

2021

TÉCNICA RECURSIVA



2021

TÉCNICA RECURSIVA





Presentación del Cuaderno de Técnica Recursiva

El Cuaderno de Técnica Recursiva que hoy presentamos surge como resultado del taller homónimo brindado por el MPBA durante cinco encuentros desarrollados durante los meses de junio y julio de 2021.

Este taller fue conducido por la Dra. Carolina Crispiani, entonces a cargo de la Subsecretaría de la Sala de Relatoría Penal de la Procuración General y contó con la colaboración del Dr. Nazareno Capaccio, integrante de la mencionada Relatoría Penal; también, por cierto, con el soporte administrativo en lo atinente a las tareas de coordinación y difusión, del área de capacitación de la Casa. Esta actividad académica permitió, asimismo, expresar y socializar las ricas experiencias concretadas sobre la temática en los diferentes departamentos judiciales.

Ciertamente, las virtudes del conocimiento y dominio de la técnica recursiva muestran su trascendencia y utilidad en ese momento final, *crítico*, en el que los esfuerzos que se llevan a cabo en las distintas instancias en el ámbito del sistema judicial, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como del punto de vista del rol del Ministerio Público, arriban al punto cúlmine de la intención de hacer justicia en los casos concretos.

Es sabido que nuestro sistema judicial es un sistema de diversas instancias, donde la última instancia es de carácter absolutamente excepcional. Esa naturaleza excepcional de la instancia final, sea a nivel local o sea a nivel federal, exige, en el tratamiento que le dan las normas procedimentales, e incluso, la Constitución provincial, en el caso del poder casatorio local, ciertos recaudos cuyo dominio puede ser bien perfilado bajo

la denominación de técnica recursiva, o si se prefiere, como un verdadero *arte* recursivo.

Ello, en tanto disciplina que no resulta ajena a valores y contenidos axiológicos, éticos, jurídicos y científicos; en tanto *saber hacer* que demanda conocimiento, habilidad y regla; y en tanto, también, recto ordenamiento de la razón (Tomás de Aquino).

En efecto, la naturaleza de los casos que pueden arribar a la máxima instancia, como los requisitos de carácter adjetivo exigibles para la deducción de los remedios procesales extraordinarios, en los que el Máximo Tribunal local ejerce el mencionado poder casatorio, por su complejidad y excepcionalidad, reclaman un fino conocimiento y manejo de los recursos previstos que bien puede definir la suerte de la realización de la justicia del caso concreto.

Entre los temas axiales que resultan examinados en este Cuaderno de Técnica Recursiva se cuentan la legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal contra sentencias absolutorias, contra condenas perpetuas; la garantía del *non bis in ídem*; la jurisprudencia de los tribunales superiores al respecto; el valor y aplicación del precedente en la Provincia de Buenos Aires, a la luz de los últimos fallos de la Suprema Corte local; los estándares normativos internacionales en materia de violencia de género; el juzgamiento con estereotipos de género; la prescripción de la acción penal y las obligaciones internacionales contraídas en materia de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes; el juicio por jurados en la Constitución Nacional y en la doctrina legal de los tribunales superiores, entre muchos otros.

Con el propósito de que este curso aproveche no solo a quienes tuvieron la oportunidad de realizarlo sino a la comunidad jurídica en general e incluso, a la académica, el Centro de Información Jurídica (CIJUR) del Ministerio

Público ha efectuado la edición del material oportunamente entregado, así como de las clases grabadas, tanto en soporte digital como en soporte papel, que ponemos en esta oportunidad a disposición bajo el formato de *Cuaderno de Técnica Recursiva*.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, characteristic of a personal signature.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

El presente cuadernillo se realizó en base al “Taller de Técnica Recursiva” dictado para el MPBA por la Dra. Carolina Crispiani y el Dr. Nazareno Capaccio, el cual tuvo lugar los días miércoles 9, 16, 23, 30 de junio y 7 de julio de 14:30 a 16:30 h; modalidad virtual, actividad organizada por el Centro de Capacitación.

(Índice)

INTRODUCCIÓN AL TALLER DE TÉCNICA RECURSIVA

| | |
|--|----|
| Carolina Crispiani, exsubsecretaria de la Sala de Relatoría Penal de la Procuración General de la SCBA | 33 |
| 1 - PRIMER ENCUENTRO | 39 |
| Introducción | 41 |
| A. SOBRE LOS RECURSOS EN GENERAL | 42 |
| I. Elementos para la interposición de un recurso | 42 |
| B. RECURSOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES | 44 |
| C. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: LA LEGITIMACIÓN RECURSIVA | 45 |
| I. Jurisprudencia de la CSJN | 47 |
| II. La potestad recursiva del Ministerio Público contra sentencias absolutorias | 49 |
| III. Garantía del “ <i>non bis in ídem</i> ” la jurisprudencia de la CIDH | 50 |
| IV. Doctrina de la SCBA | 53 |
| V. La potestad recursiva del Ministerio Público contra condenas perpetuas | 55 |
| D. LA IMPUGNABILIDAD OBJETIVA | 56 |
| I. Sentencia definitiva | 56 |
| II. Sentencias equiparables a definitivas | 56 |
| III. Otros supuestos | 57 |
| E. LA CUESTIÓN FEDERAL | 58 |
| I. La Doctrina de la Sentencia Arbitraria | 61 |
| II. Responsabilidad Internacional del Estado | 66 |
| III. Gravedad Institucional | 70 |

