún delito, ni que la identificación de los sospechosos no haya sido suficiente. Parece ocioso señalar, en estas condiciones, que el proceder de los jueces en las distintas instancias revisoras debió ser el contrario del efectivamente realizado. Lo que tendría que haber hecho la Casación era indicar que el procedimiento todo se encuentra afectado de nulidad, en tanto remite a una detención practicada en abierta oposición a los preceptos legales y constitucionales vigentes.

Tengo para mí que en el caso la detención se produce por ser los dos jóvenes transeúntes miembros de una población especialmente vulnerable a las prácticas abusivas del personal policial. En estos casos, la policía no cree precisar motivos para detener y luego requisar ciudadanos. Es por ello que se llega a casos, como el que se analiza, en que ello apenas se esconde y la detención inmotivada se muestra en toda su crudeza y sin siquiera intentos de ocultarla.

Pero dejando a salvo lo expuesto –evidencia suficiente de que al momento de la detención de mi defendido no se contaba con elementos de juicio capaces de insinuar ya fuera la orden exigida constitucionalmente, ya los indicios vehementes requeridos en la ley ritual- incluso cuando aceptáramos que la prevención actuó motivada en alguno de los sentidos de razonable sospecha, la falta de exteriorización de tales eventuales motivos conduce a idéntica solución nulificante, pues, como lo puntualizara el juez Maqueda en el mencionado precedente «Waltta» «*10)...si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido in pectore omisión que impide realizar un juicio de razonabilidad (considerando 12 del voto de pág. 2012 en Fallos: 317:1985)».*

En punto al hallazgo posterior es que debe analizarse también la requisa, íntimamente vinculada a la detención puesto que en pocos casos puede practicarse una requisa posterior sin haber detenido previamente al requisado. Al ser nula la detención, la nulidad de la requisa deviene inevitable.

Refiriéndose a los alcances del planteo nulificante aquí propuesto se ha expedido V.E. en forma coincidente con esta defensa. Así, en Fallos 308:733 afirmaba la Corte: «*En definitiva, apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto.*

Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, más no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas...» (del Considerando 5°).

Es evidente que, siguiendo los lineamientos y la metodología propuestas por el máximo Tribunal de garantías, la única conclusión aceptable es la enarbolada por esta defensa de anular también la consecuencia de la detención.

La requisa y el eventual secuestro, resultan una concreta derivación de la detención anterior, y si carece de legalidad la detención, ello inhabilita todas las diligencias posteriores. Ello es lo que expone con claridad la disidencia del juez Bossert en la mencionada causa «Fernández Prieto» (Fallos 321:2947). Pero es que en el caso de autos la misma requisa es de nulidad absoluta en forma independiente a la medida que la precede.

Se llega a esta conclusión por falta de los mismos requisitos observables previamente sobre la necesidad de practicar tal medida sin orden judicial. Las excepciones a ello provienen del artículo 230 del Código de rito que señala cuales serían los motivos que lo justifiquen y, en todo caso, que deben quedar expuestos en forma previa por la policía, ya que si se exigen para cuando lo dispone el juez, también deben existir en este otro caso. Esos motivos, además, deben impedir hacerlo con la demora que requiere el permiso judicial. Si los motivos de urgencia estaban motivados en el hallazgo de un arma, como parece sostener el fallo recurrido, no sirve para darle asidero la jurisprudencia estadounidense mencionada por la Casación (más allá de las críticas que ha recibido ese recurso, que si es *«para dejar de lado las exigencias que los legisladores le han impuesto a los jueces y a los agentes de seguridad, esa práctica se torna absolutamente inadmisible»* según Paula Honisch «Un nuevo retroceso de la Corte Suprema en el respeto de las garantías constitucionales» en Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Buenos Aires, del Puerto, p. 558).

En efecto, y como señaló con acierto el juez Maqueda en su considerando 14 del citado antecedente «Waltta», en el caso «Terry vs. Ohio» la Corte Suprema estadounidense de ningún modo autoriza a la policía a revisar en cualquier caso y, además, el propósito de la búsqueda y lo que válidamente se obtenga de ella debe quedar limitado al hallazgo de lo que se busca (en el caso, un arma). Este caso es citado por la Casación pero en un sentido tan amplio y confuso que su doctrina permitiría realizar requisas sin ningún requisito de admisibilidad.

Esa ha sido la forma en que la Casación se ha expresado en esta materia y lo que le ha valido severas críticas de parte de la doctrina. Por ejemplo, Alberto Bovino remarca que «*en materia de requisa personal es el mejor ejemplo de cómo resulta posible despreciar exigencias mínimas establecidas de manera indiscutible en el texto legal*» (autor citado, «La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino», Buenos Aires, del Puerto, 2001, p. 254 nota 23).

A pesar de esa admonición que se le hace desde el ámbito académico, incluso de la jurisprudencia casacional se siguen dos requisitos básicos que en el caso se soslayaron sin que la Sala I reparase en ello: el motivo suficiente para presumir que el sujeto lleva cosas relacionadas con un delito, y la urgencia que aconseje no postergar el acto (entre otros fallos de la CNCP, sala I «Monzón» del 16/3/99, sala II, «Barbeito» del 14/6/94, Sala III, «Longarini», del 27/4/94 y Sala IV, «H., M.A.» del 3/4/97, todos citados por Mariano Bertelotti, «La ley 25.434 y su influencia en

la regulación de la requisa personal», en Nueva Doctrina Penal, 2004/B, del Puerto, Buenos Aires, p. 182).

El motivo no puede encontrarse en las presentes actuaciones, y frente a ello ha dicho el juez Petracchi, en el considerando décimo de su disidencia en «Fernández Prieto», que no alcanza con una invocación meramente formal o sacramental: «*En otras palabras, el recurso a una fórmula estereotipada como la 'actitud sospechosa' remite a una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales, y, por tanto, carece de relevancia cuál sea la autoridad de la que éstos emanen. Cuando existen instrumentos destinados al control de las decisiones, y a fin de que dicho control no se torne una mera ficción, en ellas deben expresarse las características particulares del caso que llevan a la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, y no es suficiente con invocar una razón que, sin cambio alguno, podría servir de comodín para ser utilizada en cualquier otro supuesto*».

Y en cuanto a la urgencia, baste decir que mi defendido y su acompañante ya habían sido detenidos, identificados, llevados al destacamento policial y permanecían allí alojados, por lo que no había elementos objetivos que permitiesen pensar que ante la demora podrían desaparecer pruebas o ponerse en peligro. Incluso la situación del caso verifica una excepción a la más permisiva, para con el accionar policial, ley 25.434, posterior al hecho, y que suprimió el adjetivo «urgentes» tras la voz «requisas» del artículo 184 inc. 5° y del art. 231 del CPPN (así como no lo agregó en el artículo 230 bis). En estos casos en los que no se alude a esa urgencia, se está ante las circunstancias que al final del artículo 230 se mencionan como de «operativo público de detención», algo alejado a lo que sucedió en autos dentro del destacamento policial –en el que, además tampoco había testigos ajenos a la repartición-.

Interpreto que esa urgencia o necesidad de actuar sin demoras de todas formas debe presumirse en la nueva normativa, pero «*de admitirse que la urgencia ha sido suprimida como requisito, debe tenerse cabal conciencia de la influencia práctica que tal circunstancia tendrá, por lo cual corresponderá insistir en que los jueces deberán ser sumamente exigentes al momento de analizar el recaudo de motivos suficientes en cada caso en particular a fin de que la actuación policial no rebase los límites constitucionales*» (Bertelotti, Mariano, «La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisa personal», en Nueva Doctrina Penal, 2004/B, del Puerto, Buenos Aires, p. 224).

Como señala Luis Cevasco (en «La requisa ilegal ante las reglas de exclusión», publicado en la edición de internet de Eldial en el año 2005), es que «*El juego de los arts. 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional indica, de un lado, que la libertad ambulatoria y la privacidad son aspectos esenciales de la dignidad del individuo. Y de otro, que para habilitarse la injerencia del sistema jurídico penal sobre tales aspectos substanciales, debe existir un 'hecho del proceso' o, lo que es lo mismo, una objetiva y concreta presunción legal de que el individuo puede estar vinculado a un hecho típico específico –principio de determinación-».*

Ese hecho es el que no podía ser conocido en forma previa por el persona policial, a excepción de que estuviesen ya pensando en una intromisión aún mayor que la contemplada en la figura procesal de la requisa, y que ya no se sospechara que fuesen los detenidos «sospechosos» de un delito, sino de ser usuarios o consumidores de determinadas sustancias, cuyos efectos –por otro lado- tampoco eran advertidos previamente. Es por ello que me parece importante relacionar esta actuación policial irregular con el tipo penal por el que finalmente se condenó a mi asistido, y sobre el cual predico su flagrante inconstitucionalidad.

Con arreglo a la doctrina sentada por ese Tribunal en el precedente «Núñez,

Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario», entiendo indispensable -a los fines del acabado ejercicio de mi ministerio- señalar estas cuestiones pues resultan consustanciales con la protección de derechos humanos elementales cuyo incumplimiento podría hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional.

La gravedad de los vicios denunciados y su relación directa e inmediata con la condena que agravia a mi defendido, habilitan a esta defensa a solicitar la avocación de V.E. de cara al restablecimiento de los derechos federales lesionados.

VI. EL AGRAVIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL

El juez de la causa no dudó en conceder a PERALTA CANO la calidad de autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal (art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737).

En efecto, ante la muy escasa cantidad de marihuana peritada (la medida de fs. 42 vta. consumió casi la mitad de la sustancia requisada), las instancias judiciales sostuvieron que su destino era inequívocamente el del consumo personal.

En esas circunstancias, plantearé ante V.E. la inconstitucionalidad de la norma que interviene sobre el ámbito de intimidad de las personas y en tanto no realicen afectaciones a terceros. La consecuencia de esa punición es la de convalidar, como sucede en autos, cualquier intervención policial por sobre los individuos más vulnerables de la sociedad.

No se me escapa que el criterio sostenido por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «Montalvo» (Fallos 313:1333) tiene el sentido contrario a lo que solicito. Pero tampoco que el mencionado fallo de la década pasada tuvo el efecto de volver sobre el precedente «Colavini» (Fallos 300:254) que había dictado la conformación de la Corte durante la última dictadura militar, y de hacer perder la mayoría que hasta entonces tenía la opinión sustentada enjundiosamente por la mayoría de la Corte de la renacida democracia en los fallos «Bazterrica» y «Capalbo», ambos del 29/8/1986 (Fallos 308:1392). Los votos mayoritarios de los jueces Petracchi, Bacqué y Belluscio se destacan aún hoy entre las piezas jurídicas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no sería de extrañar que, ante una nueva modificación de la integración de este altísimo tribunal, se vuelva a discutir un aspecto tan central para la vida democrática y, es lo que solicito, se sumen argumentaciones a las ya muy ilustradas que sentaron aquellos jueces de la también prestigiosa integración posterior a 1983.

En el fallo «Bazterrica» se sostuvo el punto de vista que declaró la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771, similar al artículo 14 segunda párrafo de la ley 23.737 en lo que se viene a objetar. En los votos que consolidaron una mayoría se hizo hincapié en la necesidad de asegurar efectivamente el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna. Se dijo que la tenencia de estupefacientes que por su cantidad indiquen que es para consumo personal, en cuanto no trasciende el ámbito personal de quien posee el estupefaciente y «*no genere consecuencias a terceras personas, no es susceptible de ser alcanzada por el derecho penal*» pues en caso contrario menoscabaría un derecho de jerarquía constitucional.

En punto a ese derecho constitucional y sus relaciones con el derecho penal de acto y cumplidor del requisito de lesividad, mucho se ha dicho desde los albores de la modernidad y en concreto desde que en el siglo de las luces se plasmó un derecho penal liberal, limitador de los poderes punitivos.

Como ejemplo de lo que sostiene pacíficamente la doctrina juspenalista vale recordar al profesor Esteban Righi, quien dice que «...*todo individuo es soberano sobre sí mismo, su propio cuerpo y espíritu, por lo que sólo hay motivo legítimo para imponer una pena cuando se ejecuta un acto que perjudica a otra persona, es decir cuando existe un conflicto entre el autor y una víctima»* (en «Dogmática y política criminal de la víctima» en «Teorías actuales en el Derecho Penal», Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 326 y 237).

La recepción que hace de esos principios liberales nuestra Constitución recibió el mayor desarrollo teórico de parte de V.E. en causas en las cuales, como es el caso de autos, todas las instancias previas, y también las partes acusadoras, convinieron inequívocamente que la escasa cantidad de estupefaciente secuestrado estaba destinada al uso personal del condenado, y no había ninguna posibilidad de afectación a terceros.

El artículo 19 de la Constitución Nacional abarca no sólo aquello relacionado al fuero íntimo de las personas, esto es, ideas, sentimientos, creencias, etc., sino también aquellos actos de los individuos que, por más que se manifiesten exteriormente, no llegan a trascender de forma tal que puedan ofender concretamente intereses o derechos de terceros. Dentro de tales actos pueden ser considerados los relacionados con el consumo individual de estupefacientes y aquella condición previa que es tenerlos para ese fin, si es que pueden considerarse «actos» las situaciones de mera tenencia (discute sobre ello, entre otros, Eberhard Struensee en «Los delitos de tenencia», en «Problemas capitales del derecho penal moderno», Buenos Aires, Hammurabi, 1998). En caso de no considerarse «conducta» ese hecho previo, la vulneración a la Constitución de su penalización deviene obvia ya que *«los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables- describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal»* (según afirma Luigi Ferrajoli, «Derecho y Razón», Madrid, Trotta, 1995, p. 480).

Pero también es inconstitucional si lo que se pena es considerado «acto», en tanto tal acto no perjudica, como se ha dicho, a terceros, y además no puede con seguridad ser señalado como uno de los que de algún modo ofendan al orden y a la moral pública. Esta última expresión constitucional no puede interpretarse en forma tan amplia como la que hace desaparecer el principio de reserva (que es lo que sucede con la interpretación mayoritaria en «Montalvo»). De esta otra forma, el ámbito de libertad al que tienen derecho las personas queda tan reducido que prácticamente no habría ninguna actividad de los individuos que no pudiera ser controlada por los órganos del Estado. De allí que la conducta por la que no sólo se condena, sino que también por la que se justifica, *ex post*, cualquier tipo de intervención sobre la libertad ambulatoria y la intimidad corporal –incluso en contra de la normativa legal y sin orden de juez- esté amparada por el principio de reserva.

Los argumentos principales para dictar la inconstitucionalidad del tipo penal que tiene efectos tan perniciosos para con la libertad de los habitantes del suelo argentino, y en particular hacia los más vulnerables, son principalmente dos.

El primero de ellos se refiere a la legalidad penal, puesto que al tratarse de tan escasa cantidad de droga, insignificante para vulnerar el bien jurídico tutelado (aparentemente la «salud pública») o incluso por no afectarla en absoluto (si se diferencia la propia «salud privada», que sí podría afectarse pero que no puede considerarse un bien jurídico protegido penalmente, de ese otro bien jurídico mencionado en la punición relativa a estupefacientes), se vulneraría en su acepción «estricta» este principio contenido en el artículo 18 y en la segunda parte del

artículo 19 de la Constitución Nacional. El segundo argumento hace directa relación al principio de reserva, contenido en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, que como he dicho ampara la conducta en cuestión.

Respecto al primer punto es necesario remitirse al mandato hacia el legislador (y que al intérprete constitucional compete verificar su cumplimiento) conocido como «principio de lesividad» y que es expuesto por Luigi Ferrajoli con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria* («Derecho y Razón», Madrid, Trotta, 1995, p. 464). Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal antes mencionada, y formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración y que es seguido actualmente por los Estados democráticos en sus constituciones y, en el ámbito internacional por las declaraciones y pactos internacionales, los que han conformado el moderno derecho internacional de los derechos humanos que protege también a los habitantes de la Argentina.

No es ocasión de referirme aquí a lo que debe entenderse como una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea a qué es un bien jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones. La finalidad limitadora del derecho penal liberal se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico (sobre su historia, Luigi Ferrajoli en la obra citada, p. 467 y ss.; y Hernán Hormazábal Malarée, «Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho», Barcelona, PPU, 1991). Una conducta se considerará que conculca a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una «dañosidad social», esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad (Winfried Hassemer, «Fundamentos del Derecho Penal», Barcelona, Bosch, 1984, p. 38).

Pues bien, la conducta que nos ocupa se ha afirmado con seguridad, en las sentencias de condena, que no afecta a terceros (pues se señaló que era para «consumo personal» del condenado). Y, por otro lado, no es seguro que pueda vulnerar concreta y realmente el bien jurídico que con su punición se quiere proteger, esto es, la salud pública. Y ello fundamentalmente porque, dadas las características de la mencionada conducta, la relación o conexión existente entre el bien jurídico protegido y el comportamiento incriminado es tan difusa o lejana, o mejor, tan abstracta, que el peligro que sufre aquél sólo puede ser de un carácter más bien presunto e indemostrable con el conocimiento empírico de la actualidad. «*En otras palabras quiere esto decir que, por las características de la conducta incriminada, del bien jurídico en juego y de la relación entre ambos, no es factible que la afectación del segundo constituya algo más que una mera posibilidad*» Y, como señala el jurista cordobés que se cita, con esa posibilidad no puede constitucionalmente justificarse una criminalización (Gabriel Pérez Barberá, «Montalvo: Las acciones privadas de los hombres y las públicas de los jueces» en La Ley 1993-C, p. 721).

Por si esta falta de cumplimiento con el principio de lesividad no alcanzase, vale recordar lo que se ha señalado en la doctrina penal argentina sobre el principio de insignificancia. Aplicándolo a esta misma conducta criminalizada, el profesor Vitale realizó importantes consideraciones que amparan la solución que propicio (Gustavo L. Vitale, «Estado constitucional de derecho y derecho penal» en «Teorías actuales en el derecho penal», Buenos Aires, Ad Hoc, 1998).

La insignificancia, que en otros casos podría utilizarse para demostrar la atipicidad de una conducta en un caso de evaluación de los hechos o de derecho común, en el caso impone la declaración de inconstitucionalidad de la norma del artículo 14, segundo inciso de la ley 23.737 (lo que torna a la cuestión de indudable

matriz federal). Se ha afirmado con razón que «*la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto»* (Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, «Derecho Penal. Parte General», Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 123).

En esta línea se enrolan distintos precedentes del tribunal Supremo español, en los que se puntualiza que el objeto de la sanción es la puesta en peligro del bien jurídico (Sentencia 977/2003, de 4 de julio) «...*razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido*».

Y, en específica referencia al principio de insignificancia, la Sala en lo penal tuvo oportunidad de señalar que «...*cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo* « (Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0'05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0'06 grs. de heroína); 22 de enero de 1997 (0'02 grs. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0'03 gramos de heroína y 0'10 gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0'02 gramos de cocaína), 10 de diciembre de 2001, núm.1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0,037 gramos de cocaína).

De acuerdo con esta concepción, el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues «...*el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal»*. (Sentencia de 28 de octubre de 1996), doctrina que, según apuntaran los miembros de la sala en el recurso nº 1464/2005ç4, res. 1214/05 del 6/10/05 «…*se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000 , 'esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo'»*.

Desde la perspectiva del principio de reserva, poco puede agregarse tras lo extensamente fundamentado en el caso «Bazterrica», a cuyos votos, en particular al del juez Petracchi, me remito en homenaje a la brevedad. A los principios liberales de la Constitución, estrictamente jurídicos, políticos y morales, corresponde también agregar los datos de la realidad, que también en ese extenso fallo eran apuntados. El programa criminalizador no puede desligarse de lo que produce. Si en vez de mejorar la condición de la sociedad en general y de los individuos en particular el efecto es claramente inverso –o incluso inocuo- la criminalización deja de tener justificativo constitucional. La criminalización de los consumidores en nada ayuda a reducir ese consumo, y por el contrario implica una severa intromisión en el ámbito de privacidad y libertad de los individuos, consumidores o no.

Como bien lo destaca Zaffaroni en su nota al fallo «Bazterrica», hace ya mucho tiempo que el poder público ha advertido que no puede extender su injerencia

hasta ámbitos tan íntimos de los seres humanos, como lo son sus costumbres y sus valores morales. Es así que hoy a prácticamente nadie se le ocurriría elaborar un proyecto de ley proponiendo se castigue penalmente la homosexualidad, el incesto, las prácticas sado-masoquistas, etcétera (Raúl Zaffaroni, «Tenencia de tóxicos prohibidos», en Jurisprudencia Argentina, 1986-IV, p. 240 y 241). No lo hacen los poderes públicos en los países democráticos porque se sostienen sobre bases morales liberales, y no paternalistas, pero también porque las consecuencias de los intentos –mal o bien intencionados- de intervenir en esas áreas se demostraron inútiles.

Esto me lleva a considerar especialmente los efectos prácticos de la prohibición que estimo inconstitucional. Nada bueno para la «salud pública» se siguió de la vigencia de la penalización de la tenencia para el consumo, y mucho menos para la individual de los que son adictos. Un importante elemento no jurídico del voto mayoritario en las mencionadas causas «Bazterrica» y «Capalbo» estaba en el reconocimiento de la imposibilidad de prohibir la tenencia de sustancias con las cuales se drogaban, hace unos veinte años, los sectores más jóvenes y humildes de la población, como la nafta o el pegamento. Hoy esa afirmación sigue siendo válida, y además es reforzada por muchas nuevas sustancias que diezman a nuestra población más vulnerable (ver, por ejemplo, el auge del denominado «paco»). La represión penal para con esos sectores vulnerables no creo que sea el mejor camino hacia su plena integración con la parte más favorecida de la sociedad.

Por el contrario, el efecto práctico de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal es el de posibilitar una de por sí ampliamente existente discrecionalidad policial. Que la actividad policial se mueva al margen de los límites del Estado de derecho es una realidad que aumenta con la posibilidad de intervención en el ámbito de la intimidad de los ciudadanos.

Como se puede verificar en el caso en estudio, pero sólo como un ejemplo de lo que sucede con el actuar del sistema penal, los sectores más desfavorecidos son los que quedan sin garantías que oponer ante las autoridades si es que lo que ellas hacen se valida luego por el hallazgo de una sustancia que estaba a punto de ser ingerida por el autor y que no tendría ninguna consecuencia hacia terceros. Mucho más desfavorecidos quedan si como consecuencia de ello se impone una pena que será el puntapié inicial de una «carrera» de marginalización estigmatizante en la que ya no hay vuelta atrás.

Los votos de la mayoría en los fallos «Bazterrica» y «Capalbo» mostraban, con contundente base empírica, la inutilidad, y por lo tanto irrazonabilidad, de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, basando por lo tanto su declaración de inconstitucionalidad no sólo en la vulneración del art. 19 de la Constitución Nacional sino también, en definitiva, en la afectación que se hace del artículo 1° de la Carta Magna, que al estatuir la forma republicana de gobierno exige, como característica definitoria de ella, la razonabilidad de los actos de gobierno.

Finalmente también se afecta, con el procedimiento efectuado para condenar a quien tenía en su poder sustancia que de ningún modo afectaría a terceros, el derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada a cuyo respeto el Estado argentino se comprometió internacionalmente (art. 11 incs. 2° y 3° C.A.D.H., art. 17 incs. 1° y 2° P.I.D.C. y P., art. 12 D.U.D.H. y art. V de la D.A.D.D.H.).

Corresponde así revocar el auto en crisis para que, por donde corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al esquema de garantías.

Dadas las características del caso y, particularmente, el hecho de que la totalidad de las actuaciones remite a la ilegítima detención de Peralta Cano, que luego se pretendió legitimar con la sanción de una situación no vulneradora de ningún bien jurídico y sólo tipificada con un articulado inconstitucional, me permito

postular la nulificación de lo actuado.

VII. PETITORIO

(...)

42. Sentencia de la Corte y proyecciones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso, revocó la sentencia apelada y absolvió a PERALTA CANO en ejercicio de las facultades que le asigna la segunda parte del artículo 16 de la ley 48. Para ello, obvió toda mención a la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal de estupefacientes (cuando podría haber revisado la jurisprudencia que por tanto sigue vigente en esa materia) y se limitó a la cuestión de la detención ilegítima y a la dudosa «denuncia anónima» que habría operado como base de inicio del proceso. A primera vista parece promisorio que se haya cuestionado el actuar policial (poniéndole límites que impiden actuar como en el caso) y que se haya aplicado y consiguientemente relegitimado la regla de exclusión y su corolario de la doctrina del «fruto del árbol venenoso». Más allá de ello, los signos que emite el Tribunal y el órgano representativo de la acusación en esa instancia, son positivos. Es esperable que en breve tiempo la CSJN cuestione la capacidad de privar de la libertad ambulatoria en forma arbitraria, incluso revirtiendo la jurisprudencia sentada en los casos «Fernández Prieto», «Tumbeiro» y «Smilowzsky». También parece razonable vincular las violaciones a las garantías mencionadas con un tipo legal de por sí violatorio de la CN, como el de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo.

43) S. 1856. XLII, «Silva, José Manuel» (sentencia del 1 de abril de 2008)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO ANTONIO DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales.

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a. La sentencia condenatoria

Con fecha 4 de Octubre de 2005 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal, condenó a José Manuel Silva a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3°, 45 y 163, inc. 4° y 167, inc. 4° del Código Penal y 403, 530 y 531 del CPPN), por ser autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con escalamiento y, lo declaró reincidente (art. 50 C.P.) (Ver fs. 159/vta.)

De los fundamentos de la sentencia se desprende que el Tribunal Oral tuvo por probado que: *«1) Con la prueba recibida y aquella otra incorporada por lectura con acuerdo de partes, tengo por demostrado que el día 31 de mayo de 2005 siendo aproximadamente las 02:50, José Manuel Silva, accedió mediante escalamiento en el edificio de la calle Irigoyen 31, de esta ciudad, con el fin de apoderarse ilegitimamente de elementos de valor. A ese fin, trepó por una pared medianera hasta la terraza de una finca vecina y, desde allí, superando una altura de un metro y medio que era la que separaba los edificios, se trasladó al inmueble indicado e ingresó por una puerta-ventana ubicada en el tercer piso. Una vez allí, valiéndose de una sierra de mano y de un sacacorchos que había tomado de la cocina, ubicada en el primer piso, rompió el vidrio de la puerta de la secretaría, en la que se guardaban equipos de sonido e instrumentos musicales, e intentó*

cortar con la herramienta el candado que sujetaba la reja posterior. Asimismo, y con idéntico designio, forzó la cerradura de otra puerta, que tampoco consiguió abrir. Fue así, que posteriormente, al ser sorprendido por uno de los moradores del lugar, Ruth Gladis Morales Zambrana, cuando se encontraba en el tercer piso del inmueble, Silva, la amenazó diciéndole «quedate quieta, no te muevas porque te mato, estoy armado», a la vez que hacía el ademán de sacar un arma de su cintura. Inmediatamente después se dio a la fuga por el mismo lugar por el que había ingresado, llevándose el saca corchos, propiedad de la damnificada, que había tomado de la cocina, el que fue secuestrado en su poder, minutos después, cuando fue detenido por la policía, merced a la descripción realizada por la víctima, a pocas cuadras de allí, sobre la Avenida Rivadavia 11044" (Ver fs.161vta./162).

A fs. 165 del fallo surge que SILVA había reconocido la autoría del hecho que se le endilgaba *«...aunque haciendo algunas salvedades con el único objeto de mejorar la situación.»*

En lo atinente a la selección de la pena aplicable, y el tratamiento de los índices mensurativos previstos en los artículos 40 y 41 del C.P., el Dr. De Martini -Juez que lideró el acuerdo- dijo: *«Para graduar la sanción a imponer, de conformidad con los índices mensurativos previstos en los artículos 40 y 41 del Código sustantivo, no puedo dejar de atender como atenuantes genéricas su particular historia familiar y social de la que da cuenta el informe agregado a su legajo de personalidad, su bajo nivel económico y socio cultural, su juventud y su alegado arrepentimiento. Por otro lado, he de tener en cuenta, como agravantes* ***la nocturnidad, la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción; el modo en que esta fue llevada a cabo; y el mayor perjuicio provocado a la comunidad, al haber escogido para llevar a cabo sus designios criminales, un edificio dedicado al culto.*** (...) ***sus antecedentes penales y su condición de reincidente***. (Confr. fs.166vta.) (el subrayado y negrita me pertenece)

b. Recurso de casación

A fs. 172/187vta. la Dra. Graciela L. De Dios interpuso recurso de casación, con invocación de los motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N.

En lo que aquí concierne, la defensa técnica propugnó la nulidad parcial de la sentencia por falta de fundamentación suficiente respecto de la pena impuesta a su defendido, circunstancia que la tornó arbitraria y violatoria de las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio (art.18 C.N. y art.399 y 404, inc.2 del C.P.P.N.)

Fundamentó su agravio en las circunstancias valoradas por el Tribunal al momento de justificar la pena impuesta a su defendido. Esto es, cuando ponderaran como agravantes genéricas: *«... «la nocturnidad», «la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción», «el modo en que fue llevada a cabo», y «el mayor perjuicio ocasionado a la comunidad, al haber escogido para llevar a cabo sus designios criminales, un edificio dedicado al culto», «sus antecedentes penales y su condición de reincidente.»* (Ver fs.182/vta.) *«Con tan genérica alusión no es posible sostener que se encuentra debidamente justificada la pena impuesta a mi defendido, máxime cuando se trata de un monto de pena considerablemente superior al mínimo legal previsto para el delito por el que fue condenado -obsérvese que el monto mínimo del delito por el que fue condenado Silva es de 3 años y el mismo fue condenado a 4 años y 6 meses de prisión-»* (Confr. fs.182vta.)

Agregó a ello que: *«...se advierte que la decisión sobre la pena está «...desprovista de las garantías judiciales que rigen para la determinación del*

hecho punible sin fundamento material alguno, consecuencia más de la voluntad – influida por motivos ideológicos y psicológicos no revelados- que de la razón de quien la impone (confr. Julio B. J. Maier, «Determinación Judicial de la Pena», Editores del Puerto, Año 1993, pág. 12). A nadie escapa que, en nuestro medio, la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la misma en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del C.P., tal como se hizo en el decisorio en cuestión (Ver fs.182vta./183).

En consideración a ello sostuvo: *«...la función de ese Excmo. Tribunal al momento de graduar la sanción a imponer se redujo a enumerar en forma genérica tan sólo las pautas que, a su criterio, concurrían agravando la pena, omitiéndose toda explicación de las razones por las que dicho valor «agravante» les era asignado. Así, en primer lugar, se mencionó «la nocturnidad», siendo que esta circunstancia puede revelar por el contrario a una circunstancia agravante la intención de no poner en peligro otros bienes más allá de aquellos de los que intentaba apoderarse. Se señala asimismo la «inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción». Este elemento valorado como una circunstancia agravante del monto de pena resulta, de acuerdo con los elementos de juicio incorporados en el debate, a todas luces inexacto.»* (Ver fs.183/vta.)

Asimismo destacó que el monto de la pena no refleja la valoración de las circunstancias relativas a su historia personal, laboral y familiar del justiciable, como pautas atenuantes.

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, refirió que las pautas valoradas como negativas en rigor acercaban elementos de convicción que conducentes para comprender las razones que pudieron determinar el hecho. Así refirió la Sra. defensora: *«...la deficitaria situación económica por la que atravesaba lo que le impedía proveerse el sustento mínimamente necesario no sólo para sí, sino lo que es peor aún para su mujer y la menor también a su cargo y menor de edad, su bajo nivel de instrucción, problemas de adicción conjugados con el resto de las circunstancias apuntadas demuestran el mayor grado de vulnerabilidad en que se encontraba él como para poder afirmar que, en tales condiciones, le era posible ajustar conciente y regularmente su actuación a la norma. Con esto en modo alguno se pretende justificar en aquellas circunstancias el quehacer delictivo que se le imputa a mi defendido en autos sino tan sólo demostrar que contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Juicio todas aquellas circunstancias padecidas por Silva al momento de los hechos, demuestran la existencia de motivos que concurren como pautas objetivas de atenuación, pues si bien las mismas no justifican un quehacer delictual sí pudieron actuar determinando al nombrado al delito.»* (Conf. fs.184/184vta.).

Como último motivo de agravio, la Dra. De Dios destacó que el Tribunal concurre en una doble violación del principio constitucional de **ne bis in idem** cuando en la sentencia se determinara como pautas agravantes de la pena ***«sus antendecedentes penales y su condición de reincidente»***. Al respecto agregó*: «...por un lado mi defendido Silva ya cumplió las respectivas condenas impuestas en los antecedentes que hacen esa reiteración delictiva que ahora se viene nuevamente a valorar como una circunstancia agravante del monto de pena y, por el otro, resulta justamente que en virtud del cumplimiento de pena impuesta en la sentencia en una condena anterior que registra es que, en la misma sentencia, se ha dispuesto su declaración de reincidencia.»*(fs. 185).

La Sra. Defensora afirmó que «...*medió en el caso de Silva una valoración selectiva y arbitraria de los elementos mencionados como pautas agravantes de la sanción -que por otra parte en mérito a las razones apuntadas no merecen esa calificación-, y si bien se señalaron circunstancias que concurrian en su beneficio, las mismas no se vieron reflejadas en la pena finalmente impuesta que de este modo jamás podría justificar un apartamiento tal del mínimo legal, como se dio en la sentencia impugnada.*» (Ver fs.186)

Finalmente expresó: *«Lo expuesto, permite deducir primero que ha quedado seriamente afectada la debida proporcionalidad entre del delito y la medida de la condena y, segundo, que la sentencia, en el punto atacado, carece de fundamentación suficiente. (*Confr. fs.187)

A fs187vta. quedó formulada la reserva del caso federal.

Con fecha 9 de Diciembre de 2005 el Tribunal Oral Nº 6 resolvió conceder el recurso casatorio (v. fs. 188/189vta.) que fue mantenido a fs. 194 por el Dr. Sambuceti. El Sr. Defensor se presentó dentro del término de oficina y sustentó los agravios que fueran oportunamente introducidos por la Dra. De Dios. (fs. 196/197)

El 26 de Junio de 2006 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa (Resolución Registro Nº 685/06, obrante a fs. 205/213 vta.). En lo que aquí interesa, el agravio dirigido a criticar el monto de la pena impuesta fue rechazado por voto mayoritario.

Tras someter la pieza procesal a estudio, la Magistrada preopinante Dra. Ángela Ledesma, manifestó que la sentencia debía ser parcialmente casada. Así expuso sus razones: «...*Cabe destacar que, si bien los magistrados en el fallo impugnado indicaron las circunstancias atenuantes y agravantes que tuvieron en consideración al momento de individualizar la pena –destacadas por la recurrente (...) como así también mencionaron fugazmente las demás pautas de mensuración que establece el art. 41 del Código Penal -anotados a fs. 166 vta./167, no explicitaron en qué consistieron cada una de ellas. En diversos precedentes de esta Sala se ha señalado que sin perjuicio de que la fijación de la sanción se encuentra dentro de los poderes del tribunal de juicio, esto no constituye una discrecionalidad ilimitada, toda vez que, el tema debatido está relacionado con el deber de motivar y fundar las decisiones jurisdiccionales. Su objeto es, entonces, evitar situaciones de arbitrariedad ante la ausencia de tales requisitos. En tal contexto, la pena impuesta, no ha sido motivo suficientemente en los términos de los artículos 123 y 404 inc. 2°·del C.P.P.N.* (Ver fs. 210)

En cuanto al agravio dirigido a criticar la prohibida valoración como agravante de los antecedentes penales y estado de reincidencia del justiciable por violación del principio constitucional ne bis in idem, respondió que*: «...se observa que los jueces evaluaron 'sus antecedentes penales y su condición de reincidente' –fs. 166 vta.- en franca violación al principio constitucional ne bis in idem. Y aquí dejo expresamente a salvo mi opinión respecto a la profanación constitucional que me merece el instituto de la reincidencia. Por lo tanto, el decisorio impugnado, en lo que respecta a este punto, es arbitrario.* (Ver fs.210vta.)

Respecto de los fundamentos expuestos en la sentencia como circunstancias agravantes genéricas adoptadas para mensurar la pena, manifestó: «... *hay algunos elementos que se evaluaron como agravantes, como por ejemplo «la nocturnidad», «la ausencia de motivos que lo hayan llevado a delinquir» y «el modo en que fue llevado a cabo» que, de acuerdo a los hechos probados en la causa y a los datos que surgen del legajo de personalidad del imputado, no corresponde asignarles tal carácter como para disponer una pena por demás elevada del tope mínimo, incumpliéndose la proporción de que habla el art. 40 del código de fondo. Cabe*

advertir por un lado, que el tipo penal aplicable al caso –art.167, inc. 4° en función del 163 inc. 4° del C.P. –prevé una escala penal que se extiende desde los tres hasta diez años de prisión; y por otro, que el art. 40 del mismo cuerpo normativo prescribe que en los supuestos de penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, los tribunales fijarán condena ***de acuerdo*** *a las circunstancias agravantes y atenuantes a cada caso y de conformidad con las pautas del art. 41 citado. El término «de acuerdo» contenido en la norma de referencia, nos da la idea de una correspondencia, congruencia o de un correlato razonable que debe respetarse entre las pautas y circunstancias que se tendrán en consideración al momento de determinar la pena con el quantum de la sanción finalmente impuesta, extremo que en el caso que nos ocupa no se verifica. Los magistrados evaluaron como parámetros agravantes los aspectos consignados anteriormente, y sin embargo, de acuerdo al suceso que el tribunal tuvo por probado –fs.161vta./162- se observa que la actitud adoptada por Silva durante el robo, estaría mas cercana a evaluarse como un elemento atenuante, o en todo caso a no tenerse encuentra ni en uno ni en otro sentido, ya que fue escaso el daño ocasionado y al ser descubierto por Morales Zambrana se fue del lugar inmediatamente. Por otro lado, como ser verá más adelante, los datos surgentes del legajo de personalidad no avalan la afirmación de «ausencia de motivos para delinquir», sino que dan cuenta de una vida difícil que, si bien no se encontraría condicionado para incurrir en el delito, tampoco seria una pauta indicativa como para tenerla en consideración como agravante. Por último «la nocturnidad», que al no explicarse de que manera jugo en el evento, da lugar a ambigüedades y a entenderse que en lugar de tener un rol negativo podría eventualmente tener otro sentido, tal como por ejemplo lo aduce la defensa al interpretar que la nocturnidad en este caso evitó que corrieran riesgo otros bienes jurídicos. En fin, este parámetro resulta anfibológico, por lo que tampoco debe ser evaluado. En el contexto visto, no se observa la proporcionalidad señalada, sino que el monto de cuatro años y seis meses de prisión ya indicado –que supera en un año y medio el tope mínimo de la escala- aparece como excesivo en relación a los parámetros que se evaluaron para su fijación. Este vicio además de constituir un quiebre en la fundamentación del fallo, implica una errónea aplicación de la disposición contenido en el art. 40 idem. Por ello, desde tal perspectiva corresponde casar parcialmente el decisorio cuestionado y establecer en esta instancia una nueva pena.* (Ver fs.210vta./211)

Finalmente la Magistrada concluyó: «...*el propósito de la ejecución de las penas privativas de la libertad es la reinserción social del condenado. Es necesario tener en mira además de la finalidad de la pena el objetivo de su ejecución. Debiéndose observar asimismo, para este fin, otro principio propio del Estado de Derecho: el de culpabilidad. Según él, la pena a imponer no podrá sobrepasar en su duración la medida de culpabilidad del autor, a pesar de que, existan otros intereses (tratamiento, seguridad o intimidación) que hagan deseable una detención más prolongada (Roxin, Claus: Algemeiner Teil, 3° Edición, Beck, Münchenn, 1997, pág. 59 y 60)* Ver fs. 211/vta.).

Tras reseñar los aspectos que consideró como parámetros de dosificación atenuantes a los efectos aquí analizados y de manifestar que no advierten circunstancias agravantes en la conducta del procesado, propuso acordar para Silva una pena de 3 años de prisión, de cumplimiento en suspenso, y se haga lugar parcialmente al recurso de casación, en lo que hace al agravio referido a la mensuración de la pena. (Confr. fs.212).

El Dr.Tragant a su turno sostuvo que, puesto a considerar el monto de la sanción escogida, la sentencia recurrida contaba con fundamentos bastantes que la calificaban como acto jurisdiccional válido, y en directa alusión a los

fundamentos de la mensuración de la pena sostuvo que: *«...que si bien lo relativo a la aplicación de las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal es materia propia de los jueces de mérito, quienes se encuentran investidos de facultades discrecionales para fijar la sanción, dicha potestad no los exime de fundar debidamente los motivos que los llevaron a arribar a una pena determinada, pues si así fuera nos encontraríamos frente a un supuesto de arbitrariedad, subsanable en esta instancia. En este aspecto, los magistrados han valorado, sin violar los principios que regulan tan importante acto procesal como es la sentencia, y particularmente la elección del monto de la sanción a imponer, concretas circunstancias atenuantes –la historia familiar y social que se informa en el legajo de personalidad, su bajo nivel económico y socio cultural, su juventud y arrepentimiento –y de agravación- destacándose el haber concretado el designio delictivo sobre un edificio dedicado al culto y su condición de reincidente. Por lo tanto teniendo en cuenta la escala penal aplicable al caso –tres a diez años de reclusión o prisión- la sanción impuesta no ha sido desproporcionada o arbitraria.»* Finalmente, propuso no hacer lugar al recurso de casación. (Confr. fs.212vta./213)

Por su parte, el Dr. Riggi adhirió a los fundamentos del voto del Dr. Tragant, sin perjuicio de lo cual destacó que el tribunal de mérito valoró atenuantes y agravantes con el fin de determinar la pena. Tras ello reseñó las pautas que el *a quo* tuvo en cuenta como agravantes de la pena: *«...la nocturnidad; la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción; el modo en que esta fue llevada a cabo; y el mayor perjuicio provocado a la comunidad, al haber escogido para llevar a cabo sus designios criminales, un edificio dedicado al culto...»*, sin dejar de destacar los antecedentes penales de Silva y su condición de reincidente. (Conf.fs.213)

c. Recurso extraordinario

Con fecha 11 de Agosto de 2006, la defensa oficial dio sustento técnico al recurso extraordinario interpuesto «in forma pauperis» por el encausado contra la resolución N° 685/06 de la Sala III C.N.C.P. (Ver fs. 221/234vta.)

En esta pieza recursiva la defensa descalificó la sentencia recurrida como acto jurisdiccional válido «*al verificarse con su dictado un claro vicio de arbitrariedad, cual es la convalidación del fallo del «a quo» que incurrió en la inobservancia de lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del Código Penal derivada esencialmente de no haber explicitado en qué consistieron cada una de las pautas de mensuración tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena impuesta a mi asistido.*» (Ver fs.232)

Seguidamente agregó*: «...debe procurarse por todos los medios, a fin de garantizar la debida defensa en juicio, que las partes conozcan y comprendan todos los fundamentos utilizados para mensurar la pena aplicada. La merituación de la pena, basada en razones subjetivas como objetivas, si está indebidamente fundada, crea la posibilidad de que el el fallo resulte arbitrario o que la pena no alcance el grado de eficacia que en sí debe tener. (...) En el mismo sentido la doctrina ha dicho que «...la parte final de la sentencia que hace a la determinación e individualización de la pena, también será arbitraria si carece de la debida motivación, pues no escapa esta exigencia de todas las resoluciones jurisdiccionales...» (TS Córdoba «Caputo», causa N° 17 del 3/7/85, citado por Sergio Dugo y Narciso Lugones en «Hechos y Arbitrariedad en la Casación Penal Nacional», primera parte, pág. 989).»* (Ver fs.232vta./233)

Luego de citar distintos pronunciamientos de V.E. vinculados a la temática en estudio, el Dr. Sambuceti dijo que*: «De ello se colige que la pena impuesta a mi defendido no fue debidamente merituada ni fundamentada y no se condice la imposición de una pena por demás elevada del tope mínimo, con los hechos probados en la causa y los datos que surgen del legajo de personal de mi asistido.*

Así lo entendió la Dra. Angel Ledesma (.en su voto en disidencia)…*La Constitución Nacional no tolera que se prive a alguien de su libertad o de su propiedad sin una sentencia judicial. Un pronunciamiento de un juez aunque venga rotulado de esa manera, no es la sentencia que quiere la Constitución si tal pronunciamiento es arbitrario o insostenible. Por eso es que la Corte ha podido decir que «la exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional...» (El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria, 3°.Ed. año 1983). Asimismo , no debe perderse de vista que la razón de este tipo de anomalías es incompatible con la garantía de defensa en juicio.»* (Ver fs.233vta./234).

En su dictamen de fs. 236/vta., el Fiscal General de la Cámara Nacional de Casación Penal postuló el rechazo del recurso extraordinario impetrado en tanto *«...puede afirmarse que el impugnante ha omitido involucrar en su planteo una cuestión de índole federal ya que sólo ha manifestado mínimamente que esa Sala ha emitido un fallo arbitrario sin llegar a demostrar el gravamen federal que la resolución impugnada le causa».*

Con fecha 26 de octubre de 2006 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió no hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. (ver Resolución Registro N° 1260, fs. 237/238).

