



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

"Sobrino, Marcelo -Fiscal General de Azul- s/ Recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N° 42.907 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Azul"

Suprema Corte de Justicia:

I. Antecedentes

El Juzgado Correccional N° 1 del Departamento Judicial de Azul, con fecha 8 de octubre de 2021, absolvió a Germán Pablo Cardoso por los delitos de aborto consentido por la persona gestante (art. 85 inc. 2, Cód. Penal, según ley 27.610) y tentativa de sustracción de medios de prueba (arts. 42, 44 y 255, Cód. Penal) rechazando a su vez el planteo de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 85 inc. 2 del Cód. Penal según ley 27.610.

Ante dicha sentencia, el señor Agente Fiscal Damián Borean, interpuso recurso de apelación, el que fue desestimado por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Azul, en causa n° 42.907, confirmando la absolución del imputado (v. sentencia de fecha 11-II-2022).

Frente a la mencionada resolución el Fiscal General de Azul, Marcelo Sobrino, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el que fue declarado inadmisibile por la Cámara mencionada. Presentado el recurso de queja esa Suprema Corte resolvió declarar la nulidad del auto impugnado y reenviar

nuevamente al órgano anterior para que emita una nueva sentencia (v. resolución SCBA de fecha 22-XII-2022).

Es así que con fecha 15 de febrero de 2023, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Azul resolvió admitir la vía extraordinaria y esa Suprema Corte realizar el correspondiente traslado legal a esta Procuración General.

II. Agravios

El recurrente plantea dos agravios: 1°) inconstitucionalidad e inconveniencia del art. 85 inc. 2 del Cód. Penal, según arts. 4 y 16 de la ley 27.610 y violación a los arts. 75 inc. 22 de la Const. nac.; arts. 1, 3 y 6 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 4.1 de la CADH; art. 19 del Código Civil y Comercial y art. 12 inc. 1 de la Const. de la provincia de Buenos Aires; 2°) la errónea valoración probatoria y aplicación del delito de tentativa de sustracción de medios de prueba.

En relación con el primer agravio, aduce que ese Ministerio Público Fiscal había pedido que no se aplique retroactivamente la ley penal más benigna en el caso, hecho cometido el 3 de julio de 2018, pues su implementación implicaba la violación de normativa convencional pero que nada de ello trató la Cámara revisora, que priorizó los derechos de la persona gestante por sobre el derecho a la vida que tiene el niño por nacer.

Recuerda los fundamentos de la ley 27.610 y los antecedentes en la materia que se mencionaron en la discusión legislativa y sostiene que la Cámara entiende, equivocadamente, que dicho documento



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

explica acabadamente la compatibilidad entre la legislación interna y las normas supralegales.

Afirma que en ningún pasaje de los fundamentos de la ley 27.610 se hace mención a la colisión del derecho a la vida que tiene el niño por nacer y por lo tanto viola, a su criterio, el art. 4.1 del la CADH que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, protección que se establece desde el momento de la concepción.

Señala que la interpretación que hace la Cámara revisora es arbitraria pues al decir que el art. 4.1 de la CADH establece "en general" y que ello permite excepciones no hace más que autorizar a no proteger la vida a partir de la concepción.

Postula que el primer párrafo del art. 4 de la ley 27.610 no protege "en general" la vida a partir de la concepción, sino que se trata de un derecho al aborto de forma irrestricto durante los primeros tres meses y medio de embarazo y que entonces ello resulta contrario a lo establecido por un instrumento internacional con jerarquía constitucional como es la CADH, pues en definitiva no resulta ser el aborto una excepción a la regla -protección de la vida desde la concepción- sino que se convierte en regla durante esos primeros meses de la gestación.

En otro orden afirma que la ley 27.610 colisiona con la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN- pues Argentina, al momento de aprobarla, exigió una definición de niño con el fin concreto de proteger a las personas por nacer y que por esta razón el Ejecutivo nacional incluyó esta declaración al momento de ratificarla en sede internacional, instrumento que

también cuenta con jerarquía constitucional, y por ello debe interpretarse comprendido en el concepto "niño" a la persona desde la concepción.

Recuerda que existen declaraciones de las Naciones Unidas -del 1 de junio de 2020- en donde aclaró que la ONU no promueve ni impone el aborto como política de salud sino que afirmó que se trata de un tema esencialmente doméstico de la propia jurisdicción nacional.