| | |
|---|----|
| F. RECURSO EN EL FUERO PENAL JUVENIL | 71 |
| 2 - SEGUNDO ENCUENTRO | 73 |
| A. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD | 75 |
| I. Doctrina de la Concordancia | 75 |
| II. Control de Constitucionalidad. Concepto y caracteres | 76 |
| III. Control de Convencionalidad. Concepto y caracteres | 77 |
| IV. Bloque Constitucional Federal | 78 |
| B. ESTÁNDARES NORMATIVOS INTERNACIONALES EN VIOLENCIA DE GÉNERO | 79 |
| I. Valoración probatoria en Perspectiva de Género | 79 |
| II. Estándares Internacionales. Organismos | 81 |
| III. Estándares Internacionales normativos | 86 |
| La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer | |
| La Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer | |
| El Protocolo de Palermo | |
| Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad | |
| IV. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos | 90 |
| V. Pronunciamientos de la Corte IDH en casos de violencia de género | 92 |
| 1. Caso Campo Algodonero vs. México (año 2009) | 92 |
| 2. Caso Rosendo Cantú vs. México (año 2010) | 93 |
| 3. Caso Fernández Ortega vs. México (año 2010) | 93 |
| 4. Caso Penal Castro vs. Perú (año 2011) | 93 |
| 5. Caso J. vs. Perú (año 2013) | 93 |
| 6. Caso Espinoza González vs. Perú (año 2014) | 94 |
| 7. Caso Véliz Franco vs. Guatemala (año 2014) | 94 |
| 8. Caso Mayra Gutiérrez vs. Guatemala (año 2017) | 94 |
| 9. Caso V.R.P. vs. Nicaragua (año 2018) | 94 |

| | |
|---|---------|
| 10. Caso “López Soto vs. Venezuela” (año 2018) | 95 |
| VI. El juzgamiento con estereotipos de género | 95 |
| I. Categorías y clasificaciones | 95 |
| 1. Mujer honesta | 96 |
| 2. Mujer mendaz | 96 |
| 3. Mujer instrumental | 97 |
| 4. Mujer corresponsable | 97 |
| 5. Mujer fabuladora | 97 |
| II. Estereotipos y la Garantía de Imparcialidad | 98 |
| a. Dimensión subjetiva | 98 |
| b. Dimensión objetiva | 98 |
| III. Jurisprudencia de la SCBA sobre estereotipos | 102 |
| a. Causa P. 118.217 – 6 de diciembre de 2017 | 102 |
| b. Causa P. 125.687 – 23 de octubre de 2019 | 103 |
| c. Causa P. 132.936 – 18 de agosto de 2020 | 103 |
| VII. Conclusiones | 104 |
| I. Legislación nacional y provincial en violencia de género | 105 |
| 3 - TERCER ENCUENTRO | 109 |
| A. VALOR DEL PRECEDENTE | 111 |
| I. Concepto de precedente | 111 |
| II. Principios que dan fundamento y validez al precedente | 112 |
| III. Parte de la sentencia con valor de precedente | 112 |
| IV. Precedente individual o jurisprudencia constante | 113 |
| V. Tipo de vinculación del precedente | 114 |
| B. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES | 115 |
| I. Doctrina Legal | 116 |
| II. Doctrina Jurisprudencial | 116 |

| | |
|---|-----|
| C. REFUTACIÓN A LAS PRINCIPALES CRÍTICAS CON RELACIÓN A LA OBLIGATORIEDAD DE LOS PRECEDENTES | 117 |
| I. Atenta contra la independencia judicial | 117 |
| II. Atenta contra el principio de división de poderes | 117 |
| III. Mención especial de la CSJN en materia de precedentes: Caso Farina | 117 |
| D. INVOCACIÓN DEL PRECEDENTE EN UN RECURSO | 119 |
| I. Impugnabilidad subjetiva | 119 |
| II. Impugnabilidad objetiva | 119 |
| E. RECOMENDACIONES DE TÉCNICAS RECURSIVAS | 119 |
| I. Impugnabilidad subjetiva | 120 |
| II. Impugnabilidad objetiva | 121 |
| F. SENTENCIAS CON RECEPCIÓN FAVORABLE A RECURSOS INTERPUESTOS POR EL MPF | 127 |
| I. Recursos contra absoluciones | 127 |
| II. Recursos referidos a la valoración probatoria en delitos contra la integridad sexual | 128 |
| III. Único testimonio. Exigencias para su valoración | 129 |
| G. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN ABUSO SEXUAL EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES | 132 |
| I. Normativa nacional | 134 |
| II. Marco convencional | 137 |
| III. Doctrina de la SCBA | |
| H. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MPBA, A CARGO DEL DR. NAZARENO CAPACCIO | 139 |
| I. Recursividad del Ministerio Público en el tema de responsabilidad juvenil | 142 |
| II. Legitimidad recursiva en materia de unificaciones de penas de diversos fueros | 144 |
| III. Legitimación recursiva del Ministerio Público Tutelar | 146 |