Para ello decidir, el Tribunal casatorio sostuvo: *«..cabe recordar que si bien es de competencia exclusiva de nuestro más Alto Tribunal juzgar la existencia o no de arbitrariedad, corresponde a los demás órganos judiciales resolver si la apelación federal «prima facie» valorada, cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de carácter excepcional (conf. causa «Spada, Oscar y otros c/Díaz Perera E. A. y otro», rta.el 20-10-1987; «Dugnani, Néstor Oscar c/Bellani, Rubén y otros s/daños y perjuicios», rta. el 15/12/1987, y así lo ha resuelto esta Sala «in re» «Buccheri, Ricardo A. s/rec. extraordinario», rta. el 16/4/93). En ese orden de ideas, cabe poner de manifiesto que la presentación del apelante no puede prosperar toda vez que el auto en crisis constituye una derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las circunstancias de la causa. En efecto, el pronunciamiento no excede el ejercicio regular de las funciones de los jueces de la causa por lo que no es susceptible de ser recurrido por esta vía ya que cuenta, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes y ello impide su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226...entre otros). No basta en este sentido, la mera invocación de arbitrariedad porque tal doctrina no tiene por objeto habilitar la última instancia respecto de fallos supuestamente equívocos o que se estimen tales según las divergencias del recurrente con la inteligencia de normas no federales. Ella sólo se refiere a los casos excepcionales en que medie una absoluta carencia de fundamentación o un apartamiento inequívoco de la solución prevista para el caso, lo que no ocurre en la especie (C.SJ.N. Fallos 290:95; 291:572...). Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el recurso extraordinario 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. Ello así dado que el recurrente ha basado su impugnación en meros juicios discrepantes con el criterio adoptado por esta Sala, lo que no implica de suyo acreditar relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal que invoca (Fallos C.S.J.N.: 295:335; 300:443; 302:2012...).*» (vid fs. (237/vta.).

IV. FUNDAMENTOS DE LA QUEJA LA NATURALEZA FEDERAL DE LOS AGRAVIOS

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, entiendo que el recurso extraordinario debió tener favorable acogida pues su rechazo tuvo lugar mediante

afirmaciones de carácter general que no pueden reputarse como respuesta jurisdiccional válida.

En primer término, y aunque el presente abordaje no ha sido introducido en el recurso extraordinario federal articulado, no puedo dejar de señalar, habilitado por el criterio sentado por V.E. en los precedentes «Ñuñez, Ricardo» y «Schenone» que, en rigor, la pena impuesta a mi asistido no fue efectivamente revisada en la instancia jurisdiccional intermedia, al menos no en la medida exigida por los pactos internacionales de derechos humanos que integran el bloque constitucional, y por la doctrina de V.E. en el caso «Martínez Areco».

El hecho de que la mayoría del Tribunal *a quo* no haya utilizado los clichés que signaban la resolución de este tipo de planteos antes del dictado del señero precedente «Casal» (la obsoleta idea de que el Tribunal de juicio era absolutamente soberano en la determinación de la pena y que su criterio era final sobre el punto) no puede llevarnos al error de afirmar que la «revisión integral» de la pena, con los alcances fijados por V.E. concurra en el caso.

Y es que la mera ratificación de los fundamentos que la defensa procuraba cuestionar en la instancia jurisdiccional intermedia, sin un mínimo análisis de los agravios supone, a mi juicio, una novedosa forma de vulneración a la garantía de revisión del fallo condenatorio que, escapando al esquema tradicional, pretende ahora zanjar la cuestión sin siquiera llevar a cabo una ponderación crítica de los agravios de la defensa.

Por caso, la doble vulneración del principio que proscribe el *ne bis in idem* solo fue analizada por la Dra. Angela Ledesma, quien, no casualmente por cierto, llegó a una solución diversa sobre el punto manifestándose a favor de una sustancial reducción de la pena fijada.

De hecho, si repasamos el voto emitido por la citada Magistrada podremos advertir el cúmulo de reflexiones a que daba lugar el recurso articulado. Sin importar cuál fuera la solución final que adopara la mayoría del Tribunal sobre el punto (aunque, obvio es señalarlo, existen elementos más que suficientes para suscribir la cuantía punitiva propuesta por la Dra. Ledesma), lo cierto es que ese cotejo ilustra a mi juicio acabadamente la falta de una auténtica revisión del fallo.

En el entendimiento que la cuantificación de la pena, y los distintos elementos valorados para mensurarla, se constituyen en puntos fundamentales de toda sentencia penal, deducimos que una adecuada hermenéutica del llamado «derecho a la doble conforme», debiera asegurarle al justiciable una revisión, es decir, un nuevo juicio sobre el procedimiento por el cual se ha arribado a aquellos (Cf. Zysman de Quirós, Diego, *Determinación judicial de la pena y recurso de casación. Una apertura en razón de su falta de fundamentación*, en «Nueva Doctrina Penal», 1996/B, P. 335 y ss., esp. pp. 356-357). En palabras de Maier: *«…el 'derecho al recurso del condenado', que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el 'derecho a lograr un nuevo juicio'»* (Cf.Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 720, destacado en el original)

Reafirmando la vulneración a la garantía de revisión del fallo condenatorio y, a todo evento, el vicio de arbitrariedad subyacente, me permito recordar que las escuetas y vagas referencias dimanadas de la sentencia de mérito -a la que cabe remitir, a la vista de que la mayoría del Tribunal *a quo* sustituyó el control jurisdiccional impuesto por su condición de instancia jurisdiccional intermedia para limitarse a una remisión mecánica de los fundamentos que se encontraban en crisis- sólo aluden genéricamente a determinados elementos o, peor aún, a la exégesis de los artículos 40 y 41 del CP, sin explicitar razones y grado en que cada uno de ellos dosificaron la pena.

En este punto, es dable recordar que el tribunal de mérito tuvo en cuenta como agravantes de la pena a imponer: *«...la nocturnidad; la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción; el modo en que esta fue llevada a cabo; y el mayor perjuicio provocado a la comunidad, al haber escogido para llevar a cabo sus designios criminales, un edificio dedicado al culto. Por otra parte valoraré a esos mismo fines, sus antecedentes penales y su condición de reincidente.»,* y como atenuantes genéricas *«..su particular historia familiar y social de la que da cuenta el informe agregado a su legajo de personalidad; su bajo nivel económico y socio cultural , su juventud y su alegado arrepentimiento.»*

Correponde entonces, señalar que el Tribunal no realizó ninguna consideración acerca de por qué consideraba a la «nocturnidad» como un elemento gravoso de la conducta desplegada. En cuanto a *«...la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción»* tomados por los sentenciantes como agravantes, entiende esta parte que esa afirmación no se condice con las constancias obrantes en el legajo de personalidad del justicable. Así, y tal como se reseñara a lo largo de la vía impugantiva, SILVA es una persona de escasos recursos económicos, con bajo nivel de instrucción, con una historia familiar y social que contradicen abiertamente lo afirmado por el Tribunal al respecto. Así se vio configurado un claro apartamiento de las contancias de la causa, que es una de de las especies de la arbitrariedad clasificadas por Carrió. (confr. «El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria»)

No desconozco que si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena son reconocidas como privativas de los juzgadores, en fallo reciente V.E. ha sostenido en la materia que: *«…la mera enunciación generica de las pautas que prescriben los arts.40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovista de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estandares de la arbitrariedad de sentencia»* (Recurso Extraordinario de SQUILARIO Adrián, VAZQUEZ Ernesto M. s/defraudación especial en grado de partícipe primario. Rta. el 8/08/2006)

Y es que tal como se desprende del repaso de los antecedentes de la causa que nos ocupa, los cuestionamientos que se han venido realizando en las distintas etapas recursivas, atinentes a la mensuración de la pena impuesta y el tratamiento dado a los índices señalados en el art.40 y 41 del Código Penal, fueron rechazados con afirmaciones de estricto rigor formal deviniendo entonces arbitraria la sentencia.

Mas allá de manifestar su discrepancia con el fallo en crisis, la defensa recurrió la resolución por estar inscripta decididamente dentro de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, y por guardar estricta relación con la vulneración del principio que proscribe el non bis in idem.

Como lo señalara la defensa preactuante, los miembros del tribunal de juicio se limitaron a aludir genéricamente a las pautas de los arts. 40 y 41 del código de forma, sin formular consideración alguna en cuanto a los patrones que determinaron la dosimetría y la cuantificacion de la condena impuesta, y sin perjuicio de que la fijación de la sanción se encuentra dentro de los poderes del tribunal de mérito, esto no constituye un discrecionalidad ilimitada.

Por otra parte, valorar los antecedentes penales y la propia confirmación de la declaración de «reincidencia» del imputado, a los efectos de acrecentar la pena individualizada, suscita agravio federal, y como tal, genera contradicción con los principios de reserva, legalidad y ne bis in idem., toda vez que las circunstancias que fundamentan el ilícito no pueden se consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto.

Por demás, lo sostenido guarda analogía con aquellas expresiones que, en este sentido formularon tanto la defensa, como así también la Sra. Jueza, Dra. Ángel Ledesma al momento de emitir su voto en disidencia, consideraciones que revelan la arbitrariedad de la sentencia de mérito que, como se dijo, al no haber sido revisada adecuadamente, se mantiene en esta instancia.

Las deficiencias señaladas sustraen toda base legal al reproche fijado por los sentenciantes, al tiempo que descalifican la resolución atacada. Es claro que dichas pretendidas e inasibles valoraciones poco se compadecen con el principio de culpabilidad por el hecho y, en especial, con el entendimiento liberal que de él cabe formular.

Insisto aquí una vez más en punto a la alegada falta de cuestión federal, que el presente se dirige a cuestionar la fundamentación del monto de pena, y dichas cuestiones *«...suscitan cuestión federal suficiente pues se invoca la arbitrariedad del fallo en el tratamiento de tales cuestiones y la consiguiente vulneración de las garantías constitucionales derivadas del art. 18 de la Constitución Nacional, verificándose, finalmente, relación directa entre dicha causal y la resolución recurrida.» (SQUILARIO, Adrián s/Defraudación especial en grado de partícipe primario)*

En definitiva, sea que se comparta la alegada vulneración de la garantía de revisión del fallo condenatorio, sea que se coincida en punto a la arbitrariedad deslizada, corresponde revocar el auto en crisis y ordenar, por donde corresponda, el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

V. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA

Por otra parte, entiendo que la declaración de reincidencia recaída sobre José Manuel Silva suscita cuestión federal suficiente en punto a que la referencia a la condena anterior sufrida por el justiciable, tomada en cuenta para agravar la cuantía punitiva efectivamente aplicada, resulta lesiva de los principios de culpabilidad, derecho penal de acto y *nes bis in idem.*

Si bien es cierto que este planteo no ha sido objeto de tratamiento en el recurso extraordinario federal articulado, no puedo dejar de introducir la cuestión conforme a los principios que dimanan de la jurisprudencia de V.E. en el precedente «Nuñez, Ricardo», y reafirmando asimism o un planteo que de manera sistemática viene enarbolando este Ministerio en distintas causas actualmente a estudio de esa Digna Corte.

A la vista de que, en rigor, el presente cuestionamiento es reiteración de otros tantos similares, procedo a transcribir los fundamentos vertidos oportunamente.

«...Inconstitucionalidad de la reincidencia.

1.- El principio constitucional del «derecho penal de acto» y su violación por la reincidencia:

El principio de derecho penal de acto se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y constituye una garantía en favor de todos los habitantes de la Nación, al poner límites a la intervención penal del Estado, determinando que nadie «...será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Este principio se ve además reflejado a lo largo de todo el articulado de la Constitución Nacional: en el artículo 18 «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso...», el artículo 99 inciso 5° establece entre las facultades del Presidente de la Nación «Puede indultar o conmutar las penas por delitos...», el artículo 118 que establece los juicios por jurados) (el subrayado me pertenece).

El artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento

de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable». El Art. 11, AP 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe «Nadie será condenado por actos u omisiones (...)» (el subrayado me pertenece). Estos instrumentos tienen jerarquía constitucional según lo previsto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

De esta forma, la norma constitucional establece el principio penal de acto o principio de materialidad de la acción que consiste por un lado, en que el juicio de reproche penal será dirigido sólo contra una acción y por el otro, en la obligación del legislador de seleccionar como punibles acciones que presenten ciertas características. De allí surge la prohibición del Estado de interferir en la esfera íntima de reserva de los ciudadanos.

Se ha sostenido que «Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas» (Voto del juez Petra Chi en el fallo en autos «Montalvo, Ernesto A.» Del 11 de diciembre de 1990). En esa misma inteligencia se inscribe el obiter dictum de Fallos 308:2243 en tanto en el Considerando 7° ese Alto Tribunal dijo que «...los edictos policiales en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas y prohibiciones que se refieren a fórmulas de vida o carácter de las personas con olvido de la obligación de sancionar conductas (art. 19, CN).»

Dentro de ese marco, señala Magariños, que «es pues en virtud de la garantía constitucional del derecho penal de acto establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que resulta posible entender al principio de culpabilidad como culpabilidad por el hecho o acto ilícito. A partir de allí puede sostenerse que ya desde la normativa constitucional '...el concepto de culpabilidad... tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad...'» (Magariños. H. Mario «Reincidencia y Constitución Nacional» Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, 1997, Año III, N° 7, pág 98).

La reincidencia es a todas luces una manifestación del «derecho penal de autor» a través de la «culpabilidad del autor» que, además de constituir una flagrante violación al principio de culpabilidad por el hecho y de los artículos 18 y 19 de la C.N., transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar a un sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida.

Es decir, el objeto del juicio del reproche deja de ser solamente la infracción a una norma dictada por el legislador y se agrega un juicio sobre el individuo (más precisamente el pasado del individuo, pues en definitiva se valora el delito anterior y la pena cumplida en consecuencia).

En este sentido, la reincidencia violenta, entonces, el principio constitucional de culpabilidad por el hecho y el principio de inocencia consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y a su vez vulnera el principio constitucional que proscribe el ne bis in idem.

a.- Principio de culpabilidad: El principio de culpabilidad como contrapartida necesaria del de lesividad (art. 19 CN) «es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona» (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, «Derecho Penal Parte General, Ediar, 2002, Pág. 139). Desde esta perspectiva entiendo que la reincidencia viola invariablemente el principio constitucional de culpabilidad toda vez que importa una declaración que afecta la elección de vida de la persona y no la conducta sometida a proceso «un derecho

que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona jamás puede punir el 'ser' de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana» (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1985, pag. 73); «sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que, (...) conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es» (Zaffaroni, Eugenio Raúl, y otros, «Derecho Penal, Parte General», Ediar, pag. 1012). En idéntico sentido se ha pronunciado Luigi Ferrajoli quien sostuvo que «la peligrosidad, como la reincidencia, es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustituto de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal» (Ferrajoli, L; «Derecho y Razon», Trotta, pag. 508).

Gustavo Vitale afirma que la «previsión legal de la llamada 'reincidencia' como causa de agravación de la situación punitiva del condenado, violenta normas constitucionales en forma manifiesta (art. 1, 18, 33, 75, inc.22, CN). (...). La regulación argentina del instituto de la 'reincidencia' no toma como base (para agravar la pena) la culpabilidad del autor por el hecho que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación con otros delitos distintos al juzgado. Por ello, viola el principio de culpabilidad por el hecho, según el cual no hay pena sin que el autor de un hecho pueda haberse contramotivado en la ley penal para no cometerlo. Tal principio es una consecuencia necesaria del principio de legalidad (...) La transgresión al principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (...) se fundamenta, realmente, en la 'peligrosidad' que se dice 'demostrada' y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado. Al fundarse la mayor severidad del trato legal no en la conducta que es materia de juzgamiento, sino en conductas anteriores de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de una pena), el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es (o, más propiamente, lo que fue…). De esta manera, se está instaurando una forma de 'derecho penal de autor' (...) lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 de la CN) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un 'derecho penal de acto' o 'de acción' no solo a nivel del juicio de culpabilidad (...) , sino a su vez a nivel del juicio de tipicidad (...) Precisamente son esas acciones prohibidas (...) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar» (Vitale, Gustavo, «La 'reincidencia' contamina el derecho constitucional», NDP, 2005/A, pag.. 172/173).

Diversos autores han sostenido la inconstitucionalidad del instituto en crisis en función de «la proyección de los principios de culpabilidad y de lesividad en la construcción dogmática marcan los límites dentro de los que pueden desarrollarse la teoría del delito y la determinación de la pena, porque la conjunción de ambos determina el objeto que se imputa en la teoría del injusto, en tanto que sólo el de culpabilidad establece la frontera máxima de reacción punitiva y la excluye cuando no alcanza la mínima» (Zaffaroni, ob. cit. 140).

Quienes sustentan la validez constitucional del instituto se basan fundamentalmente en dos aspectos: que importa mayor culpabilidad y que responde a necesidades preventivas –especiales o generales. En el primero de los sentidos se erige el voto del Dr. Petracchi en el Fallo «Gramajo» que ratifica la doctrina emanada de Fallos 308:1938, toda vez que entiende que «dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla

sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (caso «Gómez Dávalos», en Fallos: 308: 1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso «L'Eveque», Fallos: 311:1451)» (considerando 12 voto Petracchi, Fallo Gramajo). Sin embargo esa mayor culpabilidad lejos de referirse al hecho por el cual se lo está juzgando se refiere a su modo de conducción de vida, extremo que hace a su intimidad y sobre el cual el liberalismo político construyó un muro infranqueable determinado donde ni la realización del derecho ni la pena pueden cimentarse.

Magariños afirma que «esa pretendida mayor culpabilidad es claro que ninguna relación guarda con la gravedad de la conducta prohibida por la norma y descripta en la ley a la que deba ajustarse, en su monto máximo, la reprochabilidad y la sanción a imponer, si es que en verdad desea respetar el principio consagrado por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. A la inversa, fundar la crítica de la reincidencia desde el principio de culpabilidad tampoco resulta suficiente, aún cuando se declare: 'comprendido como responsabilidad por el hecho, propio de del Derecho material, entendido como Derecho Penal de acto'. Ello implica además, parafraseando a Maier, 'una desviación del problema en su ámbito específico'. Es que, si desde la perspectiva constitucional sólo se atiende al principio de culpabilidad como garantía implícita derivada del principio de legalidad, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, la única conclusión necesaria es que aquel principio se satisface con el carácter previo de la prohibición que la ley contenga; sin embargo de esa garantía no se deriva per se, como mandato constitucional, el contenido y alcance legítimo de la prohibición y, por ende, de la culpabilidad. Entonces, solo a través de la sistematización y del juego armónico del principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional con las garantías contempladas en su art. 18 (...), puede ser correcto derivar el concepto de culpabilidad 'por el hecho' como garantía fundamental, pues es consecuencia necesaria de la obligación de acuñar tipos penales que únicamente contemplen conductas, obligación impuesta al legislador por el art. 19 de la Ley Fundamental» (Magariños, Héctor Mario; «Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Nª 7, Ad Hoc, pag. 99/100).

En el segundo de los sentidos, entiendo que tampoco son compatibles con la garantía del derecho penal de acto los intentos de fundar la reincidencia en cuestiones de tipo preventivo -especial o general- toda vez que el ámbito de lo ilícito lo constituye exclusivamente la conducta.

Ésta es la exclusiva plataforma sobre la cual debe evaluarse la gravedad del ilícito y de cuya gravedad «deberá depender necesariamente del limite máximo del ilícito y a su vez del reproche que el estado está autorizado a formular a un individuo. En consecuencia una mayor gravedad de la sanción penal que no derive del acto ilícito y de su gravedad, sino de consideraciones de carácter preventivo, como tales ajenas a la conducta y su disvalor, resultará carente de legitimidad» (Conf. Magariños, Héctor Mario, ob. cit. pag. 111).

En este sentido entender que el instituto de la reincidencia difiere del de la multireincidencia (tal el argumento sustentado por el Dr. Petracchi en el Considerando 13 del fallo Gramajo al decir que: «en el caso de la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa. Por lo tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión

accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio non bis in idem.») resulta erróneo pues, en términos estrictamente lógico-formales, es incuestionable que el art. 52 no está compuesto más que de un número determinado de reincidencias, de modo que no se presentan diferencias ontológicas entre uno y otro instituto.

Conforme enseña Roxin, «sólo la culpabilidad existe durante la misma realización del tipo (...) puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídicopenal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de ella a una 'culpabilidad por la conducción de la vida' o 'culpabilidad por la decisión de la vida' existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción 'culpable' de la vida no es una realización culpable del tipo y sólo esta es punible. Además, tal culpabilidad por la conducción de la vida tampoco sería, al contrario que el criterio aquí defendido de la 'asequibilidad normativa en la situación de hecho', apreciable en el ámbito forense y disolvería el efecto limitador, propio del Estado de Derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia o adscripción al tipo. También las concepciones de la culpabilidad por el carácter (...) se mantienen sobre la base de la culpabilidad por el hecho individual, al tomar el carácter como fundamento de la constatación de la culpabilidad sólo en cuanto que aquél se haya manifestado en la concreta realización del tipo» (Roxin, 817).

b. La «peligrosidad» es violatoria del principio de inocencia y del principio de reserva: La violación al principio de inocencia se presenta en tanto la circunstancia de haber cumplido condena privativa de la libertad habilita al Estado a la declaración de reincidencia sin que se requiera «...como presupuesto (de su declaración judicial) la realización de un fundado pronóstico acerca de la vida futura del condenado, que indique el grado de probabilidad de reiteración de delitos penales, sino que (por el contrario) el hecho de haber cumplido antes parte de una pena privativa de libertad por otro delito «verifica» ya su «peligrosidad», aunque no la tenga o demuestre no tenerla (?). Se produce con ello, en nuestro derecho penal, una inadmisible presunción iuris et de iure (que no admite prueba en contrario) de peligrosidad, violatoria (además del principio constitucional de culpabilidad por el hecho) del principio de inocencia.» (Gustavo L. Vitale «La reincidencia contamina el derecho penal constitucional» en Nueva Doctrina Penal 2005/A, Edit. Del Puerto, pag 177).

Maier tiene dicho que: «se trata, en verdad, de conocer cuál es el objeto legítimo sobre el cual se funda el juicio de culpabilidad (objeto legítimo del reproche) y, en este sentido, la CN, 19, (principio de reserva), sólo permite reprochar ciertas acciones o la omisión de una acción, esto es, comportamientos, y tan sólo cierta clase de comportamientos.» (Cf. Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, t. I, «Fundamentos», Editores del Puerto, 1° ed., Buenos Aires, 1996, p. 646).

El propio Maier, en otro trabajo, afirma que en la reincidencia se procede a rotular al condenado «…estableciendo para él, si se quiere, un C.P. especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho.» (Maier Julio B.J, «Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple», en «Doctrina Penal» Año 9, N° 35, Depalma, 1986, pág. 458).

En el sentido indicado, tiene dicho Zaffaroni que: «la culpabilidad por la conducción de la vida es el más fino esfuerzo llevado a cabo para reprochar el carácter o la personalidad, obviando la objeción de que con ello se reprocha el equipo biológico y los mismos genes, aunque en ese esfuerzo se traicione a Aristóteles y se haga caso omiso de la legalidad, todo ello sin contar con que semejante idea parece responder a una omnipotencia sin límites, toda vez que pretende una función divina, al querer juzgar (reprochar) la existencia misma de

un semejante. Este supuesto concepto de culpabilidad es casi aterrador, pues parece un incidente del juicio final, desprendido y resuelto por adelantado, mucho más arbitrario que la vieja peligrosidad positivista» (cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Comentario de «Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo» de Francisco Muñoz Conde, en «Nueva Doctrina Penal», 2003/A, p. 356).

Más allá de ello, cabe agregar que la historicidad de la «peligrosidad» como elemento calificante de la pena, escapa a los tradicionales cánones del derecho penal liberal, gobernado en todo momento por los principios de retribución y culpabilidad. Incluso, ha sido dicho que pese a referirse a ella en tres oportunidades, también constituye «una cuña de extraña madera» en nuestro propio código penal, toda vez que «su sistemática no tiene nada de positivismo ni de peligrosismo» (cf. Zaffaroni, Eugenio R., Trascendencia histórica del código penal 1921/1922, en AAVV, «Teorías actuales en el derecho penal», Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 40).

La «peligrosidad» como cartabón responde, por lo contrario, a entendimientos aberrantes del derecho y del estado, razón por la cual, resulta menester prescindir de ella, apelando para tales fines, no sólo al bloque de constitucionalidad federal, sino también al llamado «principio de saneamiento genealógico» de la legislación. (Cf. Zaffaroni; Alagia; Slokar, ob. cit., p. 139,). En este sentido lo dicho por Ferrajoli en cuanto a que «Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad» (Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón,. Teoría del Garantismo Penal, pág. 42)

Como conclusión de todo lo ya sostenido, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –cuyas decisiones resultan sino obligatorias, al menos orientativas para todos aquellos estados que le han reconocido competencia, cf. Manili, Pablo Luis, El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 183 y ss.)- tuvo oportunidad de sostener en fecha reciente que: «el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía (...) En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención» (caso «Fermín Ramírez vs. Guatemala», del 20/6/2005, considerandos 94 y 96, destacado en el original).

En su voto razonado el juez García Ramírez, pone en evidencia la filiación positivista del concepto, su recepción acrítica en los códigos penales iberoamericanos y concluye: «Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor -actual o futuro- no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin de cuentas, un Derecho penal de autor -en el que se reacciona en función de la persona-, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta en el

que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada» (considerando nº 36).

En este sentido resulta esclarecedor lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente Fallo «Gramajo» en cuanto a que: «Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base, o sea, como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica. De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable. En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.» (Considerando 24 del voto mayoritario).

c. Violación del non bis in idem por la reincidencia. El principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho se encuentra dentro de las garantías no enumeradas consagradas en el art. 33 de la CN y a partir de la reforma del año 1994, como garantía expresa, en el art 14, ap. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «...nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme...»

La declaración de reincidencia supone la imposición de una pena mayor a la que correspondería legalmente para ese delito en particular, o en forma directa se perjudica al condenado con la supresión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, teniendo en cuenta para la declaración de «reincidente» la circunstancia de haber cometido otro delito (respecto del cual ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad). En definitiva se vuelve a considerar y a valorar ese delito ya juzgado en clara violación de las garantías constitucionales ya señaladas.

El principio del ne bis in idem «...prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio…» (Donna, Edgardo Alberto «Reincidencia y culpabilidad» Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal, Ed. Astrea, Bs. As 1984, pag. 31 y ss). El mismo autor considera que la reincidencia «...es inconstitucional...por atacar el principio de non bis in idem» (aut. Cit, op, cit, pag. 77).

De aceptarse que una condena por un hecho puede ser más gravosa y severa por el anterior juicio y condena de un delito, se estaría volviendo a sancionar en la condena actual por el delito pasado. Cabe destacar que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla a las claras de «...sancionado...», esto es que la nueva sanción sólo debe tener en cuenta el hecho materia de nuevo juzgamiento.

En este sentido resulta destacable la posición del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni quien asentara que «...toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)» (aut. Cit. «Manual de Derecho Penal-Parte General», EDIAR, p. 718). Así el autor concluye que: «...la agravación por reincidencia es inconstitucional, porque hasta este momento no hay teoría capaz de fundarla en forma convincente sin afectar la intangibilidad de la cosa juzgada. En consecuencia...toda agravación de pena en razón de la misma prevista en la ley positiva es contraria a la C.N.» (Aut. Cit. Pag. 723).

Su indudable carácter discriminatorio, soporta un nuevo embate desde la perspectiva constitucional, relacionado con la violación al principio del ne bis in

idem (art. 8°, párrafo cuarto, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inc. 7, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, de la C.N.), objeción a la que nadie ha podido responder satisfactoriamente toda vez que, aunque se intente, no puede dejar de reconocerse que «la mayor gravedad de la pena del segundo delito es un plus de gravedad a causa del primero» (Zaffaroni, Alagia, Slokar; «Tratado de Derecho Penal, parte general», Ed. Ediar, 2000., pag. 1011).

Donna enseña que «el principio prohíbe...no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio... Y se dan todos los requisitos...: identidad de persona y de hechos, sólo que es tan grosera la forma en que se toma, que parece no violar el principio en estudio. Y esto porque se hace valer toda condena y se la vuelve a hacer jugar en contra del imputado... El reproche aquí, aunque oficialmente no se lo admita, se le hace a la forma de vida ...» (Donna, Edgardo Alberto; Iuvaro, María José; «Reincidencia y culpabilidad», Ed. Astrea, Bs. As. 1984, pág. 30/2).

Como se ha dicho, la reincidencia como medida postdelictual es una pena que se impone en razón de características del autor que «no guardan relación con la culpabilidad de acto ni con el contenido de injusto del delito. Mediante un simple cambio de denominación, se aluden todas las garantías y límites de derecho penal, por lo cual, con toda razón, se ha denominado a esta alquimia 'embuste de las etiquetas'. Se imponen en razón de tipos normativos de autor, que suelen denominarse reincidentes... En general, violan también la prohibición de doble condena y de doble punición...».(Zaffaroni, ob. cit. pag. 70).

Declarada la inconstitucionalidad del art. 52 en el Fallo «Gramajo» antes citado, las dos consecuencias que acarrea el instituto están determinadas por los art. 14 y 41 del C.P. en tanto inhiben la libertad condicional a reincidentes y estipulan su valoración a la hora de determinar la pena a imponer. Ambos supuestos comparten con el instituto que los avala las profundas criticas materializadas; sin embargo especificidades propias también avalan su critica.

La cancelación del beneficio de la libertad condicional en abstracto y por el mero hecho de haber sido declarado reincidente no sólo importa obturar la posibilidad de que el magistrado juzgue el caso concreto sino que atenta contra los fines de la pena tal y como son definidos por la ley 24660 y los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN), ello por cuanto si bien la pena no puede superar el rango determinado por la culpabilidad del hecho, las necesidades preventivo especiales pueden tornar oportuna su liberación antedatada en base a su conducta durante el período de detención -falta de necesidad de un tratamiento- o bien conforme las perspectivas futuras del sujeto. Al respecto Zaffaroni y Elbert han señalado que «la calidad de reincidente en el art. 14 del Cód. Penal, se traduce en una pena de mayor entidad al privar de la posibilidad de libertad condicionada, porque a todas luces la ejecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de la libertad del condenado, por el total del tiempo de la sanción aplicada. Por ello, precisamente, es violatorio del principio libertad del non bis in idem y justifica sea declarada dicha norma como inconstitucional» (Sala VI, CNCC, 27/12/85, voto Zaffaroni y Elbert).

Por su parte, la valoración de la declaración de la reincidencia a la hora de determinar la pena (art. 41 CP) importa la incorporación de un instituto ambiguo que en caso de utilizarse para agravar la medida de la pena también acarrea su contradicción constitucional toda vez que imprime un plus de aflicción por la conducción de vida. Es decir, un derecho penal de autor influye en la medición de

la pena. Tomar en cuenta las anteriores institucionalizaciones punitivas importa legitimar una suerte de muerte civil (capitis diminutio) estigmatizante que, a la par de resultar injusta, racionaliza el principio ne bis in idem y coloca al estado que lo hace en una posición harto cómoda, toda vez que lo exime de responsabilidad por la generación de dicha circunstancia. Como bien se ha puntualizado, la reincidencia lejos de poder utilizarse como elemento para agravar la responsabilidad del incuso, debe necesariamente operar a su favor y, consecuentemente, en contra del propio estado, puesto que las anteriores institucionalizaciones –cumplidas o no- lejos de haberlo «resocializado» coadyuvaron a reafirmarlo en el estereotipo social negativo que condicionó su selección penal y lo condujo nuevamente a delinquir (Cf. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, ob. cit., 1° ed., p. 1011).

Por lo dicho y más allá de las consideraciones criminológicas expuestas, es claro que utilizar las condenas anteriores como elemento agravante de la pena, lesiona claramente el principio que proscribe la doble valoración, sanción y persecución por un mismo hecho (ne bis in idem). En tal inteligencia, y con expresa cita de lo que a este respecto establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 ap. 7, sostiene Vitale que: «Si al sujeto que se declara 'reincidente' se le impone una pena mayor a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido (o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito; por ejemplo, impidiéndosele el ejercicio del derecho a la libertad condicional), considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos antes de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior. Se está volviendo a 'sancionar' al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay un múltiple valoración de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado» (Cf. Vitale, Gustavo, ob cit., p. 178, destacado en el original).

El tribunal constitucional español consideró que la reincidencia violenta el principio de culpabilidad por el hecho sólo en la medida en que provoque la fijación de una pena mayor a la que correspondería atendiendo al grado de cupabilidad por el hecho.

Ahora bien, la crítica constitucional a ambos institutos se torna aún más gravosa cuando ambos se combinan a fin de imponer una sanción punitiva al sujeto. Así Patricia Ziffer explica que «el art. 41 por un lado, ordena al juez tomar en cuenta la reincidencia al graduar la pena, mientras que el art. 14, por otro lado, dispone que el reincidente no podrá obtener la libertad condicional. A partir de allí se deduce que si el elemento de la 'reincidencia' ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, porque se trata de un hecho al que le corresponde una culpabilidad mas grave, esta especial culpabilidad no podría ser considerada nuevamente para agravar el monto al tomar en cuenta las circunstancias relevantes según el art. 41 pues, de otro modo, se estaría violando la prohibición de doble valoración, o el aspecto material del principio de ne bis in idem (...). Ahora bien otra consecuencia de la reincidencia radica en la determinación de la forma de ejecución de la pena. Nuevamente aquí advertimos un efecto en la doble valoración toda vez que el art. 14 del CP. cancela en abstracto la posibilidad de que se conceda el beneficio de la libertad condicional a quien ha sido declarado reincidente (...). Pero aún cuando se admita alguna restricción al ámbito abarcado por la prohibición de doble valoración, en nuestro caso, no sería aplicable. Porque las razones que llevan a considerar dos veces el factor 'reincidencia' son las mismas en el art. 41 y en el art. 14: la presunción de una mayor gravedad en el hecho cometido por quien ya sufrió una pena, y la

consecuencia de la doble valoración es la misma en las dos normas: un aumento en tiempo de la pena de prisión. En síntesis, la reincidencia no necesariamente debe ser interpretada como una circunstancia agravante. El respeto por el principio de culpabilidad impone que se tomen en cuenta a favor del autor las posibles deficiencias que le hayan impedido actuar conforme a derecho, a pesar de la pena anterior. En ese caso, el juez deberá compensar la mayor peligrosidad de la ejecución con una pena de menor duración. Si esta situación no se da, y si el nuevo hecho efectivamente se corresponde con una mayor culpabilidad, ello no podrá ser computado para aumentar la duración de la pena» (Ziffer, Patricia, «Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, N° 7, Ad Hoc, pag. 115/18).

d. Acerca del fin de la pena privativa de libertad estipulado en la Constitución Nacional:

El artículo 18 de la Constitución Nacional en su última parte establece que: «...Las cárceles de la Nación será sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.» De esa forma, la Constitución continúa sosteniendo la finalidad de las penas privativas de la libertad que ya se asentara en el primigenio Decreto de Seguridad Individual dictado por el Primer Triunvirato el 23 de noviembre de 1811, en su artículo 6° establecía que: «Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente».

Con la Reforma Constitucional del año 1991 que consagrara la incorporación de la normativa internacional sobre Derechos Humanos al bloque constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), se ha reforzado esta finalidad otorgada a las penas privativas de la libertad.

Así el art. 5°, ap. 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: «Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados» y por su parte el art. 10, ap. 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

Luego de la incorporación de esos Pactos al texto constitucional, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.660 de «Ejecución de la pena privativa de la libertad», cuyo artículo 1° declara «La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad». Cabe recordar que en su artículo 229 la propia ley se declara complementaria del Código Penal.

Establecida entonces la manda constitucional acerca del fin que deben perseguir las penas privativas de libertad, cabe entonces preguntarse sobre quién debe asumir la responsabilidad de resocializar al individuo.

Así el ya mencionado art. 5, ap. 6 del Pacto de San José de Costa Rica se encuentra dentro de la Parte Primera «Deberes de los Estados y Derechos Protegidos» que en su art. 1 establece la Obligación de los Estados parte a respetar los derechos reconocidos en la Convención. Una obligación similar se encuentra en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De este modo, que es posible afirmar que es el Estado quien carga con la obligación de resocializar al condenado, por lo que la reincidencia significa castigar al individuo por la falla del Estado en su tratamiento.

No escapa al conocimiento de esta parte, el hecho de que se ha buscado

fundamentar la aplicación de la reincidencia a fin de castigar más firmemente la situación de aquellos que fueron sometidos al tratamiento resocializador y volvieron a cometer delitos, circunstancia que de acuerdo a la concepción del fin de la pena consagrado en la Constitución Nacional sólo demuestra que el incremento del castigo responde únicamente al ejercicio del perfeccionismo violatorio del principio de autonomía de la persona.(confr. Nino, Carlos Santiago, «Ética y Derechos Humanos», pág. 205)

Desde otro punto de vista, y a la luz del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución, la aplicación de la reincidencia (con las consiguientes supresiones al acceso a la libertad condicional) conlleva a una aplicación más intensiva y extensiva de un tratamiento a cargo del Estado que ya ha fracasado».

En definitiva, por las razones expuestas, entiendo que se encuentra habilitada la competencia de V.E. para resolver sobre la inconstitucionalidad articulada.

VI. PETITORIO

(...)

43. Sentencia de la Corte y comentario

La mayoría de la CSJN hizo lugar a la presentación directa tras haberse remitido al dictamen emitido por el señor Procurador Fiscal. Corresponde aclarar –a este respecto- que una tal mayoría estuvo integrada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, en tanto que las juezas Highton de Nolasco y Argibay rechazaron la presentación sobre la base del 280 CPCCN.

En sus párrafos más relevantes y luego de hacer una reseña de los antecedentes del caso, el dictamen del señor Procurador Fiscal –de fecha 31 de octubre de 2007- consideró que el presente suscitaba cuestión federal en función de los alcances de los precedentes «Casal» (Fallos, 328:3399) y «Martínez Areco» (Fallos, 328:3741) y en el entendimiento de que se habían tenido en cuenta como agravantes elementos objetivos, antecedentes penales y una previa declaración de reincidencia, argumentos que fueron mantenidos por parte del Tribunal de Casación. Así pues, el dictaminante entendió que «*De esta breve reseña surge que el aquo limitó su pronunciamiento, en este aspecto, a señalar nuevamente las circunstancias mencionadas por el tribunal oral sin examinar los planteamientos de la parte, es más, ninguno de sus argumentos fue abordado en la sentencia. La mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, solo formalmente satisface la revisión de la pena, peor no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a cabo. Máxime si se advierte que lo relativo a la alegada doble valoración de los antecedentes penales del imputado –aspectos que con otro matices se desarrollan ampliamente al dar fundamento a esta queja- fueron introducidos en la casación y no se ha ensayado tan siquiera, una respuesta*».

Esta argumentación resulta relevante por cuanto: 1) reconoce que el tribunal inferior debe dar respuesta a los argumentos planteados por la defensa, 2) reconoce que la determinación de la pena no puede circunscribirse a meras referencias formales, 3) consolida la doctrina de que la revisión amplia incluye la revisión de la determinación de la pena y 4) como elemento novedoso, considera que el planteo de reincidencia y sus consecuencias debe ser materia de evaluación en la instancia casatoria.

44) F. 492. XLII, «Flores, Claudio Alberto s/ causa Nº 7006» (sentencia del 3 de mayo de 2007)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES «CASAL», «MARTINEZ ARECO» Y «JUREVICH». AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO ANTONIO DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a) La sentencia condenatoria

El día 14 de diciembre de 2005, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca –provincia de Río Negro- condenó a Claudio Alberto Flores a la pena de 1 año de prisión en suspenso, y once pesos con veinticinco centavos de multa como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes (artículo 14, primer párrafo, ley 23.737).

En lo que aquí interesa se tuvo por probado «…*la tenencia por parte del acusado Flores de los 92 gramos de 'cannabis sativa' que portaba consigo al momento del secuestro* [originado en el marco del allanamiento domiciliario previamente autorizado]. *Ello es así porque lo acreditan los testimonios prestados, tanto en el debate como los que fueron incorporados por lectura, y el acta de procedimiento, a lo que debe agregarse el reconocimiento del propio imputado*» (fs. 322vta.).

En este contexto, no puedo sino recordar el largo derrotero trasuntado por las imputaciones originalmente formuladas en cabeza de mi asistido.

Así pues, aquellas que lo sindicaban como autor de dos hechos de suministro oneroso de estupefacientes fueron revocadas por la Cámara de Apelaciones respectiva y luego convalidadas por el *a quo* (fs. 226 y 266).

Por otra parte, en el marco del debate y «…*en cuanto a la sustancia hallada en el dormitorio de su abuelo, la conclusión habrá de ser negativa, ya que fue hallado fuera del ámbito de disposición exclusiva del acusado, esto es su propio dormitorio, por lo que las explicaciones brindadas por Flores resultan verosímiles confrontadas con las constancias de la causa. En lo que hace al secuestro de la riñonera, negado por el acusado, tendremos en cuenta que entre los objetos retirados por la policía del domicilio allanado y puestos a disposición del Juzgado Federal como pertenecientes a esta causa no se encuentra, al menos en la actualidad, ninguna riñonera, lo que nos conduce indefectiblemente a tener por no acreditado el hecho*» (fs. 322vta./23).

Así las cosas y tal como fuera mencionado párrafos atrás, el justiciable resultó imputado por la tenencia de los 92 gramos de la sustancia conocida como *cannabis sativa*.

Llegados a ese punto, el Tribunal Oral analizó cuál era la calificación normativa con la que debía adjetivarse el hecho enrostrado.

Y en tal sentido, entendió que aquella que resultaba de aplicación era la prevista y regulada por el primer párrafo del artículo 14 de la ley 23.737 (tenencia simple de estupefacientes).

Para ello decidir se expresó en primer lugar que»…*la figura básica juega un papel subsidiario en relación con las otras, ya que solamente cabe subsumir los hechos en ella cuando no se acreditan las circunstancias propias de las calificaciones*» (fs. 323).

Así pues y en orden al caso concreto: «…*la cantidad objeto de la tenencia de Flores no es escasa a los fines de acreditar inequívocamente el fin querido por el tipo, ya que, de acuerdo a la pericia producida e incorporada al debate sin observaciones, alcanzaba para 98 dosis umbrales. Esta cantidad, aún cuando se trate de dosis umbrales que pueden ser distintas a las dosis de consumo, excede a la que sin hesitación puede considerarse que solamente tienen por finalidad el consumo propio. Estas razones nos llevan a apartarnos del tipo atenuado y, en consecuencia, debemos calificar la conducta del acusado Claudio Alberto Flores como tenencia ilegítima de estupefacientes* (…). *Las razones que esgrimió este tribunal (con integración parcialmente distinta) en la causa 'Nasser' no son aplicables, ya que no se dan en el presente las especiales circunstancias de aquella, en la que se trataba de una persona que trabajaba en regiones aisladas por períodos prolongados*» (fs. 323/vta.).

Es por tales motivos que el tribunal de juicio no se pronunció acerca del planteo de inconstitucionalidad de la figura prevista por el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737 impetrada por la defensa, toda vez que por no resultar –a su entender- de aplicación al caso, ello resultaba sobreabundante.

b) Los recursos de casación e inconstitucionalidad. Su rechazo. Ausencia de sustanciación en la instancia intermedia

Contra la sentencia condenatoria el justiciable dedujo recurso de casación *in forma pauperis* (v. fs. 328), tras lo cual intervino el Sr. Defensor Eduardo Zamboni con el objeto de fundar jurídicamente dicha manifestación de voluntad impugnativa (fs. 330/32).

En su respectiva pieza recursiva (reencauzada como casación e inconstitucionalidad) la asistencia técnica (reeditando de este modo el planteo otrora formulado en la instancia de juicio y luego rechazado por el *a quo*) articuló la nulidad del allanamiento de morada realizado en el domicilio de Flores, toda vez que «…*el Subcomisario designado para practicarla* ***con personal a sus órdenes****, la delegó en sus subalternos, lo que se encuentra prohibido*» (fs. 331, énfasis en el original).

En este sentido apuntó que por dichas razones el registro domiciliario resultó violatorio del artículo 18 de la Constitución Nacional pues la manda judicial no puede en forma alguna convertirse «…***en un acto transmisible por endoso***» (fs. 331vta., énfasis en el original).

A ello agregó que si la conducta del justiciable fuera «…*en definitiva encuadrada en el segundo párrafo del Art. 14 de la ley 23.737, más grosera resultaría la violación, no sólo se evidenciaría la violación del domicilio constitucionalmente protegida, sino la vulneración del principio de reserva (art. 19 CN) que declara ajenas al control estatal las acciones privadas o autoreferenciales*» (fs. 331vta.).

Tras ello y adentrado ya en la discusión referida a la calificación legal, la pieza tachó de arbitrario el pronunciamiento impugnado dado que no valoró correctamente toda una serie de elementos probatorios que conducían a adjetivar el suceso como tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En palabras textuales: «*Margina su confesión calificada e indivisible, el testimonio de su madre, el hallazgo de la taquera para armar cigarrillos, el testimonio de Romero y que ha considerado verosímiles las explicaciones dadas por mi asistido en otros aspectos ya anotados, y sin atribuirle mendacidad descarta como se afirmó, ser consumidor del tóxico y que esa detentación, que no es voluminosa, tenía por designio su propio consumo o quizás convidar algunos porros al amigo que visitaría* (...) *Y me pregunto ¿qué otras pruebas debían aportarse para persuadir a los severos jueces que Flores había adquirido esa pequeña cantidad para darse el gusto de consumir 10 porros diarios?* «(fs. 332/vta.).

Cabe aclarar que en relación con esto último, el propio imputado al momento de ejercer su defensa material justificó la tenencia de los 92 gramos bajo el argumento de que «…***lo había adquirido minutos antes y lo guardaba para tener para fumar durante una semana, ya que al día siguiente tenía previsto viajar a Centenario, a la casa de un amigo de nombre Javier Garro y que se quedaría allí por ese tiempo***» (v. fs. 122, destacado agregado).

En definitiva y luego de problematizar la constitucionalidad de los dos párrafos que integran el artículo 14 de la ley 23.737, la defensa propició la admisibilidad (formal y material) del recurso amparándose en las directrices elaboradas por V.E. en el caso «Casal, Matías Eugenio» del 20 de septiembre de 2005.