Como segundo agravio, plantea que la absolucón del imputado respecto del delito de sustracción de medios de prueba en grado de tentativa descansa en una interpretación arbitraria de la prueba.

Postula que la Cámara revisora privilegió arbitrariamente el testimonio de González sin indicar los motivos razonables para dejar de lado el contundente testimonio de Koop del que se desprende la conducta de Cardoso, compatible con el retiro de uno de sus celulares de la custodia policial existente desde el inicio de la diligencia ordenada judicialmente.

Destaca que el *a quo* no cotejó el peso de este último testimonio con el resto del material probatorio lo cual hubiera llevado a tener por acreditado el intento de sustracción por parte del imputado, como por ejemplo, el acta de procedimiento que marca que al comienzo y al momento de revisar el morral del médico no había ningún celular y que luego apareció en el mismo morral que había quedado en poder del imputado un celular.

Afirma, por último, que todo ello toma más fuerza si se tiene en cuenta que luego de analizados



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

los celulares se comprueba que había comunicaciones incriminantes y que tal circunstancia no fue analizada por la Cámara lo que torna arbitraria la resolución en este aspecto

III. No voy a sostener el recurso formulado por el Fiscal General del Departamento Judicial Azul por las siguientes razones.

i. Ello así pues, más allá del fondo de la cuestión y sin expedirme sobre el mismo en virtud de impedimentos procesales insalvables, advierto que el planteo del esforzado Fiscal recurrente transita los andariveles de la insuficiencia recursiva pues no logró rebatir eficazmente los argumentos dados por la Cámara revisora de acuerdo a los planteos presentados oportunamente por el Fiscal apelante, por lo que su animosa presentación pone en evidencia su disconformidad con lo resuelto y la reiteración del agravio central -inconstitucionalidad- que ya fue descartado por el órgano revisor (cfr. doc. art. 495, CPP).

En primer lugar, como es sabido y así también lo recuerda el órgano intermedio, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres

poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (cfr. doc. CSJN Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 314:424).

En dicha dirección recordó la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en virtud de la facultad que le otorga el art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (CSJN Fallos 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (CSJN Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).

Siendo entonces, que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del ordenamiento jurídico (cfr. doc. CSJN Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

e.o.), no cabe formularla, sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados (cfr. doc. CSJN Fallos: 315:923; 321:441).

En tales términos, su procedencia requiere no solo que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, sino que debe proponerse un análisis inequívoco y exhaustivo del problema de modo tal que si el recurrente no demuestra que lo actuado por el legislador es incorrecto, no cabe atenderlo (cfr. doc. CSJN Fallos: 306:1597 y, en especial 325:1201).

En este orden de ideas, los cuestionamientos traídos por el Fiscal recurrente para contradecir lo resuelto por la Cámara revisora no pasan de una interpretación distinta, reeditando argumentos ya planteados en dicha instancia y sin lograr rebatir los fundamentos plasmados en dicha decisión (doc. art. 495, CPP).

Nótese que la Cámara revisora expuso (v. acápite 2.1 de la sentencia de fecha 11-II-2022) que en los lineamientos de la acusación, el Agente Fiscal atribuyó al imputado el haber interrumpido, con consentimiento de la persona gestante, un embarazo de más de catorce semanas de gestación, solicitando la aplicación de lo normado por el art. 85 inc. 2 del Código Penal (texto según ley 27.610) pero que luego durante los alegatos planteó de forma subsidiaria, a la primigenia acusación y para el caso de no haberse acreditado el periodo de gestación, la inconstitucionalidad hasta aquí

mencionada y la aplicación del tipo penal anterior a la modificación que incorporó la nueva ley.

En ese sentido afirmó que si bien el planteo de inconstitucionalidad no resultaba extemporáneo, respecto este que comparto pues fue presentado en el ámbito del debate, no podía prosperar citando la asentada doctrina antes mencionada en torno a que la inconstitucionalidad de las normas debe tener argumentos inequívocos y exhaustivos, y el presentante no los había formulado.

Dicho ello y sumando a lo anterior la Cámara revisora dio argumentos para descartar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, para ello mencionó el fallo "F.A.L." de la CSJN; la postura de esa propia Cámara sobre el tema -causa "Zampatti"-; la exposición de motivos de la ley 27.610 -*in extenso*-; así como también doctrina especializada y jurisprudencia de la Corte IDH.