Concedido el remedio por el *a quo* (fs. 333) y mantenido ante la instancia intermedia por parte de la defensa técnica (fs. 344), la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal -sin sustanciación alguna- lo declaró mal concedido a fs. 346/47 (Resolución Registro N° 8696/2006 del 12/4/2006).

El acto sentencial abordó los tres agravios impetrados por la defensa del siguiente modo.

En primer término se descartó el planteo de nulidad allegado toda vez que a juicio de la Sala la defensa no ha podido rebatir la afirmación según la cual quienes practicaron el allanamiento «…*se encuentran comprendidos en la denominación genérica usada por la magistrado en segundo lugar*», circunstancia que «…*implica un desconocimiento de la realidad demostrada por parte del recurrente y una insistencia sobre el punto que carece de una serie argumentación*» (fs. 346vta.).

Por otro lado y en orden a la calificación legal escogida «…*el recurrente no logró refutar los fundamentos del tribunal acerca de que no resulta inequívoca la finalidad de la tenencia para consumo personal, tal como lo requiere el tipo penal previsto en el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737 y sus modificatorias. Estimó el tribunal de mérito que los 92 gramos de cannabis sativa, que representan 98 dosis, no eran una cantidad escasa, pues esa provisión alcanzaba al imputado para mucho más que un día. La afirmación es razonable a la luz de las reglas de la sana crítica y, por tanto, inobjetable el juicio de subsunción realizado*» (fs. 346vta.).

Es por lo expuesto que se consideró inoficioso pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la figura prevista por el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737 (fs. 347).

c) El Recurso extraordinario federal. Su declaración de inadmisibilidad

Contra tal decisión el encartado dedujo recurso extraordinario federal *in forma pauperis* (fs. 348) que fue fundado técnicamente por la Sra. Defensora Pollastri a fs. 349/352.

En este contexto, la defensa tachó de arbitraria la decisión recurrida por adolecer de un excesivo rigor formal que la descalificaba como acto jurisdiccional válido (fs. 350/vta.).

Por otro lado, puso de resalto que: «...*el Tribunal resolvió la cuestión de fondo planteada por la defensa que me precediera* ***privando a mi asistido y a esta asistencia técnica de la instancia casatoria*** (...) *La sentencia puesta en crisis a todas luces resulta arbitraria,* ***puesto que más allá de que el Tribunal casatorio no coincidiera finalmente con la posición de la recurrente, se debió dar a lo menos, la posibilidad de que esta parte pueda apoyar el remedio intentado en las oportunidades casatorias que nuestra legislación establece***» (fs. 350vta., destacado agregado).

Tras ello y con cita del precedente recaído en «Casal» sostuvo que la desestimación del recurso de casación sin haberse resguardado previamente la sustanciación respectiva violó el derecho al recurso del condenado como así también el derecho de defensa en juicio del justiciable (fs. 350vta./51/vta.).

El día 9 de mayo de 2006, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisible el remedio federal articulado (fs. 356/7).

En primer término, la Sala entendió que la tacha de arbitrariedad enarbolada por la recurrente no logró ser demostrada, «...*omisión que determina la inadmisibilidad de la vía excepcional articulada en tanto no cumple con los requisitos de fundamentación exigida*» (fs. 356).

A renglón seguido apuntó: «…*el derecho a una revisión judicial no es absoluto sino que se obtiene en la medida en que el apelante utilice adecuadamente y cumpliendo con los requisitos de fundamentación exigidos la vía procesal idónea*(…) *Y esta Sala, para resolver como lo hizo, determinó la improcedencia de las impugnaciones efectuadas por el recurrente en el entendimiento de que no resultaban suficientes para rebatir los argumentos dados por el tribunal de mérito fundados en la prueba colectada en el expediente y desarrollados de conformidad con el principio de la sana crítica*» (fs. 356vta.).

Tras ello se entendió que la doctrina fijada en «Casal» no importa «...***la desaparición completa de los recaudos comunes y propios de los recursos que se interponen ante esta Cámara***» (fs. 356vta.) añadiendo que «...***corresponde destacar que esta Sala no omitió imprimir el trámite del recurso de casación sino que, por el contrario, siguiendo el criterio esgrimido por el tribunal a quo, cumplió con la obligación que legalmente le es impuesta (...) de examinar la admisibilidad del recurso***» (fs. 357, destacado agregado).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. DERECHO AL DOBLE CONFORME. FALTA DE SUSTANCIACION EN LA INSTANCIA INTERMEDIA. NECESIDAD DE MAYOR DEBATE Y PRUEBA EN PUNTO A LA ADECUACION FACTICA DE LA CALIFICACION LEGAL ASIGNADA. DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES «CASAL», «MARTINEZ ARECO» Y «JUREVICH»

Planteados como vienen los agravios, resulta ostensible que el recurso extraordinario debió ser concebido.

En primer lugar, cabe afirmar que los fundamentos enarbolados por la Sala I para disponer el rechazo del remedio resultan aparentes, toda vez que en modo alguno constituyen una derivación razonada del derecho vigente con especial

consideración a las circunstancias comprobadas en la causa.

En efecto, no es certero afirmar que la sentencia por medio de la cual se declaró mal concedido el recurso de casación sólo se haya limitado a desestimar formalmente el remedio incoado en los términos establecidos por el artículo 444 del ritual

Por el contrario y de acuerdo a la propia exégesis de los obrados glosados a fs. 346/7, puede advertirse que el tribunal intermedio ingresó al análisis de los agravios articulados y de ese modo se pronunció sobre el fondo del asunto.

Es por ello que las afirmaciones empuñadas por la Sala I obrantes a fs. 356/7 en forma alguna se ajustan a la realidad de los hechos y, por dicho motivo, resultan arbitrarias, todo lo cual conduce a descalificar a ese pronunciamiento como un acto jurisdiccional válido.

La situación expuesta torna aplicable los presupuestos que informan la doctrina de la arbitrariedad, en la medida en que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos, 321:1909, entre muchos otros).

Así las cosas y toda vez que el tribunal intermedio se pronunció sobre el fondo del asunto sin garantizar previamente la posibilidad de que el justiciable y su defensa allegaran nuevos argumentos (o elementos probatorios) que les permitiesen cuestionar la decisión impugnada en la instancia de casación, la cuestión federal queda suficientemente trabada.

En este sentido, no puede desconocerse que si la sentencia impugnada frustró el derecho del apelante a contar con un verdadero juicio de casación, obliterando de ese modo el real ejercicio del derecho de defensa en juicio en la instancia intermedia, ello se proyecta sobre la virtualidad propia del derecho al recurso reconocido constitucionalmente (C. 1757.XL, «Casal, Matías Eugenio» del 20/9/2005, considerando 5) y, a su respecto, habilita la vía establecida por el artículo 14 de la ley 48.

Sentada la procedencia formal de la vía de excepción, cabe ahora ingresar al análisis de los agravios concretos que sustentan esta presentación.

Tal como ha quedado dicho, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal al haber declarado mal concedido el recurso casatorio sin imprimir un mínimo de sustanciación previa, obturó el ejercicio del derecho de defensa en juicio en la instancia específica.

Por tales motivos y en virtud de la clausura inaudita de la discusión, se impidió que tanto el justiciable como su defensa mejoraran los argumentos articulados en el recurso de casación (allegando a este respecto, si ello fuera pertinente, nuevos elementos de prueba) a los efectos de discutir una cuestión de hecho y prueba que resultaba esencial para discernir la correcta adjetivación jurídica del suceso fáctico comprobado en los actuados.

De esta manera, y en razón de lo expuesto, se cercenó el derecho del incuso a lograr una discusión amplia respecto de los extremos que condujeron a los magistrados preactuantes a desechar la figura de la tenencia para consumo personal, todo lo cual frustró –como se dijo- su derecho a obtener una revisión amplia de la sentencia de mérito.

En este irregular contexto, el tribunal intermedio a la par de cancelar dicha potestad jurídica, ingresó al análisis del fondo del asunto y convalidó una sentencia cuya discusión concreta en la propia Cámara de Casación había previamente coartado.

Así pues, es claro que si el proceder hubiese sido otro, el imputado hubiera podido allegar elementos que reforzaran su defensa material y condujeran a

meritar nuevamente los elementos por los cuales se desechó la tesis de acuerdo a la cual los 92 gramos de estupefacientes eran «tenidos» por Flores para ser consumidos en un futuro viaje.

En dicho sentido, haber obturado el debate contradictorio en la instancia casatoria importó la violación de la defensa en juicio (material y técnica), a la par de frustrar inequívocamente una más generosa materialización del ejercicio del derecho al recurso de raigambre convencional.

Es por lo expuesto que, en la especie, adquiere vocación aplicativa la doctrina forjada por esa Corte en Fallos, 328:1881, lugar en el cual se consideró violatorio del debido proceso la declaración de procedencia de un recurso de casación impetrado por la defensa sin que se hayan observado previamente las reglas previstas por los artículos 478, 465, 451 y 453 del Código Procesal Penal de la Nación (considerando 5).

Si ello resulta plausible en un supuesto en el que haya sido el Ministerio Fiscal el «agraviado» por la decisión, tanto más en este caso en donde fue el justiciable quien resultó verdaderamente lesionado por la cancelación de la vía.

Así pues e «…*independientemente de que exista acuerdo o no acerca de la necesidad de realizar la audiencia oral en todos los casos, una de las prácticas jurisdiccionales que caracterizaba el sistema de control casatorio antes del dictado del fallo 'Casal' consistía, precisamente, en declarar la inadmisibilidad formal del recurso de casación (o, en su caso, declarar mal concedido el recurso por parte del tribunal oral) sin abrir el contradictorio pero, introduciendo, no obstante, argumentos de fondo que, en ese contexto, quedaban sustraídos al control de la defensa*» (Barresi, Mariela; Carzolio, M. Verónica; Finkelstein Nappi, Juan Lucas; Grasso, Mariana; Velo, Sebastián, *La garantía de revisión del fallo condenatorio. Proyecciones a partir de los fallos «Casal», «Merlo» y «Martínez Areco»*, en «Nueva Doctrina Penal», 2006/A, p. 102).

A tenor de lo manifestado, es claro que aquí se ha vulnerado el derecho de Flores a cuestionar la sentencia condenatoria (doble conforme) a la par de cercenar concomitantemente el ejercicio de la defensa en juicio en la propia instancia intermedia.

Por ello, entiendo que V.E. debe hacer lugar a esta queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y, por intermedio de quien corresponda, ordenar que se dicte una nueva conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

44. A. Sentencia de la Corte y breve comentario

La trascendencia de este fallo radica en sincretizar –implícitamente- la resolución de la CSJN -que remite a los fundamentos del fallo «Casal» (Fallos, 328:3399)- con el argumento de aquel otro recaido en «Jurevich» (Fallos, 328:1874) introducido por la defensa. A este respecto y de acuerdo a lo expuesto, la doble instancia no solo resultará lesionada cuando se rechace un recurso sobre la base de una pretendida distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, sino también, cuando se coarte el debate sobre los agravios en la instancia de casación.

45) B. 436. XL, «Baldivieso, César Alejandro» (pendiente de resolución)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

La sentencia que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente y versa sobre una resolución que, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso asumiendo el carácter de cosa juzgada.

La desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 CPCCN.

La lesión constitucional invocada se centra en el flagrante avasallamiento de las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, con particular énfasis en el principio de incoercibilidad del justiciable, recogido en la manda constitucional del Art. 18 CN, hoy complementada con los tratados internacionales de protección de derechos humanos (Art. 75 inc. 22 CN; Art. 8 inc. 2, ap. «g» de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 14.3 «g» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), así como en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Las violaciones constitucionales guardan relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, por lo que inexorablemente deben ser materia de tratamiento a fin de resolver la cuestión planteada.

Con esta presentación se persigue el pronunciamiento de una sentencia que ratifique la supremacía de la Constitución Nacional, resolviendo la cuestión federal de la manera que se presenta por este medio, compatible, por lo demás, con la doctrina que V.E. ha trazado invariablemente en la materia.

Entiendo que, tal y como se verá en el desarrollo que sigue, el requisito de trascendencia aparece debidamente acreditado pues se trata de controvertir la doctrina que dimana del voto mayoritario de esa Corte en el precedente *«Zambrana Daza»*, de cara a determinar los alcances del principio constitucional que prohíbe la autoincriminación compulsiva.

Establecida la trascendencia del caso y la cuestión federal que toca dilucidar al máximo Tribunal de garantías, entiendo que queda automáticamente inhibida la posibilidad de articular el instituto regulado en el Art. 280 del ritual, así como, naturalmente, la desestimación del recurso por razones formales.

En este último sentido se enrola la jurisprudencia de V.E. conforme la cual, luego de la reforma introducida por ley 23.774, el Art. 280 CPCCN establece un umbral –el de trascendencia- que tanto aconseja la desestimación de cuestiones baladíes como el tratamiento de temas consustanciales con la misión política del máximo Tribunal de garantías, incluso a despecho de eventuales reparos de índole formal.

Así se expedía el Sr. Ministro Dr. Fayt en su disidencia en el caso P.7.XXIII Prunello, Federico Norberto s/ información sumaria, sentencia del 24 de marzo de 1992, citada en la obra de Santiago Legarre «*El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario»,* Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 24: «*Así como el legislador ha colocado a la falta de trascendencia entre las razones por las que esta Corte puede rechazar un recurso extraordinario mediante la sola nota del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, parece compadecerse con el espíritu de la norma y ello avala anterior doctrina del tribunal, que la importancia de una causa sea razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de un recurso extraordinario».*

A lo expuesto se agrega el hecho de que la temática constitucional que se presenta a discusión fue objeto de tratamiento específico por parte del Tribunal *a quo,* de modo que resulta de aplicación la jurisprudencia de V.E. conforme la cual «*...cuando la sentencia trata una cuestión de naturaleza federal, resulta indiferente la forma y oportunidad de su planteamiento a los efectos de habilitar la instancia extraordinaria. (conf. doctrina de Fallos: 248:647; 298:175; 311:1176, entre muchos otros).»* (conf. Fallos 324:1335, Considerando 4°; en el mismo sentido v. Fallos 324:2184; 325:2875 y 3255, entre muchos otros).

Sobre estas bases y por la índole de las cuestiones que se abordarán en el presente recurso, entiendo que la avocación de V.E. deviene ineludible.

III. ANTECEDENTES

Detallaré los antecedentes del expediente, a fin de cumplir con el recaudo respectivo, aunque limitándome a los que se relacionen en forma directa con las cuestiones que se formulan, atento su naturaleza eminentemente técnica.

III. 1. Génesis de las actuaciones

Las presentes actuaciones se iniciaron el 20 de octubre de 2002 a raiz de la noticia cursada por la Oficial Subayudante Andrea Carolina Yapura a la superioridad.

En el oficio respectivo, asentaba: «*...en el día de la fecha encontrándome cumpliendo servicio en el horario de 06:30 a 18:00 recepcioné llamado telefónico del Agente Torres, afectado a la guardia de Emergencia del Hospital San Bernardo, informando que a hs. 10:30* ***ingresó por medios propios*** *la persona de CESAR ALEJANDRO BALDIVIESO, 28 años domiciliado en Mza. 35 Lote 17 Grupo 648 B° Castañares, quien se negó a aportar demás datos,* ***el mismo fue asistido por la Dra. Burgos quien adujo que posiblemente el mencionado habría ingerido algún elemento extraño.*** *Posteriormente fue examinado por el Dr. Serafín Pedano, diagnosticando, OBSTRUCCIÓN INTESTINAL por CAPSULA DE CUERPO EXTRAÑO... Se hace constar que ...no se le extrajo sangre* ***por la urgencia que se lo derivó a quirófano.»*** (v. fs. 6; el destacado me pertenece).

A fs. 8 se agregó el acta de secuestro labrada en el hospital, dando cuenta de la

incautación de trece cápsulas de color negro, *«...las cuales fueron sustraídas de la persona de Valdivieso* (sic) *Cesar Alejandro, extraídas por el Dr. MP 1490 Dr. Ernesto García.»*

Fue a raíz de esas actuaciones que a fs. 1 de este expediente el Subcomisario Quiroga se dirigió al Juez Federal N° 1 de Salta «*...ante la posibilidad de que esta persona antes de ser trasladado al centro médico hubiera evacuado elementos similares a los incautados en el lugar de residencia;»*, solicitando el libramiento de orden de allanamiento «*...para el domicilio de Manzana 35 Lote 17 Grupo 648 del Barrio Castañares, donde de acuerdo manifestaciones de familiares, se domiciliaría la persona de César Alejandro BALDIVIESO...»* (el destacado me pertenece).

La orden respectiva fue dictada por el Dr. Miguel Antonio Medina, y circunscribió su objeto al *«...secuestro de sustancias en infracción a la Ley 23.737, documentación y todo otro elemento de interés para la investigación y la detención de los presuntos responsables...»* (v. fs. 2).

A fs. 8 se agregó el acta del secuestro perfeccionado en el nosocomio y a fs. 16/17 el acta labrada en ocasión de practicar el allanamiento domiciliario, a resultas del cual se secuestrara únicamente un pasaje de la empresa «Expreso Panamericano» de fecha 8 de octubre de 2002.

III. 2. La sentencia condenatoria

A fs. 187/190 se agregó la sentencia a resultas de la cual BALDIVIESO fuera condenado como autor del delito de transporte de estupefacientes a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veintiséis pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena.

Así se expedían el Tribunal de mérito: «*La materialidad del ilícito enrostrado en la citada requisitoria, leída en la audiencia abriendo el debate, consiste en que el día 20 de octubre de 2002 el causante Baldivieso concurrió al Hospital San Bernardo de esta ciudad donde fue asistido por un cuadro de obstrucción intestinal, evacuando durante su estadía en el nosocomio la cantidad de diecisiete cápsulas contenidas en su estómago, que alojaban a su vez unos 180 gramos de cocaína con una pureza del 18,57 % al 32,46%. ...el tribunal tiene la certeza de que el imputado llegó al hospital San Bernardo de esta ciudad el día 20 de octubre de 2002 a hs. 13:06 aproximadamente, portando en el interior de su estómago, diecisiete (17) cápsulas que contenían cocaína con una cantidad aproximada de 180 gramos y una pureza del 18,57 al 32,46, las que expulsó durante su estadía hospitalaria, como así que había viajado días anteriores de Salvador Mazza.»*

III. 3. Recurso de casación. Su rechazo

A fs.208/211vta. la defensa oficial interpuso recurso de casación, enderezado a cuestionar el encuadre legal asignado al hecho en estudio. Según sostuvo el Dr. Saravia el supuesto de hecho investigado debió encuadrarse como tentativa imposible de transporte de estupefacientes o, en su defecto, simple tentativa. Desde esta perspectiva, en el entendimiento de que no medió afectación al bien jurídico tutelado, el Sr. Defensor propició la imposición de la pena de diez meses de prisión o, en subsidio –de acogerse únicamente la tesis que reclamaba la calificación como delito tentado-, la de dos años de prisión. El letrado hizo reserva del Caso Federal.

Concedido el recurso, la Sra. Defensora Pública Oficial en funciones ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dra. Silvia Zelikson, se presentó en término de oficina y, adelantándose a aventar posibles óbices formales, reseñó múltiples pronunciamientos jurisprudenciales –incluidos pronunciamientos de V.E.- en los que se reconociera que la apertura de la vía casatoria habilitaba a la parte a

introducir cuestiones no tratadas en el recurso, siempre que se verificara vulneración de principios constitucionales causantes de nulidad (ver fs. 232/235).

Sobre esa base, y sin dejar de observar la doctrina del precedente «Zambrana Daza», la citada magistrada propició la nulidad de lo actuado, por considerar que se vulneró el principio constitucional que prohíbe la autoincriminación compulsiva.

Puntualizó, en ese sentido, que el caso sometido a estudio de la Cámara Nacional de Casación Penal difería sustancialmente del que diera lugar a la doctrina sentada en «Zambrana Daza», de modo que la resolución adoptada con arreglo a aquél precedente no satisfaría estándares mínimos de fundamentación.

Añadió, en otro sentido, que la nueva integración del máximo tribunal de garantías presentaba una oportunidad propicia para revisar el precedente de mención, sobre todo teniendo en cuenta que el voto de la mayoría no fue el producto de líneas argumentales comunes, sino producto del resultado final.

III. 4. Recurso extraordinario. Su rechazo

A fs. 284/vta. se agregó la resolución dictada por los miembros de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que se declara la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal interpuesto.

Sostenían en la oportunidad: «*...el recurso intentado no cumple con un requisito indispensable para habilitar su procedencia, en virtud de que la sustancia del planteo en que se funda no involucra el debate de una cuestión federal. En este sentido, cabe señalar en relación a la doctrina de la arbitrariedad invocada por la recurrente, que si bien incumbe exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgar sobre su existencia o no, ello no exime a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal prima facie valorada, cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan, con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso inequívoco de carácter excepcional como lo es la arbitrariedad... Que, con arreglo al criterio del parágrafo anterior, a juicio de esta Sala no se advierten las causales de arbitrariedad invocadas por la impugnante que autoricen la apertura de la vía extraordinaria contemplada en el art. 14 de la ley 48. Ello es así, toda vez que la resolución impugnada ha sido sustentada lógicamente en el derecho vigente aplicable al caso y las argumentaciones de la recurrente sólo implican una reiteración de planteos que han sido oportunamente contestados al rechazar el recurso de casación deducido por la defensa oficial, poniendo en evidencia de este modo únicamente una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta. En esta misma línea de pensamiento, corresponde destacar que resulta aplicable en la especie, lo tantas veces sostenido po rnuestro más Algo Tribunal en materia de arbitrariedad de sentencias, en el sentido de que tal doctrina reviste carácter excepcional e impone un criterio particularmente restrictivo para examinar su procedencia. Sostener lo contrario importaría abrir una tercera instancia ordinaria en aquellos supuestos en que las partes estimen equivocadas las decisiones de los jueces que suscriben el fallo (Fallos 304:267 y 308:2406), circunstancia que resulta ajena a la naturaleza del recurso extraordinario y atenta también contra la finalidad propia de este remedio federal: asegurar la supremacía de la Constitución Nacional».*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. 1. Arbitrariedad de la resolución impugnada

La resolución en crisis ha fallado contra la concesión del recurso extraordinario federal por y a partir de un esquema argumental que, como se puede apreciar a

partir de la reseña del caso, no ha consultado el núcleo del planteo de la defensa.

Y es que, más allá de alguna referencia puntual a la falta de debida fundamentación de la resolución por la cual se rechazara el recurso de casación articulado, el recurso extraordinario federal se centró en la determinación de los alcances de la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva, y en la necesidad de revisar el precedente «Zambrana Daza».

El vicio de fundamentación no resultaría tan grave si no fuera porque este núcleo argumental, que nada tiene en común con la búsqueda de una tercera instancia «ordinaria» contra decisiones que las partes «estimen equivocadas», **ni siquiera fue mencionado en el momento de resolver acerca de la admisibilidad del recurso articulado.**

Es así como se advierte la arbitrariedad de la decisión en crisis que, suprimiendo toda referencia a la cuestión constitucional alegada e involucrada en el caso, se dedicó a discurrir acerca de planteos tangenciales de la defensa.

En efecto, la vigencia de la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva no ha sido siquiera mencionada para resolver sobre la procedencia de un recurso que procura, esencialmente, resguardar la supremacía de la Constitución Nacional, a través de la instancia jurisdiccional superior de la República Argentina.

Si bien el núcleo de la cuestión federal que toca analizar a V.E. ha sido suficientemente desarrollado por la defensa preactuante, procuraré en lo que sigue contribuir a la interpretación del tema que entiendo ajustada a la manda constitucional en juego, coincidente, por lo demás, con la posición asumida en el voto en disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert.

IV. 2. El presente caso a la luz de la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva. Resolución contraria

Sin desconocer el criterio que primara en la resolución del precedente «Zambrana Daza» (Fallos 320:1717), en virtud de la mayoría conformada por los Dres. Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo López, Adolfo Vázquez y Antonio Boggiano (por su voto), entiendo que se encuentran reunidas las condiciones para revisar esa jurisprudencia.

En este sentido, amén de las modificaciones producidas en la integración del máximo Tribunal y de los argumentos que se someterán a estudio de esa Corte, tengo para mí que, a diferencia de lo que ocurriera en el precedente de referencia, en el que la jurisdicción se abrió a resultas del recurso articulado por la fiscalía, el presente caso llega a estudio del máximo Tribunal sin el obstáculo insalvable que supone la ausencia de resolución contraria. Adhiero, en este orden de cosas, a las críticas dirigidas por Alejandro Carrió a los pronunciamientos en los que, sin mediar arbitrariedad ni cuestión constitucional en sentido estricto, el máximo Tribunal abriera recursos a favor del Ministerio Público Fiscal (v. en particular, «Garantías constitucionales en el proceso penal», Ed. Hammurabi, 4ª. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002, pp. 483/vta. y 501).

Desde esta perspectiva merece destacarse que la habilitación del recurso, desarrollada en el Considerando 5°) del precedente analizado, sustituyó el recaudo de resolución contraria a la vigencia de la garantía por un concepto ambiguo (la Corte se refiere al «*...resultado adverso a las pretensiones del apelante*») aunque indiscutiblemente ajeno al marco regulado en el Art. 14, inc. 3° de la ley 48 requiriendo que «*la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio*»

Parto así de la hipótesis de que el procedimiento sustanciado remite a la

eventual comisión de un injusto penal (el anoticiamiento brindado por un funcionario público, en violación del deber de secreto profesional) de modo que, a la luz de la regla de exclusión y su derivado, la de los frutos del árbol venenoso, corresponderá disponer la nulificación de lo actuado y la desvinculación definitiva de mi asistido del proceso.

A fin de ordenar la exposición procederé, en primer lugar, a presentar y confrontar las razones que guiaron el voto de la mayoría a la hora de resolver en el precedente «Zambrana Daza».

De acuerdo con la doctrina sentada en la oportunidad, la constitucionalidad del procedimiento se sustenta sobre las siguientes bases:

a) Tras afirmar, como principio general, que la vulneración de la garantía no puede ser predicada sino tras una estimación de cada caso en concreto (v. Considerando 6°) la mayoría afirmó que la autoridad pública (el Considerando no lo explicita pero es evidente que hace referencia al médico que cumple funciones en el hospital público) se limitó a proporcionar asistencia médica, sin que la obtención de la evidencia pueda reputarse fruto de engaño «*...ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada. Tampoco ha existido una intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada, dado que ha sido la propia conducta discrecional de aquélla la que permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos que dieran origen a la presente causa.»* (Considerando 7°).

Este es, naturalmente, el punto neurálgico a tratar pues, contrariamente a lo sostenido, es cuando menos evidente que mi asistido, -como ocurriera en su momento con Zambrana Daza- se vió forzado a acudir a un hospital público por carecer de medios económicos para afrontar la atención médica privada (opción en la que sí se habría visto amparado por el secreto profesional).

Es una falacia predicar una conducta discrecional respecto de quien, privado de medios y de contactos que le garanticen asistencia profesional privada, se ve en la disyuntiva de perder la vida o requerir asistencia pública.

Ya veremos cómo en los considerandos siguientes aflora la verdadera fundamentación de la interpretación cuestionada, y que poco -o nada-, tiene que ver con la determinación de los alcances de la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva. Valga ir observando que el derecho al secreto profesional abarca a todo ciudadano, incluidos quienes, sin contar con medios materiales ni cobertura asistencial paga, se ven compelidos a acudir a dispensarios dependientes del Estado. Esta observación, que parece una verdad de Perogrullo, es axiológica para la resolución del caso, pues la tesis aquí defendida presupone que el médico que presta servicios en un hospital público tiene el mismo deber de secreto que el facultativo que se desempeña en clínicas privadas. De hecho, como se observara en el conocido Plenario «Natividad Frías» –cuya aplicación al caso fue expresamente reconocida en el voto de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert-, la interpretación contraria acarrea, entre otras inconsecuencias, el absurdo de sostener que un mismo facultativo, que presta servicios en un hospital público durante la mañana y en una clínica privada en horas de la tarde, estaría obligado a guardar silencio o a violentar la relación de confidencialidad, según las horas del día.

b) Los votos concurrentes de la mayoría en el fallo que se cuestiona a continuación ahondan en la determinación del ámbito de libertad del justiciable en las condiciones planteadas, afirmando que «*...el riesgo tomado a cargo por* ***el individuo que delinque*** *y que* ***decide concurrir a un hospital público*** *...incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando, ...las evidencias son de índole material.»* (v. Cons. 8° con cita de Fallos 255:18).

Comienzo por señalar que la doctrina de Fallos 255:18 (Caso «Juan José

Cincotta») en nada se relaciona con el supuesto analizado.

Si bien en ese fallo se niega la existencia de violación a la garantía que prohíbe la autoincriminación compulsiva, el contexto es absolutamente distinto. Concretamente la Corte respondió a las protestas dirigidas a cuestionar «*1°)...el requerimiento judicial del reconocimiento del imputado, en los términos de los arts. 264 y sigtes. del Código de Procedimientos Penales...»* concluyendo que *«...la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es 'prueba' en el sentido de la norma del caso...»* . De hecho, ejemplificando supuestos igualmente ajenos al principio constitucional aducido, el máximo Tribunal -con cita de precedentes de la Corte norteamericana- hizo referencia a «*...la obtención y uso de las impresiones digitales.»*

Más allá de esta severa discordancia, el Considerando merece especial atención pues los términos empleados fueron usufructuados más allá de su significado corriente. Al sostener que la concurrencia de la justiciable fue el fruto de una decisión -*«**decide** concurrir a un hospital público»,* afirmó la mayoría- el Tribunal sugirió que Zambrana Daza optó entre varias alternativas.

Pero ocurre que la justiciable –así como, en el caso analizado, BALDIVIESO- no tuvieron real oportunidad de «optar» entre acudir a un hospital público y a uno privado o entre requerir asistencia médica o prescindir de ella.

La referencia a la «decisión» adquiere importancia superlativa pues es precisamente a partir de la constatación de la falta de libertad que se configura la hipótesis compulsiva en derredor de la cual se ubica la garantía en crisis.

BALDIVIESO no «decidió» concurrir a un hospital público. Lo hizo porque no contaba con medios que le garantizaran asistencia particular (posibilidad que le garantizaba el secreto profesional) y porque, como se señalara, era su vida la que dependía de una urgente asistencia médica.

El «riesgo» asumido por mi asistido dejó de ser tal desde el momento en que los médicos asistentes, violando su deber de sigilo, informaron a la autoridad de prevención de la existencia de cuerpos extraños en el organismo.

De hecho el dilema se plantea en términos inversos a los presentados en el voto analizado: el «riesgo» tomado por el justiciable en nada legitima la conducta de los médicos que, violando el secreto profesional, dieron aviso a la autoridad de prevención de la presencia de cuerpos extraños en su organismo. Pero –y lo más importante- si asumimos que el justiciable tomó un riesgo, de ello se sigue, nuevamente, la existencia de una opción adicional, la que, de haber sido explicitada en el voto de la mayoría, habría develado, tal como lo sostuvieran los Dres. Petracchi, Fayt, Belluscio y Bossert, que el justiciable se vio compelido a «optar» entre la cárcel y la muerte.

c) En el Considerando 9°, pletórico de afirmaciones dogmáticas, la cuestión sería presentada a partir de *«...los valores en juego en el proceso penal».* De esos valores (que no se identifican) se deduciría como «*...inadmisible plantear la cuestión de la prohibición de la autoincriminación desde la opción del a quo –prisión o muerte- puesto que el legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio* ***debe relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal. Así, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.»*** (el resaltado me pertenece).

Como vemos, el fallo de la mayoría parece contraponer dos bienes jurídicos: la vida de quien acude en demanda de urgente auxilio sanitario con la administración de justicia. Va de suyo que, aún de aceptar esta ponderación, sale claramente privilegiada la postura que sustenta la defensa, toda vez que una somera mirada al

Código Penal, con particular atención a la protección que se otorga a uno y a otro bien jurídico (vida y admnistración de justicia), nos demuestra claramente con cuanta intensidad el legislador penal ha privilegiada el primero de esos valores.

A ello se suma otro argumento que dexsnuda la irracionalidad del razonamiento: si fuera cierto que existen ciertos «*requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal*» con suficiente entidad como para fulminar la garantía que proscribe la autoincriminación compulsiva ¿cómo es posible que un principio tan fuerte sólo se haga valer cuando la violación del secreto profesional tiene lugar en un hospital público?

La falta de toda precisión sobre el punto desabastece la afirmación inicial de todo contenido, trastocándola en mera afirmación dogmática.

d) Llegados al Considerando 10°) encontramos un repliegue argumental igualmente circular. Y es que, tras reiterar que no medió engaño y que la acusada concurrió libremente al hospital público, concluyó el Tribunal en que no se vio comprometida la garantía.

e) Recién en el Considerando 11°) se intentó un primer desarrollo argumental sobre el tema, remitiendo al precedente «Schmerber vs. California».

Sin embargo nuevamente encontramos que el precedente en cuestión tampoco pudo hacerse valer a la hora de rechazar la violación constitucional.

A diferencia de lo que acontece en el caso, en Schmerber el justiciable había resultado hospitalizado como consecuencia de un accidente automovilístico. Pero –y lo más importante- en la misma escena del accidente y naturalmente **antes** de ser trasladado al hospital –es decir, sin que juegue en el caso la información obtenida al amparo del secreto profesional que sí fuera decisiva en Zambrana Daza- el policía afectado pudo advertir el aliento etílico así como los movimientos propios de un estado de intoxicación alcohólica del accidentado.

La secuencia habla, por sí misma, de la imposibilidad de adaptar los principios de la jurisprudencia a la que remitiera la Corte a casos como el que aquí nos ocupan.

Concluiría el fallo, tras la inadecuada cita del precedente norteamericano, que no se encontraban reunidas las circunstancias para nulificar lo actuado, sobre todo teniendo en miras que la autoridad policial cumplió con las obligaciones impuestas por el Art. 184, inc. 5 y 9 CPPN, conclusión que, naturalmente, nunca pudo reputarse derivación lógica de las premisas precedentes.

f) Tras replegarse, una vez más, sobre principios generales sin contacto con el caso en estudio (cita del precedente «José Tibold», Considerando 13) la mayoría se introduciría en ecuaciones utilitaristas, de acuerdo con las cuales la nulidad declarada había tornado «*...prácticamente imposible la persecución penal de graves delitos de acción pública...*».

Más allá de observar la falacia que subyace en la proposición analizada, que extrae una conclusión general a partir de un caso aislado, lo cierto es que la garantía en crisis no podría verse menoscabada a partir de cuestiones de política criminal. Y es que, aceptada la opción utilitarista ¿qué límites podría sortear un Estado ineficiente para cumplir con su función perquisitiva? Y, por otra parte, ¿quién los establecería?

g) En el Considerando 15°) la Corte develaría finalmente la orientación implícita en los considerandos precedentes, al señalar: «*...la nulidad decretada por el tribunal a quo en definitiva ha afectado los compromisos asumidos por la Nación al suscribir diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscripto en Viena el 19 de diciembre de 1988 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.072». Así, entre los aspectos principales del tratado*

corresponde mencionar la recomendación efectuada a los estados partes en el art. 3, inc. 6: 'Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en los referente a la comisión de esos delitos' «.

No sin poner en duda la afirmación de que el dispositivo legal transcripto contenga uno de los *«aspectos principales del tratado*», forzoso es señalar que la identificación que subyace en el razonamiento de la mayoría (la idea de que el ejercicio de facultades discrecionales incluiría el cercenamiento de garantías individuales, en el caso, la que proscribe la autoincriminación compulsiva) en modo alguno consulta la télesis de la norma en la que abreva.

Prueba de tal incorrección es que, como ya se señalara, los Dres. Petracchi, Fayt, Belluscio y Bossert encauzaron su análisis a partir de la doctrina del Plenario «Natividad Frías», y, tras analizar las distintas cuestiones en juego (el desarrollo se reseñará en los apartados que siguen) no solo reafirmaron la violación constitucional sino que concluyeron, razonadamente, en la falsía del argumento que predica la afectación de compromisos asumidos por la Nación tomando como base la citada Convención (v. Considerando 6° *in fine* del voto de la disidencia).

De hecho, en abono de la tesis aquí defendida, basta remitir a las previsiones de los arts. 1, «c» y 2 del Tratado en cuestión, que supeditan el establecimiento de medidas de coerción penal por los Estados Parte «*...a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico».*

Es decir que, contrariamente a lo sugerido en el voto en análisis, ninguno de los principios regulados en la Convención pueden entenderse derogatorios del sistema de garantías, tal y como es concebido en cada Estado miembro.

Es más, resulta igualmente imposible vislumbrar cuál es la base constitucional sobre la cual el voto de la mayoría asienta su predilección de un tratado que carece de jerarquía constitucional, privilegiándolo sobre otros -tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - que sí la tienen y que también involucran compromisos asumidos por la Nación.

h) En el Considerando 16 la cuestión sería evaluada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, concluyéndose que la interpretación ensayada por el *a quo* en el caso «Zambrana Daza», resultaba «*errónea y arbitraria».*

Se sostuvo, en tal sentido, que la noticia del crimen fue brindada por quien, de acuerdo con la normativa ritual (Art. 164 CPMP) tenía la obligación de hacerlo y que la obligación de guardar secreto no pudo hacerse valer pues, tratándose de delitos de acción pública, debía instruirse sumario en todos los casos, sin excepción (del Considerando 17 con cita del Art. 277, inc. 1° CP).

Por cierto que la previsión del Art. 167 del ritual -que expresamente **exceptúa** de la obligación legal impuesta a médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier rama del arte de curar, de denunciar los delitos allí donde «*...las personas mencionadas hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional*.- no fue conjugada con las aseveraciones anteriores, pese a que comportaba la única excepción reconocida a la obligación de denunciar instituida en el Art. 165 del mismo cuerpo legal (en el orden Nacional vigente las previsiones han sido unificadas en al Art. 177, inc. 2°).

Esa excepción fue tratada en el Considerando siguiente (18), como contrapunto de *«...las disposiciones de los tratados pertinentes y la ley federal de estupefacientes,»* haciéndose derivar, a partir de este silogismo la «*...flagrante*

violación a las reglas de supremacía de las normas previsto por el art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 238:546).»

Varias observaciones se imponen.

En primer lugar, es notorio observar que una doctrina excepcional del Tribunal de garantías como es la de la arbitrariedad de sentencias, se haga jugar para tildar de «irrazonable y errónea» una interpretación que viene siendo reafirmada por doctrinarios y magistrados de la talla de Carrara, Soler, Núñez, Frías Caballero,Vera Ocampo o Lejarza, entre muchos otros.

Pero, incluso haciendo abstracción de lo anterior, la interpretación aquí criticada no resiste el mínimo análisis lógico, pues, como se ha visto a lo largo de este desarrollo, se verifican paralogismos de la más variada índole.

A los vicios lógicos ya observados se suma este desprendimiento deliberado de las reglas y excepciones en materia de obligación de denuncia y violación de secreto profesional.

No es casual que la mayoría de la Corte acudiera a la previsión del Art. 164 CPMP (no alcanzada por la excepción regulada en el Art. 167, ya citado), en lugar de partir de la obligación específica del Art. 165 del mismo cuerpo ritual, que alude de manera específica a médicos y demás personas que profesan el arte de curar.

Trasladando esa estructura al actual esquema procesal, el contrapunto se construiría a partir del principio regulado en el Art. 177, inc. 1° (equivalente al Art. 164 CPMP, ambos fijando la obligación genérica de denuncia de los delitos de acción pública que lleguen a conocimiento de toda autoridad pública) y el 177, inc. 2° que, tal como lo hiciera el anterior ordenamiento ritual (Arts. 165 y 167) establece un régimen diferenciado para los médicos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar.

En ambos casos la solución legal es inapelable: la obligación de médicos, parteras, farmecéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar de denunciar delitos de acción pública conocidos en ejercicio de su profesión cede allí donde *«...**los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional».***

Pretender que esa prohibición supone la violación de la Convención o de la ley de estupefacientes, sin otro argumento que la regla del Art. 31 de la Constitución Nacional, importa tanto como habilitar al Poder Judicial a abrogar las garantías ciudadanas en nombre de la vigencia de Tratados internacionales que, como se vio, niegan expresamente la posibilidad de que cualquiera de sus recomendaciones suponga invadir la vigencia de garantías constitucionales de los países miembros.

La inconsistencia del argumento se agudiza a poco de reparar en que la doctrina sobre la que descansa tal construcción (Fallos 238:546) no sólo no abona la tesis aquí cuestionada sino que contribuye a reafirmar la tesis de esta defensa.

En efecto, en el caso en cita, la Corte revocó la sentencia apelada, que había otorgado un plazo de diez días al subinquilino de un inmueble para abandonarlo, pese a que la ley civil establecía uno de noventa días.

Al hacer referencia al principio de prelación de leyes tanto el Procurador como V.E. priorizaron la vigencia de la ley nacional –en el caso el Código Civil- por sobre el código de procedimientos.

Pero ocurre que la recta solución del caso se resuelve sin necesidad de acudir a normas penales (De todos modos el juego de los Arts. 157 y 277, inc. 1, «d» del Código Penal reafirma la tesis de esta parte, pues sólo podría entenderse obligado a denunciar, en los términos del segundo de los artículos, la autoridad pública no alcanzada por el deber de secreto y, particularmente, según la redacción adoptada por ley 25.246, quien *«...estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.»*.),

pues el dispositivo que obliga a denunciar delitos de acción pública adopta dos modalidades independientes: una genérica, instituida para todo funcionario o empleado público (Art. 177, inc. 1° CPPN) y otra específica (Art. 177, inc. 2°, ídem), dirigida a toda persona que ejerza cualquier rama del arte de curar, y en las condiciones reiteradamente expuestas aquí, es decir, dejando a salvo la hipótesis de que los hechos se hubieran conocido al amparo del secreto profesional, de manera que, incluso cuando de mantener la supremacía constitucional se trate, forzoso es concluir que la evidencia obtenida en las condiciones que se someten a estudio debe ser excluida del proceso.

i) Si bien el voto particular del Dr. Boggiano presenta una estructura lógica menos reprochable (pues renuncia expresamente, para la solución del caso, al examen de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas –v. Cons. 16-) sus conclusiones tampoco resisten el menor análisis frente al encomiable desarrollo que presenta el voto en disidencia, que corresponde analizar de seguido.

Me interesa señalar, en abono de la necesidad de modificar el precedente, que el hecho de que la solución adoptada por el Dr. Boggiano haya descansado en su propia inteligencia del juego de normas procesales y penales que establecen la obligación de guardar secreto, incluso cuando quien recibe la noticia del crimen es alguna de las personas obligadas a denunciar por la ley de rito, prescindiendo expresamente de los argumentos convencionales en que se apoyara el voto de los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez, pone incluso en crisis la idea de mayoría, cuestión que no ahondaré no sólo porque excede la discusión ínsita en el presente caso, sino además en el convencimiento de que la tesis propiciada por esta parte es la única que concilia con el sistema de garantías vigente.

IV. 3. El voto en disidencia de los Sres. Ministros Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert

Es interesante observar cómo las inconsecuencias planteadas en los párrafos que anteceden se disipan desde la perspectiva que ofrece el voto que emitieran los Dres. Belluscio, Petracchi, Fayt y Bossert, en su disidencia en Zambrana Daza.

Si bien el exhaustivo desarrollo seguido en la especie exime de mayores consideraciones y aconseja una remisión completa, procederé en lo que sigue a extractar las ideas centrales de dicho pronunciamiento.

El razonamiento del *a quo*, reeditando la línea de pensamiento que primó en el Plenario Natividad Frías (doctrina que equipara expresamente al caso –v. Considerando 3°)) destaca muy particularmente el hecho de que aquella jurisprudencia, con amplia adhesión doctrinaria y jurisprudencial, pueda reputarse «arbitraria», según la doctrina del máximo Tribunal en la materia.

A partir de esta idea, señalarían: *«...la interpretación de la cámara establece un juego armónico de todas las normas que coliden en el examen del caso, esto es, los arts. 164, 165, 167, 275, inc. 5°, del Código de Procedimientos en Materia Penal y 156 y 277, inc. 1°, última parte, del Código Penal. El medio que permite ese juego integral está dado por la extensión del secreto profesional respecto del médico que es, a la vez, funcionario público. En tal sentido, afirma el a quo: 'Tal situación no se ve alterada por el carácter de funcionario que pueden tener los médicos que integran los servicios de salud estatales, pues la ley no formula distinción alguna en este sentido, es decir, el carácter de funcionariop del médico no lo releva de la obligación de conservar el secreto profesional. Admitir lo contrario conduciría, como ya fuera señalado por Soler y Núñez, a la consagración de un privilegio irritante, pues sólo contarían con el secreto de sus médicos aquellos que pudieran pagar sus servicios privados" (fs. 248vta.). Fundado de esa forma el*

carácter ilícito de la denuncia que dio lugar al proceso de autos, la cámara declaró inválidas sus consecuencias de modo análogo a lo resuelto en el ya citado fallo plenario dictado in re 'Natividad Frías' (confr. fs. 248)» (Cons. 3°)

Inmediatamente se referirían los Sres. Ministros al carácter extraordinario que posee la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Cons. 4°) así como a la ausencia del recaudo de relación directa (Cons. 5°), afirmando, en este sentido, que más allá de la invocación de la garantías del debido proceso y la no autoincriminación, la decisión impugnada en «Zambrana Daza» contaba con motivaciones no federales suficientes.

En el Considerando 6° los Ministros analizarían la gravitación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, aprobada por ley 24.072. Si bien ya se hizo alguna referencia a la posición adoptada sobre el punto, entiendo útil transcribir los fundamentos sentados en este punto: «*...la decisión del a quo de encuadrar normativamente en el art. 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal los hechos investigados en la presente causa, es fruto del deber que tienen los jueces de calificar normativamente los hechos sometidos a decisión (Fallos: 310:2733, párg. 2736), y no producto de la 'facultad discrecional' a la que alude la convención internacional. A su vez, también determina tal conclusión la cláusula contenida en el inc. 11 del art 3° de la citada convención. Ella establece que 'ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho' (énfasis agregado). Ante tal disposición expresa, el postulado relativo a que la aplicación de una regla procesal válida razonablemente interpretada –cualquiera que sea su consecuencia- puede afectar los compromisos asumidos por la Nación al suscribir el convenio del que se trata, revela su propia falsía.»*

En definitiva, establecido que el presente proceso avanzó hasta esta instancia arrastrando, como vicio de nulidad de su origen, la violación de la garantía de no declarar contra sí mismo, corresponde hacer lugar a la presente queja, declarar procedente el recurso extraordinario y, sobre la base de las consideraciones desarrolladas, coherentes con la tesis sostenida por los Ministros Petracchi, Belluscio, Fayt y Bossert en el precedente «Zambrana Daza», disponer el dictado de un pronunciamiento con arreglo al sistema constitucional vigente.

V. PETITORIO

(...)

45. A. Dictamen del Procurador y comentario

A la hora de dictaminar, el señor Procurador General de la Nación –Esteban Justo Antonio Righi- entendió que los agravios planteados suscitaban cuestión federal (conf. Fallos, 320:1717, considerando 5°) y decidió apartarse de la doctrina de Fallos, 320:1717. Para ello analizó el conflicto de intereses a resolver desde la perspectiva del "secreto médico" y del "derecho a la intimidad" y sus normas reglamentarias. En lo que aquí interesa y partiendo de un erudito desarrollo respecto de las normas en juego consideró que la obligación de denunciar prevista por el art. 177 inc. 2 del CPPN no debía ser entendida con carácter concluyente ni aplicarse al caso concreto[11].

[11] Dictamen en autos S.C. B. 436, L. XL in re "Baldivieso, César s/ causa 4733" del 8 de agosto de 2006, publicado en la dirección telemática: http://www.mpf.gov.ar/biblioteca/dictamenes2.asp .

46) A. 1988. XLI, «La defensa de José Antonio Manzini» (dictamen favorable del señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pendiente de resolución)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. SOLICITA AVOCACION EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 16 DE LA LEY 48. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

EDUARDO ANTONIO DROMI (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2 Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a) La acusación. La sentencia condenatoria

En el requerimiento de elevación a juicio, el representante del Ministerio Público Fiscal que actuó durante la instrucción entendió que los hechos investigados encontraban encuadre legal en las figuras de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y lesiones leves en concurso real, que imputó a mi asistido y a sus coprocesados en carácter de coautoría (cf. fs. 651/674).

El agente fiscal que intervino durante el debate acusó a mi defendido como coautor del delito de robo en poblado y en banda, en concurso real con homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas.

Partiendo de la base de que, durante el tramo consumativo de la muerte de la víctima no se había probado que Mancini hubiese causado lesiones a C.R.E. -su hermano- propició su absolución en torno a este delito en particular (v. fs. 837vta. del acta de debate).

La querella, a su turno, adhirió al requerimiento de la fiscalía. (cf. fs. 838vta.).

Los miembros de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca condenaron a mi asistido –por mayoría- como

autor de los delitos de robo simple, homicidio doblemente calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y ***criminis causae,*** en concurso real con **lesiones leves**, a la pena de reclusión perpetua con más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. (cf. fundamentos de la sentencia agregados a fs. 850/921vta.).

Cabe agregar que los sentenciantes fijaron la plataforma fáctica remitiéndose al requerimiento fiscal de elevación a juicio.

La imputación penal así concebida fue delimitada como sigue. Así: «*El día martes 2 de enero del año 2001, alrededor de las 22:00 hs. C.R.E. llegó a su casa, sito* [sic] *en calle 9 de julio n° 192 del B° Marcos avellaneda a bordo de un automóvil marca Renault Clío color gris y al estacionarlos sobre la vereda de dicho domicilio apareció por detrás el imputado* C.V.A. *quien, momentos antes, junto a* ***Manzini*** *y* A.J.M. *habían estado esperando a la víctima en cercanías de su domicilio, con el fin de tomar represalias a raíz de los supuestos dichos vertidos por C.R.E. en contra de* C.V.A.*, el día anterior, con los que lo calificaba de «gay». Es entonces que el imputado* C.V.A. *increpó al conductor del rodado, haciendo éste caso omiso prosiguiendo con las maniobras de estacionamiento, oportunidad en que aparece en escena el imputado José Antonio Manzini, quien por delante del Renault Clío rodea al conductor del vehículo. Bajo estas circunstancias* C.R.E. *extrae del interior de su auto un bate de béisbol y se baja con éste. Al momento que* C.R.E. *cerraba el vehículo,* C.V.A. *se abalanza contra él juntamente con Manzini y comienzan a golpearlo, mientras que* A.J.M.*, quien ya se había acercado al lugar, se ubica al frente de* C.R.E.*, automóvil de por medio, y le arrojó a éste en dirección a la cabeza una botella de vidrio, impactando la misma contra la pared del interior de la casa de la familia. Ante tal situación* C.R.E. *pidió auxilio llamando a su hermano C.G.F., por lo que el imputado Manzini despojó a la víctima del bate y juntamente con los otros dos,* A.J.M.*y* C.V.A. *corrieron hacia la esquina. Seguidamente C.R.E. y C.G.F. ascendieron al vehículo Renault Clío con la finalidad de ir en busca del bate que le habían sacado, y se dirigen por calle 9 de julio hacia el sur. Cuando los hermanos llegaron a la ochava donde está ubicado el Club Salta Central, encontraron a los tres agresores,* C.V.A.*, Manzini y* A.J.M.*, dos sentados en la vereda y uno parado. Los hermanos estacionaron el automóvil a la altura del domicilio de la familia Martinez sito en calle José Cubas N° 191..., y descendieron del mismo a los fines de requerir el bate a sus agresores, adelantándose C.G.F., oportunidad que el imputado Manzini ante la orden de ataque de* C.V.A. *se dirigió hacia C.R.E. y a una distancia de aproximadamente tres o cuatro metros de éste desistió, porque los imputados* A.J.M. *y* C.V.A. *ya se encontraban pegándole. En ese momento Manzini gritó a* A.L.M. *por ayuda, a los fines de ocuparse de C.G.F., juntamente con Solohaga. Manzini que tenía en la mano el bate, la aplica un fuerte golpe de derecha a izquierda a la altura de la cabeza a C.G.F. quien se desplomó cayendo al suelo encontrándose en estas condiciones los coimputados* A.L.M.*, Solohaga y* A.J.M. *siguieron golpeándolo, pegándole este último con una piedra; luego se dirigen contra C.R.E. y continúan la agresión contra éste. Por efecto de ello y tras seis días de agonía, C.G.F. murió por una falla multiorgánica, consecuencia de un traumatismo cráneo encefálico grave, determinante de una hemorragia cerebral masiva con producción de una hematoma a tensión, además de fractura en base de cráneo y hemorragia del tronco cerebral, y las lesiones de C.R.E.*....» (el destacado me pertenece).

Así fijados los hechos, el Tribunal procedió a reseñar en lo sucesivo los elementos de juicio reunidos durante el debate, concretamente los testimonios deC.R.E. (ver fojas 853/856vta. de la sentencia de mérito), refiriendo que durante la pelea forcejeó con dos personas, en tanto C.G.F. lo hacía con un tercero; de **Eva María Oliva de Martínez** (ver fojas 856vta./857vta.), quien sólo reconoció a hermanos C. sin poder

identificar con quién peleaban o cuántas personas se encontraban involucradas en la reyerta; de **Marcos Alejo Rizo** (confr. fs. 857vta.), quien manifestó haber presenciado el primer encuentro entre los C. con mi asistido, C.V.A. y A.J.M.. También se reseñaron los testimonios de **Lilia Ana Ponce de Pérez** (confr. fs. 861) pese a que según lo reconoció expresamente sólo presenció el traslado de C.R.E. ya herido; de Patricio Gerardo Muro (confr. fs. 862), quien presenció el golpe mortal, señalando que C.G.F. cayó «*...pegando contra el cordón cuneta...»,* para luego levantarse; de **Mario Walter Trentini** (ver fs. 863), dando cuenta únicamente de una pelea tumultuosa, sin otras precisiones; de **Miguel Oscar Molina** (conf. fs. 863), quien solo relató la existencia de una reyerta; de **Sergio Rafael Moreno** (conf. fs. 859vta.), quien tampoco efectuó precisiones; de **Blanca Nelly Pacheco de Palacios** (conf. fs. 860), quien sólo observó el primer encuentro de mi asistido, C.V.A. y A.J.M. con los hermanos C.; de **C.R.G.** (conf. fs. 865vta.), quien también presenció el primer tramo, afirmando que fueron los C. quienes salieron en persecución del trío y, finalmente, de **A.G.N.** (fs. 866vta.), quien aseguró que la víctima increpó a mi asistido a que arrojara el bate, no pudiendo precisar si, en su caída, C.G.F. impactó con algo.

Asimismo, y pese a que no presenciaron ningún tramo de la pelea, se reseñaron los testimonios de **Omar Daniel Oyola, Daniel Luis Gladstein, Omar Antonio Toledo y de Roque Eduardo Flores y Cristian David Barrionuevo**.

Aunque acordaron sobre la plataforma fáctica, los miembros del Tribunal dividieron sus votos a la hora de dar encuadre legal al hecho en cuestión.

Así, al planteo de la defensa preactuante, conforme al cual mi asistido sólo debía responder como autor del delito de homicidio preterintencional, respondieron los sentenciantes, Dres. Roberto Dionisio Mazzucco –desarrollando el voto- y Juan Carlos Sampayo –por adhesión-: «*...Que en el caso de autos el medio empleado estaba dotado de razonabilidad letal, no otra cosa puede inferirse de la utilización de un bate de béisbol. Pero como se ha dicho también resulta importante tener en cuenta la forma en que se utilizó dicho elemento,...Que en el caso de autos es indudable el poder vulnerante del medio empleado, y la forma en que se lo empleó, utilizándose una gran fuerza y en cuanto al elemento subjetivo debe merituarse que conforme lo relatado por el testigo Ramón Alfredo Díaz...cuando los acusados se retiran del lugar llevan el bate «como jugando», asimismo el coimputado* A.J.M. *en su declaración de fs. 388/390 expresó que cuando salieron Mancini llevaba el bate y «haciendo burla decía «le he pegado en la cincuenta y le he dejado la sien». Por tanto esa conducta posterior, deben* (sic) *ser tenida en cuenta para tener por acreditado el dolo homicida, y por tanto descartada totalmente la absurda e inconsistente pretensión de que podría llegar a considerarse a este homicidio como preterintencional.»*

El encuadre legal adoptado se construyó en los siguientes términos: «*...surge con claridad que en el acusado* C.V.A. *existía el convencimiento más allá de haber sido o no cierto que los hermanos C. lo habían ofendido en su masculinidad. Que tal extremo fue el generador de un resentimiento irracional que motivó que* C.V.A. *se pusiera de acuerdo con Manzini,* A.J.M., A.L.M. *y Zoloaga para llevar a cabo una feroz venganza en contra de los hermanos C.*...» (v. fs. 897) Citaron, en apoyo de los alcances volitivos de la conducta desplegada, la versión de Eva Ma. Oliva de Martínez, quien se refiriera al grupo de acusados como integrantes de una «barrita».

Continuaron los sentenciantes: «*Que si bien en un primer momento en dicha agresión toman parte sólo tres de los acusados esto es* C.V.A., A.J.M. *y Manzini, ...ello no fue sino una provocación perfeccionada incluso con el desapoderamiento del bate y el lanzamiento de una botella, provocación destinada a hacer que ambos hermanos se dirigieran a la esquina del Club así C.R.G. señaló que los*

hermanos C. 'salieron enfurecidos rápido a buscarlos a esos tres, él pensó que ellos iban a buscarlos por venganza. A tal fin se ubicaron en una tapia en forma también provocativa los tres acusados al respecto C.R.E al declarar en el debate expresó que lo que determinó que ellos se detuvieran en su trayecto a la policía, fue el hecho de que «esta gente estaba subida a la tapia y le gritaba y le hacían señas y ellos frenaron. Se bajaron del vehículo'. Los tres acusados sabían de antemano que para esa siniestra emboscada contaban con el apoyo de A.L.M. *y Zoloaga a quienes una vez que estaban los hermanos C. en el lugar llamaron, de lo que da cuenta el mismo C.R.E. cuando expresara que el que estaba arriba de la tapia es el mismo que lo habló por la ventanilla y que le salió por atrás y era el que llamaba a los de la cancha, es decir* C.V.A. *primo de* A.L.M. *y de Zoloaga conforme lo declarado por los mismos, ello se ve avalado por los testimonios de Patricio Edgardo Muro 'alguien silva y dice 'eh muchachos', y saltan cuatro personas más desde la tapia los acusados Zoloaga y* A.L.M.*....', de Omar Antonio Toledo que su hijo que lo apodan «Pita» le dijo que él estaba regando la cancha con* A.L.M. *cuando éste es llamado para ir a pelear; de Ramón Alfredo Díaz quien manifiesta que «dos chicos se suben a la pared de casi la esquina desde afuera...y gritan 'vamos a pelear'. Es decir que surge así acreditado que a instancias de* C.V.A. *los cinco acusados se habían puesto de acuerdo previamente para tomar una venganza mortal en contra de los hermanos C.* (...)*...el accionar de los acusados debe ser encuadrado en la figura prevista en el art. 80 inc. 7° del C. Penal, esto es el denominado homicidio 'criminis causae', esto es la muerte de un ser humano por otro ser humano llevada a cabo dolosamente y con la intención de procurar la impunidad con relación al delito ya cometido, esto es el robo* (...) *si bien el autor que asestó el golpe mortal a C.G.F. fue* A.J.M.*, como se expresara ut supra tal acción desplegada fue concomitante con los demás actos materiales consumativos llevados a cabo por los demás acusados, por tanto corresponde sean considerados coautores*».

Como se apuntó anteriormente, el Tribunal sentenciante se dividió a la hora de asignar el reproche jurídico a los justiciables.

Procedo, en consecuencia, a transcribir los pasajes pertinentes del voto en disidencia del Dr. Carlos Alberto Rosello «*...luego del primer incidente,* C.V.A., *Manzini y* A.J.M. *escapan corriendo hacia la tapia del Club Salta Central, los cuales son perseguidos por C.R.E. y C.G.F., los que una vez ubicados, detienen el automóvil, y se dirigen hacia ellos, generándose la segunda pelea. Que todo ello sucedió rápidamente, de inmediato. Que en el momento inicial de este segundo suceso, se encontraban solo los tres acusados mencionados y los dos hermanos. En la riña participan en un principio* C.V.A. *y el tercero –*A.J.M. *para algunos, no identificado por otros-, contra C.R.E. y Manzini, enfrentando a C.G.F.. El único que poseyó el 'bate' a lo largo de todo el incidente fue Manzini, quien fue el autor material del único y mortal golpe que produce la muerte de C.G.F,...También se colige de los testimonios aludidos, que el golpe mortal fue asestado de manera inmediata al inicio del suceso, y con anterioridad a la supuesta y confusa participación en la gresca de otras personas. Los testigos se expiden en forma discrepante en cuanto a la presencia de los acusados* A.L.M. *y Zolohaga en la reyerta, también siendo opinión divergente si los mismos participaron desplegando actos materiales de agresión, se limitaron a observar, o si alguno de ellos actuó para separar a los contrincantes. Se repara también de los dichos testificales, que la visibilidad en la noche y momentos de la pelea era escasa...Que la denominada pelea, tiene gestión y desarrollo autónomo del primer incidente, el cual se agota en su materialidad cuando los participantes en él cejan su acometimiento y se retiran del lugar de ese suceso. Avala lo dicho la eventual concurrencia de los hermanos C. al escenario de la tragedia, si se tiene en cuenta que*

al decir del testigo C., debido a lo que él supone ánimo de venganza, o al propio dicho de C.R.E., que con su hermano se dirigen hacia la policía. De ello también deviene la ausencia de un acuerdo previo, entre los participantes, según las pautas y exigencias contenidas por el dolo específico requerido por la figura especial del Homicidio contenido en el art. 80 inc. 6to. del C.P».

En torno a la concurrencia del tipo del artículo 80, inciso 6° del Código Penal, el vocal entendió que no concurría el nexo causal o la conexión final inherentes a la figura en cuestión y que, por lo demás, según una recta inteligencia de las reglas de participación criminal, tampoco podía predicarse la coautoría o complicidad de C.V.A. y A.J.M. en el homicidio. Concluyó el Dr. Roselló: «*...me expido por la concertación para emprender la pelea y distribuyo las consecuencias de la misma en forma individual, excediendo la acción homicida particular (animus necandi) emprendida por su autor, la mera voluntad nocendi propuesta de manera convergente*».

b) El recurso de Casación. Su rechazo

A fs. 1/7vta. del Expte. Nro. 37/02 de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación -que corre por cuerda- obra agregado el recurso de casación deducido por el Dr. Victor Guillermo Castro en favor de José Antonio Mancini.

En esa presentación, el letrado se agravió de la condena impuesta por considerar que se había vulnerado la garantía del debido proceso, en tanto el justiciable fue condenado como autor del delito de robo pese a que ni en las sucesivas indagatorias recibidas ni en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, se incorporó ese supuesto de hecho en particular.

Consideró que la conducta en concreto en modo alguno pudo entenderse incluida -tal como se sostuviera en la sentencia- en el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Destacó en este sentido que la mera referencia a la toma del bate no podía equipararse a una imputación formal, susceptible de habilitar la acusación en juicio por el apoderamiento ilegítimo.

Concluyó que, en consecuencia, la subrepticia acusación en torno a la figura de robo irrogaba a su asistido un gravamen irreparable, en desmedro de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.

El letrado apuntó que si la inclusión ilegítima de la figura de robo por parte del Fiscal de juicio, resultaba de por sí objetable en clave constitucional, la posterior condena -por mayoría- incluyendo, a su vez, el delito de homicidio *criminis causae* devenía aún más inexplicable y gravosa para su asistido, teniendo en cuenta que ni el Fiscal de juicio ni la querella acusaron a los justiciables en torno a esta última figura.

Destacó, en este orden, que la condena así impuesta violentó la previsión del art. 375 del la ley ritual, que expresamente establece: «*Si de la instrucción o del debate surgiera la continuación del delito atribuido o una circunstancia calificante no mencionada en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, el Fiscal de Cámara deberá ampliar la acusación. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias el Presidente procederá conforme a los arts. 294 y 295 e informará al defensor y al Fiscal que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar la acusación o defensa.*»

Concluyó el letrado que la vulneración a la garantía del debido y proceso y la defensa en juicio redundaba en la nulidad de la sentencia, de conformidad con las previsiones de los arts. 165, 166, inc. c y 371 del Código Procesal Penal provincial.

Se agravió, finalmente, de la calificante regulada en el art. 80, inc. 6° del Código Penal, siguiendo en lo sustancial, el razonamiento del Dr. Roselló en su respectivo voto en disidencia.

A fs. 97/105 se agregó la sentencia número ocho del 28 de octubre de 2002, por medio de la cual los miembros de la Corte de Justicia de la provincia de Catamarca resolvieron, por unanimidad, no hacer lugar a los recursos articulados por las defensas de los justiciables.

En respuesta a los agravios deducidos por la defensa de mi asistido, los miembros del Tribunal rechazaron la existencia de violación al principio de congruencia en el entendimiento de que, más allá del distinto encuadre legal finalmente adoptado por la mayoría, *«...el hecho descripto en el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia es idéntico, existe una correlación entre los mismos, ya que en ambos se hace referencia al apoderamiento ilegítimo del bate de béisbol...Los imputados y los defensores han tenido cabal conocimiento de los hechos atribuidos y por ende la posibilidad de defenderse tal como ocurrió en el debate según consta en el acta correspondiente –ver fs. 839/839vta.- oportunidad en la que el Dr.. Víctor Guillermo Castro se limitó a expresar «Que tampoco corresponde el robo agravado en poblado y en banda porque su asistido no fue intimado por ese delito. No hay indagatoria sin acusación, es de aplicación el principio de la congruencia.* ***No puedo defenderlo así porque no fue nunca indagado por robo****. Que es obvio que se rechace esta imputación porque no fue materia de juicio...», sin efectuar planteo concreto alguno,* ***de ahí que aún si hubiera existido una irregularidad, impide su declaración el consentimiento del interesado, pues los derechos deben hacerse valer en la forma y oportunidad que correspondan, por lo que quién*** (sic) ***tuvo a su alcance el medio de impugnación y no lo hizo, presta su conformidad a los eventuales vicios procesales que puedan haber existido y tal conformidad trae aparejada la aceptación (en sentido análogo CN Civil Sala B 26/10/83 «Donalisio de Dacoro, Elsa c/ Herbin, Enrique» La Ley 5/4/84)»*** (el destacado no corresponde al original).

Respondiendo al error de subsunción legal denunciado por el letrado, respondía el *a quo: «En lo atinente a la última cuestión planteada por el referido letrado fundada en el art. 456 inc. a del C.P.P. en cuanto a la errónea aplicación de la doble calificante del homicidio «criminis Causae» y por el «concurso premeditado de dos o más personas», ya que las mismas no son avaladas por el cuadro probatorio existente en autos, debiéndose –a su criterio- calificar el hecho como homicidio simple,* ***de su sola lectura, surge sin hesitación alguna que el recurrente solo pretende que el tribunal de casación efectúe una nueva valoración de la prueba que fundamentó el decisorio del Tribunal «a quo», sentencia en la que y luego de discurrir por la misma no se advierten vicios o vacíos lógicos que afecten su motivación. Pero es bien sabido*** *que por la vía del recurso de casación aquello no es posible, toda vez que* ***la casación no es una segunda instancia*** *y no está en la esfera de sus poderes revalorar la prueba y juzgar los motivos que formaron la convicción del juzgador...En síntesis, el recurrente ha expresado sus discrepancias con la valoración de la prueba reunida en autos...pero dicha discrepancia no puede nunca fundamentar un recurso de casación; toda vez que* ***la Corte de Justicia****, al entender en el recurso,* ***debe limitarse a poner tales hechos en rerlación con la norma de derecho que rige el caso, siéndole vedado legalmente entrar a valorar los delementos probatorios sobre cuya base se establecieron los hechos en la sentencia...»*** (el destacado me pertenece).

c) El recurso Extraordinario. Su rechazo

A fs. 1/17 del expediente N° 81/02 del registro de la Corte de Justicia de Catamarca, obra agregado el recurso extraordinario federal deducido por la defensa preactuante, que asumiera la representación de la totalidad de los imputados en la causa.

Se agraviaron de la decisión por la cual se rechazaron los recursos de casación

a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, tanto en lo fáctico como en lo normativo. Puntualizaron, en abono de esa postura, que la decisión impugnada suponía un excesivo rigor formal, que importaba, en la práctica, la desnaturalización de la garantía de revisión del fallo condenatorio.

Destacaron, en este orden, que la Corte local descartó de plano la alegada violación al principio de congruencia, sobre la base de afirmaciones dogmáticas y absolutamente inconducentes para la dilucidación del caso.

Señalaron asimismo que la arbitrariedad normativa de la sentencia de mérito convalidada por el *a quo*, resultaba evidente, como lo era asimismo que el reproche se construyó pura y exclusivamente a partir de una creación subjetiva de la mayoría del Tribunal sentenciante.

De esta forma y toda vez que los vicios de fundamentación denunciados redundaron en una flagrante afectación a las garantías de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso penal, entendieron que se imponía la habilitación extraordinaria solicitada.

El 10 de marzo de 2003 (cf. auto n° 4 del registro del Tribunal Superior obrante a fs. 20/21 vta. del Expte. 81/02) la Corte de Justicia local decidió denegar el recurso extraordinario. Se adujo, en ese sentido, que la defensa no había introducido la pertinente reserva del caso federal.

d) El Recurso de queja por extraordinario denegado

A fs. 229/253 obra el recurso de hecho interpuesto por la defensa técnica oficial de José Antonio Mancini.

En dicha pieza se denunció la violación al principio que impide condenar cuando no media acusación fiscal (fs. 236/238), la racionalización al principio de congruencia (fs. 240/43vta.), la aberrante calificación de los hechos como homicidio agravado (arbitrariedad normativa, fs. 243vta./251vta.) y la violación al derecho a la doble conforme (fs. 251vta./253).

e) El dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, cuyos términos fueron compartidos por V.E.

Articulado el recurso de mención, el día 11 de mayo de 2004 el Sr. Procurador Fiscal ante esa Corte, Dr. Luis Santiago González Warcalde emitió dictamen a raíz de la consulta de rigor formulada por V.E. (cf. fs. 301/307 del Expte. 81/2002).

En su respectiva pieza, el representante del Ministerio Público abordó separadamente los planteos impetrados por esta defensa en su presentación directa.

Tales agravios fueron identificados del siguiente modo:

«*1) Tanto el fiscal como la querella habían solicitado su absolución* [Mancini] *respecto del delito de lesiones leves, e igualmente fue condenado por el tribunal oral. 2) Ilegítima ampliación de la acusación durante el juicio por el delito de robo en poblado y en banda. 3) Dar por válida una acusación sin defensa, seguida de una falta de intimación por parte del tribunal al letrado defensor para que procediera a la defensa técnica y posterior condena por robo simple. 4) Condena por un hecho que dio lugar a la calificante de 'criminis causae', que no había sido materia de indagatoria, procesamiento, requerimiento de elevación, ni acusación, ya sea del fiscal o la querella durante el debate. Asimismo, alegó arbitrariedad en la decisión que confirmó las violaciones constitucionales de la sentencia condenatoria, al denegar la casación local y rechazar el remedio extraordinario sobre la base de excesiva latitud*» (fs. 303vta.).

Los agravios identificados como 1, 2 y 3 tuvieron favorable acogida, toda vez que el Sr. Procurador adhirió a los planteos oportunamente formulados por la defensa (cf. fs. 303vta./335vta.).

En punto al planteo rubricado bajo el número 4, se destacó la ilogicidad del razonamiento que condujo a la calificación del hecho como homicidio calificado (fs. 305vta./306) a lo cual se adunó que: «...*con acierto lo indica la defensa de Mancini, al referirse al plan premeditado: ¿Cómo sabían los encartados que los hermanos C. los iban a ir a buscar, si eso dependía exclusivamente de la voluntad de éstos últimos? Además, si fue C.R.E. el que, según el tribunal, despertó 'un sentimiento de venganza irracional' en* C.V.A.*, ¿cómo es que C.R.E. sólo recibió unas lesiones leves y Mancini que no tenía interés directo en la reyerta en sí, en lugar de agredir a éste, se dirigió directamente a matar a C.G.F., con quien no había confrontado previamente y a quien tampoco pudo involucrar en el ataque verbal dirigido a* C.V.A.*?. Es que, existió una independencia de contexto autónoma y bien definida –más allá de compartir cierto escenario-, en los que, por un lado, C.R.E. peleaba con* C.V.A. *y* A.J.M. *y, por otro, Mancini hacía lo propio con C.G.F. Esto resulta, en principio, consecuente con el pedido del fiscal y la querella de absolución de Mancini por las lesiones leves que sufriera C.R.E.*» (fs. 306vta./7).

Por último y luego de censurar desde la perspectiva del principio de culpabilidad la idea según la cual: «...***la mera presencia* [genera], *ipso facto, la atribución de una ilegítima responsabilidad objetiva, siempre que se verifique la afectación de algún bien jurídico***» (fs. 306vta., destacado agregado), concluyó el Sr. Procurador afirmando que: «*En todo lo hasta aquí enunciado, y en particular en lo que se refiere a la recta aplicación de la ley penal, la corte local omitió toda consideración, incurriendo, en consecuencia, en una arbitrariedad, por cuanto confirmó dogmáticamente los lineamientos de la sentencia condenatoria que desvirtuaba la ley aplicable a las contingencias comprobadas de la causa, al considerar simplemente que los agravios traídos se vinculaban con cuestiones de hecho y revalorización de la prueba producida.* ***Ello así, en la medida que sin modificar los hechos tal como se tuvieron por probados, admiten una solución diferente del litigio, al tiempo que a todas luces más beneficiosa para los condenados***» (fs. 307/vta., destacado agregado).

En razón de ello, propició que V.E. declarara procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, dejase sin efecto la sentencia apelada (fs. 307vta.).

El día 19 de agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al momento de emitir sentencia en estos actuados remitió *in totum* (con ciertas salvedades por parte de la minoría integrada por los Dres. Fayt y Vázquez) al dictamen del Sr. Procurador Fiscal y, por ello, dejó sin efecto la sentencia recurrida (cf. fs. 308/9).

f) El reenvío dispuesto por esa Corte a la Cámara en lo Criminal de la Primera Nominación de Catamarca

El día 16 de septiembre de 2004 y sin haber realizado audiencia de *visu* de ninguna especie (art. 41 del Código Penal), la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la Provincia de Catamarca dictó sentencia en el marco del reenvío dispuesto oportunamente por V.E (cf. fs. 942/53 del Expte. 171/01).

En dicho acto procesal, la mayoría del tribunal luego de criticar los fundamentos brindados por el Sr. Procurador en su respectivo dictamen redefinió la situación procesal de todos los originariamente condenados.

Así pues y a la par de legitimar el criterio sentado por V.E. en «Marcilese» (fs. 944), censurar la supuesta violación al «principio de congruencia» (fs. 947vta.), afirmar que el tribunal en forma alguna podía suplir a la defensa en la elaboración de sus estrategias (fs. 948vta.), admitir la «perversidad brutal» como factor de agravación

(fs. 949vta.) y criticar al Sr. Procurador por haber remitido a las consideraciones de la defensa técnica (fs. 950), la Cámara adoptó los siguientes temperamentos.

En primer lugar, absolvió a A.L.M., A.J.M., C.V.A. y José Antonio Mancini por el delito de lesiones leves perpetrado en perjuicio de C.R.E. (fs. 952vta.).

Del mismo modo, dispuso la absolución de Solohaga, A.L.M., A.J.M. y C.V.A. respecto del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (fs. 952/53vta.).

Por último y en lo que aquí importa condenó a José Antonio Mancini a la pena de 25 años de reclusión bajo el título delictivo del homicidio simple (fs. 952vta.).

La mayoría del tribunal justificó dicha solución (sin mayores especificaciones en punto a la figura normativa escogida) afirmando que: «*En cuanto a las pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 del C. Penal,* ***debe merituarse que si bien existe una falta de antecedentes computables conforme Planilla Prontuarial de fs. 167 e Informe del Registro Nacional de Reincidencia de fs. 527. El informe socio ambiental de fs. 450 favorable al encartado ha sido faccionado en base a lo manifestado por la madre y de lo que se deja constancia en dicho informe lo que encuadra en las previsiones del art. 240 del C.P.P. por tanto su valor probatorio es casi nulo****. Debe considerarse la naturaleza de la acción desplegada, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión que* ***demuestran una gran peligrosidad****. A lo que se suma su* ***precocidad****: 'Constituyen síntomas inequívocos de peligrosidad la precocidad delictiva y la capacidad mental que superan la estimación de la falta de antecedentes del causante y tornan ajustada a derecho la imposición del máximum de la pena prevista para el delito' (C.F. Cap. 16/12/70, LL 140-638). A todo ello se suma la* ***falta total de arrepentimiento*** *por parte del acusado con relación al brutal delito cometido. Por todo ello y* ***habiendo tomado conocimiento directo y de visu del acusado de que se trata, consideramos justa, razonable y ajustada a derecho, la pena de veinticinco años de reclusión más accesorias de ley***» (fs. 951/vta., destacado agregado).

En su voto en disidencia, el Dr. Carlos Alberto Roselló entendió que la conducta de Mancini podía encuadrarse dentro de los cánones típicos del delito de homicidio simple. Sin perjuicio de ello consideró racional la aplicación de una pena que ascendía a los diez años de prisión (fs. 952).

g) El recurso de casación

Contra el decisorio de referencia, la defensa técnica de José Antonio Mancini interpuso recurso de casación; remedio pues, que fue concedido por el *a quo* el día 20 de octubre del 2004 (cf. fs. 1/20 y 27 respectivamente del Expte. 217/04; 61/04).

En su respectiva presentación, la defensa tachó de arbitraria la sentencia de la Cámara Primera (fs. 12).

En efecto y como primera medida, se sostuvo que el encuadre normativo del hecho imputado había resultado equivocado. En detrimento del homicidio simple, hubo de apelarse a la figura atenuada del homicidio preterintencional, todo lo cual debió conducir a la aplicación de una pena sensiblemente inferior a la finalmente estimada (fs. 1vta. y ss.)

Por otro lado, se impetró la nulidad de la sentencia toda vez que en su exégesis no se describió correctamente cuál fue, en definitiva, la plataforma fáctica que motivó la condena (fs. 10).

En esta óptica y luego de bregar por la recalificación de los sucesos tomando como base normativa el delito de homicidio preterintencional, la defensa dejó

entrever que el deceso de C.G.F. se produjo no sólo como consecuencia del golpe proferido por Mancini con el bate, sino también por la posterior caída del occiso en la cuneta (fs. 14vta.).

Asimismo, se adujo que de acuerdo al modo en que fue usado el bate, aquél no resultaba idóneo como para provocar el resultado en los términos que a este respecto establece el artículo 81 CP (fs. 14vta.).

Por ello, la defensa solicitó a la Corte Provincial que asuma competencia positiva (en orden a no agudizar más la violación al derecho al plazo razonable de duración del proceso) y de ese modo, redefina normativamente los hechos enjuiciados, agregando a ello que en la especie no existió dolo homicida, sino antes bien, una mera intención de lesionar (fs. 18/vta.).

Por último, destacó que en caso de no compartirse la argumentación expuesta, se deje subsistente la calificación del homicidio simple, mas con una sensible reducción de la pena impuesta. Así también, expresó la desmesura de la sanción aplicada, del mismo modo que su falta de justificación concreta –arbitrariedad- (fs. 18/9/20).

El día 17 de marzo de 2005, y a través de la sentencia número 1, la Corte de Justicia de Catamarca acogió parcialmente el recurso articulado por la defensa de José Antonio Mancini.

Tal pieza procesal rechazó todos aquellos agravios referidos a la valoración de las pruebas, como así también el atinente a la calificación jurídica, en el entendimiento de que la «...***calificación legal también fue determinada por el señor Procurador sustituto al eliminar las agravantes impuestas, por lo que pretender –ahora- calificar el hecho en la figura de Homicidio Preterintencional o en otras más benévolas constituiría –más allá de que se comparta o no- un alzamiento hacia el superior que ya se expidió sobre el encuadre legal, el que fue perfectamente respetado por el Tribunal emisor de la nueva sentencia***» (fs. 39vta., destacado agregado).

Por el contrario, el planteo que censuró la concreta justipreciación de la pena tuvo favorable acogida en la Corte de Justicia local.

Así pues y en primer término, el Dr. Oviedo expresó que: «…*se aprecia con suficiente claridad que existe una falta de motivación que torna al decisorio en arbitrario, al no explicar concretamente de que manera la 'precocidad delictiva' y la 'capacidad mental' superan la estimación de* ***la falta de antecedentes del causante****, ya que sobre la cuestión, se limitaron a transcribir un párrafo jurisprudencial, que solamente dice ello, pero nada dice sobre el caso concreto que aquí nos ocupa. Por ello, considero que con relación a éste tópico, la sentencia carece de motivación suficiente que la torna en arbitraria, ya que el Tribunal inferior debió tener en cuenta la falta de antecedentes computables del causante, que lo coloca en una situación de 'primerizo'*» (fs. 40/vta., énfasis en el original).

En virtud de las razones expuestas, el magistrado, sin brindar mayores datos al respecto entendió aplicable la pena de 18 años de prisión (fs. 40vta.).

Por otro lado, el Dr. Cáceres, luego de formular una pretendida distinción entre la «precocidad delictiva» y la «precocidad en la comisión de un delito» (fs. 42vta.) estimó que: «*El fallo en crisis lo que tendría que haber hecho en primer lugar es analizar en el caso concreto si la precocidad debe jugar como un atenuante o agravante como ya se expresara ut- supra. Y creo que estamos ante un caso de precocidad en la comisión de un delito y no de precocidad delictiva* (...) *Sin lugar a dudas estamos en presencia, dada la juventud del encartado, de una persona que delinque en función de su inmadurez, es decir precocidad en la comisión de un delito*» (fs. 42vta./43).

Así pues y en este sentido, adunó que la sentencia impugnada había valorado como agravante lo que en verdad operaba como atenuante y, por ello, el acto

sentencial resultaba arbitrario (fs. 43/vta.).

Sin brindar mayores explicaciones al respecto, el Sr. Juez propugnó la aplicación de una pena de 20 años de prisión (fs. 43vta.).

Por último, la Dra. Sesto de Leiva adhirió a la fundamentación ensayada por ambos magistrados, sin perjuicio de lo cual, coincidió con el último de ellos en punto a la cuantía punitiva, de modo que estimó correcto aplicar una sanción de 20 años de prisión (fs. 43vta.).

h) El Recurso extraordinario federal

A fs. 52/61 (Expte. CSJN) constan copias de la presentación federal impetrada por la defensa técnica de Mancini.

Allí y luego de reiterar todos aquellos agravios oportunamente articulados en los recursos otrora allegados, se cuestionó la pretendida hermenéutica que se formuló en punto al dictamen emitido por el Sr. Procurador, toda vez que este último si bien había propiciado la eliminación de las agravantes, en lado alguno sostuvo que el hecho debía ser encuadrado dentro de las prescripciones concretas del homicidio simple (fs. 58/59/vta.).

Asimismo, se volvió a propiciar la redefinición del evento bajo el encuadre del homicidio preterintencional y, a la par de ello, se solicitó la reducción de la pena aplicable (fs. 60/vta.).

Como último punto, la defensa requirió que la sentencia recurrida le fuese notificada en forma personal (y urgente) al propio Mancini (fs. 60vta.).

El día 29 de junio de 2005, mediante el auto interlocutorio nº 31, la Corte de Justicia de Catamarca denegó la concesión del recurso extraordinario federal articulado por la defensa privada de Mancini.

A tales efectos, negó que la sentencia recurrida pudiese ser calificada como arbitraria (fs. 62 del Expte. CSJN) y por ello: «*...el decisorio impugnado no encuadra en ninguno de los expresados conceptos, ya que cuenta con fundamentos suficientes que permiten calificarlo como decisión judicial válida*» (fs. 62vta. del Expte referido).

Por último, el tribunal cimero destacó que la decisión impugnada cuenta con «*...una construcción argumental suficientemente fundada, razonada, lógica y coherente...*» y, por tal razón, ello obliteraba su consideración por V.E. al amparo de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (fs. 62vta. del Expte CSJN).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA. ARTICULO 16 DE LA LEY 48. INTERVENCION ANTERIOR DE V.E. EN ESTOS ACTUADOS. VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. FUNDAMENTACION APARENTE DE LOS PRESUPUESTOS SENTENCIALES REFERIDOS A LA MENSURACION DE LA PENA. RESOLUCION CONTRARIA A LOS DERECHOS FEDERALES EN JUEGO

Cabe aclarar que pese a lo afirmado por parte del Tribunal cimero de la provincia de Catamarca, el recurso extraordinario debió ser concedido.

Así las cosas, resulta claro que en el presente existe cuestión federal bastante de cara al remedio previsto por el artículo 14 de la ley 48, toda vez que se pusieron en tela de juicio los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad (arts. 5 y 7 CADH, 1, 18, 19 y 28 CN), como así también la inmutabilidad de las sentencias emanadas de V.E. y la resolución atacada frustró los derechos que el apelante pretendió fundar en dichas cláusulas (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

A la par de ello, no puedo dejar de señalar que el resolutorio cuya impugnación aquí se promueve puede ser calificado como arbitrario, al fundar sólo de manera

aparente la pertinencia de la pena aplicada, del mismo modo que el grado de *disvalor de injusto* finalmente reprochado (cf. CSJN *in re*: «Maldonado, Daniel Enrique», del 7/12/2005) .

En primer lugar, vale decir que V.E. ha entendido en el presente caso mediante sentencia dictada el día 19 de agosto de 2004. En tal oportunidad y luego de remitirse al dictamen que al efecto emitió el Procurador Fiscal ante la Corte, revocó la sentencia originaria y ordenó que el *a quo* dictase un nuevo pronunciamiento conforme a lo allí resuelto.

La intervención de esa Corte en el marco de estos actuados y el establecimiento de una solución determinada en punto al abordaje del caso debieron, claramente, haber condicionado el margen de actuación del tribunal de reenvío. De lo contrario, el pronunciamiento de V.E. carecería de toda virtualidad al efecto.

A los fines del tratamiento concreto de los agravios se impone formular una previa subdivisión analítica.

En primer lugar y toda vez que así lo ha reconocido V.E. en varias oportunidades, existe cuestión federal bastante «...*cuando se encuentra en tela de juicio el verdadero alcance de un pronunciamiento anterior de esta Corte en las mismas actuaciones*» (Cf. S. 717. XXXVI, «Sanz, Tomás Miguel s/ calumnias», del 30/5/2006, voto en disidencia de los Dres. Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti y sus remisiones) «...*en los supuestos en que se desconozca, en lo esencial, lo decidido en el anterior pronunciamiento del Tribunal (Fallos: 299:287; 300:879)*» (*Fallos* 312:1316).

Así pues y luego de establecido tal punto de partida, cabe ahora desarrollar los motivos por los cuales esta defensa entiende que las sentencias de los tribunales provinciales de Catamarca, a la par de falsificar la doctrina sentada por la Corte en estos actuados, suscitan cuestión federal suficiente y por ello deben ser abrogadas.

En este contexto, no puede obviarse que luego de revocada la sentencia por parte de esa Corte y practicado el reenvío correspondiente, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la provincia de Catamarca dictó pronunciamiento en el presente.

Allí, además de disponer la absolución de los coprocesados de mi asistido, modificó la calificación jurídica del evento que en forma exclusiva le fue enrostrado a Mancini.

Sin brindar mayores pautas al respecto (o con algunas que resultaron aberrantes), el tribunal encuadró dicho proceder dentro de los cánones del delito de homicidio simple y, por tal motivo, condenó al justiciable a la pena de **25 años de reclusión**.

En relación con ello, reiteraron todas aquellas «pautas» otrora empuñadas para justificar la concreta mensuración de la pena (cf. fs. 902/vta. y 951/vta. respectivamente).

Recurrida la sentencia, la Corte local revocó uno de los puntos en crisis por entender que la «precocidad» no podía entenderse como un elemento de agravación en el caso concreto y, en virtud de lo expuesto, sancionó a Mancini con la pena de **20 años de prisión**.

Lo cierto es que pese a lo pretendido, ora por el tribunal de debate, ora por la Corte local, el Señor Procurador Fiscal no ha establecido parámetro alguno como para afirmar que la conducta imputada pudiese ser calificada como homicidio simple. Si ello hubiera sido así, esta defensa nada podría decir al respecto, toda vez que la posición contraria importaría desconocer al valor de la cosa juzgada y la firmeza de las decisiones del máximo tribunal.

Sin embargo, el Señor Procurador sólo se limitó a sostener que las agravantes y, en general, el encuadre legal del hecho habían resultado arbitrarios y por tal motivo, propugnó la revocación de la sentencia y el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. En palabras textuales expresó que: «…*en*

*la medida que **sin modificar los hechos** tal como se tuvieron por probados, **admiten una solución diferente del litigio**, **al tiempo que a todas luces más beneficiosa para los condenados***» (fs. 307/vta. del Expte. 81/02, énfasis agregado).

No existe en la exégesis de dicho dictamen una pauta hermenéutica fuerte como para arribar a las conclusiones que tanto el *a quo* como el *ad quem* construyeron en sus respectivas sentencias. De forma tal que por ello, aún hoy la calificación jurídica del evento bien podría ser repensada.

En efecto, si volviesen a ser analizadas las constancias probatorias podrá advertirse que la causa que condujo a la muerte de C.G.F. en forma alguna resulta tan simple como se pretende.

Tal resultado lesivo se produjo en el marco de una «gresca» callejera en la cual intervinieron una serie de jóvenes. Los fines que parecen haber gobernado la subjetividad de todos ellos estuvieron dirigidos, cuanto más, a producir unas mínimas lesiones en sus respectivos «oponentes», pero en forma alguna a privar de la vida o a provocar efectos irreversibles en el cuerpo o en la salud de quienes allí participaron.

Si tomamos en cuenta la secuencia situacional llegaremos a la conclusión de que la pelea se produjo como corolario de sucesivas y respectivas provocaciones desarrolladas por cada uno de los «bandos»; todo lo que en definitiva, condujo a una reyerta mayor que condicionó la trágica muerte de uno de ellos.

En este contexto (en forma alguna ajeno a lo que suele suceder en cualquier centro urbano o campestre en el cual conviven jóvenes), y como consecuencia de un episodio confuso, José Mancini le propinó un golpe a C.G.F., lo que produjo que éste cayera al piso, golpeara su cabeza contra el cordón de la vereda y 6 días después falleciera.

En tal senda, nada indica que el resultado muerte pueda conectarse subjetivamente con el querer del imputado bajo los parámetros del homicidio simple perpetrado con dolo directo, eventual o de consecuencias necesarias.

De las pruebas producidas sólo puede concluirse que José Mancini, en el marco de una pelea entre jóvenes (suscitada por diferencias menores) causó objetivamente la muerte de C.G.F..

Esta causalidad –normativa y física- se debió ora al golpe con el bate de béisbol, ora a la caída de la víctima en el cordón de la vereda.

Afirmar que a partir de ello puede construirse un pretendido «dolo homicida» en modo alguno resulta admisible, por los motivos que a continuación se expondrán.