En consecuencia el órgano revisor dio argumentos para descartar, a su criterio y sin avizorar signos de arbitrariedad, la inconstitucionalidad endilgada a la norma en trato.

ii. Misma suerte corre el segundo agravio presentado y vinculado a la arbitraria interpretación de la prueba revisada por la Cámara actuante en lo que respecta a la absolución por el delito de tentativa de sustracción de medios de prueba.

Teniendo en consideración que se denuncia sentencia arbitraria, en el tramo correspondiente a la revisión de la prueba, debo hacer un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

reparo de los argumentos dados por la Cámara sobre el punto.

Con relación a ello, expuso el revisor (v. acápite 2.2 de la sentencia de fecha 11-II-2022) de forma preliminar que los argumentos del recurrente no lograban rebatir los fundamentos dados por el Tribunal de instancia para la absolución.

Afirmó que no pudo acreditarse, con la certeza necesaria, que el imputado intentara sustraer al menos uno de los teléfonos celulares que estaban destinados a servir de prueba a la Fiscalía pues el único elemento de cargo descansaba en la declaración de la funcionaria Policial Florencia Yanel Kopp y ese testimonio se encontraba relativizado por otro testigo presencial, el del funcionario policial Matías Ezequiel González, quien declaró que en realidad lo que quiso hacer el imputado es atender el teléfono que estaba sobre la mesa del escritorio y que no le fue permitido, acatando una orden del personal policial. Asimismo también se afirmó en la sentencia que otro testigo, Ricardo Emanuel Torres Harnisch -también funcionario policial- señaló en su declaración que nunca vio ni advirtió la situación atribuida al imputado.

En definitiva la Cámara revisora confrontó los únicos dos testimonios útiles, el de Kopp y el de González y a partir de ello afirmó que existía una duda fundada y sería acerca de si el imputado efectivamente tomó el celular y lo quiso cambiar o lo tomó para atender la llamada.

Sumó a ello que del acta de procedimiento no surgía la situación mencionada por la testigo y funcionaria Kopp, es decir, en ningún momento

se dejó constancia de la actitud asumida por el imputado y que por todo ello no aparece de forma clara el dolo necesario para el delito en cuestión que además quedó en grado de conato.

Sobre esa base advierto que a contrario de lo sugerido por el Fiscal recurrente el órgano revisor hizo una revisión clara del material probatorio, valorando los testimonios involucrados e incluso indagando en las constancias de la causa como el acta de procedimiento.

Por otro lado, en nada cambia que en el análisis de los teléfonos secuestrados se haya encontrado material incriminante para la primigenia acusación del otro delito imputado pues fueron acciones independientes y se requiere demostrar dolo específico en cada supuesto, aspecto este que por el principio de la duda no fue confirmado y así beneficiado el imputado con la absolución sin que dicha construcción intelectual por parte de los órganos actuantes aparezca arbitraria o irracional.

En relación con lo dicho hasta aquí, vale recordar que el objeto de la doctrina sobre la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado, aspecto este que no logra evidenciarse en el caso (cfr. doc. Causa P.134.393, sent. de 16-III-2023, entre otras).

Por otro lado también es doctrina legal de esa Suprema Corte que las críticas dirigidas a cuestionar el valor otorgado a la prueba de cargo en las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-138346-1

instancias anteriores -dando para ello una interpretación propia de lo sucedido- escapan al acotado ámbito de la competencia revisora de la Corte, salvo la cabal demostración del vicio de absurdo o la arbitrariedad del fallo (cfr. Doc. Causa P. 135.059, sent. de 4-IV-2022), aspecto este que como vengo exponiendo no logra configurarse, media así -nuevamente- insuficiencia en el planteo (doc. art. 495, CPP).

iii. Como conclusión quiero decir que más allá de los esforzados planteos del recurrente y, reitero, sin inmiscuirme en el fondo de la cuestión en virtud de óbices procedimentales insalvables, no rebate ni controvierte eficazmente lo afirmado por el tribunal sobre el punto -inconstitucionalidad y arbitrariedad en la valoración de la prueba- a la vez que reitera agravios ya presentados en la instancia anterior -bajo el ropaje de arbitrariedad de sentencia- por lo que no hace más que incurrir en insuficiencias recursivas que no permiten aperturar la vía extraordinaria (doc. arts. 494 y 495, CPP).

IV. Por lo expuesto no voy a sostener el recurso interpuesto, en causa n° 42.907 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Azul, por el Fiscal General departamental.

La Plata, 26 de marzo de 2024.