En primer lugar, puede afirmarse que si bien resulta plausible (como hipótesis de trabajo) sostener que Mancini se representó la posibilidad de que el resultado muerte se produjese, lo real es que parece más o menos racional pensar que confió en su no advenimiento. Tal circunstancia reconduciría la imputación -en forma que no necesita mayor prueba- a los cánones concretos de la imprudencia.

Por otro lado, no resulta descabellado pensar que en verdad el justiciable haya actuado con «dolo de ímpetu», esto es, con la intencionalidad de causar cualquier tipo de daño en el cuerpo o en la salud de la víctima sin mayores precisiones típicas al respecto.

Esta subespecie de dolo, teorizada por Francesco Carrara hace casi 2 siglos fue definida como aquella subjetividad que «*...se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y la acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente*» (cf. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, 2º ed, Buenos Aires, 2002, p. 530).

Si ello no se compartirse, tampoco devendría inadmisible problematizar (tal

como lo ha hecho esta defensa con anterioridad) la propia pertinencia del homicidio preterintencional, toda vez que si bien el encartado puede haber emprendido una acción dirigida a lesionar (dolo), produjo -como consecuencia de un error en la causalidad- un resultado (previsto o previsible) no querido (volición).

Por último y aún aceptando –*ad argumentandum*- la calificación del homicidio simple, nadie en su sano juicio podría afirmar que Mancini haya actuado bajo el gobierno del *dolo directo*. A lo sumo y de acuerdo al contexto situacional, podría llegar a sostenerse que el reflejo subjetivo del hecho encontraba adecuación en los límites del *dolo eventual*.

Como puede advertirse, existía toda una gama de posibilidades mucho más respetuosas del principio de culpabilidad que sin hesitaciones hubieran resultado más acordes con la conexión subjetiva del hecho.

Lo reitero: no existen en autos constancias que permitan afirmar (como se hizo) que Mancini haya actuado con dolo directo de homicidio, por lo cual tal calificación resultó arbitraria y, a las claras, violatoria del principio de culpabilidad.

Sin embargo y admitiendo que el encuadre correcto hubiese sido el del homicidio simple perpetrado con «dolo eventual», es evidente que tal circunstancia debió haber ameritado una sensible disminución del reproche finalmente formulado.

En este sentido, no puedo dejar de mencionar que: «...*en numerosos precedentes, el Tribunal ha considerado requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente*...» (cf. *Fallos* 303: 273 y sus citas).

Es de hacer notar que el injusto penal está compuesto no sólo por un *disvalor objetivo de resultado*, sino también por un *disvalor de acción* que de alguna forma u otra cofundamenta el propio ilícito criminal (ilícito personal).

En tal sentido, podría afirmarse que el *disvalor de acción* (o su reverso constitucional: *el principio de culpabilidad*) y el *disvalor de resultado* (manifestación dogmática del de *lesividad*) han de sincretizarse y de ese modo forjar un particular *disvalor de injusto*.

Toda vez que ambos *disvalores* concretizan a nivel dogmático dos principios constitucionales que en modo alguno pueden ser inaplicados, resultan incorrectas aquellas opiniones que pretenden fundamentar el injusto de forma exclusiva, ora en el *resultado* (*causalismo* que linda con la responsabilidad objetiva), ora en el *disvalor de acción* (diversas manifestaciones de *ultrafinalismo*, que, las más de las veces, violan el principio de ofensividad).

Por lo expuesto, cabe afirmar que el *disvalor de injusto* debe reflejar tanto el grado de lesividad (excluyendo los supuestos de insignificancia que, por sus propias especificidades, reducen el daño a un coeficiente mínimo y por ello tienen la virtualidad para cancelar toda tipicidad), como así también el nivel de conexión subjetiva entre el conocer y el querer del autor con el acto exterior finalmente emprendido.

En virtud de ello, si el *disvalor de acción* puede ser estratificado de acuerdo a grados, un menor nivel de aquél deberá incidir en el grado concreto del *disvalor de injusto* y por tales razones operar como reductor de la cuantía punitiva aplicada en dicho contexto.

En otras palabras: si el substrato material del reproche debe estar compuesto tanto por el *disvalor de injusto* como así también por el grado de autodeterminación con que el incuso actuó en la situación fáctica (reprochabilidad), una reducción en los niveles de fuerza del primero debe condicionar a las claras una paralela incidencia en la pena estimada como «justa» en el caso concreto.

Si se toma en cuenta que la escala penal del homicidio simple (dando por supuesto que el hecho pueda encuadrarse bajo sus previsiones) oscila entre los 8 y los 25 años de prisión, pues entonces un menor grado de *disvalor de injusto* debió traducirse en la aplicación de una sanción cuanto menos cercana al mínimo de dicha escala.

Cabe aclarar que de manera confusa, la Corte de Justicia local obliteró toda discusión al respecto bajo el argumento de que ello hubiese implicado alzarse en contra de la opinión sentada por el Procurador Fiscal y luego refrendada por V.E.

Tal actitud, de acuerdo a lo anteriormente expuesto resulta insostenible, pues en el dictamen de referencia han quedado fijados los hechos, no así su propia y específica valoración jurídica.

Allende lo expuesto y aún si se aceptase que Mancini actuó gobernado por el *dolo directo*, nada hubiese autorizado ni siquiera en ese contexto la mensuración de la pena de la que finalmente fue acreedor.

Así pues, la estimación punitiva formulada, ora por el *a quo*, ora por el *ad quem* adolece de una fundamentación aparente que la descalifica como un acto jurisdiccional válido (*Fallos* 250: 152; 254:40; 256: 364).

Por otro lado y admitiendo hipotéticamente la existencia de una fundamentación mínima que haya podido validar las consecuencias punitivas, es claro que muchos de los elementos valorados, a la par de resultar aberrantes en un contexto institucional propio del estado constitucional de derecho, reposan en meros dogmatismos que se contraponen, incluso, con las construcciones psicológicas más rudimentarias.

En primer término, no puede obviarse que el tribunal de juicio luego del reenvío dispuesto por V.E., reiteró a los efectos de la mensuración concreta de la pena todos aquellos pretendidos factores de agravación otrora impugnados en la sentencia que se dejó oportunamente sin efecto.

Así pues, las referencias al cuasi nulo valor del informe socioambiental –en razón de que la información que lo sustentaba fue proporcionada con exclusividad por la madre del imputado-, o las pretendidas alusiones a la «peligrosidad, a la «precocidad» o a la falta de «arrepentimiento» (etización) en forma alguna debieron haber gravitado como factores de agravación de la pena.

Por otro lado, la específica referencia al conocimiento «directo y de visu» que el tribunal había tomado del imputado con anterioridad a la nueva cuantificación resulta totalmente falsa si se advierte que no consta en lado alguno la realización de una audiencia al efecto en donde ello haya verdaderamente sucedido.

Sin perjuicio de que la Corte de Justicia local revocó ese punto específico de la sentencia, cabe afirmar que los supuestos elementos que gravitaron en la fijación de una pena que ascendió a los 20 años de prisión en modo alguno se encuentran debidamente objetivados.

En este contexto, nos encontramos con que el Dr. Oviedo en su respectivo voto estimó que la falta de antecedentes debió haber primado sobre la «precocidad» y por ello propugnó la aplicación de una pena de 18 años de prisión. Asimismo, el Dr. Cáceres luego de formular una pretendida distinción entre «precocidad delictiva» y «precocidad en la comisión de un delito», sostuvo que en este caso específico la menor edad de Mancini debió haber sido utilizada como atenuante y por tal motivo entendió «racional» imponer una sanción de 20 años de prisión. Por último, la Dra. Sesto de Leiva a la par de haber adherido a ambos votos por igual y sin brindar fundamento alguno, pretendió que la pena «justa» en este supuesto era aquella propulsada por el Dr. Cáceres, esto es, 20 años de prisión.

Así las cosas, resta afirmar que ni la sentencia del *a quo*, ni aquella emanada

del *ad quem* satisfacen las calidades exigidas para poder ser consideradas como actos jurisdiccionales válidos.

La primera por haber pretendido justipreciar la pena apelando a la racionalización según la cual la «precocidad» denota mayor «peligrosidad» y por ello ha de aplicarse la pena máxima de la escala de que se trate.

Y la segunda, pues más allá de haber «mejorado» los cuestionables argumentos de la anterior, no brindó fundamento alguno que permita comprender el motivo por el cual la sanción se separó ostensiblemente del mínimo legal.

Si bien es plausible que: «*...lo atinente a la individualización de la pena es facultad de los jueces de la causa para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas, no suscitando cuestión que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48* (...), ***cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa***...» (*Fallos* 325:3333, voto en disidencia del Dr. Adolfo Vázquez, considerando 4, énfasis agregado)

En efecto y a riesgo de resultar reiterativo, no puedo dejar de señalar que la exégesis empuñada por la Corte local ha impedido conocer las causales que condujeron a los jueces a aplicar una sanción tan rigurosa.

Tal circunstancia habla a las claras de un acto sentencial que lejos de constituir una «*derivación razonada del derecho vigente*», parece sustentarse en la singular voluntad de los magistrados que la suscribieron.

En este contexto, afirmar que la «precocidad» puede funcionar como agravante importa desconocer no sólo las más elementales reglas de la psicología, sino también, el propio criterio de esa Corte quien al fallar en el caso «Maldonado, Daniel Enrique» sostuvo sin cortapisas que: «…*no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante,* ***corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos****, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental* (...). ***Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto****. **Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional****. Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisible la* ***autoritaria culpabilidad de autor*** *o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa. Se dan en los niños comportamientos*

en acting-out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital (...) *Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad.* ***La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948***» (considerandos 37 y 38, énfasis agregado).

Por último, en modo alguno puedo desconocer que las temibles referencias a la «peligrosidad social» remiten a «valoraciones» que además de resultar risibles por fuera del contexto (discursivo y de poder) en el que fueron pergeñadas, resultan absolutamente incompatibles –tal como acaba de puntualizarse- con el concepto de persona redefinido normativamente en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Su aberrante genealogía, así como el sitial en el que coloca a la persona humana (incluso a jóvenes, como en este caso) ha encontrado su epitafio –luego de muchas décadas de paciente lucha-, ora en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re*: «Fermín Ramirez vs. Guatemala» (20/6/2005, considerandos 94 y 96), ora en el precedente de V.E.: «Maldonado, Daniel Enrique» de profusa cita en esta presentación.

Y así, en nuestro actual contexto socio-cultural, afirmar que la comisión de un ilícito (o la asunción de los rasgos estereotípicos que condicionaron la selección penal) pueden utilizarse como elementos que permitan formular un juicio probabilístico, hipotético o conjetural respecto a la futura comisión de hechos delictivos, amén de resultar falso de falsedad absoluta, refuerza la imagen del ser humano entendido como un ente peligroso y predeterminado, lo que a la luz de la antropología constitucional resulta incalificable.

Tal decisionismo judicial acabaría legitimando un proceso de «bestialización» o «animalización» altamente lesivo de la propia imagen de lo humano. En este sentido, apunta Garzón Valdés que: «*La alternativa de la animalización no consiste en negar la existencia de una voluntad. También los animales, según Kant, tienen voluntad (arbitrium brutum), causalmente determinada por las inclinaciones y los instintos; pero carecen de aquello que caracteriza a la voluntad humana (arbitrium liberum), que puede estar 'afectada' por impulsos sensibles sin estar causalmente determinados por ellos. A diferencia de lo que sucede en el caso de los objetos,* ***la 'animalización' apunta a la destrucción de la persona como agente, es decir, como ser capaz de actuar autónomamente superando el condicionamiento causal de los impulsos sensibles que necesariamente conduce a la heteronomía. Dicho con otras palabras, la 'animalización' equivale a la negación de la posibilidad de ser agente moral***» (cf. Garzón Valdés, Ernesto, *¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?*, en AAVV, «Derechos fundamentales y derecho penal», Advocatus, Córdoba, 2006, p. 31, destacado agregado).

En definitiva, si se toma en cuenta:

a) Que la conexión (objetivo –subjetiva) entre el deceso de C.G.F. y el accionar precedente de José Antonio Mancini oscila entre el homicidio simple perpetrado con dolo eventual y la propia figura del homicidio preterintencional;

b) Que el encartado causó el hecho en el contexto de una pelea callejera;

c) La edad con la que contaba al momento de su comisión era de 19 años (esto es, 1 año superior a aquella que para la llamada «imputabilidad plena» establece el artículo 1º de la ley de *facto* 22.278 y el propio artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño);

d) El informe socioambiental obrante a fs. 450; documento, pues, que pese a lo pretendido por la Cámara de la Primera Nominación de Catamarca debió jugar en favor del imputado;

e) Su carácter de «primerizo» (pese a que dicha circunstancia obedece no tanto a los «antecedentes» del autor, sino antes bien, a la propia selectividad del poder punitivo);

f) El oprobioso tratamiento dispensado, ora por los medios masivos de comunicación de la provincia, ora por los magistrados que intervinieron en el proceso; pues entonces resulta ostensible que la cuantía punitiva de la cual podría ser acreedor Mancini no debiera superar el mínimo de la escala penal establecida o bien para el homicidio simple (8 años), o bien para el homicidio preterintencional (3 años).

Por las razones apuntadas, esta defensa solicita a esa Corte que en virtud de su anterior intervención en los presentes actuados, asuma competencia positiva en los términos del artículo 16 de la ley 48 para de ese modo revocar la sentencia en crisis y dictar una conforme a derecho.

V. PETITORIO

(...)

46. A. Dictamen del Procurador y comentario

Tras el reenvío de rigor dispuesto en la originaria intervención de la Corte Suprema, las instancias locales reincidieron en las mismas insuficiencias argumentales que habían signado a la primera decisión apelada. Esta vez, se advirtieron déficit vinculados con el proceso y las pautas de mensuración de la pena.

Si bien la Corte todavía no ha emitido sentencia, el señor Procurador Fiscal ha propiciado –en su dictamen- la revocación del fallo impugnado sobre la base de considerarlo arbitrario en lo tocante a la redefinición de la pena impuesta[12].

[12] Para su consulta ver la dirección telemática: http://www.mpf.gov.ar/biblioteca/dictamenes2.asp

47) V. 210. XLI, «Véliz, Linda Cristina» (pendiente de resolución)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

(...)

II. 2. Requisitos propios

(...)

III. ANTECEDENTES

a) Cómputo de pena y su posterior cuestionamiento. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390

El día 25 de marzo de 1999, Linda Cristina Veliz fue condenada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 3, a la pena de doce años de prisión, doce mil pesos de multa y accesorias legales, en virtud de haber sido considerada autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas para cometerlo (cf. fs. 56). Asimismo, fue declarada reincidente.

Luego de interponer los recursos de ley, el día 6 de noviembre de 2000 el Tribunal Oral de referencia ordenó realizar los respectivos cómputos de pena (fs. 112).

En punto a la justiciable, se sostuvo que: «...*fue detenida el 10 de octubre de 1996 permaneciendo en esa condición hasta el día de la fecha, por lo que lleva en detención cuatro años y veintiocho días; en consecuencia la pena impuesta vencerá el* ***NUEVE DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO A LAS VEINTICUATRO HORAS (9-10-08, a las 24 hs.)***» (cf. fs. 113/vta., destacado en el original).

El día 17 de marzo de 2003, la encartada mantuvo una entrevista personal con el Sr. Juez de Ejecución Penal, Dr. Sergio Delgado. En dicha oportunidad sostuvo la justiciable que haber sido condenada por el título delictivo referenciado con anterioridad, le impidió acceder al cómputo privilegiado establecido en el

otrora vigente artículo 7 de la ley 24.390 (cf. fs. 254).

A fs. 257 consta una presentación efectuada por el Sr. Fiscal de Ejecución Penal, Dr. Oscar Hermelo. Allí expresó que la petición de Linda Veliz no resultaba admisible, toda vez que la nombrada «...*ha sido condenada por un ilícito previsto en el art. 11 de la ley 24.390 que expresamente excluye el delito de los alcances de su art. 7º. Hallo el cómputo labrado a fs. 113 conforme a derecho*» (fs. 257).

A fs. 260/262 obra el planteo de inconstitucionalidad que, en punto al artículo 10 de la ley 24.390 (versión original), impetró el Sr. Defensor de Linda Cristina Véliz, Dr. Rosendo Ricardo Hermelo.

En este contexto, sostuvo en primer lugar que la norma de mención resulta inconstitucional: «…*por cuanto quebranta la garantía de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional) y las obligaciones internacionales contraídas en base a instrumentos con jerarquía constitucional* (...) *de adoptar medidas de derecho interno para que se cumplan los principios contenidos en el tratado. Evidentemente la garantía citada impide que se excluyan de los beneficios de la ley 24.390 a quienes resultaron condenados por algún delito previsto en la ley 23.737 ya que claramente se estaría diferenciando o dando un trato desigual a quienes resultan condenados por delitos relacionados con el narcotráfico con los que fueron penados en razón de otras conductas tipificadas. Entiendo que con tal criterio podría admitirse que tampoco se beneficiaran aquellos cuyos delitos tengan una pena mínima de cinco años lo que es inadmisible en el estado de derecho en que nos desarrollamos.*» (fs. 260vta.).

Luego de citar un precedente judicial nacional particularmente crítico para con la decisión normativa impugnada, la pieza se detuvo especialmente en las repercusiones que en materia de derecho internacional de los derechos humanos trasunta una norma como la del artículo 10 de la ley 24.390 en su versión original. (cf. fs. 261/vta.).

En tal sentido, el defensor adujo que el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como así también el fallo «Suarez Rosero» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no dejaban lugar a hesitación alguna. Por ambas vías se llegaba, pues, a la declaración de irrazonabilidad de la norma legal en juego (cf. fs. 261vta.).

Sentado ello, discurrió en punto al valor que, en nuestro derecho interno, cabía asignarle a los pronunciamientos internacionales mencionados. Y así, concluyó que: «...*como se ha sostenido en distintos fallos judiciales el dictado de la ley que nos ocupa viola aquellos artículos de los pactos internacionales que ha suscripto nuestra nación en cuanto establecen la igualdad ante la ley y al respecto la Corte Suprema a partir del fallo 'Ekmedjián c/ Sofovich'* (...) *ha sostenido que '...la interpretación del Pacto debe…guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (estatuto art. 1ero)'. Dicha doctrina fue mantenida con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 en el fallo 'Giroldi' (F 318:514) y más recientemente en 'Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus' oportunidad en que sostuvo que 'la decisión de los estados partes se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana', admitiendo asimismo que 'la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales'*» (cf. fs. 261/vta.).

En razón de lo expuesto, propició la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 (versión original) y, en consecuencia, la realización de un nuevo cómputo de pena acorde con lo peticionado (cf. fs. 262).

A fs. 292 el Fiscal de Ejecución Penal manifestó su oposición al planteo impetrado por la defensa. Para ello sostuvo su falta de tempestividad, del mismo

modo que el desconocimiento de ciertos pronunciamientos judiciales adversos a su petición (cf. fs. 292vta.).

El día 28 de junio de 2004, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 1, se expidió en punto al planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa (cf. fs. 394/399).

En primer lugar, se desechó la pretendida intempestividad de la pieza procesal, bajo el argumento de que: «...*el juez de ejecución resulta competente para resolver planteos como los aquí formulados. No se trata de supuestos en los que el Tribunal de juicio omitió en la confección del cómputo la aplicación de una ley como la 24.390, sino que estamos ante un planteo incidental efectuado en esta sede, cuya finalidad es cuestionar la constitucionalidad de las normas que rigen el cómputo de la pena cuya ejecución se controla y de las cuales depende la determinación del cumplimiento del requisito temporal previsto en el art. 13 del Código Penal. Que así lo ha entendido el superior, atribuyendo competencia al Juzgado de Ejecución Penal en planteos relativos al cómputo*» (cf. fs. 394vta./395).

Luego de reafirmar tal elemental punto de partida, la resolución se dedicó a analizar los argumentos que invalidaban constitucionalmente a la disposición contenida en el actual artículo 11 de la ley 24.390.

Con cita de informes emanados, ora del Comité contra la Tortura, ora del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU relativos a la redefinición y correcta hermenéutica del plazo razonable de la prisión preventiva, expresó el *a quo* que: «...*se vulnera el principio de culpabilidad al castigar al condenado no sólo por el hecho del que es culpable sino por la duración del proceso en el que resultó condenado que en modo alguno le es reprochable y, fundamentalmente, por la duración del proceso con posterioridad al dictado de la condena que pretende fijar la pena pero no puede conocer su verdadero alcance, puesto este dependerá de la duración de la tramitación de los eventuales recursos con efecto suspensivo. Es cierto que esto ocurrirá también en el caso de las condenas de prisión en las que no corresponda compensar la irrazonable duración del proceso, que no pueden ser determinadas en su exacta dimensión al momento de ser dictadas, pues también su vencimiento estará condicionado por la duración final del proceso. Pero lo cierto es que no vulnera el principio de culpabilidad un cómputo de la prisión preventiva que tome en consideración todo el tiempo que esta duró, pues lo que hace es descontar de la pena conminada el daño ya sufrido como consecuencia de la detención cautelar*» (fs. 396/vta.).

A la par de lo expuesto, apeló al informe 2/97 de la Comisión Interamericana y al fallo «Suárez Rosero» de la Corte Interamericana a los efectos de justificar la declaración de invalidez constitucional (fs. 396vta./397/vta.).

Por otra parte, también destacó el juez *a quo* que la excepción mencionada suscita contradicción con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena (fs. 397/398).

Para concluir destacó que la obligación de declarar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 (en su versión original) se derivaba de una adecuada hermenéutica del artículo 7.5 de la Convención Americana (fs. 398vta.).

Así pues: «...*la excepción contenida en la norma del art. 10 de la ley 24.390 en su texto original infringe el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque implica que la Argentina no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención. Es la solución a la que conduce la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, pese a haber*

afirmado la compatibilidad constitucional del art. 10 de la ley 24.390 en el caso Arana (318:1877) se ha expedido de modo unívoco con posterioridad respecto de la trascendencia de las opiniones tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del alcance de los compromisos asumidos con la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos. No sólo en los precedentes atinadamente citados por el señor Defensor Oficial sino en el caso Bramajo, resuelto con posterioridad al caso Arana, el 12 de septiembre de 1996 en oportunidad en que reiteró que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía en esta materia, criterio que reiteró en el caso Acosta, resuelto el 22 de diciembre de 1998 oportunidad en que destacó que el principio de buena fe que rige la actuación de nuestro país obliga a realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión. Y en esta materia la Comisión Interamericana ha recomendado a las autoridades judiciales el cumplimiento de las garantías reconocidas en la convención, sin excepción alguna (Informe 2/97 antes citado)» (fs. 399).

Por las razones expuestas, declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 en su versión original aplicada al cómputo de la prisión preventiva de Linda Cristina Velis y ordenó revisar el cómputo practicado en autos conforme el texto hoy no vigente del art. 7 de la ley 24.390 aplicado de modo ultra activo (cf. fs. 399vta.).

b) El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

A fs. 401/404 obra el «recurso de casación por inconstitucionalidad» impetrado por el Sr. Fiscal de Ejecución Penal, Dr. Oscar Hermelo.

Al amparo del artículo 474, en función de lo dispuesto en el 456 inc. 1, 475 del C.P.P.N. y de la Resolución MPF Nro. 70/95, 4/96 y 52/00 sostuvo el fiscal Hermelo que la decisión del juez *a quo* debía ser revocada por aplicación directa del criterio sentado por V.E. *in re*: «Alonso, Jorge» (fs. 402).

En el sentido indicado y luego de citar algunos precedentes foráneos, adujo: «*Que no existe duda de que las razones de interés público que determinaron al legislador de la ley 24.390 a excluir las conductas a las que se ha hecho referencia, han surgido de la necesidad de armonizar las disposiciones del derecho interno, con los compromisos internacionales asumidos por el país al aprobar diversos tratados, entre los que corresponde destacar la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas* (...) *Así, en la Cámara de Diputados, se dijo que 'la redacción del artículo 10 tiene como sentido la vigencia de otra ley de la Nación por la que se ha ratificado el Pacto de Viena, que es la Convención de las Naciones Unidas, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, donde se establecen términos de prescripción mucho más extensos y además, sistemas de presión más rigurosos*» (fs. 402vta./403).

Por lo demás y luego de afirmar que la excepción establecida en el artículo 10 no suscita violación alguna al artículo 7.5 de la Convención Americana, agregó que tal norma tampoco resulta descalificable desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, toda vez que: «...***el artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una uniformidad de tratamiento legislativo ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes****, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos, aunque su fundamento sea opinable…*» (fs. 403vta., destacado agregado).

Por lo expuesto, consideró que la norma *sub examen* no resultaba inconstitucional, de modo que en virtud de ello propició la revocación de la

resolución dictada por el Sr. Juez Delgado (fs. 403vta./404).

A fs. 416 el tribunal *a quo* concedió el recurso interpuesto (cf. fs. 416).

A fs. 435/437 consta la presentación formulada ante la propia Cámara Nacional de Casación Penal por parte de la Sra. Defensora Silvia Zelikson en favor de Linda Cristina Veliz.

En tal pieza procesal, la defensa solicitó el rechazo del recurso articulado por el Ministerio Público Fiscal.

Para arribar a tal conclusión, expresó en primer término que, en virtud de la propia jurisprudencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal debían ser proyectados al ámbito particular del recurso de casación (fs. 435).

En tal contexto, sostuvo la defensa que el Sr. Fiscal en su presentación no «...*atinó a señalar a título de qué somete la incidencia a la Casación, ni mucho menos individualiza de qué modo se configura en el caso la cuestión federal*» (fs. 435).

Y así: «*La cuestión presentada por el fiscal posee carácter inespecífico y difuso, no señala el derecho federal que se considera vulnerado, y no se avoca a rebatir cada uno de los argumentos expuestos por el magistrado a quo. Y no sólo ello, sino que además de no señalar el derecho federal que debió invocar, el alcance dado por el Dr. Delgado a la garantía del plazo razonable e igualdad ante la ley, lejos de ir en contra de las mentadas garantías, las amplía. Por esas razones, y porque las exigencias del remedio casatorio son análogas a las que demanda el recurso extraordinario federal, digo que el recurso que contesto es inadmisible*» (fs. 436).

Para concluir, la pieza procesal de mención cuestionó la pretendida habilitación del fiscal para ocurrir por la vía de la casación en el caso que nos ocupa (fs. 437).

En palabras textuales: «...*si lo que agravia al Sr. Fiscal, como lo expresa en su presentación, es la mayor amplitud otorgada a un derecho que, por otro lado está dispuesto en la Constitución Nacional, se advierte que no solo no cumple con las exigencias propias de la clase de recurso que se trata, sino que el ordenamiento no le otorga la facultad de recurrir la resolución que nos convoca*» (fs. 437).

El día 25 de noviembre de 2005, mediante la Resolución Registro Nº 7235/2004, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación penal acogió el recurso interpuesto por el Fiscal y anuló la «...*resolución de fs. 394/399vta. en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.390*» (fs. 443/44).

Cabe aclarar que pese a lo impetrado por la Sra. Defensora, el *ad quem* no formuló desarrollo alguno en punto a la falta de legitimación activa del representante del Ministerio Público para provocar la revocación de la resolución recurrida.

En este contexto de verdadera orfandad argumentativa, el órgano casatorio «justificó» su temperamento bajo la pretendida fundamentación según la cual: «*Esta Sala se ha expedido en favor de la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.390 ('Niño Torres, Humberto s/ rec. de casación' , c. nº 1834, Reg. Nº 2284, rta. el 13 de julio de 1998, antecedente también aplicado al resolver en posteriores presentaciones -confr. c. nº 2235, 'Timoner, José Rogelio', reg. Nº 2634, rta. el 4 de marzo de 1999, c. nº 3650, 'Cañete, Ernesto s/ rec. de inconstitucionalidad', Reg. Nº 4432, rta el 29 de junio de 2001, entre muchas otras-). En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 318:2611, de adecuada cita por el recurrente). Con arreglo, pues, a los fundamentos de dichos precedentes, a los que cabe remitir, corresponde dar respuesta afirmativa a este primer interrogante*» (cf. fs. 444).

Así y: «*En atención a la forma en que fue decidida la anterior, corresponde anular la resolución de fs. 394/399vta. en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.390, sin costas*» (fs. 444).

d) El Recurso extraordinario federal

A fs. 451/467 consta el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la Sra. Defensora Zelikson, a favor de Linda Cristina Veliz.

En primer término y luego de recordar todo lo ya dicho en punto a la legitimación activa del Fiscal, la defensa técnica expresó que: «...*de la lectura del fallo 'Alonso' se extrae que la mayoría estuvo integrada por el voto de cinco miembros; es decir el fallo de la Corte no logró conformar una mayoría como lo ha hecho en otros pronunciamientos a los que sí se le ha asignado fuerza de precedente*...» (fs. 460).

En este contexto y «*Llegado a este punto, entiendo también como lo hiciera el Dr. Delgado que el art. 10 de la ley 24.390 deviene inconstitucional por vulnerar principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, igualdad y derecho a ser juzgado en un plazo razonable* (...) *Es criterio de este Ministerio, que resulta evidente la trasgresión de la mentada norma al principio de igualdad ante la ley, toda vez que impide arbitrariamente a determinadas personas su derecho a obtener la reparación que el cómputo privilegiado del art. 7 de la ley 24.390 otorga a quienes han excedido en prisión preventiva más de dos años. En este sentido en Fallos 325:2329, los jueces Petracchi y Bossert dijeron '...en modo alguno (resulta) evidente (que) quienes pudieren resultar condenados por tales delitos merezcan una reparación menor por haber visto afectados sus derechos en pos de la efectividad del proceso penal'; razón por la cual 'el a quo estaba obligado a examinar si existían razones objetivas que justificaran el diferente tratamiento con relación al punto específico de la compensación mediante el abono del tiempo de prisión preventiva*» (fs. 460).

Sentado lo expuesto, adhirió a los planteos formulados por el Sr. Juez Delgado en punto a la violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad (fs. 460vta./463).

A mayor abundamiento y con cita de toda la jurisprudencia internacional y nacional (vgr. V.E. *in re* «Nápoli»; «Acosta», etc.) que avalaba su postura (fs. 463/67), destacó la defensa que: «*... el legislador a partir de una caprichosa discriminación, confunde la pena con la prisión preventiva, pues esta última jamás se funda en aspectos penales materiales como son la conducta delictiva atribuida sino en una medida puramente cautelar como es el aseguramiento del proceso. Cuando no se sigue el único criterio admisible, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada. En el presente caso, al privarle a Veliz de su derecho a que se le aplique el art. 7 de la ley 24.390, se está incrementando por vía indirecta la pena impuesta por el Tribunal. Por todo lo expuesto precedentemente, considero que la norma citada también resulta irracional, vulnerando el art. 1 de la C.N. toda vez que el sistema republicano de gobierno impone la racionalidad de los actos de gobierno, como también violatoria del principio de inocencia e igualdad ante la ley, al contemplarse en forma diversa situaciones que objetivamente resultan idénticas*» (fs. 466vta./467).

El día 10 de marzo de 2005, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por Linda Cristina Veliz (cf. Res. Registro 7486/2005 obrante a fs. 470).

Para ello decidir se sostuvo, en primer lugar, que «...*las cuestiones federales que se introducen en el recurso extraordinario se tornan insustanciales cuando una clara y reiterada doctrina, indudablemente aplicable a ellas, impide cualquier controversia seria respecto a su solución*...» (fs. 470).

En tal sentido, se calificó de baladí al agravio federal impetrado oportunamente, bajo el axioma de que en su respectiva pieza procesal, la defensa

no aportó argumento novedoso alguno que legitimase un apartamiento de la jurisprudencia reiterada de la Corte que, otrora, decidió la cuestión en contra de la propia postura interpretativa propiciada por la aquí recurrente (fs. 470).

Por último, el *ad quem* afirmó que: «***La nueva integración del Tribunal al que va dirigido el recurso no constituye argumento autónomo que permita la revisión del fallo*** *y, por ende, del criterio sentado en sus precedentes pues continúan manteniendo vigencia, razón por la cual la cuestión federal introducida en la apelación federal intentada resulta -como se dijo- insustancial*» (fs. 470vta., destacado agregado).

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

IV. A. SISTEMA BILATERAL DE RECURSOS. PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* Y PROHIBICION DE *REFORMATIO IN PEJUS*. ARBITRARIEDAD EN LA CONCESION DEL RECURSO DE «CASACION POR INCONSTITUCIONALIDAD» INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PUBLICO FISCAL. CRITICA A LA DENEGATORIA

Pese a lo declamado por el tribunal de casación, el recurso extraordinario ha sido mal denegado.

En efecto, la resolución recurrida suscita cuestión federal bastante para ser tratada por la vía del artículo 14 de la ley 48 toda vez que se ha puesto en tela de juicio el otrora vigente artículo 10 de la ley 24.390 bajo la pretensión de ser repugnante a los artículos 16 y 19 de la C.N.; 7.3 y 7.5 de la CADH y 14.1 del PIDCP y la sentencia impugnada resultó contraria al derecho que la apelante intentó fundar en dichas cláusulas (arts. 14 inc. 1 y 3, ley 48).

Más allá de los argumentos que quepa formular en punto a la cuestión de fondo aquí planteada (por otro lado, suficientemente abordados, ora por el Sr. Juez Delgado en su resolución, ora por la Sra. Defensora Zelikson en sus sucesivas presentaciones), lo cierto es que se impone una consideración preliminar que estimo de trascendental importancia a los efectos de este recurso.

Así pues, no puede pasarse por alto que luego de emitido el pronunciamiento del Sr. Juez Delgado, por medio del cual se declaró la inconstitucionalidad de la norma legal *sub examine*, estos actuados avanzaron como consecuencia de un recurso interpuesto por el Representante del Ministerio Público Fiscal en perjuicio de la justiciable Veliz.

Debo recordar que como sostuve en las fundamentaciones técnicas allegadas a V.E. *in re*: «Conforti, Christian» (Expte. C.S.J.N. Letra «C», N° 959, Libro XLI, Año 2005) y «Ferreira Ayala, Clemente Alfonso» (Expte. C.S.J.N. Letra «F», N° 644, Libro XLI, Año 2005), la posibilidad de que el acusador estatal ejercite la actividad recursiva en perjuicio del encartado suscita contradicción con los principios de *ne bis in idem* y con aquella otra prohibición principista que priva de efectos a la reforma peyorativa -*reformatio in pejus*- (en tal sentido: Ziffer, Patricia, *El derecho al recurso y los límites del juicio de 'reenvío'*, en Pedro Bertolino; Gustavo Bruzzone (comps.), «Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora», Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 501 y ss.).

Una adecuada lectura de los precitados derechos debieran inhibir de plano cualquier pretensión de la fiscalía que lo habilite a someter al incuso a un nuevo riesgo de ser condenado o más gravemente condenado, luego de transitadas las etapas procesales correspondientes (proscripción del *double jeopardy*).

El presente caso da acabada cuenta de que el recurso fiscal sometió a la imputada Veliz a un riesgo de que su pretensión de obtener un cómputo de pena conforme a derecho se viera subvertido, al amparo de una facultad legal reñida con los principios *iushumanistas* recién referidos.

Sin embargo y sin llegar a ese extremo, resulta claro que, en estos actuados, una mera exégesis de las disposiciones infraconstitucionales en juego, debió haber inhabilitado al representante de la *vindicta publica* para interponer el pretendido «recurso de casación por inconstitucionalidad» obrante a fs. 400/404.

Cabe recordar que el Sr. Fiscal reencauzó su pretensión al amparo de los artículos 474 en función del 456 inc. 1 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación.

En este sentido, el artículo 474 CPPN dispone que: «*El recurso de inconstitucionalidad podrá ser interpuesto contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 457*...».

A su vez, el artículo 457 establece que: «*Además de los casos previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso* [el de casación] *contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena*».

A poco que se analicen los requisitos de impugnabilidad objetiva establecidos en la norma precedente, podrá advertirse que en ninguno de ellos resulta admisible encuadrar una decisión que declaró inconstitucional a la norma legal que permitió, en suma, realizar un cómputo de pena conforme a derecho.

Ello quiere decir que, independientemente de cualquier consideración general que amerite el sistema bilateral de recursos, lo real es que en este caso concreto ni siquiera estaban dadas las condiciones formales de admisibilidad como para que el fiscal interpusiera el recurso en perjuicio de la encartada, toda vez que el artículo 457 CPPN parecía no abonar tal temperamento.

Podría objetársenos que, a guisa de ejemplo, la Cámara Nacional de Casación Penal equiparó a sentencia definitiva a aquellas resoluciones que denieguen o acojan la excarcelación del procesado y que, tal circunstancia, habilitaba al Ministerio Público a recurrir la decisión, aún en perjuicio del imputado.

Es cierto que en dicho caso, la potestad recursiva ejercida por vía de la casación, a tenor de los textos legales en juego, no hubiera podido ser (por lo menos *a priori*) admitida.

Sin embargo, la objeción pierde todo sustento con relación a la eventual pretensión recursiva fiscal. En contraposición, el derecho del procesado a recurrir a la casación para lograr la revocación del auto y la posterior concesión de la excarcelación cobra virtualidad.

Si tomamos en cuenta que, tal como V.E. tuvo oportunidad de manifestar *in re*: «Di Nunzio, Beatriz Herminia» (en igual sentido: «De la Rua, Fernando y otros s/ abuso de autoridad y violación a los deberes de funcionario público» del 14/06/2005 y «Cárdenas, Miguel Angel s/ inc. de exención de prisión» del 23/08/2005): todas aquellas cuestiones federales que pudiesen llegar a excitar la competencia extraordinaria de esa Corte, deben inevitablemente ser resueltas con anterioridad por el tribunal intermedio, es decir, por la Cámara Nacional de Casación Penal (cf. considerandos 12° y 13°) y, si a la par de ello, el criterio de autos o sentencias equiparables a definitiva deviene enteramente aplicable a los efectos de interpretar el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación (idem), pues entonces, la competencia de la Casación, en esos específicos casos, resulta de obligatorio cumplimiento.

Ello con relación al imputado. Ahora bien, mirada la cuestión desde la perspectiva del eventual recurso fiscal tendiente a la revocación de la excarcelación, la situación no resulta en modo alguno análoga, toda vez que a su respecto no existirá una «*resolución contraria al derecho federal en juego*» que amerite la apertura de la vía casatoria. (A ello se suma que, amén de los supuestos taxativos

regulados en el art. 457 del C.P.P.N., el único supuesto en que la fiscalía se encuentra habilitada para recurrir decisiones vinculadas a la excarcelación remite al art. 332 del C.P.P.N., que circunscribe esa potestad al *recurso de apelación*, oponible en la etapa instructoria en el plazo perentorio de 24 horas)

En este contexto, podría llegar a afirmarse a modo de hipótesis -tal como lo hizo la Sra. Defensora Zelikson al momento de contestar el traslado obrante a fs. 435/437-, que los requisitos formales de admisibilidad del recurso extraordinario federal establecidos en los artículos 14 y 15 de la ley 48, debieran proyectarse al ámbito de la casación, **sólo** en aquellos recursos que entrañen cuestiones federales, para impedir que el representante del Ministerio Público Fiscal persiga la revocación de un auto que no sólo no resultó contrario a un derecho federal, sino antes bien, fue funcional a él.

Desde esta perspectiva y en fecha reciente, tal línea interpretativa ha sido expresamente defendida por parte de la Sra. Jueza Angela Ledesma en su voto en disidencia *in re*: «Chabán, Omar Emir» del 24/11/2005. Así pues y en palabras textuales, expresó la Sra. Jueza que: «***Definida como viene la suerte de la cuestión planteada, sólo me resta insistir en que en el caso no existe cuestión federal que habilite la intervención de esta Cámara Nacional de Casación Penal***. *Ello, por las siguientes razones:* ***La primera, vinculada con la intervención del Ministerio Público Fiscal, toda vez que no le asiste constitucionalmente el derecho al recurso****, establecido en los arts. 8.2h (C.A.D.H. y art. 14.5 P.I.D.C.y.P. (art. 75 inc. 22 C.N.), conforme expresamente lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente* ***'Arce'. Allí, se sostuvo que '(...) la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional***...» (Cf. C.N.C.P., Sala III *in re*: «Chabán, Omar Emir» del 24/11/2005, voto en disidencia de la Dra. Angela Ledesma, destacado agregado).

Más allá de la discusión en punto a la viabilidad procesal de un tal opinable criterio, lo cierto es que, como se viene señalando, desde la mera exégesis normativa infraconstitucional (art. 457 CPPN) el recurso interpuesto por el Fiscal Hermelo nunca debió ser admitido.

En esta senda, tampoco pudo ser legitimada la impugnación al amparo de las reglas procesales aplicables al recurso de inconstitucionalidad (art. 474 CPPN), toda vez que dicho remedio requiere necesariamente una decisión (o serie de decisiones) que declaren, con carácter previo, la **constitucionalidad** de una disposición legal determinada.

Si la resolución antecedente declara la **inconstitucionalidad** de la regla impugnada, no existirá, legalmente, la posibilidad de recurrir esa decisión con el fin de que el órgano casatorio la revoque.

Así pues y en palabras textuales de De la Rua: «*La sentencia, el auto o el decreto del tribunal a quo,* ***debe haber resuelto la cuestión declarando la constitucionalidad negada por el recurrente***...» (cf. De la Rua, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo código procesal penal de la nación*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 368, destacado agregado).

Por último, y aún si, prescindiendo del catálogo de resoluciones taxativamente recurribles según la regla del art. 457 del C.P.P.N., se pretendiese legitimar la facultad fiscal al amparo del artículo 491 del Código Procesal Penal de la Nación (dispositivo que no guarda concordancia con la vía de inconstitucionalidad escogida –art, 474 del C.P.P.N.-), tampoco logra advertirse cuál es el «gravamen» o «agravio» concreto que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10

de la ley 24.390 (versión original) pudo haberle causado al Sr. Fiscal de Ejecución como para interponer un recurso tendiente a revocar la decisión jurisdiccional.

A mayor abundamiento, cabe agregar que un planteo análogo fue impetrado por la defensa que me precediera en estos actuados, sin que ello haya ameritado una respuesta -ora negativa, ora positiva- de parte del tribunal casatorio.

En razón de ello, huelga manifestar que la decisión de la Cámara de Casación que acogió el recurso acusatorio resultó en este punto arbitraria, toda vez que a la par de haber efectuado una exégesis de los artículos 457 y 474 CPPN que implicó decididamente prescindir del texto legal, no decidió cuestiones previamente planteadas por parte de la defensa.

Análogas consideraciones ameritan las resoluciones emanadas del tribunal casatorio, por intermedio de las cuales se acogieron y rechazaron sucesivamente los recursos de casación y extraordinario federal.

En cuanto a la primera de ellas, la Cámara, más allá de las remisiones a criterios anteriores, no fundamentó ni rebatió las defensas oportunamente opuestas por la Sra. Defensora Zelikson, vicio que invalida el auto a la luz de la doctrina de V.E. *in re*: «Hercovich de Perel, Ana s/ denuncia» del 24/11/1992.

Por otra parte, el rechazo del remedio federal también se halla huérfano de una fundamentación racional, todo lo cual contribuye a descalificarlo como un acto jurisdiccional válido en los términos acuñados por V.E. en materia de arbitrariedad de sentencias (cf. *Fallos* 236:27; 247:263).

IV. B. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 10 DE LA LEY 24.390 (actual art. 11, según ley 25.430). INFORME 2/97 DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO «SUAREZ ROSERO» DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VALOR JURIDICO INTERNO DE LAS DECISIONES EMANADAS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES. ART. 75 INC. 22 CN. «CONDICIONES DE SU VIGENCIA». VIOLACION AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. IRRAZONABILIDAD

Incluso haciendo abstracción de los impedimentos formales que, como se apuntara, obstaban a innovar más allá de la decisión oportunamente adoptada por el Dr. Delgado, lo cierto es que la decisión revocatoria adoptada en la instancia jurisdiccional intermedia ha fallado contra elementales principios y garantías constitucionales.

Resultaría superfluo añadir farragosas explicaciones para legitimar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 (versión original), tanto más si se toma en cuenta que las argumentaciones efectuadas, ora por el Sr. Juez Delgado, ora por la Sra. Defensora Zelikson fueron lo suficientemente elocuentes como para despejar pretendidas dudas a su respecto.

Sin embargo, creo necesario enfatizar algunas cuestiones que debieran contribuir a neutralizar constitucionalmente los alcances dimanados de la norma legal impugnada.

En primer lugar, no puede en modo alguno pasarse por alto que los organismos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos ya se han expedido (expresa o elípticamente) sobre el problema abordado.

En efecto, la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de manifestar en el Informe 2/97 -que lo recuerdo, acopió una serie de presentaciones que reconocieron como contexto espacial a la propia argentina- que: «*La severa restricción introducida por esta ley* [art. 10, ley 23.737] *se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos.* ***Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para menoscabar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente***

excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. ***Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado***, *sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad.* ***Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos en la propia ley***» (párrafo 51, destacado agregado).

Por otro lado, la Corte Interamericana *in re*: «Suárez Rosero c/ Ecuador» (sentencia del 12/11/1997), afirmó con relación a una disposición del código penal ecuatoriano similar a la debatida en autos que: «…*esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido.* ***La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso***» (párrafo 98, destacado agregado).

Las inequívocas manifestaciones precedentes no dejan resquicio alguno como para afirmar la invalidez constitucional del artículo 10 (actual art. 11) de la ley 24.390.

Ahora bien, luego de transcribir las decisiones de mención se impone la pregunta respecto al valor jurídico que en casos presentes y futuros, cabe asignarle al criterio que de ellas dimana.

En ese sentido, vale recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte de una constelación normativa (bloque de constitucionalidad federal) que, en virtud del artículo 75 inc. 22 CN reporta jerarquía constitucional en **las condiciones de su vigencia**.

La clave para resolver el interrogante propuesto gira en derredor al significado que cabe asignarle a la expresión «condiciones de su vigencia».

En tal contexto y con cita de diversas decisiones jurisprudenciales emanadas de V.E., expresó Gordillo que: «...*La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 7 de abril de 1995, en el ya recordado caso Giroldi, que cuando la Constitución da 'jerarquía constitucional' a los tratados y concordatos* ***'en las condiciones de su vigencia'***, *ello significa que es* ***'tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional' y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionalmente competentes para su interpretación y aplicación*** (...). *'De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana* (...)» (cf. Gordillo, Agustín *et al*, *Derechos Humanos*, FDA, Buenos Aires, 4º ed., 1999, II-26, destacado agregado).

En virtud de lo expuesto nos enfrentamos al siguiente panorama: los organismos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos descartaron cualquier duda en punto a la contradicción suscitada entre aquellas normas jurídicas que excluyen un tratamiento privilegiado por prisión preventiva prolongada apelando al título delictivo enrostrado, y la propia hermenéutica de la Convención. Por otra parte, esas decisiones, por aplicación de la jurisprudencia de V.E. al respecto y de acuerdo a una correcta interpretación de la expresión «condiciones de su vigencia» contenida en el artículo 75 inc. 22 de la CN, en manera alguna pueden ser desoídas.

Por tal motivo, ora el Informe 2/97, ora el caso «Suárez Rosero» en conjunción con el propio principio *pro homine* (cf. Pinto, Mónica, *El principio pro homine y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, Martin; Courtis,

Christian (comps), «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales», Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163 y ss.), contribuyen a deslegitimar cualquier tratamiento diferenciado en materia de privilegios o compensación por una prisión preventiva prolongada, a todos aquellos imputados o condenados que lo hayan sido por el artículo 7 o las agravantes contenidas en el artículo 11 de la ley 23.737.

Por otro lado, la decisión de esa Corte recaída *in re*: «Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal» del 23/12/2004 no deja lugar a dudas respecto a la eventual obligatoriedad de las decisiones emanadas de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Como si lo dicho no fuere ya suficiente, cabe agregar un fundamento adicional que debiera contribuir a deslegitimar la pretendida constitucionalidad del mencionado artículo 10 (hoy acuñado en el art. 11) de la ley 24.390.

Y en este sentido, es claro que dicha norma legal resulta abiertamente violatoria del principio de igualdad ante la ley reconocido prístinamente en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Cree esta defensa que la excepción impugnada trasunta una discriminación normativa que en modo alguno puede tolerarse.

Ello es así, toda vez que los imputados o condenados por los delitos excluidos del alcance de esa ley ven inhabilitada, ora la posibilidad de solicitar el cese de la prisión preventiva, ora la de obtener un cómputo privilegiado por un encarcelamiento anticipado de duración irracional.

La disposición en crisis se torna discriminatoria, tanto más si se toma en cuenta que en comparación con otros procesados o condenados (es decir, con aquellos que lo fueron por títulos delictivos diferentes a los establecidos por el artículo 10), los encarcelados bajo el amparo del artículo 7 o de las agravantes del artículo 11, ley 23.737, sufrieron análoga prisionización que los anteriores, de modo que resulta inexplicable que su duración aberrante los inhabilite para obtener algún tipo de compensación por tal hecho.

En este sentido, quiero decir que la situación fáctica (y normativa) entre un procesado por el delito de traición a la patria u homicidio calificado y de aquél otro que lo fue por la hipótesis prevista en el artículo 7 de la ley 23.737 no es disímil en cuanto a las consecuencias y la propia materialidad del encarcelamiento cautelar. El título delictivo podrá ser diferente, pero la presunción de inocencia que los ampara y la propia situación de prisionización anticipada será similar en ambos casos, por lo cual establecer diferencias entre un supuesto y el otro trasuntará una discriminación irrazonable.

La pretendida constitucionalidad de la disposición, amparada bajo el argumento de que se trata de casos diferentes (vgr. el ejemplo del homicidio y el que aquí nos ocupa), no resulta de ningún punto de vista admisible, pues el extremo que debe tomarse en cuenta a los efectos de abordar la eventual irrazonabilidad del artículo 10, debe atender sin hesitaciones, a la situación de prisionización anticipada en la que se encuentran todos los procesados (independientemente del eventual título delictivo atribuido).

Obliterar la posibilidad de obtener el cese de la prisión preventiva o un cómputo privilegiado por su duración irracional, en razón de los títulos delictivos en juego, desatiende el elemental dato que indica que **todos** los procesados sin sentencia gozan de la presunción de inocencia constitucional.

Por ello, la discriminación negativa en este caso se consuma dado que se trata de distinto modo a quienes se encuentran en situaciones análogas (*prisionizados*

sin sentencia, amparados por la presunción de inocencia constitucional y el derecho al plazo razonable de la prisión preventiva).

Tal situación desconoce ostensiblemente que: «*El principio de la igualdad que establece el art. 16 de la Const. Nac., sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias*» (cf. *Fallos* 123:106; 137:105; 153:196; 157:28; 126:280; 182: 355; 184:592; 270:374).

Y así, intentar justificar la discriminación bajo el argumento de la gravedad del delito o de pretendidas y nebulosas razones de «política criminal» (razón de estado), nos reconduce sin ambages a aquellas posiciones que abrigan la opinión según la cual «...*sólo los inocentes (esto es, los que no han desarrollado conducta alguna que pueda reputarse injusto penal) tienen derecho a una defensa*» (cuestionando este tipo de abordajes cf. Martinez, Stella Maris, *Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio*, en «Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal», Nº 8-C, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 239).

Semejante aberración sólo puede comprenderse en el marco de discursos emergenciales que pretenden tratamientos diferenciados para todos aquellos que, de algún modo u otro, son etiquetados como los «causantes» de la pretendida emergencia («guerra a la droga»).

Discriminaciones irracionales como aquella legitimada por el artículo 10 (hoy 11) de la ley 24.390, abonan tal punto de vista y la transforman en una clara manifestación de derecho penal del enemigo, que en manera alguna puede ser legitimada en un contexto institucional mínimamente cercano al del Estado Constitucional de Derecho.

En palabras de Zaffaroni: «*Esto obedece a que todo derecho penal autoritario toma una amenaza, la absolutiza, la magnifica y manifiesta que es necesario contenerla para que no desaparezca el género humano, como si fuera un mal cósmico. De este modo vivimos ochocientos años de emergencias y las hubo para todos los gustos, si bien ninguna de ellas fue resuelta por el poder punitivo,* ***contrariamente a las promesas que éste formuló al requerir libertad absoluta para reprimir como condición de su neutralización***» (cf. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 28, destacado agregado).

Es paradójico observar que la posición que se cuestiona se ubica en las antípodas de aquélla que adoptara el máximo Tribunal en anterior conformación al resolver en el caso «Nápoli» (Fallos 321:3630)

Y es que, con una integración similar a la que diera lugar a la doctrina sentada *in re* «Alonso» (Fallos 325:2322), al resolver en el precedente «Nápoli» el máximo Tribunal, fundado en la doctrina de los precedentes internacionales citados en esta presentación y, previamente, por la Dra. Zelikson y por el propio Juez de Ejecución, sostuvo: «*17) Que, como conclusión de lo expuesto, la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Erika Elizabeth Napoli ya que la priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia»*

La paradoja está dada, fundamentalmente, porque los principios que guiaron la doctrina del caso Nápoli (en el que la discusión remitía a normas procesales, es decir, no sujetas a los principios políticos que sí imperan en materia penal) debieron, por imperativo constitucional, operar con mayor rigor en un caso en el que se discutía el acceso a derechos derivados de institutos de carácter sustantivo. (Esta diferenciación y el mayor peso específico de las cuestiones sustantivas por sobre las procesales fue puntualizada en el Considerando 15 del precedente Nápoli, ya citado.)

Y no me refiero únicamente al instituto del cómputo de pena, directamente comprometido en la decisión en crisis sino también –y ascendiendo en la jerarquía normativa- al derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

Así, si la propia ley 24.390 se declara directamente reglamentaria del art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica (art. 10, según ley 25.430) no parece osado razonar que la exclusión de determinadas formas típicas de los beneficios estipulados en ese cuerpo normativo supone tanto como sustraer esas conductas del ámbito de cobertura de la disposición específica de la Convención Interamericana reglamentada en aquél cuerpo legal. Esto supone, en definitiva, un quebrantamiento de los principios contenidos en los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No puedo dejar de añadir, por cierto, que la renovación del planteo es consustancial con la nueva integración de V.E., que ha dado sobradas muestras del apego irrestricto al esquema de garantías constitucionales y convencionales.

Tan sólo a título de ejemplo valga señalar el restablecimiento de la doctrina histórica de la Corte, suspendida durante la breve vigencia del precedente Arla Pita. Tal como acontece aquí, la índole del delito había derivado en la aplicación de una doctrina inconciliable con principios básicos de nuestra Constitución Nacional (en el caso –ocioso es señalarlo- el que proscribe el doble juzgamiento) que, merced a la intervención del máximo Tribunal, retomó su legítimo cauce.

En suma, la posición que aquí se objeta, a la par de resultar violatoria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en especial, de aquel principio hermenéutico que impone la buena fe interpretativa (cf. arts. 26 y 27 de la ley *de facto* 19.865), coloca a la República Argentina ante el riesgo cierto de resultar condenada internacionalmente por violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por los motivos expuestos y a pesar de la afirmación en contrario empuñada por el tribunal casatorio, se impone, por un elemental respeto a la Convención Americana de Derechos Humanos y a las decisiones de sus órganos de aplicación, que V.E. revea en su actual integración el criterio otrora defendido en los fallos «Arana» y «Alonso» de profusa cita en el acopio de antecedentes de estos actuados.

V. PETITORIO

(...)

47. A. Dictamen del Procurador y comentario

En el caso y a lo largo de toda la vía procesal se discutió acerca de la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 (hoy acuñado en el artículo 11) en la medida en que excluye de los beneficios de tal norma a quienes se encuentren imputados (o condenados) por los delitos previstos en el artículo 7 o las agravantes establecidas en el artículo 11 de la ley 23.737.

El juez de ejecución había declarado la inconstitucionalidad de la norma mientras que, la Cámara Nacional de Casación Penal, revirtió esa decisión a instancias de un recurso interpuesto por el agente fiscal.

Deducido el recurso extraordinario y, tras su denegación, la respectiva queja, el Alto Tribunal le corrió vista al señor Procurador Fiscal quien, en su dictamen, abogó por el rechazo de la pieza, en función de una pretendida falta de fundamentación autónoma.

48) R. 278. XL, «Ramos Rocha, Graciela Beatriz» (sentencia del 20 de marzo de 2007, publicada en Fallos, 330:1083)

FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL. AMPLIA FUNDAMENTOS

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales (leyes 48 y 4055)

(...)

II. 2. Requisitos propios

La sentencia que aquí se pone en crisis emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente y versa sobre una resolución que, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso asumiendo el carácter de cosa juzgada.

La desestimación del recurso extraordinario causa a mi representada un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 del CPCCN.

La lesión constitucional invocada se centra en el flagrante avasallamiento de las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio y principio de legalidad, reconocidas en el Art. 18 CN y complementadas con los tratados internacionales de protección de derechos humanos (Art. 75 inc. 22 CN; Art. 8 inc. 2, ap. «h» y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 14.5 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Las violaciones constitucionales guardan relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, por lo que inexorablemente deben ser materia de tratamiento a fin de resolver la cuestión planteada.

Con esta presentación se persigue el pronunciamiento de una sentencia que ratifique la supremacía de la Constitución Nacional, resolviendo la cuestión federal de la manera que se presenta por este medio, compatible, por lo demás, con la doctrina que V.E. ha trazado invariablemente en la materia.

Entiendo que, dadas las especiales características del caso el requisito de trascendencia aparece debidamente acreditado pues, como se verá, se encuentra en crisis un aspecto central de la garantía del debido proceso penal que guarda relación directa e inmediata con la condena impuesta a mi defendida.

En este sentido, se cuestionará aquí la potestad jurisdiccional de imponer

condena cuando, durante el transcurso del proceso, el titular de la acción pública penal abandona su requerimiento acusatorio para alinearse con la pretensión liberatoria propiciada por la defensa. Pero, por lo demás y a todo evento, se denunciará la flagrante vulneración del principio de legalidad verificada en la sentencia de condena, cohonestada hasta esta instancia.

III. ANTECEDENTES

A los efectos de cumplimentar con el recaudo respectivo, procederé a formular el detalle de los antecedentes del expediente, limitándome a aquellos que tengan íntima vinculación con las cuestiones que se plantean.

III. 1 Sentencia condenatoria

A fs. 90 de los autos principales obra la sentencia dictada por la Sra. Juez de la Primera Circunscripción Judicial, titular del Cuarto Juzgado Correccional de Mendoza, Dra. Lucía Cesira Motta, en la que resolvió condenar a Graciela Beatriz RAMOS ROCHA, a la pena de un año de prisión de ejecución condicional por considerarla autora penalmente responsable del delito de usurpación, según la conducta típica que describe el Art. 181, inc. 1° CP, con costas, al tiempo que, en aplicación del Art. 27 bis del mismo cuerpo normativo, le impuso la fijación de un domicilio real, la prohibición de ingesta de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o psíquica y la no comisión de nuevos delitos, todo ello sin especificación de tiempo de duración. Los fundamentos de tal decisorio fueron desarrollados a fs. 91/5.

La sentenciante tuvo por acreditado que *«el día 18 de mayo de 2001, siendo aproximadamente las 01.20 horas, se hace presente la víctima Hilaria Montaño, en la Seccional 11° de Luján de Cuyo. La misma denuncia que posee una vivienda en el B° Cuadro Estación de Ugarteche, en la M-A-C-08 y que en horas de la tarde, su esposo constató que la vivienda se encontraba ocupada por la imputada Graciela Ramos, quien se encontraba acompañada de sus cuatro hijos menores. Posteriormente, personal policial realizó una inspección ocular en el lugar y constató la veracidad de la denuncia. Con lo narrado, estimó la señora juez, la imputada despojó a Hilaria Montaño de la posesión del inmueble al haber ingresado en el mismo en forma clandestina, abusando de su confianza y manteniéndose en el mismo.»*

La defensa de RAMOS ROCHA cuestionó la adecuación típica, en la medida en que el ingreso de su pupila a la vivienda no se había producido de acuerdo a los medios comisivos que prevé el tipo penal y, por lo tanto, el accionar enjuiciado resultaba ser atípico.

Tal discrepancia, entre la atipicidad que se sostuviera y la fundamentación de la calificación legal realizada por la Sra. Juez, con las consecuencias penales que ello acarreara, constituyó el núcleo medular de la pretensión recursiva que, en nombre de su representada, interpusiera en tiempo y forma la defensa de RAMOS ROCHA.

III. 2. a. Recurso de casación

A fs. 98/102 se agregó el recurso de casación promovido por el Defensor Oficial, fundado en la causal regulada en el inciso 1 del Art. 474 del Código procesal de la Provincia de Mendoza.

En primer término alegó que la sentencia causaba un gravamen irreparable, generado por una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto se carecía de

acreditación que merituara el despojo de la vivienda mediante el uso de violencia, amenazas, abuso de confianza, engaño o clandestinidad, elementos adjetivantes del verbo núcleo de la figura legal de usurpación. Con cita de Ricardo NUÑEZ se indicó que «*el despojo no es punible por sí, sino que sólo se logra a través de alguno de los medios descriptos por la ley» (Tratado de Derecho Penal, T. V, p. 488)*».

La defensa cuestionó la tipicidad de la conducta en tanto consideró que la sola permanecia en el interior del inmueble –o la tácita negativa a desocuparlo- fue equiparada a medio comisivo, a través de una construcción artificiosa plenamente objetable desde la perspectiva constitucional. Y es que, según se sostuvo, el medio comisivo radicó en un supuesto de «violencia moral», sobre el cual así discurrían la sentencia: «*En efecto dadas las características del inmueble creemos que la sola presencia de quien procedió al despojo constituye por sí un medio intimidatorio, puesto que quien intentaría recuperarlo, nunca sabe qué reacción puede esperarle.»*.

Sostuvo el Sr. Defensor que, cuando a violencia refiere, la ley lo hace en el sentido de la vis física, es decir, la que emplea el agente sobre las personas (en el caso, impedir el ingreso) o sobre las cosas. La violencia moral, por su parte, queda acotada exclusivamente a las amenazas. No obstante, siguiendo la prueba reunida, la supuesta situación de violencia moral nunca se perpetró toda vez que la denunciante jamás se acercó a la propiedad ni habló en momento alguno con la imputada.

Corresponde destacar que el asistente técnico no discute el desapoderamiento ni que éste fuese contrario a la voluntad de la denunciante, sino que, no existiendo actividad violenta, no hay una conducta adecuada al tipo penal y, por lo tanto, la solución al conflicto debe procurarse por vía de las acciones posesorias, previstas en el Libro Tercero, Título III, del Código Civil.

Se postuló, en consecuencia, la atipicidad y se requirió a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza que casara la sentencia y absolviese a Graciela Beatriz RAMOS ROCHA, al tiempo que, retomando los cuestionamientos constitucionales opuestos a la luz del principio de legalidad, se hizo expresa reserva de caso federal.

La Sra. Jueza Correccional resolvió, con fecha 28 de agosto de 2003 (fs. 103), admitir el recurso de casación interpuesto por la defensa.

III. 2. b. De la sustanciación del recurso de casación

Arribados los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, se dio la pertinente intervención a la Defensa quien mantuvo el recurso (fs. 105) remitiéndose a los argumentos introducidos al tiempo de interponerlo.

A fs. 106/7 se agregó el dictamen del Procurador General de la Provincia de Mendoza, Dr. Rodolfo González, quien concluyó por darle razón a la recurrente en el entendimiento de que la simple actitud de impedir la entrada, permaneciendo en el inmueble, no podía asimilarse a violencia, en tanto medio comisivo exigido en el tipo.

Distinguió dos aspectos materiales o fácticos no discriminados en la sentencia: en primer lugar, la acción típica constitutiva de la figura penal y en segundo, las vías de hecho expresamente previstas como medios de comisión de la conducta delictiva. Así, expresó que «*la simple actitud de impedir la entrada, permaneciendo en el inmueble con negativa a desocuparlo reúne las características de la acción típica imputada, afectándose la tenencia o posesión; sin embargo, tal conducta no queda encuadrada como violencia tendiente al despojo. Existe una diferencia natural y legal entre la acción delictual (invasión, expulsión u ocupación) y los medios ejecutivos empleados para conseguir la misma (violencia, amenazas, etc.).»*

de modo que *«valorar la permamencia o actitud evasiva de la imputada como medio de comisión es desatender a la natural y jurídica diferencia entre medio y fin prevista por el artículo 181, inc. 1° del Código Penal»*.

Dictaminó, finalmente, que la Suprema Corte local, debía hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa y declarar, en consecuenciaq, la nulidad la sentencia, disponiendo la absolución de la acusada por ausencia de tipicidad en su conducta, de conformidad con el artículo 485 del rito local.

El recurso fue admitido formalmente a fs. 108 -1° de octubre de 2003-.

El 12 de noviembre de 2003, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza resolvió, por mayoría simple, el rechazo del recurso de casación oportunamente interpuesto por la defensa de RAMOS ROCHA.

Los fundamentos del decisorio se encuentran en el voto del Dr. Salvini, al que adhirió el Sr. Ministro Nanclares. En dicha pieza, si bien se reconoció el ingreso de la condenada al domicilio de marras sin emplear ninguno de los medios comisivos mencionados por la ley, se afirmó que la usurpación sobreviene ante el reclamo del legítimo poseedor o tenedor y la simple negativa del ocupante. Sostuvo el Sr. Ministro que «*la sola presencia del ocupante constituye de por sí, un medio intimidatorio, en tanto quien intenta recuperarlo no sabe qué reacción puede esperarle por parte de aquél*». Aunque luego reconoce y toma de la sentencia originaria que la denunciante *«…nunca se acercó a la propiedad ni habló con ella…».*

III. 3. Recurso extraordinario. Su rechazo

A fs. 116/122 obra el recurso extraordinario interpuesto por el Defensor Oficial Dr. Rubén Raúl Castro.

La defensa se agravió de la decisión de la Suprema Corte Provincial en la medida en que ratificaba la condena penal de una conducta atípica, en clara violación a la garantía constitucional del debido proceso legal, consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional y a los principios de reserva y legalidad.

Reiteró la magnitud del error sustantivo en que incurriera la sentenciante, ratificado por la mayoría de la Suprema Corte, en relación a la adecuación típica, en la medida en que el hecho a estudio se resume, en palabras de la propia juez de grado, «*en quien ingresa a un inmueble sin acreditación de haberlo hecho mediante violencia, engaño o abuso de confianza y posteriormente y ante el reclamo del poseedor, tenedor o cuasiposeedor permanece en el lugar, negándose expresa o implícitamente a desocuparlo.*»

Citando el dictamen del Procurador General local cuestionó que la «*simple actitud de impedir la entrada, permaneciendo en el inmueble con negativa a desocuparlo*» constituya violencia en su versión de medio comisivo del delito de usurpación, por cuanto esa forma de aplicar la norma penal confunde dos aspectos materiales: la acción típica constitutiva de la figura penal y las vías de hecho previstas como medios de comisión de la conducta delictiva. Subrayó que entender la simple actitud de impedir la entrada, permaneciendo en el inmueble con negativa a desocuparlo, como configurativa de la acción típica del delito imputado, implicaba confundir la diferencia natural y legal que existe entre la acción de despojo y los medios empleados parar conseguir la misma.

En aras de robustecer estas ideas, el defensor transcribió parte del dictamen emitido por el Procurador de la Suprema Corte provincial: *«Citando a Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, Ed. Astrea, Bs. As. 1974, ág37, dice que 'En determinadas circunstancias la adecuación típica de una acción depende de que el autor haya utilizado ciertos medios (instrumentos) para la*

comisión del delito: en el caso del delito de usurpación; no es suficiente el despojo de la posesión sin la utilización de ciertos medios, la conducta no es todavía típica.'. Concluye el Sr. Procurador diciendo que 'Valorar la permanencia o actitud evasiva de la imputada como medio de comisión es desatender a la natural y jurídica diferencia entre medio y fin prevista por el art. 181, inc. 1° del Código Penal'».

También destacó del voto disidente del Sr. Ministro local, Dr. Böhm, la premisa siguiente: «...*El principio de legalidad, la prohibición de analogía y la interpretación restrictiva de los tipos penales son directrices generales que ciñen la actividad del intérprete penal, y que fijan el marco dentro del cual debe transitar la tarea de conexión de los hechos con el espectro normativo...*».

Del recurso presentado se corrió traslado al Sr. Procurador General provincial quien, a fs. 123/125, no solo avaló la admisibilidad formal del recurso sino que ahondó en relación a su procedencia sustancial y formuló su hipótesis sobre violación a los principios constitucionales. Puntualmente expresó que el principio de legalidad, y su correlativo de reserva legal, garantizan e imponen una condición necesaria para la persecución penal efectiva, a saber: que la conducta se encuentre prevista, con anterioridad a su exteriorización, en la norma competente, de modo que, ante la ausencia de prohibición, el Estado no debe reprimir.

Sostuvo que con el resultado de la causa se provoca un agravio de trascendencia constitucional que infringe el principio de legalidad y de reserva penal, toda vez que el alcance interpretativo utilizado para aplicar el tipo penal de usurpación, al apartarse de la intención del legislador expresada detalladamente en la letra escrita, vulnera directamente las garantías constitucionales, límites infranqueables dela persecución penal.

El 22 de diciembre de 2003 los miembros de la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, por mayoría, declararon inadmisible el recurso extraordinario federal articulado (v. resolución obrante a fs. 126/7). Sostuvieron que: *«...la censura está fundada en el ataque al criterio interpretativo en relación a la aplicación de la figura delictiva de usurpación, según el voto mayoritario que resolviera el recurso de casación contra una sentencia condenatoria por dicho delito... En principio, lo relativo a la interpretación, aplicación e inteligencia de los códigos de fondo, no constituyen materia idónea para operar la apertura del remedio procesal. (conf. Serra María M. Procesos y Recursos Constitucionales»*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA QUEJA

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable en función de las razones que de seguido desarrollaré.

Sin embargo, previo a adentrarme en los argumentos técnicos que tornan viable la pretensión de esta defensa, no puedo menos que resaltar el contrasentido ético implícito en el hecho de que la expansión analógica del derecho penal que se cuestiona, se perfeccionó para criminalizar a una mujer desamparada, madre de cinco niños de corta edad, -el último de los cuales nació durante el trámite del proceso-, sobre la que el Estado sólo descargó, infundadamente, su potencial represivo, sin ofrecerle alternativas a la desesperante situación habitacional que padecía.

Los tribunales inferiores, en su desmedido e infundado afán criminalizador, no solo hicieron caso omiso de las particularidades del caso, sino que ignoraron la vigencia de normas de jerarquía constitucional tales como el Art. 14 bis «in fine» de la Constitución Nacional, los Art. VI y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Art. 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Art. 3 de la Convención sobre los

Derechos del Niño, que exigían un análisis mucho más profundo y ponderado del conflicto en estudio.

Dicho en otros términos, más allá de que la ley penal jamás puede ampliarse por vía de la analogía, luce particularmente irritante que se la expanda indebidamente para criminalizar la pobreza y el desabrigo de una joven jornalera, madre de cinco niños pequeños, con estudios primarios incompletos y que, al momento de los hechos, percibía un salario de ciento cincuenta pesos mensuales.

IV.1. Violación del principio de legalidad. Arbitrariedad normativa

La resolución de la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, lejos de responder a la problemática constitucional introducida por la defensa, - seguida y profundizada por el Ministerio Público Fiscal de la instancia-, en punto a la evidente vulneración de principios constitucionales (legalidad y reserva legal, entre otros) que la sentencia de primera instancia y su ratificación acarreaban, se limitó a ratificar, sin ahondar en conceptos dogmáticos, su postura y a desacreditar el intento recursivo, tildándolo de mero criterio de interpretación disímil. Para ello ignoró por completo el fondo de la cuestión esgrimido por la defensa preactuante y soslayó la deslegitimación jurisdiccional, emergente de la pretensión desvinculante del Sr. Procurador General local, tema que será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

Y es que, tal y como quedara de manifiesto en la exposición de la defensa al articular los recursos, en la disidencia del ministro Böhm y en el dictamen del Procurador General de la Provincia de Mendoza, la sentencia condenatoria se nutre de una construcción típica analógica que desplaza el verbo núcleo y fuerza, en su lugar, la aparición de uno de los elementos objetivos del tipo, en clara vulneración del principio de legalidad.

Si bien el examen de estas cuestiones parecería remitir a materia ajena a la vía de excepción intentada, el vínculo directo e inmediato trabado entre la interpretación cuestionada y el principio de legalidad, justifican la avocación reclamada, tanto más cuanto, en simultáneo, amén del claro supuesto de arbitrariedad normativa verificado, en el apartado que sigue se advertirá sobre la vulneración a la garantía del debido proceso.

El verbo núcleo del inciso 1° del artículo 181 del Código Penal esta conformado por el término «despojare». Este despojo, por su parte, para alcanzar realce típico debe estar acompañado por alguno de los elementos que el mismo tipo legal enuncia: violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad. Sin el despojo se perfecciona sin utilizar alguna (o varias) de estas altrnativas comisivas, será penalmente atípico.

Descartadas las cuatro últimas opciones en la sentencia de la Sra. Juez Correccional, sólo restaba el análisis de la concurrencia de violencia.

Y fue precisamente en este punto en el que se verificaron sendas vulneraciones constitucionales al principio de legalidad pues, ausente el elemento típico en estudio en el momento del perfeccionamiento del despjo, se relevaron, en su lugar, actividades posteriores al ingreso que resultan inocuas desde el punto de vista jurídico-penal. El saldo resultante viene así dado por una expansión analógica de los alcances del concepto de violencia, y, por ende del tipo, sobre una base material (la mera permanencia en el domicilio) que no se encuentra reprimida penalmente.

No ahondaré aquí en la defensa material ensayada por RAMOS ROCHA. Tan solo destacaré que, al no haber sido controvertida por ningún medio, mantiene vigencia su afirmación de que ingresó a la vivienda en horas de la tarde sin ejercer violencia

alguna y que el inmueble, en todo el tiempo de posesión, jamás le fue reclamado.

Interesa asimismo señalar el hecho de que RAMOS ROCHA y Montaño se conocían, según se desprende de la propia sentencia (v. fs. 92). Más aún, habían convivido anteriormente con sendas familias y bajo un mismo techo. Y pese a que esa convivencia habría ocurrido bajo el amparo de derechos reales no suficientemente esclarecidos, no se evidencian problemas pretéritos que meritúen conjenturar temor de sufrir algún tipo de violencia moral por parte de la denunciante quien, por otra parte, conviene una vez más resaltar, jamás se acercó a la vivienda presunto objeto de despojo para reclamar su restitución.

En palabras de Claus ROXIN, «*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal sino también* ***DEL*** *Derecho Penal*» (Derecho Penal, Parte General, Tomo I, p. 137). Así, «*la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad*» resulta ser uno de los fundamentos del principio de legalidad. Por otra parte, el sistema republicano de gobierno, proclamado desde los albores de la ley fundamental, veda al juez la creación de leyes, reservando tal cometido al Parlamento, en tanto órgano de mayor representación popular, reservando a aquél su interpretación y aplicación.

En autos, la magistrada actuante ha abandonado el campo de la interpretación de la ley para adentrarse –ilegítimamente- en el terreno de la analogía creadora de normas penales.

Y es que, como bien señalara el Sr. Procurador General de Mendoza, la presencia de mi defendida en el inmueble podría denotar la posibilidad de un despojo, pero no acredita su comisión típica y, por otra parte, la presunta negativa de desalojar el inmueble –tácita, por cierto- puede revelar la intención de continuar con la ocupación pero en modo alguno encuadraría en los requerimientos propios de la amenaza (entendida ésta como violencia moral) o de la violencia. La valoración hecha en la sentencia, al relevar la permanencia en el inmueble o la actitud evasiva de la imputada a una de las modalidades comisivas que reclama el tipo es desatender a la natural y jurídica diferencia entre medio y fin prevista por el Art. 181 inc. 1° CP.

En definitiva, toda vez que la atribución del reproche supone, necesariamente, la vulneración de principios básicos de nuestro sistema constitucional, la arbitrariedad normativa denunciada trasciende cuestionamientos de derecho común para ingresar, de plano, dentro del ámbito de discusión asignado a V.E., tanto más cuando, como se anticipó, los vicios anteriores se cohonestaron en la máxima instancia jurisdiccional local, en violación a la garantía del debido proceso, cuestión que se analizará en el apartado que sigue.

IV.2. Violación de la garantía del debido proceso en materia penal. Defensa en juicio y «Reformatio in pejus»

En franca relación con la garantía de la defensa en juicio, V.E. ha generado y mantenido una trascendente doctrina relativa a la prohibición de la reforma peyorativa, entendida como la imposibilidad de agravar la situación del procesado ante la falta de recurso acusatorio.

En autos, interpuesto el recurso de casación por la defensa oficial contra la sentencia condenatoria de primera instancia, se dio intervención al Sr. Procurador General de la Provincia, Dr. Rodolfo González, quien a fs. 106/7 y por los motivos que allí claramente se explicitan, requirió la nulidad de la sentencia recurrida la absolución de mi hoy defendida RAMOS ROCHA.

Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en su condición de

Tribunal de Casación, tenía la absolución reclamada por el titular de la acción pública como única alternativa válida de sentencia -bien interpretada por la minoría- puesto que, avanzar por sobre el pedido del Ministerio Público en la instancia conculcaba -y conculcó- la garantía de la defensa en forma genérica y, específicamente, lo que se ha dado en llamar, desde el precedente *«Gómez»*, rector en la materia (234:270): *el derecho a la absolución.*

La mayoría sólo hubiera podido resolver como lo hizo luego de descalificar fundadamente el dictamen del Ministerio Público Fiscal, declarando su consecuente nulidad. Sin embargo, admitida la corrección formal de la pretensión y reconocida la titularidad de la acción, el caso debió ser resuelto conforme la pretensión coincidente de los representantes de ambos Ministerios Públicos.

En el aludido precedente *«Gómez»*, citado por Alejandro CARRIÓ (*«Garantías constitucionales en el proceso penal»*, Ed. Hammurabi, p. 131), el procesado había sido absuelto en primera instancia, el fiscal apeló y, llegados los autos al Fiscal de Cámara, éste manifestó que no mantenía el recurso. No obstante, la Cámara conoció del recurso interpuesto por el fiscal de grado, revocó la absolución y condenó a Gómez a una pena de prisión. La defensa interpuso recurso extraordinario fundado en la violación de la garantía de la defensa en juicio, por haberse impuesto una condena sin potestad jurisdiccional y V.E. hizo lugar al recurso y dio razón al recurrente. El voto de la mayoría entendió que la manifestación del Fiscal de Cámara de no mantener el recurso equivalía a desisitr de la apelación. Textualmente V.E. refirió que *«...tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación.»*

Desde ese Alto Tribunal se ha señalado que «...*en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos, 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros*» (consid. 3° *in re* «Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa T. 209 XXII «Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad -causa 341/87, F.78-», rta. 28/12/1989). Tal principio -que opera como reaseguro del derecho de defensa- conlleva como consecuencia, la formulación de la siguiente regla: si no media acusación no puede dictarse fallo de condena (*íd.*, Consid. 4°).

Esta formulación construida por la máxima instancia judicial del país se nutre del Art. 18 de la Carta Magna que proclama que «*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* ...». Su aplicación al caso, desde *«Tarifeño»* -y sin olvidar el citado precedente *«Gómez»*- importa la máxima siguiente: «*quien deba juzgar no puede ni tiene que acusar*».

El fallo *«Mostaccio»*, oportunidad en que V.E. retoma la sabia senda del precedente «*Tarifeño»*, momentáneamente abandonada, brinda argumentos más que suficientes para sostener que la vigencia de la pretensión punitiva no se debe circunscribir a la etapa de juicio, sino que también debe abarcar la etapa de impugnación, de suerte que cuando el acusador postula la absolución en la Alzada, dejando de lado lo originariamente pretendido por su inferior jerárquico, y la solución se aparta de su reclamo, se viola el proceso justo y se arrasa con el derecho de defensa pues, también aquí, si se confirma una condena sin petición expresa del Ministerio Fiscal, el contradictorio se diluye. Cierto es que las cosas hubieran resultado mucho más claras si el Sr. Procurador General de la Provincia, asumiendo su rol de garante de la legalidad, hubiese interpuesto –él también- recursos contra la sentencia del «a quo».

La tesis aquí sostenida es la única que compatible con el estándar que subyace en el artículo 18 del texto constitucional, a partir de la interpretación dinámica

que, desde el citado precedente *«Mostaccio»*, se impone en aras de dilucidar los alcances de la cláusula del debido proceso.

En el actual estado de cosas, sostener que la pretensión fiscal a favor de un condenado en la instancia recursiva es inocua, importa violentar el principio ya enunciado según el cual V.E. reputa «*desprovista de soportes legales... una condena de segunda instancia sin apelación.»*

La identidad de las pretensiones de la acusación y de la defensa importa ausencia de contradicción; y es claro que sin ella la subsistencia de la condena supone un repliegue ilegítimo de la jurisdicción por sobre el área de injerencia y actuación de las partes en conflicto, con simultáneo abandono de la posición imparcial asignada a los jueces de la causa.

Como contrapartida, la solución que aquí se propicia, no solo constituye una derivación necesaria de la doctrina de «*Mostaccio»*, sino que es la única que compatibiliza con la naturaleza propia de todo proceso penal, así como con los postulados de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946) que, *mutatis mutandi* reafirman la tesis de esta defensa.

Partimos de la base de que, con arreglo a la previsión del Art. 120 de la Constitución Nacional, el Sr. Procurador General de la Nación tiene por función «...*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República»*.

Asimismo, y de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, éste ejerce sus funciones con unidad de actuación y posee *«...una organización jerárquica la cual exige que cada miembro... controle el desempeño de los inferiores...»* (Art. 1°).

La titularidad en la promoción de la acción (también recogida en el Art. 5 CPPN) aparece en el Art. 25, ap. a) de la ley orgánica; y la organización jerárquica del cuerpo, no sólo se traduce en el deber de obediencia que emana de la previsión del Art. 31 –sistema de instrucciones-, sino también en la actuación coordinada de los miembros del Ministerio Público Fiscal (Art. 33, inc. «I»), subordinada a la superintendencia del Sr. Procurador General de la Nación (conf. Art. 33 «II»).

Pero, lo más importante, de acuerdo con la previsión del Art. 37 «a», los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de instancia única cuentan, entre sus deberes y atribuciones, «*Promover ante los tribunales en los que se desempeñan el ejercicio de la acción pública o continuar ante ellos la intervención que el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido en las instancias inferiores,* ***sin perjuicio de su facultad para desistirla, mediante decisión fundada.****»*

Esta atribución en particular es la que ejerció el Sr. Procurador General provincial al dictaminar, en dos oportunidades, a favor de la tesis liberatoria propiciada por la defensa; es evidente que, en esas condiciones, la causa debió fenecer en jurisdicción provincial, con arreglo a la pretensión homogénea de las partes en el proceso.

Observo, en abono de la tesis aquí propiciada que, de acuerdo con las *«Directrices sobre la Función de los Fiscales»*, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, «*Los fiscales no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien,* ***harán todo lo posible por interrumpirlo****, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada»* (Principio 14).

El desarrollo argumental que llevara al Fiscal General de la provincia a abogar

por la atipicidad de la conducta reprochada a mi asistida y, posteriormente, por la concesión del recurso extraordinario federal, constituyen pautas más que elocuentes de la voluntad del titular de la acción penal en el ámbito provincial de abandonar la función requirente, otrora sostenida por el inferior jerárquico, para alinearse con la defensa del justiciable.

Esta comunión de intereses debió prevalecer por sobre cualquier decisión jurisdiccional posterior en sentido contrario pues, aunque la condena impuesta tuvo como antecedente una acusación válida, la falta de firmeza del pronunciamiento y el abandono –en rigor la sustitución- de la posición persecutoria del Ministerio Público Fiscal por parte de su legítimo representante –cuya pretensión ha de prevalecer por sobre la sostenida por su inferior jerárquico- suponen el fin de la controversia ínsita en todo procedimiento criminal.

Convalidar la sentencia de condena en las condiciones expuestas importa tanto como hacer jugar la garantía que proscribe la reforma peyorativa a favor del Estado (en este caso, a favor del voto en mayoría de los jueces provinciales), extremo que no solo invierte la mecánica propia de las garantías fundamentales del proceso, sino que violenta la distribución de competencias en materia penal, al tiempo que causa un gravamen irreparable al justiciable, verdadero –y en este caso, único- destinatario de las garantías del Estado de Derecho.

De este modo, en el entendimiento de que se avanzó en violación a la garantía del debido proceso penal, entiendo que corresponde revocar el auto en crisis y, haciendo lugar a la pretensión de esta parte, ordenar el dictado de un nuevo pronunciamiento acorde al desarrollo realizado en el presente acápite.

IV. PETITORIO

(...)

48. A. Sentencia de la Corte y comentario

Por sentencia del 20 de marzo de 2007 y con voto de los jueces Argibay, Maqueda, Fayt y Lorenzetti, la Corte declaró inadmisible el recurso en los términos del art. 280 CPCCN.

En disidencia, los jueces Zaffaroni, Petracchi y Highton de Nolasco, remitieron al dictamen del señor Procurador Fiscal que, paradójicamente, había acogido la pretensión defensista y propiciado la atipicidad de la conducta.

El caso ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tanto por violación al principio de legalidad y el debido proceso cuanto en función de los derechos sociales afectados. Se trata de un caso ciertamente paradójico si se advierte que el titular de la acción pública –a nivel provincial- propició la absolución de la señora Ramos Rocha en la instancia de casación. El problema vinculado con la extensión del principio acusatorio –y sus derivados- a la propia instancia intermedia, fue expresamente introducido por la DOCSJN y, no obstante ello, no fue objeto de tratamiento alguno, sea por parte de la PGN, sea por la CS, pese a su innegable gravitación luego de que ese tribunal restableciera la doctrina «Tarifeño» en el caso «Mostaccio» de Fallos, 327:120. Recordemos que la fiscalía general de la provincia – cuanto la propia Procuración en su dictamen- reconocieron que el caso puntual trasuntaba una conducta atípica.

49) I. 177. XXXIX. PVA; «Ibáñez, Sara del Pilar s/ su solicitud de avocación - privación de justicia». Sentencia del 20 de junio de 2006; Fallos, 329:2296)

ASUME INTERVENCIÓN - ALEGA PRIVACIÓN DE JUSTICIA

EXCMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ (...)

I. OBJETO

(...)

II. ANTECEDENTES

II. 1. La etapa de instrucción

El presente proceso procuró elucidar las circunstancias en que se produjo la muerte de quien en vida fuera el esposo de mi asistida, Néstor Fabián B. y de los dos pequeños hijos de la pareja B.M.M. y B.U.N.F.

Retrotrayéndome al inicio mismo de la etapa de instrucción he de describir el caudal probatorio del que se nutrió el expediente: los dichos de Sara del Pilar IBÁÑEZ a los médicos y enfermeros que la asistieron en los primeros momentos de su detención; las pericias físicas, psicológicas y psiquiátricas que le fueran realizadas, los elementos rescatados en los diversos allanamientos, las pericias efectuadas sobre los cuerpos de los tres difuntos así como los testimonios de familiares, amigos y vecinos que intentaron describir las características personales de los miembros de la familia y la dinámica del grupo, antes del hecho motivo de análisis.

a. Los dichos de IBÁÑEZ

El día 24 de diciembre de 1999, el testigo Orlando Montesinos, siendo alrededor de las 13hs., ingresa a la vivienda que ocupaba mi defendida junto a sus familiares, y encuentra a IBÁÑEZ sobre un sillón de su casa, con el cuello cortado y ensangrentada (fs. 15/16, 77vta/8vta; 210, 958). Ante ello acude al hospital zonal en busca de auxilio y regresa al lugar junto con una ambulancia, en la que se trasladaban el Dr. Manuel Francisco Farias Rojas (fs. 90/1; 204/5) y la enfermera Raquel Mela (fs. 61 y 202/3), quien, luego de asistir a la herida, interroga sobre lo ocurrido. IBAÑEZ responde textualmente: «*'fue mi marido y me mato «el» o «los» chicos* y *están ahí»'* (fs. 202) y señala hacia otra habitación, lugar donde el personal sanitario encuentra los cuerpos sin vida de su marido e hijos.

Ese mismo día, luego de haber sido intervenida quirúrgicamente a efectos de realizarle una traqueotomía, y cuando todavía se encontraba bajo los efectos del anestésico utilizado, IBÁÑEZ es interrogada en la Sección Terapia Intensiva por el perito policial Dr. Osear Asseff, quien se había dirigido al nosocomio *«a efectos*

de saber como se encontraba la mujer...». Asseff puntualmente le pregunta si reconocía al agresor, si podía escribir su nombre, cuando fue el suceso, etc. IBÁÑEZ, imposibilitada de hablar, redacta sus respuestas en un recetario del Hospital de Cutral-Có: '«*...marido...', 'B. ...'*» y con mímica hace saber que el hecho había ocurrido *«anteanoche» a* las 3 de la madrugada (fs. 95/vta.).

El día 29 de diciembre de 1999, con el objeto de que *«se produzca un segundo informe respecto de las lesiones que presenta la ciudadana IBÁÑEZ SARA DEL PILAR, internada en Clínica Pasteur de la localidad de Neuquerí'* (conf. oficio N° 4202 CBP/J -fs. 88-), los Dres. Osvaldo Avaro y el nombrado Asseff -peritos médicos policiales- entrevistan nuevamente a IBÁÑEZ.

En esta oportunidad, pese a que su cometido se hallaba expresamente circunscripto a informar sobre las lesiones que padecía mi pupila, agregan al informe solicitado (fs. 134/5) un escrito (fs. 136), redactado -según los peritos- espontáneamente por mi asistida.

Conforme la versión de los facultativos policiales IBÁÑEZ, además de responder a las preguntas que se le formulaban, *«comenzó a escribir en forma fluida, espontánea* y *casi sin interrupciones, no solamente lo preguntado, sino además, una serie de datos que figuran en la hoja que se adjunta, escrita* y *firmada de puño* y *letra de la que se identifica como SARA IBÁÑEZ»*

La hoja a la que aluden reza textualmente: 'Ibañez Sara: 34 años. Nac: 01-06-65 (22). Martes a la noche/ madrugada del Miércoles- 4:30. Cuarto Año Secundario. C.P.E.M. N° 6 (era comercial). (Ultima menstruación setiembre (3). Yo fui a consultar al Doctor Farias del B° Aeroparque en el mes de octubre (fines) por razones de salud de mi bebé de 20 meses. Tuve que postergar mi salud. y el 3 de Diciembre aproximadamente comenzé a menstruar con muchos dolores abdominales y coavulos pequeños durante 10 a 13 días - después seme cortó - y la madrugada del 23 con los golpes y nervios sucedido comenzaron nuevamente las pérdidas y coavulos. (Todos los meses en la Clínica Neuquén solía estar internada con mi bebé por bronco espasmo. atendida siempre por el Dr. Bono al igual que mi nena de neumonías continuas por asma (herencia paterna). Yo Sara: peso alrededor de 47.48 kg. 1.55. Para no gastar.) Chos Malal. Vivo en Cutral Có desde los 5 1/2 años. Siempre fui de labios carnosos. Trabaje en Kioscos. Casas de familias. Oficinas. Comercios. (vendedora). No. porque cada vez q' quede embarazada de mis dos hijitos comenzaba a los 10 o 15 días con baja presión - desgano, vómitos y ataques de hígado. Herida en la boca: al agarrarme del pelo, golpearme con el arma en la cabeza, me deja caer sobre el piso y me hace la herida - y seguramente al estar inconsciente me lastima con cuchillo en el cuello - (Grande Carnicero. Cocina) cuando recobro el conocimiento alrededor de la mañana 10 hs, traté de levantarme y me encontré con el desastre sucedido, mis hijos - y él - con el arma tirado. Yo agarré el arma ya sin más carga. - y me volví a desvanecer por las pérdidas de Sangre (Revolver). La caravina yo la agarre porque ubiese querido terminar como mis hijos y no las sé usar. Nunca use un arma a pesar de estar siempre viviendo con dos armas en mi casa. (Una vez discutimos yo amenace con denunciarlo y me golpeo tan fuerte en la nariz que me desmayé) (octubre). Pero esa noche él había ido a un asado de Navidad con compañeros 500 V. V. (Familia Ortega). Volvió completamente ebrio con el arma en la mano y amenazando de matarme a mí y a mi bebé si no lo hacía callar (porque el nene se asustó y lloraba) disparo 2 veces al techo (los chicos quedaron duros del susto) yo le rogaba que no los asustara pero me seguía apuntando a mí e insultándome. – él decía que estaba cansado de mantenernos y que si se iva volvía únicamente a matarme.- él seguramente al tomar conocimiento de lo que había hecho decidiría matarse, porque yo jamás les haría daño ni a él ni a mis hijos. Firma»'.

Vale aclarar que estos últimos no fueron los únicos intentos por conocer la primigenia versión de IBAÑEZ sobre lo sucedido; de hecho, el tribunal solicitó al hospital la totalidad de las notas mediante las cuales mi defendida -imposibilitada de hablar- se habría comunicado con el personal médico que le prestaba asistencia, material que no fue entregado debido a que se lo había llevado la imputada al retirarse del lugar (fs. *827).*

La nombrada, seguramente asesorada por su letrado, se negó a declarar en las instancias jurisdiccionales previstas al efecto –audiencias indagatorias de instrucción (fs. 170/1 *y* 1131) *y* juicio- sin perjuicio de haber manifestado, al cabo del debate *«que sufrió violencia familiar y humillaciones por parte de su esposo, lo que muchas veces no era denunciado por ella porque vivía a Kms. del centro de la ciudad. Agregó al final de su exposición que ella deseaba saber qué pasó con sus hijos y que por ello le gustaría que se siga investigando.*» (fs. 1359).

Resulta significativo que, pese a la gravedad de la imputación, el defensor oficial, quien es designado *y* acepta el cargo el mismo día de la indagatoria, no estuviera presente en el acto. En el acta respectiva (fs. 170/1) obra la siguiente constancia: *«no se prestará al acto, previo ser asistida por el Sr. Defensor Oficial subrogante, quien no se encuentra presente.»*

b. Pruebas periciales efectuadas sobre el cuerpo de IBÁÑEZ, al momento de su detención

El estado físico de Sara del Pilar Ibáñez era precario. La nombrada fue hallada sobre un sillón próximo a la puerta de ingreso de su vivienda, con un herida en el cuello de tal profundidad *y* agudeza que cortó longitudinalmente la piel *y* la cara delantera de la tráquea.

La testigo Mella, -primera en brindarle asistencia médica- describe la herida mencionada en los siguientes términos: «El corte que tenía en la garganta era perfecto, esto es así ya que no tomó vasos importantes, de lo contrario se habría desangrado, cómo si se le hubiese querido hacer una traqueotomía, ya que cuando ingreso al hospital se le colocó un tubo endotraqueal sin necesidad de tocar nada sólo ingresar el tubo. Es más, el Dr. pide un diámetro de tubo y le quedó chico, por lo que debió ser cambiado pero recién en el quirófano...» (fs. 203).

Además IBÁÑEZ se encontraba cursando un proceso abortivo (diagnóstico: aborto incompleto. Ocho semanas aprox.), con anemia por pérdida de sangre (hemorragia genital) por lo que debió realizársele un raspado uterino y transfusiones (conf. constancias de fs. 39vta, 41, 82).

Con mayor precisión, y conforme surge del informe topográfico de las lesiones confeccionado por Assef y Avaro, IBÁÑEZ presentaba heridas en la cabeza (hematomas en la región parietoccipital derecha e izquierda), la cara (herida contusa, lineal de 4 cm de longitud en la zona media del labio inferior; herida contusa con tres cortes longitudinales en la mucosa de la región anterior de labio inferior, aflojamiento de los cuatro incisivos superiores), el cuello (herida cortante transversal de aproximadamente 12 cm de longitud, con retomas; herida divergente de 3 cm de longitud; cinco excoriaciones lineales oblicuas en el lado izquierdo y cuatro en el derecho), el codo izquierdo (hematoma de 4x5 cm de diámetro), el antebrazo izquierdo (cinco escoriaciones), el antebrazo derecho (siete escoriaciones), la pierna izquierda (hematoma), el pie izquierdo (hematoma), la mano derecha (dedo índice -herida de larga data- y pulgar -herida contuso cortante). La producción de las lesiones fue ubicada temporalmente entre los 3 a 5 o 5 a 7 días antes del examen (fs. 134/5). El examen había sido realizado el 28 de diciembre.

La magistrada interviniente, Dra. Beatriz María Martínez, con fecha 27 de diciembre, solicita al Dr. José Francisco Flores, médico forense, que examine a IBÁÑEZ e informe el carácter de las lesiones, la data de las mismas, con la mayor precisión posible, si pudieron haber sido autoinferidas, o producto de lucha y/o defensa, si existían rastros de un aborto y si el mismo había sido inducido o espontáneo.

El médico se hace presente en el nosocomio también el día 28 de diciembre y describe las lesiones de manera similar para que lo hicieran peritos policiales (con alguna discrepancia en punto a la longitud), fija para todas las lesiones la misma data (de aproximadamente 5 a 6 días).

En punto a los restantes requerimientos que se le efectuaran, sólo agrega que *«Las excoriaciones lineales descriptas en cuello, brazo y muñeca presentan características de lesiones autoinfligidas»,* sin aclarar los motivos en los que basa su afirmación (fs. 174).

Si bien no lo aclara expresamente, es válido deducir que las restantes lesiones presentadas por IBÁÑEZ, incluido el profundo corte en su cuello, **presentan características de lesiones heteroinfligidas**.

Debo asimismo consignar, más allá del cuestionable valor probatorio del resultado de esa prueba que, realizado que fuera un «dermotest» sobre ambas manos de la acusada, el mismo arrojó resultado positivo (fs. 251/252).

c. Exámenes mentales

Finalmente, -de conformidad con la previsión normativa del art. 69 del Código Procesal de la Provincia de Neuquén- IBÁÑEZ fue sometida a exámenes mentales.

La evaluación psicológica, que lleva fecha 3 de febrero de 2000, concluye como sigue: *«Impresión diagnóstica. Trastorno de personalidad tipo psicopática, con defensas psicopáticas, dificultad en la impulsividad y falta de control de los impulsos. El juicio y el sentido de realidad se mantienen conservados. No se observan síntomas ni estructura psicótica.»* (fs. 732/4).

Tal evaluación, producto básicamente de la interpretación que de los resultados de los tests del Árbol, de Bender y de la Adecuación Lógico Formal de las Figuras Geométricas y del Psicodiagnóstico de Rorschach, efectúa la Psicóloga Susana Beatriz Colonia, sorprende en tanto no realiza referencia alguna relacionada a la circunstancia de que IBÁÑEZ es una mujer golpeada y, pese al claro patrón psicológico que los cuadros de violencia doméstica ofrecen, el dictamen no lo detecta, luciendo expresamente elaborado para reforzar la hipótesis cargosa.

El examen psiquiátrico, por su parte, -llevado a cabo por el Dr. Alberto Carlini Carranza-, si bien hace referencia a los malos tratos que IBÁÑEZ relata haber padecido *(«preguntada por los hechos que se le imputan, refiere agresiones físicas y verbales por parte del esposo al llegar éste a la casa y no recordar nada luego que 'me golpeara en la cabeza con el arma', pero haciendo un relato abundante en detalles y coherente de sus actividades previas»),* también ignora la probable significación del cuadro y, basándose centralmente en la labor de la psicóloga, concluye *«no se detectan indicadores de trastornos de conciencia en el momento del hecho y en el examen, por lo tanto comprendía lo que hacía y podía dirigir sus actos»* (fs. 736/8).

d. Los cuerpos de las víctimas

Los cadáveres de B.M.M., B.U.N.F. y de Néstor Fabián B. fueron hallados, -por indicación de IBÁÑEZ a la enfermera que se hiciera presente en el lugar-, en el

dormitorio de la casa familiar, los niños en sus respectivas camas y Néstor B. en el piso, junto al lecho matrimonial.

El informe de autopsia de la niña B.M.M., de 4 años y 9 meses de edad, revela un profundo corte en el cuello, que resulta ser la causa eficiente del óbito, y otros tres cortes, uno en el mentón, otro en el pabellón auricular derecho y el último en el cuero cabelludo (fs. 148/149vta.).

B.U.N.F., de 1 año y 8 meses de edad, presentó según la autopsia una lesión incisa que secciona tráquea, esófago y paquete vascular del lado izquierdo y una herida circular en el macizo facial derecho, producto de un arma de fuego abocada a piel cuyo proyectil produjo un daño vital en el tronco cerebral. Ambas lesiones se reputan idóneas para causar la muerte (fs. 150/152).

El cadáver de Néstor Fabián B., de 27 años de edad presentaba, por su parte, en ambos antebrazos signos de autolesión de antigua data (cicatrices horizontales lineales), tres heridas circulares en la región facial, el hemitórax izquierdo y el hemiabdomen derecho, respectivamente, producidas por arma de fuego abocada a la piel, y numerosos cortes en distintas partes del cuerpo uno de los cuales, el ubicado en el cuello, secciona el paquete vascular izquierdo y secciona la traquea. Tanto este último corte como la herida del tórax son, cada uno de ellos, por sí causales de muerte (fs. 153/156).

El momento de la muerte no pudo determinarse con certeza, pero se lo ubicó entre 24 y 48 hs. antes del hallazgo.

e. Los elementos secuestrados en la finca que habitaba la familia B.

En virtud de diversas diligencias llevadas a cabo en la finca donde transcurrieron los hechos se procedió al secuestro de un revolver calibre 22 largo con cuatro vainas servidas con manchas rojizas; un rifle calibre 22, modelo 1100; un cargador calibre 22, presuntamente del rifle, elemento este último que se encontraba debajo del cuerpo sin vida del adulto; veinte vainas dispersas por toda la casa (cocina, living, dormitorio, jardín, etc.); un cuchillo tipo carnicero con manchas rojizas; otro cuchillo de acero inoxidable de mesa también con manchas rojizas y una piedra de afilar pequeña (fs. 1/4vta.).

Asimismo se incautaron dos carteles presuntamente confeccionados por IBÁÑEZ sobre cartones de dentífrico, dirigidos a «Lucho o Micky», en uno de los cuales se solicita auxilio y en el otro que se avise a la policía; un vestido, una camiseta y una bombacha (ensangrentados) en el interior de una bañera de bebe, un vestido celeste con rastros de «violencia» (fs. 415/20) y se detectaron diversas manchas de sangre sobre el piso, sobre utensilios y algunas en el lavatorio y en el inodoro del baño, sin poder determinarse el grupo y factor.

f. Sobre la condición de víctima de violencia doméstica de Sara del Pilar IBÁÑEZ

De la causa surgen indicios más que suficientes, más allá de los propios dichos de la acusada, como para acreditar que IBÁÑEZ era una mujer víctima de violencia doméstica, circunstancia que fue paladinamente ignorada a lo largo de la investigación.

Son significativos los testimonios que acreditan el cambio de carácter producido en IBÁÑEZ, luego de su unión con B.; a fs. 742/vta., su otrora empleadora Cristina Beatriz Delgado señala: *«Que tenía un carácter alegre, agradable, en ese momento era soltera, vivía con su papá y su mamá» para* puntualizar que, pese a que era la persona que vivía más cerca de la finca de los B. y que por tal motivo, ante la carencia de transportes en la zona, le había ofrecido conducirla con su automóvil

en caso necesario, nunca más volvió a verla.

Pese a que una de las características más significativas de los cuadros de violencia doméstica es el férreo ocultamiento, tanto por parte de la víctima como del victimario, de los episodios de maltrato, contamos con los dichos de Angélica Susana Molina, vecina de Ibáñez, quien refiere dos episodios concretos: la oportunidad en que B. se presentó en su casa y le comentó a su esposo *«me vine porque sino la iba a agarrar a trompadas a la otra»y* el momento en que IBÁÑEZ y su esposo se presentaron en su casa, ella con un moretón en su cara y comentando que estaba embarazada de cinco meses, resultándole peculiar a la testigo que, pese al moretón que presentaba la mujer en su cara, el único comentario del marido fuera *«tuvimos una joda anoche»(ver* fs. 743/743vta.).

Por su parte el testigo Máximo Gregorio Rial, esposo de la anterior, confirma los dos episodios relatados por Molina, hace referencia a la intención de B. de establecer una relación afectiva con otra mujer, compañera de trabajo y señala que a partir de sus consejos, derivados de su calidad de feligrés de un culto evangélico, B. se acercó un poco más a su familia *«con la cual no tenía un buen contacto».*El testigo también hace referencia a que B. *«era una persona muy buena, le gustaba ayudar a las personas...»,* destacando unas características de sociabilidad que también resultan habituales en los autores de maltrato intrafamiliar (fs. 744/vta.).

Claudio Horacio Ortega, compañero de trabajo de B., también alude a su sociabilidad, así como a la afición a la caza del extinto; agrega conocer, por dichos del propio B., que éste tenía un rifle de caza y un cuchillo. También señala que el occiso hablaba de que salía a cazar o a pescar y de fútbol, pero nunca de su familia. También relata que el día anterior a los sucesos investigados el nombrado había estado con su hermano Martín desde las 22hs. hasta pasada la medianoche, tomando cervezas (fs. 578/579).

La falta de referencia a su familia en sus conversaciones, por parte de B., es corroborada por la testigo Mónica Adriana Silka (fs. 580).

Abundan los testimonios que sostienen que, antes de casarse,había sido una mujer activa, laboriosa e independiente (fs.565/6, 742, 992), que luego del enlace se la había visto como retraída, aislada y dedicada a sushijos y al cuidado de la casa. Gozaba de un concepto muy bueno entre sus vecinos y amigos (fs. 288/90) y se destacaba como madre cuidadosa y pulcra: mantenía a los niños bien alimentados, aseados y controlados médicamente en forma periódica (fs. 805, entre otros).

Se dijo también que B. era un hombre tranquilo, sin perjuicio de lo cual sus allegados reconocieron que poseía un pasado de alcohol, drogas y antecedentes penales, que era una persona violenta, de dudosa fidelidad y muy reservado (ver fs. 743, 744, entre muchas otras), extremos que, sin embargo, nunca fueron ahondados.

Reviste particular importancia la versión aportada por Vicente Pinta, padre de Marcela, ex pareja de B., de quien tiene una hija; señala *«Que algo no andaba de acuerdo en la relación, porque mi hija venía y se quejaba, él era muy celoso, no sé si la golpeaba, se que algo tuvieron pero ella no me lo contó... Que sé que mi hija una vez lo hizo poner preso, creo que esto fue en la Comisaría 15ta.... Que después que traje a mi hija él siguió molestando por eso hice una exposición...»* (ver fs. 573/vta.).

Cabe insistir en que, pese a estos testimonios y a la versión espontánea de la incusada mientras se encontraba en el nosocomio, avalada con el informe médico que afirma que todos los golpes no cortantes serían heteroinferidos, e incluso admite la posibilidad de que el aborto fuera el resultado de agresiones físicas (ver fs. 1068/9), ni la Sra. Jueza de Instrucción, ni el Tribunal Oral, ni tampoco, lo que es mucho

más grave, su abogado defensor, avanzaron en esta línea, perfeccionándose, respecto de mi defendida, un caso paradigmático de defensa técnica ineficaz.

IBÁÑEZ simplemente no tuvo defensa alguna. Se eligió la versión más cargosa, se ignoró su condición de mujer maltratada, se omitió evaluar debidamente los golpes que presentaba y el aborto que cursaba y se dictó a su respecto una condena que parece, ante todo, un reproche por haber permanecido con vida.

II. 2. La etapa de juicio oral

Luego de la desidiosa actuación desarrollada por la defensa de Sara IBÁÑEZ, tanto en la etapa previa al debate (no constituyó domicilio en el ejido del tribunal, no aportó ni solicitó prueba que mejorase la situación de su defendida y se notificó, por conducto telefónico y tres semanas después de que el Tribunal hubiera fijado la fecha de la audiencia de debate, de su realización -fs. 1231/2, 1235/6 y 1255-), como en los dos días que insumió la realización de la audiencia, el día 24 de julio de 2001 (fs. 1355/75) el Tribunal Oral dictó sentencia condenatoria.

Los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de la Ciudad de Zapala, Sala Penal, resolvieron condenar a Sara del Pilar IBÁÑEZ *«como autora material y responsable de los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO EN CONCURSO REAL (Art. 80 inc. 1° y 2° y 55 del Código Penal), perpetrados en perjuicio de Néstor Fabián B., B.M.M. y B.U.N.F., a la pena de RECLUSIÓN PERPETUA, accesorias de ley y costas del proceso».*

Establecieron *«fehacientemente»* que *«entre la madrugada y primeras horas de la mañana del día 22 de diciembre de 1.999 en una finca ubicada en el predio del Aeropuerto de Cutral Có, la imputada Sara del Pilar Ibáñez mediante el empleo de un cuchillo, un revólver calibre 22 y un rifle de igual calibre, ataca y provoca heridas en el cuerpo de su esposo Néstor Fabián B. y de sus hijos B.U.N.F. y B.M.M. (a los dos primeros con arma de fuego y arma blanca y a la última sólo con arma blanca), las que por su cantidad, ubicación y gravedad son la causa directa y eficiente de sus óbitos. También se ha acreditado que a los tres los atacó aprovechando que se encontraban en sus respectivas camas durmiendo, lo que le permitió obrar sobre seguro, sin riesgos, luego de lo cual la imputada se autoinfligió lesiones cortantes en sus antebrazos y el cuello para simular que ella también fue víctima de una heteroagresión»* (fs. 1357/8).

El eje argumentativo conjugó las constancias que probaban la muerte de Néstor, B.M.M. y B.U.N.F. con algunos indicios que, articulados conforme a su pretensión, señalaron a IBÁÑEZ como responsable del hecho: indicio de «*mala justificación»* (definido por las «*mentiras'* que habría vertido en el escrito otorgado a Asseff -a saber: la herida fue autoinfligida; sabía usar armas; no intentó *«suicidarse»* sino simular; B. no se suicidó sino que fue matado- y una última que desarrolló en el debate al decir que no sabía cómo habían muerto sus hijos); *«indicio de oportunidad',* y de «*personalidad o capacidad'.*

Finalmente, y a la hora de calificar la conducta que todos atribuyeron a IBÁÑEZ, disienten. Esta incompatibilidad de criterios no es menor, toda vez que manifiesta, justamente, la indeterminación en la definición del hecho.

Así el juez del primer voto, seguido por el último, entendió que la conducta merecía la agravante de la alevosía. Se concentró para justificar su calificación en el lugar y ubicación en el que fueron hallados los cuerpos. Dedujo por la sangre hallada en las camas, por la ropa que vestían (los niños ropa de dormir, Néstor B. jean y medias), y por el posible intento de defensa realizado por B. y la niña -el *«primero logró salir de la cama y cayó a poca distancia»* y la niña rotó sobre la misma cama, que el ataque fue perpetrado *«sobre sus víctimas cuando dormían».*

Pretendió dar razones de esta deducción diciendo que *«de haber estado despierto, B. no se habría quedado mansamente en la cama viendo como su esposa iniciaba un ataque con un cuchillo o con una de las armas de fuego, según cual haya sido empleada en primer término»* (v. fs. 1368vta.).

Por su parte, el Dr. Martínez, coincidió en que *«no existen dudas que las muertes de los niños de veinte meses y cuatro años, hayan o no estado dormidos, constituye un homicidio alevoso. La imposibilidad de ofrecer alguna resistencia al ataque de un adulto armado es obvia».* Pero arriesga un escenario más amplio que el propuesto por los votos anteriores a la hora de evaluar la conducta de la imputada respecto de B. En esta inteligencia admite que *«aun cuando no pueda reconstruirse cada momento del hecho en juzgamiento, resulta de toda evidencia que la eliminación del padre precedió a la de los niños, de lo contrario, los disparos o quizás los gritos, lo hubiesen puesto en alerta, de modo que los niños no podían defenderse por sí ni por su padre» pero «no descarto que B. haya sido atacado inmediatamente después de la reyerta y de los golpes que refiere la procesada y quizás en el living de la vivienda, aún cuando las manchas de sangre se encuentren en mayor medida en el lugar del hallazgo de cadáver y la cama matrimonial, pues las circunstancias que una de la vainas haya sido secuestrada sobre ella si bien permite la conclusión, a la que llega el colega, no es unívoca. Otras vainas se hallaron sobre la heladera y tras ésta y además los preventores detectan orificios de bala y manchas presumiblemente de sangre fotografiadas de fs. 608 a 631, comprobaciones que me inducen a pensar, sumadas a la gran cantidad de sangre en la ropa que se quitó Sara Ibáñez, que existen baches en nuestra reconstrucción histórica insalvables, pero que no conmueven la conclusión que he adelantado:* ***mató a su esposo y a sus hijos. Sus móviles serán un misterio, pero el motor, sin dudas, fue esa personalidad psicopática detectada por el señor médico forense y que no pudo disimular su conducta a lo largo del juicio pese al compungimiento ante las imágenes exhibidas****.»* (el destacado me pertenece).

Como vemos, el Vocal admite que, en realidad, no saben como ocurrieron los hechos, pero, toda vez que mi defendida, -según un informe psicológico no contrastado por la inexistente defensa-, posee personalidad psicopática, esto basta para declararla autora exclusiva y sin atenuantes de crímenes de tanta gravedad.

Es interesante advertir que los jueces valoran los dichos prestados sin ninguna garantía procesal por mi defendida ante los médicos, pero sólo lo hacen para construir lo que dan en llamar *«indicio de mala justificación»*. Esto hubiera bastado para anular la sentencia. En efecto, tales dichos, obtenidos *«contra legem»,* sólo podían utilizarse *«in bonam parte»,* para salvar las falencias de la defensa que, contando con ese material, inexplicablemente optó por aconsejar a IBÁÑEZ que se negara a declarar.

Lejos de ello, sus dichos se fragmentaron para reforzar la hipótesis cargosa, dichos de una mujer bajo los efectos de la anestesia, traqueotomizada *y* que acababa de ser sometida a una intervención quirúrgica para completar el aborto incompleto que cursaba. Sin olvidar, por supuesto, el hecho de que acababa de perder a sus dos pequeños hijos.

II. 3. El tramite recursivo

a) Recurso de Casación: A fs. 1380/91 el letrado defensor, demostrando por primera vez cierto interés en la causa, presentó recurso de casación, haciendo expresa *«reserva del recurso extraordinario federal».*

Entendió que las severas nulidades que se produjeron al inicio mismo del expediente, aunadas a la arbitraria consideración *y* tratamiento de la prueba, merecían la avocación del Tribunal Superior *y* la corrección de la sentencia. Tal era la entidad

de los vicios señalados que expresó su firme voluntad de reclamar el remedio federal ante V.E., en caso de que sus argumentos no fuesen oídos por el Tribunal local.

En esta inteligencia, advirtió la falta de vigencia o agotamiento de los instrumentos científicos utilizado a la hora de determinar la presencia de pólvora en las manos de IBÁÑEZ, su personalidad, *y* reclamó la nulidad de las actuaciones que habilitaron el *«indicio de mala justificación»* (dada su ilegal obtención -por personas extrañas al proceso que interrogan a la imputada, sin las garantías procesales, sin control jurisdiccional alguno *y* sin asistencia letrada- *y* su irregular incorporación) *y* la nulidad de las declaraciones indagatorias, en tanto nunca se le informó a la acusada cuáles eran las pruebas que la señalaban como autora del ilícito investigado. También advirtió que se habían violado las normas procesales sobre valoración de prueba.

Asimismo, señaló que la sentencia contenía vicios de contradicción, razón insuficiente (no se había considerado la duda, que se hace presente cuando *«puede haber al mismo tiempo dos versiones opuestas sobre un hecho y que ambas tengan lógica y coherencia, pues ello implica que ambas serían al propio tiempo verdaderas y falsas»),* y falta de identidad.

Resaltó la arbitrariedad de la sentencia, tanto en el objeto (porque omitió considerar los argumentos defensistas e incorporó prueba ilegalmente obtenida), como en los fundamentos (análisis dogmático del informe psicológico), fundamentación de extrema laxitud (indicios) y sin pruebas decisivas, incongruencia procesal y auto contradicción.

Correctamente hace hincapié en una de las falacias más notorias de la condena: su construcción en base a la supuesta calidad de psicópata de mi defendida, acreditada, entre otros extremos, por ser portadora de *«labios carnosos».*

b) Resolución del Superior Tribunal de Justicia: a fs. 1403/05vta., por Resolución N° 108, de fecha 31 de octubre de 2001, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén, resolvió declarar inadmisible el recurso presentado.

Luego de franquear las cuestiones de índole formal, se concentró en el *«examen del recurso interpuesto»,* en el entendimiento de que se encontraba entre sus facultades realizar *«una primera aproximación al tema planteado»* a fin de imposibilitar *«el ingreso de causas cuya manifiesta improcedencia deberá luego declararse ineludible».*

Recurriendo a simplificaciones propias de otras ciencias, imprimió a la respuesta jurisdiccional un matiz sustancial, que, tornaba inadmisible el recurso interpuesto. En esta construcción, se atribuyó como función específica la de controlar la adecuación de los razonamientos del tribunal *«a quo»* a la lógica, la psicología y la experiencia común, en tanto que interpretó los argumentos vertidos por el impugnante como voluntad de criticar cuestiones de hecho.

Así, reivindicó la validez de la declaración indagatoria, de la pericia psicológica y del manuscrito de fs. 1320, aduciendo respecto de estos dos últimos que había operado una suerte de preclusión de instancia, toda vez que no había sido alegada su nulidad en la audiencia. Ello no obstante, no se le ocurrió advertir que, de ser cierta tal supuesta preclusión, la misma graficaba un evidente estado de indefensión de la incusada, que justificada, «per se» la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir de esos actos viciados.

Sin perjuicio de lo asentado, el Tribunal Superior reivindicó la validez del manuscrito, en el entendimiento de que *«no resultaba autoincriminatorio» y* de que fue considerado por los sentenciantes como *«un indicio de mala justificación»,* -y no como prueba dirimente-, enumerando otras probanzas que corroboraban la autoría de IBÁÑEZ *(«pericias balísticas de fs. 449/555, elementos secuestrados en el interior*

de la vivienda, ***presencia de la encartada en el lugar del delito,*** *informes médicos producidos por escrito y oralmente por los Dres. Avaro y Asseff sobre la autoinflicción de las heridas por la imputada, resultado de las pruebas de dermotest, etc»).*

Consecuentemente, el Tribunal, tras afirmar que, como ni la supresión, ni la consideración positiva de las herramientas invocadas por la defensa preactuante hubieran podido trocar la suerte de la inculpada, y «no *advirtiendo vicios lógicos en el discurrir de los sentenciantes que tomen inválido el fallo por violación de las reglas de la sana critica»,* resolvió desestimar el recurso de casación interpuesto.

c) Notificación de la resolución: el letrado particular a cargo de la defensa de IBÁÑEZ constituyó domicilio en una vivienda deshabitada (fs. 1400vta.), razón por la cual se lo notificó en los estrados del Tribunal. Así, a la hora de notificar la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto, se fijó la cédula en una cartelera.

Concluido el plazo establecido para las impugnaciones se remitió el expediente al Tribunal de origen, cuyo Actuario tuvo por *«firme y consentida»* la sentencia el **19 de diciembre de 2001** (fs. 1421) y comenzó los trámites necesarios a fin de disponer el archivo del expediente: notificaciones, decomisos, determinaciones de costas, tasas, devolución de elementos, inmuebles, etc.

Entre tanto, mi defendida ignoraba completamente el estado de las actuaciones.

Clara manifestación de ello es el escrito remitido al Superior Tribunal de Justicia, en el que se dejó constancia del pedido de Sara IBÁÑEZ (que data del **23 noviembre de 2001**), requiriendo copias del recurso de casación interpuesto por su abogado (v. fs. 1414/15). Este hecho plasma una vez más el absoluto estado de indefensión de la nombrada.

Observo que su pedido no fue proveído sino hasta el 27 de diciembre de 2001 (v. fs. 1422) en simultáneo con la intimación por el pago de las costas causídicas; concretamente se decretó: «Por *recibido. A lo solicitado por la penada Ibáñez, como se pide, a sus costas. Not.».*

No fue sino hasta el **17 de enero de 2002** que las autoridades penitenciarias procedieron a notificar a Sara IBÁÑEZ de la respuesta a su pedido, actuaciones a las que sucedió la -intempestiva- notificación cursada en la contracara, que data del **2 de agosto de 2002**, por la cual el Secretario del Tribunal la notificó «de lo resuelto a fs. 1403/1406vta», es decir , de la resolución por la cual se declarara la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el defensor particular (fs. 1430vta.).

Merece destacarse que esa notificación tuvo lugar casi **ocho meses después** de que -como se viera- el mismo Tribunal tuviera por *«firme y consentida»* la sentencia.

La siguiente actuación data del **24 de febrero de 2003** y consiste en un oficio librado desde la penitenciaría local solicitando testimonios de la sentencia y cómputo, actuación que es proveída como sigue: *«Por recibido. Remítase copia certificada de la sentencia recaída en autos. Hágase saber que* ***en las presentes actuaciones no se practicó cómputo de pena en virtud de la pena impuesta a la penada Ibáñez****»* (v. fs. 1431vta.; el destacado me pertenece).

El día 20 de junio de 2003 (fs. 1435/6) IBÁÑEZ solicitó al Tribunal que se le designe Defensor Oficial, petición que fue proveída el 1° de julio de 2003, notificándose al letrado de oficio el 3 de julio del mismo año (v. fs. 1437).

III. FUNDAMENTOS

Tal como se adelantara, el desarrollo de este acápite se centrará en definir las sistemáticas violaciones a los derechos humanos que padeció Sara IBÁÑEZ, en su doble condición de mujer e imputada.

Mi defendida fue víctima de una clara discriminación en razón de género, expresada en el siguiente esquema argumentativo: *si cometió tan horrendo crimen, violando sus deberes de esposa y de madre, no merece defensa alguna;* mucho menos, tratándose de una psicópata de *«labios carnosos».*

La ausencia o abulia de los órganos del Estado en la reconstrucción, interpretación y valoración de su conducta ni siquiera cesó al advertir que las *«víctimas»* eran su marido e hijos. V.E. podrá detectar fácilmente cómo el Tribunal no sólo ignoró la historia familiar y personal de IBÁÑEZ, sino que tampoco estimó necesario precisar acabadamente el modo en que tuvo lugar el hecho motivo de juzgamiento y, menos aún, respetar las garantías del debido proceso.

a) Violación del debido proceso, en particular del derecho de defensa en juicio

El concepto de *«debido proceso»,* que la Constitución Nacional regula en su artículo 18 y que resulta ampliamente receptado en los mecanismos de protección de los derechos humanos (Art. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), abarca, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *«las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.»* (C.I.D.H., Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en estados de emergencia (Art. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 6/10/1987, Serie A N° 9, párrafo 28).

Estos principios, volcados al derecho procesal local, conforman *«un estatuto de garantías, sobre todo para quien es perseguido penalmente, garantías que, incluso, se supraordinan a las demás funciones que también se le adjudica. Estos límites al derecho de intervención del Estado sobre los ciudadanos, a título de aplicación de su poder penal, ejercido como persecución penal, que protegen tanto al inocente, con miras a evitar una condena injusta, cuanto al culpable, para que no se alcance una condena a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defender sus puntos de vista, caracterizan la judicialidad del proceso penal y el legismo procesal en que consiste su regulación (nulla poena sin iuditio legali) conf. Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, t. II, cap. 1, 4 ps 23).»* (Maier, Julio B.; *«Derecho Procesal Penal»,* Ed. Del Puerto, Tomo I, Pag. 91).

Para acreditar acabadamente la sistemática violación del estatuto de garantías que tutelaban a mi asistida resulta útil detallar las reiteradas violaciones constitucionales que se desarrollaron a lo largo del proceso. Tal relato dará claras muestras de la privación de justicia que aquí se denuncia y que encuentra su colofón en el dictado de una sentencia que viola abiertamente el principio de inocencia (art. 11 DUDH, XXVI, DADDH, 8.2, CADH y 14.2, PIDCP, art. 75, inc. 22, CN).

Recordemos que entre la noticia del hecho y el llamado a indagatoria hubo cuanto menos tres manifestaciones *«espontáneas»* de IBÁÑEZ, supuestamente vertidas ante médicos o auxiliares y que fueron valoradas negativamente a fin de sustentar la imputación del hecho.

La condición de imputado importa un elenco de garantías para todo aquel que es sujeto de persecución por cualquiera de las agencias del control penal, incluso antes de que se inicien las etapas formales del proceso. *«El sentido amplio del término resulta ser el que se identifica con los postulados de un Estado de derecho; cualquier actuación del procedimiento, aunque no sea judicial, hace*

surgir el derecho de defensa. No se requiere que alguna autoridad judicial formule una declaración o una orden en contra del acusado. La condición de imputado se concibe, así, como una garantía de la defensa. La calidad de imputado no se adquiere mediante un acto de jurisdicción formal; basta cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en contra de un ciudadano por cualquiera de las agencias de control social formal» (Maier, Julio B.; Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, tomo II, pág. 433 y ss).

Por ello, toda manifestación de un imputado debe ser rodeada de las debidas garantías, sin las cuales se tornaría nula la incorporación de la información al proceso. No es ingenuo que la declaración indagatoria exija ser precedida por una entrevista con el letrado, realizada en sede judicial y acompañada de una completa información acerca del hecho y de las pruebas que sustentan la imputación. Tampoco es irrelevante que la ley expresamente otorgue al acusado la libertad de declarar o no, sin que la negativa importe presunción en su contra y que se prohiban las preguntas capciosas. En fin, que se pretenda resguardar «*la autonomía de la voluntad».* Cualquier manifestación del imputado debe ser hecha con discernimiento, intención y libertad y su contaminación a través de *«medios prohibidos (como) las amenazas, la coacción, el engaño, el error, la ignorancia del hecho, la violencia moral o física...»* (Abalos, Raúl W.; «Derecho Procesal Penal», Ed. Jurídicas Cuyo, Tomo 1, pág. 284/5) tornan el acto nulo de nulidad absoluta por violentar la garantía constitucional.

Pese a todo ello en este expediente se perfeccionó una doble violación de los derechos de mi asistida; por un lado se convalidó un interrogatorio carente de garantías legales, llevado a cabo por profesionales médicos, que, al dar a conocer dichos de la acusada violaron el secreto que enmarca la relación médico-paciente. Es intolerable que se incorporen al proceso y se valoren como prueba de cargo dichos extraídos ardidosamente de una mujer en evidente estado de shock, impedida de hablar (recordemos que por la herida que presentaba en el cuello se le acababa de practicar una traqueotomía), y todavía bajo los efectos de la anestesia que debió suministrársele para completar el aborto en curso que presentaba.

El avasallamiento de las garantías procesales más elementales se auna al más absoluto desprecio por la dignidad de la persona humana.

Es más, ante un hecho de tal importancia, si realmente la acusada deseaba declarar y tratándose de un lugar tan pequeño como la ciudad donde ocurrieron los hechos, el deber de los médicos policiales era avisar de inmediato a la Jueza interviniente, para que se constituyera en el lugar junto a un letrado, particular o de oficio, que asistiera a la imputada. Nada de eso se hizo.

Pero aquí no acaba el cercenamiento de los derechos humanos de mi asistida. Es evidente que sus dichos, obtenidos contra legem, no podían ser introducidos de manera alguna al proceso, excepto, claro está, para utilizarlos en defensa de la acusada. Efectivamente esos dichos son la única versión exculpatoria con que se cuenta en el proceso. Lejos de ello, su abogado defensor los omitió, no solicitó pruebas que los avalaran y el Tribunal de mérito no tuvo mejor idea que tenerlos por ciertos sólo al perverso efecto de construir el *«indicio de mala justificación».*

Peor aún, cuando el abogado defensor reaccionó y decidió cumplir en plenitud su ministerio, denunciando lo acaecido en su recurso de casación, la máxima instancia judicial de la Provincia, que parece ignorar que existen nulidades absolutas, inventó una supuesta preclusión. Pese a ello no se le ocurrió pensar en la severa violación al derecho de defensa en juicio que configuraba la oportuna falta de invocación de tales nulidades, cohonestando así la legitimidad de un proceso plagado de vicios.

En efecto, más allá de lo señalado, la reseña del trámite impreso al expediente es suficientemente demostrativo de la ineficaz, por no decir inexistente, asistencia letrada que tuvo IBÁÑEZ, al tiempo que evidencia los vicios que imponían invalidar estas actuaciones. Recordemos que mi asistida nombró al letrado particular Dr. Eves Tejeda en la etapa de instrucción *y* que su actuación, lejos de coadyuvar a su defensa, truncó, por desidia, las distintas oportunidades procesales favorables a la postura de la acusada que se presentaban.

A la inexistencia de actividad defensista en la etapa instructoria, -evidente de la mera lectura de las actuaciones-, se agregó la falta de oposición a la elevación a juicio de la causa, la ausencia absoluta de producción de prueba de descargo en la etapa del juicio, la deficiente actuación en el debate y, finalmente, el abandono de la defensa en la etapa recursiva.

Veamos. Elevada la causa a juicio, y debido a la falta de constitución de domicilio en la jurisdicción del Tribunal, el letrado fue notificado de la citación a juicio en los estrados de la Cámara actuante, así como de la fecha de celebración de la audiencia.

La primera notificación no generó respuesta alguna de la defensa, esto es, no solicitó la producción de prueba a favor de su pupila, circunstancia particularmente grave en un expediente de estas características.

Sabido es que «... *para que se pueda hablar de igualdad de posibilidades con relación a la decisión que pone fin al procedimiento, cuya misión -aunque parciales, precisamente, fijar los hechos que se pudieron averiguar durante el procedimiento, resulta necesario garantizar al imputado las mismas facultades, para influir sobre la reconstrucción fáctica, que aquéllas que se le reconocen al ministerio público, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la recepción y valoración de la prueba. Ello equivale a expresar: idénticas posibilidades de influir en la decisión»* (Maier, Julio B. J., ob. cit., pág. 354 en *«La defensa pública en América Latina desde una perspectiva del derecho procesal penal moderno»* -Ilanud-). La inactividad del letrado particular, amen de la violación al derecho de defensa en juicio, importa, a no dudarlo, una violación al debido proceso en tanto no se garantiza la igualdad de armas. También se ha afirmado que esta garantía «...es *la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas...»* Luigi Ferrajoli, *«Derecho y Razón»,* Editorial Trotta, Madrid 1995, pág. 613).

La segunda notificación no llevó mejor suerte; por el contrario, conllevó un evidente menoscabo a la preparación de un juicio de estas características, reflejado en la audiencia de debate por la imprecisión y laxitud de las manifestaciones de la defensa. Esto es muy lógico si advertimos que el letrado tomó conocimiento de la fecha de audiencia casi un mes después de haber sido fijada y por conducto telefónico (fs. 1255), lo que habilitaría *per se* el dictado de un fallo revocatorio (in re *«Martínez»* -Fallos 310: 2078-; (conf. Garrió, Alejandro, *«Garantías constitucionales en el proceso penal»,* Ed. Hammurabi, 3° edición, 1994, pág 426).

Sin embargo, más grave aún fue el abandono material de la defensa en la etapa recursiva, cuyo tecnicismo torna insoslayable la asistencia letrada. En esta ocasión, una vez arribado el expediente al Superior Tribunal de Justicia provincial y, ante la fijación del domicilio legal en *«un inmueble totalmente deshabitado»* (1398vta/1400) el letrado particular fue notificado en los **estrados del Tribunal** de la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto (fs. 1407), situación que derivó en la omisión de presentar recurso extraordinario ante V.E. pese a que los agravios expresados en el recurso de casación eran ciertamente de raigambre

constitucional como lo había reconocido el mismo letrado al reservar el caso federal.

Recordemos que el derecho de defensa en juicio importa una doble condición, por un lado la satisfacción efectiva de la defensa por parte del letrado que la ejerce y por el otro, el contralor de los órganos jurisdiccionales que son los llamados a garantizar que la prestación del servicio efectivamente se cumpla.

La primera establece que «no *basta que la persona cuente con asesoramiento legal; ese asesoramiento deber ser efectivo...toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la 'necesidad de una defensa efectiva'»* (conf. Fallo *«Rojas Molina»* en Carrió, Alejandro; *«Garantías constitucionales en el proceso penal»,* Ed. Hammurabi, 3° edición, 1994, pág 425).

Ello es así porque es *«un principio garantizador básico que, si no se le da cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica. Ese principio del derecho intangible que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal. El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal...»* (Binder, Alberto; *«Introducción al Derecho Procesal Penal»,* Ed. Ad Hoc, pág. 155).

Es tal la entidad del derecho que su conculcación reclama el pronunciamiento previo a cualquier otra cuestión y aún de oficio y la consecuente relajación de los requisitos procesales exigidos (Conf. caso V.2.XXXVII, P.V.A. «Verdugo, Nelson s/ su solicitud» resuelta el 16/10/2001; Expte. V N° 388/01 «Valor, Luis Alberto y otros s/ asociación ¡lícita, robo calificado por abuso de armas reiterado»; Fallo Scilingo, Adolfo Francisco, resuelto el 6 de mayo de 1997, entre otros).

La tutela de esta garantía ha sido preocupación de V.E. desde sus orígenes, en su pretensión de resguardar la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502, entre muchos otros) y su tratamiento fue conteste con la jurisprudencia del máximo tribunal federal de los Estados Unidos de Norteamérica *(«Geders v. United States»,* 425 US 80 (1976); *«Weatherford v. Bursey»* 429 US 545 (1977); etc).

Tal preocupación se ha visto recientemente renovada con las sabias afirmaciones asentadas por V.E. en el Fallo N. 19. XXXIX. *«Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario»* donde claramente se consigna: *«7°) Que este Tribunal tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)... 9°) Que si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos: 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia*

- a la que ha sido ajeno - de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. *1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* arts. *2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)...16) Que, sin embargo, se simplificaría la problemática que condujo a la situación de indefensión de Núñez si soslayara que el deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio como el exigido por el art.18 de la Constitución Nacional, no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores a los cuales correspondía salvar la insuficiencia de asistencia técnica antes aludida.»*

La doctrina fijada por V.E. en el caso citado es de estricta aplicación al presente: en este proceso tampoco hubo defensa técnica mínimamente eficaz, y los tribunales intervinientes, custodios por imperio constitucional de las garantías de los individuos llevados ante sus estrados, resignaron su rol y cohonestaron por omisión las graves irregularidades denunciadas.

Advertimos que la situación de IBÁÑEZ difiere de la descripta en el precedente *«Scilingo»,* citado *«ut supra»,* si bien en ambos supuestos subyace el mismo agravio. En efecto, Scilingo había carecido de una notificación *«fehaciente»,* en tanto que IBÁÑEZ, formal y materialmente indefensa a esa altura, adoleció de una notificación efectiva, sustancial, informada, esto es, de una notificación que no sólo indique las fojas de la resolución de la que tomaba conocimiento, sino la trascendencia de esa noticia y sus implicancias jurisdiccionales.

Si el derecho civil, en el que rige la voluntad de las partes, exige la conformidad informada de determinados actos, cuanto más en esta sede en la que se debaten bienes jurídicos tan preciados para el individuo y, elípticamente, para el Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva, corresponde analizar la nociva consecuencia de ese acto: la cosa juzgada.

Sabemos que la notificación al letrado particular fue meramente formal (en la sede del Tribunal, en tanto había constituido domicilio en una casa deshabitada); que IBÁÑEZ carecía de todo contacto con su abogado (tiempo después de la declaración de inadmisibilidad del recurso por el Superior Tribunal local, la acusada solicitó copia del recurso interpuesto); que la incoada razonablemente debía suponer que se agotarían las posibilidades recursivas (así lo señalaba el Dr. Tejeda al reiterar su intención de presentar Recurso Extraordinario y así lo manifestó en el escrito que dio inicio a estas actuaciones); que mi defendida fue notificada mucho tiempo después y sin la presencia de un letrado que la asesorase y, finalmente, sabemos que a pesar de estas graves deficiencias ningún órgano jurisdiccional garantizó la defensa en juicio de Sara IBÁÑEZ.

La descripción de las sistemáticas violaciones al derecho de defensa en juicio de IBÁÑEZ legítima la pretensión de esta defensa en punto a desconocer la firmeza de este fallo.

Y, como acertadamente sostuviera V.E. en el reiteradamente citado fallo «Scilingo»: «Si *bien* es *cierto que la* cosa *juzgada tiene jerarquía constitucional en razón de que la inalterabilidad de l*os *derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio, y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica, no lo es menos que también se han reconocido numerosas excepciones en l*os casos *de estafa procesal o ante la falta de un proceso contradictorio donde el vencido haya tenido adecuada y*

sustancial oportunidad de audiencia y prueba, ya que debe admitirse, en estos casos, que la existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme 'lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible' (Fallos: 310:1797, considerando 7°, y sus citas)».

La violación al derecho invocado, amerita una reflexión colateral acerca del cercenamiento de otro derecho: la doble instancia jurisdiccional, toda vez que con su resolución el Tribunal Superior provincial no sólo convalidó las lesiones al derecho de defensa en juicio, sino que perfeccionó un menoscabo a la garantía de la que goza todo imputado de que un Tribunal distinto del que lo juzgó revise la legitimidad de su condena.

El recurso es *«...un medio establecido a favor del inculpado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de la garantía, y de la aplicación correcta de la ley penar* (caso Maqueda -CIDH, Informe 17 del 9/2/94, citado por Daniel Rafecas en *«El recurso extraordinario federal y su influencia sobre el recurso de casación. Panorama frente al cambio de siglo"*, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Casación, N° 1, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 177).

En efecto, al interpretar los alcances de la garantía de revisión de condenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dejado fuera de toda duda que la satisfacción del precepto supone una *«oportunidad»* procesal para ejercer la defensa, para *«controlar»* y *«criticar»* la sentencia, instancias, todas estas, que no resultan compatibles con el procedimiento adoptado en el caso.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reciente fallo sobre el tema *(«Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica»,* sentencia del 2 de julio de 2004), ha clausurado definitivamente toda discusión válida sobre el punto al afirmar: *«158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. 159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan , contra la sentencia, 160. El articulo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 161. De acuerdo al objeto y fin de*

la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos[1], *se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal Superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que «no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces», es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos... 163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de ¡as garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen. 16. La posibilidad de recurrir del fallo «debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. 165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importantes que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.»*

En similar sentido V.E., en el mencionado fallo «Núñez», claramente ha afirmado *«22) Que a esta altura el Tribunal no puede sino llamar a reflexión sobre apreciaciones que haya efectuado en oportunidades anteriores —si bien con referencia al orden nacional pero de total aplicación a las órbitas provinciales— en el sentido de que más allá de la importancia que cabe reconocer al recurso de casación como instancia revisora de cuestiones penales, es necesario, a fin de que éste cumpla eficazmente con la garantía prevista en el art. 8°, inc. h, del Pacto de San José de Costa Rica, que no se efectúe una interpretación restrictiva o formalista para su procedencia, pues dentro de los estándares que fija el derecho internacional de los derechos humanos ese recurso sólo satisface el «umbral mínimo» de protección debido «en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 24/92 «Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal», Casos 9328 y otros del 2 de octubre de 1992). Asimismo, que «no obstante las mayores garantías que establece el juicio oral por ser una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados, el derecho del inculpado de delito de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 55/97 del 18 de noviembre de 1997, Caso 11.137).»*

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español entendió que el principio de contradicción debe abarcar aún la segunda instancia penal (Sentencia STC 230, del 9 de diciembre de 2002).

El Superior Tribunal de Neuquen, lejos de propender a un nuevo contradictorio acotado a las cuestiones planteadas, descartó con una afirmación dogmática y alejada de las constancias de la causa los aspectos viciados puestos de relieve en el recurso de casación y lo hizo ingresando al fondo de la cuestión, avalando e intentando reforzar lógicamente la sentencia. Adviértase el contrasentido, el Tribunal convirtió el derecho al recurso del imputado, en una nueva oportunidad para la jurisdicción en punto a robustecer los débiles argumentos de la condena.

Por los motivos expuestos, entiendo que el Superior Tribunal local se excedió arbitrariamente en sus facultades, reemplazando el análisis de las cuestiones

constitucionales planteadas por un examen ilegítimo y poco exhaustivo de la sustancia de los agravios.

Resta decir que, aún cuando la presentación de IBÁÑEZ ante 'V.E. no implique una queja, la reseña realizada ameritaría la consideración de cuestiones concomitantes que permitan a IBÁÑEZ acceder ante V.E. en procura de la justicia que le fue negada, tanto más cuando en su resolución el Tribunal Superior local se avocó explícitamente al fondo del caso, rebatiendo las cuestiones constitucionales planteadas y descartándolas sistemáticamente. De este modo, entiendo salvado el requisito exigido en los Fallos *«Di* Mascio» y «Strada» y habilitada la vía para que V.E. resuelva el tema.

b) Violación de los preceptos contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Tal como se ha señalado, IBÁÑEZ no solo vio afectadas las garantías procesales penales que, como ser humano, le corresponden, sino que vio igualmente conculcada la igualdad ante la ley (Art. 16 CN) en tanto no se consideraron las especificaciones que su condición de mujer ameritaba.

Reconocemos que la igualdad ante la ley es «*una suerte de ficción jurídica que considera a todas las personas iguales de derechos, al margen de las desigualdades que puedan existir entre ellas»* (Bermúdez, Violeta; *«Alcances constitucionales del derecho a la igualdad de la mujer»,* en: *«Comisión Andina de Juristas Serie: Lecturas sobre temas constitucionales 11»,* Lima, 1995, p. *33),* y que sólo puede ser admitida como concepto normativo, pero esta demarcación jurídica permite definir, en la práctica, ámbitos de discriminación inaceptables constitucionalmente.

La Comisión Andina de Juristas ha definido tres ámbitos en los que se articula la discriminación en materia de género: a.- el normativo, relacionado con la falta de leyes que *«regulen los problemas específicos de los derechos humanos de las mujeres»* y con las *«situaciones que significan un desconocimiento de la especificidad de los problemas que afectan a las mujeres»;* b.- el estructural: relacionada con !a falta de *«procedimientos efectivos para garantizar los derechos de las mujeres»;* y c.- el cultural que *«consiste en el desconocimiento de las normas que protegen a las mujeres por parte de la población general y de los funcionario públicos en particular»* (conf. *«Protección de los Derechos Humanos de la Mujer, Estándares Internacionales»;* Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000, pág. 30/32).

El ámbito normativo no sólo se refiere al plano legal (en el cual hallamos herramientas aptas a fin de resguardar los derechos de la mujer) sino también al fáctico, entendido como las situaciones que significan un desconocimiento de la especificidad de los problemas que afectan a las mujeres. Este último es aquel en el que se debaten las tensiones normativas y donde se plasman las discriminaciones por cuestiones culturales y estructurales.

Efectivamente, a la implementación teórica de mecanismos debe seguir la aprehensión de los conceptos por parte de los operadores del sistema, sin cuya aplicación ningún mecanismo es apto y sin cuyo conocimiento, sólo se logra la reedición de situaciones de disparidad sexual. Así, institutos penales como la legítima defensa, la emoción violenta y la inculpabilidad o culpabilidad disminuida deben permear sus contornos a las especificaciones que se señalarán, recordando que «en *virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos*

y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se imponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las *obligaciones enunciadas en el* Pacto. El E*stado* Parte no sólo debe *adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria...»* (Comité de Derechos Humanos Observación General N° 28, párrafo 3).

Advertimos, cómo en el proceso seguido contra IBÁÑEZ se negó ésta especificidad al desechar las referencias a situaciones de violencia intra-familiar surgidas de la prueba recabada.

Más allá de que mi pupila manifestara haber sido una mujer golpeada y que la topografía de las lesiones de su cuerpo confirmara la existencia de heterolesiones que databan del día del hecho, diversos testimonios apuntalaron esta versión, indicando que la vieron con la cara lastimada, que se la veía deteriorada, que se mostraba poco sociable, más delgada, demacrada, que B. había referido su intención de golpearla y que este último tenía antecedentes de violencia familiar, entre otras cuestiones.

La omisión a estas referencias, importó, literalmente, el desconocimiento de las consecuencias que su corroboración y profundización podrían haber acarreado al proceso, sobre todo, a la hora de evaluar la antijuridicidad y la culpabilidad en tanto *«juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercer sobre éste»* (Conf. Zaffaroni, Eugenio R. y otros; ob. cit.; pág. 620).

Consecuentemente, es inescindible de este juicio la corroboración del estado de «salud» de la imputada, entendido como «un *estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»* (Preámbulo de la Constitución de la OMS, adoptada por al Conferencia Sanitaria Internacional -New York, 19-22 de junio de 1946-), concepto que, centrado en el aspecto físico y mental importa una vida libre de violencia (conf. Belenger, Michael, *«Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne»* en Journal International de Bioéthique. 1998, p. 174.)

Los cuadros de violencia intrafamiliar necesariamente implican un menoscabo en la salud: el *«síndrome de la mujer golpeada»* -término utilizado por primera vez en Canadá en 1990 -, y las patologías propias o relacionadas con los ciclos de violencia así como las dificultades personales y contextúales de quienes pretenden separarse de estos hechos, se expresan por sí solas.

Un recorrido por sus síntomas más comunes nos permitirá estructurar el cuadro: sensación de *«desamparo aprendido, flashbacks, depresión, problemas para dormir y comer, respuestas exageradas, hipervigilancia, aislamiento e inhabilidad para conocer en quién confiar, y que limita las percepciones de la mujer en relación a las opciones. Pérdida de la creencia en que uno realmente puede predecir ciertas respuestas que resultarán sanas o de salvación. Esto no significa que la mujer sea débil o pasiva, pero sí que se le estrechan el rango de respuestas sobre aquéllas que pueden predecir o crear resultados exitosos»* (ob. cit, pág. 19).

Reconocer una patología especial que sólo afecta a las mujeres sometidas a situaciones de violencia -no sólo física sino también psicológica (conf. Frigon, S.; *«Mujeres que matan: Tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los 90 '«.* En: *«Mujer, Cuerpo y Encierro».* Travesías. Temas del debate feminista contemporáneo. Documentos del CECYM. Año 7 no. 9, diciembre de 2000, pag. 76)- implica el reconocimiento un estado psíquico especial. *«Los psicólogos creen*

que el testimonio acerca del síndrome de la mujer golpeada es vital para la defensa de la mujer durante el proceso de homicidio sobre su abusador. Eso ayuda a entender el estado de su mente, incluyendo una razonable percepción de un peligro inminente, y agrega credibilidad al abuso, especialmente importante cuando no hay testigos, anterior al reporte policial, o los registros médicos de tratamiento de sus heridas (Brommer, E; «The Legal Liminality of Battered. Woman Who Kill Their Abuser. Polar, Political And Legal Anthropology Review, Volume 20 Number 2, November 1997, ob. cit. pág. 19).

Sólo el conocimiento de estas problemáticas específicas podría haber hecho que se profundizaran las líneas de investigación que se proponen y que se barajara un universo más amplio de hipótesis a la hora de determinar el hecho aún hoy incierto.

Así, Wilson ha afirmado que *«la apropiación sexual masculina es un motivo dominante en la gran mayoría de los casos, incluyendo aquellas en donde las mujeres matan a los hombres. Los hombres que no están capacitados para aceptar la alienación de sus mujeres frecuentemente matan víctimas adicionales, incluyendo sus nuevos compañeros, personas con las cuales han huido sus mujeres, y a menudo son los asesinos de sus propios hijos»* (Wilson, M. And M. Daly. Sexual rivalry and sexual conflict. **Theoretical Criminology**, August 1998; pág. 2 y 3).

Esta hipótesis fue descartada sin brindar mayores precisiones, basándose en técnicas de investigación desacreditadas y desatendiendo en la construcción la desproporción física existente entre B. e IBÁÑEZ.

De este modo, incluso desde la hipótesis fáctica enarbolada -no sin contradicciones, por cierto- en la sentencia, no se elucidaron cuestiones básales a la hora de afirmar (y, en tal caso, graduar) o negar la reprochabilidad de mi asistida.

Así, refiriéndose al uxoricidio, Frigon enseña que *«hay una suerte de disparador. La mujer puede predecir una violencia desusada. Se percibe muy a menudo que algo ocurrió en esas mujeres que hizo que no pudieran continuar soportando. Han sobrepasado una frontera y a veces cuando además los niños están involucrados algo se dispara. El umbral de ¡o tolerable es superado y lo insoportable es alcanzado. Dos parámetros importantes son puestos en escena aquí: la acumulación de frustraciones, de sufrimientos y de miedo, en el tiempo y la relación de pareja alcanzando un crescendo. (Frigon, S. «Mujeres que matan: Tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los 90».* En: *«Mujer, Cuerpo y Encierro».* Travesías. Temas del debate feminista contemporáneo. Documentos del CECYM. Año 7 no. 9, diciembre de 2000, pag. 77). Tampoco esto se indagó; claramente uno de los vocales refiere que «sus *móviles serán un misterio, pero el motor, sin dudas, fue esa personalidad psicopática detectada por el señor médico forense y que no pudo disimular su conducta a lo largo del juicio pese al compungimiento ante las imágenes exhibidas».*

El Tribunal, que no fue capaz de construir su conclusión utilizando la dogmática, echó mano a desactualizados discursos médicos-psicológicos, inútiles en el momento de traducir la experiencia de la acusada (conf. Figón, ob. cit., pág 75).

Así se afirmó que el «motor» era su personalidad psicopática, etiquetamiento que, amén de no haber sido objeto de consideración alguna vinculada con la capacidad de reproche (teniendo en cuenta el incipiente desarrollo teórico que sostiene la inimputabilidad del psicópata *«porque la grave distorsión que padece su actividad afectiva con repercusión en la esfera intelectual, le priva de la capacidad para vivenciar la exigencia ajena como persona y, por consiguiente, también la propia... (es decir) no puede internalizar valores ni castigos, por lo cual es absurdo que el derecho penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho»* [Zaffaroni, E.R y otros; «Tratado de Derecho

Penal», Ed. Ediar, pág. 678]), se estableció sobre la base de técnicas vetustas (actualmente se prefieren la «Escala Haré» y las «neuroimágenes», entre otras) e imprecisas («impresión diagnóstica»), lo que conduce a descartarlo de plano.

Ello, nuevamente unido a la falta de indagación respecto de la historia personal de mi asistida, y a la irrelevancia asignada al hecho de que estuviera cursando un aborto probablemente ocasionado por los golpes de su agresor.

El principio de diligencia debida, consagrado en el Art. 4 de la declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer exhorta a los Estados a *«proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar, y conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares».*

Este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez, de fecha 29 de julio de 1988 en la que señaló *«172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan pre-validas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención»* (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 19/7/1988).

Teniendo por cierto que la violencia contra la mujer es claramente una violación de derechos humanos, con la connotación pública que ello conlleva y que implica, en el plano fáctico diversas formas de expresión *«que hoy son reconocidas como importantes impedimentos al derecho de la mujer a participar plenamente en la sociedad y constituye, en consecuencia, un obstáculo para el desarrollo. Se puede afirmar que es la expresión más dramática de la desigualdad; la diferencia entre ente tipo de violencia y otra formas de agresión que se manifiestan en la sociedad como producto de la dominación que ciertos sectores o grupos ejercen sobre otros, es que en la violencia contra la mujer, el riesgo o la vulnerabilidad están dados por la sola condición de tal. La dependencia jurídica, económica y social de las mujeres las han hecho históricamente subordinadas y especialmente vulnerables a la agresión masculina»* (Binstock, Hanna; «Violencia en la pareja», serie Mujer y Desarrollo, Naciones Unidas, agosto dé 1998, Santiago de Chile, 1998, pág. 7).

El esquema de discriminación al que se vio sometida mi defendida es claro, puesto que se ignoró absolutamente su condición de mujer víctima de violencia doméstica y, lejos de valorar los elementos emergentes de tal situación a favor de la encausada, como causas de justificación o como pautas de reducción o exclusión de su culpabilidad, se omitió su consideración cuando no se valoraron en contra.

Tal comportamiento por parte de los órganos judiciales llamados a conocer en el conflicto, a más de un lustro del momento en que se dotó de jerarquía constitucional a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conf. Art. 75 inc. 22 CN y desde que se receptó en nuestro derecho interno la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer resulta inadmisible. Juzgar a una acusada

ignorando normas de tal jerarquía que obligaban a adoptar una visión diferente sobre lo acaecido y a contemplar situaciones excluyentes de culpabilidad que claramente !a favorecían es, claramente, discriminarla.

Resulta claro entonces que la sentencia que se cuestiona no sólo ignoró los Art. 1°, 2° incisos «c», «d» y «e» y 3° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sino que es una muestra emblemática del incumplimiento del Estado Argentino de la obligación impuesta en el Art. 5° inc. «a» de la citada Convención, en tanto sólo una absoluta ignorancia por parte de los operadores judiciales de la problemática de género y de sus consecuencias pudo conducir a una condena de las características de la que se ataca.

De hecho la misma sentencia condenatoria, el tratamiento a que se vio sometida durante la etapa recursiva y el absoluto estado de indefensión que los órganos judiciales toleraron no son más que muestras de un esquema de violencia contra la mujer, esta vez protagonizada no por un particular sino por los órganos estatales llamados a defender sus derechos (vid Arts. 2 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

Es sabido que la muerte es consecuencia habitual de los cuadros de violencia doméstica; generalmente afecta a la víctima de la violencia pero existen oportunidades en las cuales quien pierde la vida es el agresor. En ambos casos el resultado es producto del mismo esquema patológico en la actualidad perfectamente estudiado y absolutamente ignorado en el caso que se aborda.

Cierto es que la conducta de los magistrados fue más allá de ignorar el status privilegiado que debe concederse a la mujer en una situación de estas características, merced a los postulados de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos; directamente omitieron otorgarle derechos mínimos inherentes a su dignidad humana construyendo un discurso altamente descalificante y significativamente pueril.

Veamos; tres son, básicamente, las hipótesis que se pueden barajar en el caso: a) que las tres muertes y las heridas de mi pupila puedan deberse a la acción de un tercero ajeno al núcleo familiar; b) que fuera el occiso el autor de las muertes de los niños y de las lesiones de mi defendida e IBÁÑEZ responsable de quitarle la vida a su esposo o c) que fuera mi defendida autora de las tres muertes y de parte de sus lesiones.

Los jueces seleccionaron esta última hipótesis mediante un mero acto de voluntad, carente de fundamentación lógica alguna. Pero, puestos en esta teoría, construyeron en base a preconceptos una asesina psicópata de «labios carnosos» que había planeado con frialdad los asesinatos y su coartada. Para ello olvidaron que IBÁÑEZ había sido hasta el momento una madre excelente, que en e! momento de los sucesos estaba cursando un aborto probable producto de los golpes aplicados sobre su cuerpo por su esposo, que también tenía en su rostro rastros de la severa golpiza recibida y que presentaba una herida en el cuello de magnitud tal que se le pudo practicar una traqueotomía sin necesidad de ampliarla. Tampoco valoraron que si IBÁÑEZ no hubiera sido hallada accidentalmente por un vecino, tal y como ocurrió, hubiera muerto producto del cuadro que presentaba, que obligó a hospitalizarla y a darle atención especializada.

¿Cómo explican que una mujer del nivel cultural de mi defendida pueda autoinferirse una herida en el cuello con un grado tal de experticia que le permita seccionar la tráquea, pero no los paquetes nobles? ¿No es más lógico pensar que en un evidente estado de alteración intentó suicidarse y que luego no tuvo fuerzas para seguir con su accionar y simplemente se dejó morir?

Todos los elementos a su favor fueron claramente ignorados. Puede ser que tal conducta obedezca meramente a desidia judicial o a la lisa y llana ignorancia

de los mecanismos de protección de los derechos humanos, pero no es válido descartar la operatividad en el punto de un preconcepto de género conforme el cual, cuando una mujer delinque secundando a un hombre, es tratada con particular bondad, pero, cuando esa mujer se aparta de los estereotipos y aparentemente traiciona los roles de mujer y de madre que la sociedad le impone, independientemente del contexto de abuso psíquico y físico en que se encuentre, es repudiada sin misericordia. No se la sanciona entonces por lo que efectivamente haya hecho, sino porque se apartó del rol que la sociedad le impone.

Este expediente es una muestra paradigmática del pensamiento estereotipado que se denuncia. Va de suyo que si mi asistida hubiese contado con una adecuada defensa hubiera podido denunciar al Estado Argentino ante los organismos internacionales por su falta de compromiso frente a los casos de violencia contra la mujer.

Vale recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 54/01 relativo al Caso 12.501 de *«María da Penha Maia Fernández contra Brasil»,* de fecha 16 de abril de 2001, claramente estableció: *«56. Dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir éstas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.»*

Y, si bien en el caso da Penha el agravio lucía mucho más directo en tanto documentaba la falta de sanción a un agresor, ello no quita que sus postulados también sean de aplicación al presente, en tanto la omisión de prevenir estas prácticas degradantes es lo que desencadena situaciones como la debatida en autos, a lo que se suma la falta de firmeza en las políticas del Estado sobre el punto, que finalmente permite que sus operadores omitan la magnitud y las consecuencias deletéreas de la problemática.

En definitiva, los óbices formales que podrían oponerse a la avocación aquí reclamada, se desvanecen ante la gravedad de los vicios señalados. Entiendo que, de compartir el criterio de esta defensa, corresponderá la declaración de nulidad de lo actuado, a partir de la primera declaración indagatoria de la acusada, o, subsidiariamente, de la resolución por la cual se rechazara el recurso de casación articulado, ordenando, por donde corresponda, el dictado de una resolución conforme a derecho.

IV. PETITORIO

(...)

49. A. Dictamen del Procurador y sentencia de la Corte. Su remisión

Dictamen del Procurador

S u p r e m a C o r t e:

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia del Neuquen, el 31 de octubre de 2001, declaró inadmisible el recurso de casación deducido por la defensa particular de Sara del Pilar Ibáñez, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de la ciudad de Zapala que la condenó a la pena de reclusión perpetua, por considerarla autora de los delitos de homicidio calificado por el

vínculo y por alevosía (tres hechos), cometidos en perjuicio de su cónyuge; Néstor Fabián B., y de sus hijos B.M.M. y B.U.N.F. (fs. 1355/1376, del principal que corre por cuerda).

Para arribar a esa decisión (fs. 1403/1406), consideró que no se configuraba el vicio denunciado respecto de la declaración indagatoria, pues al celebrarse dicho acto se le hizo saber a la imputada el hecho objeto de reproche y las pruebas reunidas en su contra hasta ese momento, de manera tal que resultaba imposible poner en su conocimiento las pericias practicadas con posterioridad a esa diligencia y de cuya producción fue oportunamente notificada la defensa, que permitieron determinar la existencia de una personalidad psicopática en la encausada.

Sostuvo también que a pesar de las críticas contra esas pericias, al igual que la realizada con motivo de la errónea evaluación del manuscrito que Ibánez confeccionó en el hospital ante los médicos, ninguno de esos elementos de convicción merecieron objeción alguna durante el debate por parte de la defensa. Señaló, incluso, que aún en el supuesto de prescindir de esta última prueba, valorada sólo como indicio de mala justificación, la condena igualmente tenía suficiente sustento en otras que a ese efecto cita, tales como las pericias balísticas, los elementos secuestrados en el interior de la vivienda, la presencia de la imputada en el lugar del suceso, los informes médicos y el resultado del dermonitrotest.

De acuerdo con las constancias que surgen de la causa que tengo a la vista, dicho pronunciamiento fue notificado al letrado particular de la imputada (fs. 1407 vta./1408) y, personalmente, a ésta última, a fojas 1430 vta.

Transcurridos más de diez meses de esa diligencia y a pedido de la encausada, la Cámara designó al Defensor Oficial, doctor Miguel A. Valero, en reemplazo del abogado que hasta ese momento la asistía técnicamente (fs. 1435/1437).

Finalmente, el 11 de julio de 2003, encontrándose ya firme y consentida la condena impuesta en autos, Ibañez pretende su revisión por V.E., al no tener desde hace dos años noticias del estado de las actuaciones ni de su defensor, razón por la cual considera que se han violado garantías constitucionales que la amparan (fs. 1/2 del presente).

II. Convocada a fundar en derecho esa presentación (fs. 20/41), la Defensora Oficial ante esta instancia cuestionó la legitimidad del proceso en virtud de la privación de justicia que sufrió la encausada como consecuencia no sólo del estado de indefensión que padeció, sino también, por no considerarse la situación de conflicto que presentaba el caso en razón de tratarse de una mujer golpeada ó sometida a malos tratos, en franca violación de los artículos 1; 2 incisos «c», «d» y «e»; 3 y 5 inciso «a» de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo rango constitucional consagra el artículo 75, inciso 22°, de la Norma Fundamental.

Sobre esa base invocó una serie de violaciones a las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio a lo largo del proceso que, a su entender, encuentran como colofón una sentencia que conculca el principio de inocencia (arts. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). En este sentido, señaló:

1) Que resultaba «intolerable» la incorporación al proceso y su posterior valoración como prueba de cargo de los «...dichos extraídos ardidosamente de una mujer en evidente estado de «shock», impedida de hablar -en razón de la herida que presentaba en el cuello y de la traqueotomía que se le practicó- y

todavía bajo los efectos de la anestesia que se le debió suministrar para completar el aborto en curso que presentaba...» (fs. 30 vta) todo ello, en referencia al interrogatorio carente de las garantías legales llevado a cabo por los médicos que la atendieron.

Como consecuencia de lo expuesto y como demostración de la defectuosa asistencia técnica que sufrió la encausada, refirió que su abogado defensor no sólo omitió esos dichos, sino que tampoco solicitó pruebas que los avalaran, pese a que éstos integraban la única versión exculpatoria que consta en el proceso.

2) Agregó que además de la inexistente actividad defensista en la etapa instructoria que truncó «por desidia» las distintas oportunidades procesales que se presentaban favorables a la postura de la acusada, no medió oposición a la elevación a juicio, ni producción de prueba durante esta etapa y, finalmente, denunció «abandono» de la defensa en la etapa recursiva al no proponer la revisión ante V.E. de los agravios cuyo carácter constitucional esa parte había reconocido expresamente al deducir el recurso de casación.

En cuanto a la actuación del citado profesional durante el debate, aludió a «la imprecisión y laxitud de las manifestaciones de la defensa», como lógica consecuencia de haber tomado conocimiento de la fecha de la audiencia casi un mes después de haber sido fijada.

Luego de enumerar diversos precedentes de V.E. en los que se estableció la obligación de los tribunales a garantizar un auténtico patrocinio letrado de las personas sometidas a su jurisdicción, concluyó que las sistemáticas violaciones al derecho de defensa de Ibáñez legitimaban su pretensión en cuanto a desconocer la firmeza formal del fallo.

Asimismo, consideró que al convalidar el Tribunal Superior provincial las lesiones a esa garantía constitucional, se perfeccionó también un menoscabo al derecho del que goza toda persona imputada de un delito, de acudir a un tribunal distinto del que la juzgó para que revise la legitimidad de su condena, que reconoce la jurisprudencia y las normas internacionales que cita a tal efecto.

3) Sostuvo, por otra parte, que se conculcó la garantía prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en tanto se produjo una suerte de discriminación de la encausada por su condición de mujer, al desechar las referencias a situaciones de violencia «intra-familiar» cuyas problemáticas específicas hubiesen permitido elaborar otras hipótesis a efectos de determinar lo que realmente ocurrió, así como también valorar los elementos emergentes de tal situación a favor de aquélla, ya sea como causas de justificación o como pautas de reducción o exclusión de su culpabilidad.

III. El planteo de la Defensora Oficial conduce a la necesidad de determinar, ante todo, si en el caso se puede configurar un supuesto de avocación, de acuerdo con el criterio sentado por la Corte sobre la materia.

Si bien V.E. reconoció en reiteradas oportunidades la posibilidad que tiene de hacer uso de esa facultad cuando se trata del ejercicio de su potestad disciplinaria (Fallos: 310:1428 y 2421; 313:92; 316:762 y 1641, 320:250, entre otros), también ha establecido que no le corresponde por esa vía y en desempeño de sus facultades de superintendencia, intervenir en cuestiones judiciales, toda vez que los pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional sólo pueden ser resueltos en la causa concreta y mediante los recursos legales correspondientes (Fallos: 304:1635; 314:1047; 317:509).

Resulta claro que en el sub júdice, más allá de la injustificada demora en la que incurrió la cámara para poner en conocimiento de la encausada lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia, ésta consintió tácitamente dicho pronunciamiento al dejar transcurrir con exceso el plazo para interponer el recurso

previsto en el artículo 14 de la ley 48, cuyo carácter perentorio fue resaltado por V.E. en numerosas ocasiones (Fallos: 295:387; 308:2423; 311:1242; 324:1374 y 326:3571, entre muchos otros).

Por lo demás, advierto que carece de sustento pretender cuestionar dicha notificación a partir del incumplimiento de ciertos recaudos no exigidos por la ley procesal (fs. 33 vta., del presente), en la medida que la diligencia practicada a fojas 1430 vta. cumple con el criterio según el cual resulta indispensable la notificación personal a quien fue condenado por un delito, para otorgarle la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que permita variar ese pronunciamiento a través de los recursos procesales existentes (Fallos: 311:2502; 320:854; 322:1343, disidencia del doctor Petracchi; 323:1440, disidencias de los doctores Fayt y Petracchi; y recientemente, causas V. 146, XXXIX «Villarroel Rodríguez, Oscar Alejandro s/homicidio culposo-causa n° 332/00» y D. 293, XXXIX «Dubra, David Daniel y otro s/causa n° 348», resueltas el 21 de septiembre de 2004; y causa A. 274, XXXVIII «Arduino, Diego José y otro s/p.ss.aa. inf. ley 23.737-causa n°64/00», resuelta el 22 de marzo de 2005).

IV. Pero, como quedó expuesto, lejos de considerar esta falta de diligencia, la peticionante consideró que fue una «...ineficaz, por no decir inexistente asistencia letrada...» incluso, en la etapa recursiva, lo que impidió a Ibañez ejercer su derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional superior para revisar la condena. Sostuvo, además, que la convalidación de esa situación por el a quo importó una privación de justicia.

Si se tiene en cuenta que, en sustancia, es en torno a tal argumento que se intenta suscitar la avocación de V.E. y desconocer, de esa forma, la firmeza del fallo del Tribunal Superior provincial, no cabe duda que la situación descripta debe ser analizada con extremada prudencia, pues sin desconocer los derechos de raigambre constitucional que le asisten a la imputada, también se encuentra en juego la vigencia de la cosa juzgada a la que se le ha reconocido igual jerarquía, en la medida que la estabilidad de las decisiones judiciales constituye un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica (conf. Fallos: 310:1797; 313:904; 315:2406; 322:1405, voto del doctor Boggiano). En consonancia con lo mencionado acerca de la facultad de avocación, tiene dicho la Corte que el artículo 24, inciso 7°, última parte, del decreto ley 1285/58, no permite obviar las instancias fijadas por la ley al excluir el conocimiento de la causa por sus jueces naturales, razón por la cual los casos excepcionales de privación de justicia presuponen el agotamiento por parte de interesado de las vías que razonablemente ofrece el ordenamiento procesal (Fallos: 307:966; 321:3322, considerando 5°). No paso por alto que en este último precedente se justificó la intervención de V.E. con base en lo dispuesto en dicha norma, no obstante la falta de interposición de un recurso extraordinario o de queja por su denegación, ante la inexistencia de una decisión formal de la que el interesado pueda recurrir para hacer valer su reclamo (considerando 7°).

Sin embargo, conforme lo expuesto en el apartado III, no encuentro configurada en el sub júdice esa hipótesis, toda vez que atento el estado del proceso y ante la notificación personal del rechazo del recurso de casación local, la competencia de la Corte sólo pudo verse autorizada con la concesión de la apelación extraordinaria interpuesta ante el a quo o, de ser denegada, con la articulación de la correspondiente queja (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional; 14 de la ley 48; 6 de la ley 4055 y 256, 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que se advierta a partir de aquella diligencia hasta la presentación de fojas 2 de este incidente, una manifestación de la condenada en tal sentido.

Además, entiendo que carece de asidero su pretensión de justificar esa omisión

como consecuencia de no haber tenido noticias de la causa ni de su defensor desde hacía dos años, si se tiene en cuenta que transcurrieron aproximadamente diez meses desde que tomó conocimiento del rechazo del recurso local oportunamente deducido por su letrado particular, sin que se perciba alguna circunstancia que le haya impedido a la encausada comprender el significado de ese pronunciamiento.

Esa excusa también se contrapone con el excesivo tiempo que le demandó advertir el supuesto abandono de la defensa que alega. Repárese en este sentido que, de aceptarse, esa situación ya resultaba previsible al notificarse de la inadmisibilidad del recurso de casación, pues entonces ya había transcurrido más de la mitad del lapso de dos años que se invoca. Por lo tanto, no puede comprenderse cómo, a pesar de ello y de padecer la ausencia de todo contacto con su letrado -según se pretende demostrar con la solicitud de fotocopias efectuada a fojas 1414- la imputada no efectuó ninguna manifestación, precisamente, al tomar conocimiento de una resolución adversa o en el plazo inmediato posterior, para subsanar la supuesta privación de asistencia técnica legal.

Tal como lo señala la Defensora Oficial, reconozco que en materia criminal deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, a tal punto que éste debe ser cierto, de modo que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal al extremo de suplir la negligencia en la designación de defensor, sin que resulte suficiente para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, puesto que ello no garantiza un verdadero juicio contradictorio, sino que es menester, además, que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia por parte de su abogado (Fallos: 5:459; 255:91; 304:1886; 308:1557; 311:2502; 319:192; 320:150 y 321:2489, entre muchos otros).

Tampoco paso por alto que los jueces de las diferentes instancias, incluso de los tribunales locales al conocer de la procedencia de los recursos previstos en los ordenamientos provinciales, deben velar por el cumplimiento de tales principios (Fallos: 310:1797 y 1934; 319:1496; 321:1424; y 323:1440, disidencia del doctor Gustavo A. Bossert).

Sin embargo, conforme con lo expuesto, lo que no se alcanzó a demostrar en el sub júdice es la carencia de asistencia letrada que pudo haber sufrido la condenada y la consecuente privación de justicia que se configuraría ante la imposibilidad de utilizar el único medio de impugnación que tenía expedito -el previsto el artículo 14 de la ley 48- más aún, si la utilización de esa vía extraordinaria se malogró, tal como quedó demostrado, por su propia conducta discrecional (conf. Fallos: 302:478; 307:599 y 635; 315:369).

V. Asimismo, tampoco advierto la defectuosa actuación que se le pretende atribuir al letrado particular que asistió a Ibañez durante el proceso, ni cabe inferir la inoperancia de dicho profesional en detrimento del derecho de defensa, al no invocar la consideración de extremos conducentes para la correcta calificación del hecho. Por el contrario, el análisis de las cuestiones cuya relevancia, según la peticionante, hubiesen tenido entidad suficiente para modificar la condena, permiten concluir que la crítica dirigida en ese sentido se reduce a una mera discrepancia acerca de la estrategia seleccionada para el caso.

Antes de expedirme acerca de las razones que abonan tal conclusión, debo advertir que, en mi opinión, carece de todo sustento el avasallamiento de garantías procesales que se invoca para tildar de errónea la incorporación y valoración como prueba de cargo de los dichos vertidos por la encausada a los médicos que la asistieron (ap. II, punto 1). Pienso que ello es así, en tanto el argumento de

orden constitucional que se aduce no se relaciona con una manifestación en la que, lejos de reconocer su participación en el hecho, constituye, tal como lo reconoce la propia peticionante, la «única versión exculpatoria con que se cuenta en el proceso». Por lo demás, no se invocó ni acreditó la existencia de elementos que permitan inferir la existencia, en la ocasión, de algún vicio en la voluntad de la imputada, suficiente para desconocer su validez.

Realizada esa aclaración, más allá de no advertir que la aludida ineficacia que se le atribuye a la labor del letrado particular por no haber sustentado la defensa en tales dichos encuentre respaldo en las constancias del legajo, cabe reparar que dicha omisión obedeció, como ya lo adelanté, pura y exclusivamente a la táctica que, a criterio de dicho profesional, mejor satisfacía los intereses de Ibáñez frente a las pruebas de cargo existentes. Tal circunstancia surge con nitidez cuando al alegar (fs. 1343 vta./1344), sustentó la absolución de su asistida, entre otros motivos, en el estado de duda que generaba la imposibilidad de acreditar su autoría exclusiva en el hecho y en la probabilidad de que el suceso no haya ocurrido tal como fue establecido en la requisitoria fiscal, al dejar entrever que pudo dar muerte a su esposo en defensa propia y también de sus hijos, por la agresión que con análogo resultado le atribuye (fs. 1343 vta./1344).

En este contexto, la sola referencia de la Defensora Oficial al expresar que se «...truncó, por desidia, las distintas oportunidades procesales favorables a la postura de la acusada que se presentaban...»; a la «...falta de oposición a la elevación a juicio de la causa; la ausencia absoluta de producción de prueba de descargo en la etapa de juicio...» y a la «...imprecisión y laxitud de las manifestaciones...» en la audiencia de debate, para cuestionar la actividad del letrado particular durante el desarrollo de todo el proceso, constituyen meras afirmaciones tendientes a disentir con la forma en que éste orientó la defensa, sin que se alcance a percibir cuáles fueron las pruebas que se habría visto privada, y en qué medida habrían influido para modificar la decisión que impugna (conf. Fallos: 291:259; 310:2085; 311:904 y 2461; 314:1723; 317:874). En este orden de ideas, por tratarse de una conjetura, tampoco puede prosperar la queja por la irrelevancia que en el fallo se le otorgó al aborto que padecía la imputada al momento del hecho, probablemente ocasionado por los golpes de su marido.

En similar defecto de fundamentación incurre cuando se agravia de la «supuesta preclusión» que invocó el a quo para ignorar la violación al derecho de defensa que implicaba la valoración como prueba de cargo de aquella manifestación de la encausada a los médicos, toda vez que no refuta todos y cada uno de los argumentos expuestos en el fallo. En efecto, tal como quedó dicho al inicio, el Tribunal Superior concluyó que, aún prescindiendo de tal versión -a la que no le otorgó el carácter de confesión- la condena tenía suficiente sustento en otros elementos de convicción que enumera, respecto de los cuales tampoco se aprecia un crítica concreta y razonada por parte de la peticionante.

Por el contrario, de la extensa presentación de fojas 20/41 no se alcanza a vislumbrar, por los motivos expuestos, la relevancia que ante el cuadro probatorio en el que se basa la condena tendrían las referencias a las situaciones de violencia familiar que invoca. Ello me lleva a concluir, que además de los argumentos vertidos en los apartados III y IV que anteceden, el pedido de avocación, sólo se sustenta en una discrepancia sobre la forma en que fueron apreciados y fijados los hechos de la causa y la consecuente responsabilidad que le cupo a la imputada, sin que se haya alcanzado a demostrar que el pronunciamiento que se pretende revisar carezca manifiestamente tanto de objetividad como de razonabilidad, ni menos aún, que las críticas acerca de la actuación del letrado particular que asistió a Ibánez, resulten idóneas para sostener el estado de indefensión que se alega.

VI . Sobre este último aspecto cabe agregar ciertas consideraciones, en especial, acerca del abandono material que aduce la Defensora Oficial como consecuencia de no haber articulado el medio de impugnación previsto en el artículo 14 de la ley 48, así como también respecto del menoscabo que importó, a su juicio, la convalidación de esa situación por el a quo, a la garantía de la que goza todo imputado de revisar la legitimidad de su condena por un tribunal distinto del que lo juzgó.

Sin perder de vista todo lo expuesto hasta el momento, a mi modo de ver no existió en el sub júdice un excesivo rigor formal en torno a la valoración sobre la admisibilidad, interpretación o aplicación de la vía recursiva local utilizada, extremos que, en su momento, motivaron la doctrina desarrollada por V.E. a partir de Fallos: 318:514; 320:2145; 322:2488; 325:1227 y, más recientemente, con mayor amplitud, en los autos C. 1757, XL in re «Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa n° 1681- resuelta el 20 de septiembre de 2005.

Corrobora esa apreciación, no solo que la propia peticionante le reconociera a la asistencia profesional de la imputada una «reacción» en el cumplimiento de su labor, en razón de las cuestiones constitucionales planteadas al interponer el recurso de casación. También en su presentación de fojas 20/41, para considerar cumplidos los requisitos que permitirían la aplicación de la doctrina sentada en Fallos 308:490 y 311:2478, y de esa forma, habilitar su acceso a la Corte, admitió que esos agravios fueron objeto de consideración por el Tribunal Superior provincial.

Por otra parte, vinculado con el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en su Informe 24/92 del 2 de octubre de 1992, que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención siempre que no se interprete con rigor formalista. Este concepto, como ya lo apunté en alguna otra ocasión, fue iterado en un caso referido a nuestro país (Informe n° 55/97, caso 11.137 «Juan Carlos Abella», del 18 de noviembre de 1997), en donde sostuvo que «el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal del fallo...incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, y en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por la CADH, característica que no reviste el recurso extraordinario federal».

De manera tal que, a pesar de no haberse interpuesto recurso extraordinario, no encuentro corroborado por las constancias de la causa la situación de abandono material que se invoca para justificar la intervención de V.E., si se repara que en el contexto de la táctica utilizada por el letrado particular, los agravios contra la condena impuesta recibieron adecuado tratamiento en la instancia casatoria, conforme el criterio expuesto en el párrafo que antecede, sin que estos argumentos, insisto, hayan sido adecuadamente refutados por la Defensora Oficial.

De tal modo, en la medida que el supuesto menoscabo de la garantía de defensa en juicio no se apoya en la ausencia de oportunidades suficientes de audiencia y prueba, sino en la eficacia de su ejercicio, aspecto que aquella no cubre (Fallos: 225:123 y sus citas) y sobre la cual, precisamente, se sustenta la crítica a la labor de la asistencia técnica de Ibáñez, la solicitud de avocamiento sobre esa base resulta infundada.

En tal sentido, creo oportuno recordar una vez más los conceptos vertidos en el precedente de Fallos: 324:3632, por los doctores Enrique s. Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert en su disidencia, al sostener que el Tribunal debe

analizar «la totalidad de las circunstancias» del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de este tipo significaría «restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas» pues «el acto u omisión de un defensor que...es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro» (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984). Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no coincide con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal (considerando 7°).

Precisamente, el reclamo de la defensa oficial se identifica con esta última situación, en la medida que parte de un enfoque de las circunstancias que rodearon al hecho y de la responsabilidad que le cupo a la imputada que difiere del invocado por el letrado particular. Por lo tanto, a ello obedece que la cuestión sobre el cuadro de violencia intra-familiar no fuera considerada con la relevancia que, ahora, requiere la peticionante, sin que esa discrepancia autorice a calificar la tarea de aquel como defectuosa o inexistente. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el éxito de la labor desempeñada por un abogado es inherente al riesgo que entraña todo pleito. De lo contrario, la viabilidad de un planteo en tales condiciones autorizaría, ante la eventualidad de que una estrategia distinta a la planteada permita variar el resultado del proceso, la revisión indefinida de un pronunciamiento firme, soslayando, incluso, los medios de impugnación previstos en el ordenamiento ritual.

Por último, debo concluir que resulta inconsistente afirmar que se afectó la garantía de igualdad al asignarle un carácter discriminatorio a lo resuelto por el a quo por tolerar un estado de indefensión que, conforme lo expuesto hasta aquí, no padeció la imputada; o bien, por no contemplar su condición de víctima de la violencia doméstica a la que fue sometida por su cónyuge, sin atender a los términos del fallo que desestima los agravios dirigidos contra la condena con base en diversos elementos de convicción que, al margen de su acierto o error, no fueron debidamente refutados.

A ello cabe agregar que al no haberse demostrado el absoluto estado de indefensión que se alega, carece de sustento pretender que el tratamiento de la situación de la encausada durante la etapa recursiva sea una muestra de un esquema de violencia contra la mujer, ni que el fundamento de su condena se inspire en un preconcepto de género. Esas consideraciones no constituyen entonces más que un exceso en el afán defensista, que llega incluso a poner injustificadamente en duda el funcionamiento de la administración de justicia local en el caso.

VII. En consecuencia, soy de la opinión que V.E. no debe hacer lugar a lo solicitado en el escrito de fojas 20/41.

Buenos Aires, 15 de febrero de 2006. .

Eduardo Ezequiel Casal

Sentencia de la Corte

Buenos Aires, 20 de junio de 2006.

Autos y Vistos; Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que corresponde remitirse en razón de brevedad. Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se rechaza la solicitud de avocación. Hágase saber y previa devolución de los autos principales, archívese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la presentación de fs. 2 fundamentada a fs. 20/41 no constituye acción o recurso alguno de los que habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de esta Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), ni un caso de privación de justicia que le corresponda resolver.

Por ello, se rechaza la solicitud de avocación. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Presentación varia interpuesta por Sara del Pilar Ibáñez, representada por la defensora oficial Dra. Stella M. Martínez Tribunal de origen: Cámara de Apelaciones Sala Penal de Zapala, Provincia del Neuquén

49. B. Comentarios y proyecciones

La relevancia de este planteo y su resolución pueden definirse en dos ejes: la identificación de la cuestión federal en el marco de las garantía de defensa técnica eficaz, el principio de inocencia, el debido proceso y el principio de culpabilidad; así como la filiación del caso en el marco de la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" ya que nunca fue valorado el hecho de que Sara del Pilar Ibáñez fuera una mujer sometida a agresiones físicas y psíquicas por su marido a la hora de definir la culpabilidad -extremo que por otra parte resultaba fácilmente deducible de las particularidades del hecho y de sus causas desencadenantes tal y como obran en el expediente-.

Corresponde destacar que si bien la vía utilizada –privación de justicia- no resultó formalmente adecuada para habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia, la trascendencia del caso motivó su remisión al Procurador General de la Nación a fin de que vierta sus consideraciones sobre el asunto. En esta inteligencia y si bien se explicó porqué el caso no era de aquellos en los que debía hacerse lugar a la excepción, fueron vertidas consideraciones sobre el fondo del asunto -qué se entiende por defensa técnica eficaz, qué se entiende por "cuestión de género"- que permitió exhibir, una vez más, la falta de capacidad de los órganos judiciales del Estado para advertir la incidencia de dicha problemática en aquellos casos en los que la mujer involucrada quiebra el rol socialmente impuesto. Vale señalar que el presente fue denunciado por la Defensa General de la Nación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.