| | |
|---|------------|
| I. RECURSO DE QUEJA ANTE LA CORTE PROVINCIAL | 148 |
| 4 - CUARTO ENCUENTRO | 151 |
| A. JUICIO POR JURADOS | 153 |
| I. El Juicio por Jurados en la Constitución Nacional | 153 |
| II. La íntima convicción como procedimiento de valoración probatoria | 157 |
| III. Posibilidad recursiva del fiscal ante un veredictos de no culpabilidad | 158 |
| IV. Posibilidad de recurrir de los particulares damnificados | 159 |
| V. Supuestos en los que el MPF puede recurrir en un Juicio por Jurados | 160 |
| VI. La Doctrina Jurisprudencial del Tribunal de Casación Penal | 161 |
| VII. El Juicio por Jurados en el Fuero Penal Juvenil | 163 |
| B. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MPBA, A CARGO DEL DR. NAZARENO CAPACCIO. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. LEY N.º 25.990 | 165 |
| I. El Precedente “Farina” de la CSJN (2019) | 165 |
| II. Otros supuestos en relación a la prescripción | 169 |
| a. Comienzo de la Acción Penal: Delitos permanentes y continuos | 169 |
| b. La citación a Juicio como acto interruptor de la Prescripción | 170 |
| c. Concurso Ideal de Delitos | 171 |
| d. Los Delitos Firmes | 172 |
| e. Cómputo del plazo de la acción penal | 173 |
| C. DOCTRINA LEGAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES | 173 |
| I. Alevosía | 173 |
| II. Ensañamiento | 173 |
| III. Reincidencia | 174 |
| IV. Homicidio <i>Criminis Causa</i> | 174 |
| V. Imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba | 175 |
| VI. La Intervención de menores en la comisión de delitos | 177 |

| | |
|---|-----|
| VII. Aplicación del artículo 52 del Código Penal a los homicidios calificados | 177 |
| VIII. La tenencia de arma descargada | 178 |
| IV. Relación de pareja | 178 |
| X. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión | 179 |
| XI. Corrupción de menores | 179 |
| XII. Violencia de Género. Prohibición de juzgamiento con estereotipos | 179 |
| XIII. Valoración probatoria de la prueba de Indicios | 180 |
| XIV. Constitucionalidad del artículo 14 del Código Penal | 180 |
| | |
| D. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES | |
| MENTALES | 180 |
| I. Marco Normativo de las medidas de seguridad | 182 |
| II. Jurisprudencia de la CSJN y el Protocolo de la SCBA en la materia | 183 |
| | |
| E. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MPBA, A CARGO | |
| DEL DR. NAZARENO CAPACCIO. LÍMITES TEMPORALES DE LAS PENAS PERPETUAS | 186 |
| | |
| 5 - QUINTO ENCUENTRO | 189 |
| | |
| I. Apertura a cargo del señor Procurador de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el Dr. Julio Conte-Grand | 191 |
| II. “Admisibilidad de los recursos extraordinarios desde la óptica del Ministerio Público Fiscal”, Dr. Roberto Daniel Martínez Astorino , Secretario Penal de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires | 197 |
| III. Experiencias departamentales y análisis en materia recursiva del Ministerio Público Fiscal, a cargo de la Dra. Analía Duarte , Fiscal General de Necochea | 209 |
| IV. Experiencias departamentales y análisis en materia recursiva del Ministerio Público Fiscal a cargo de la Dra. Patricia Ochoa , Fiscal General de La Matanza | 215 |
| V. Experiencias departamentales y análisis en materia recursiva del Ministerio Público Fiscal, a cargo del Dr. Juan Pablo Fernández , Fiscal General del Departamento Judicial Bahía Blanca | 221 |
| VI. Experiencias departamentales y análisis en materia recursiva del Ministerio | |

| | |
|--|------------|
| Público Fiscal a cargo del Dr. Fabián Fernández Garello , Fiscal General de Mar del Plata | 229 |
| VII. “Implicancias y efectos de la actividad recursiva de la Fiscalía ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires”, Dr. Carlos Altuve, ex Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires | 235 |
| 6 - ANEXO I | 239 |
| A. PRECEDENTES CITADOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL | 241 |
| I. Otto Wald CSJN | 241 |
| II. Mattei CSJN | 241 |
| III. Arce CSJN | 241 |
| IV. Mohamed vs. Argentina CSJN | 241 |
| V. Felicia Duarte CSJN | 241 |
| VI. Carrascosa CSJN | 241 |
| VII. Llerena CSJN | 241 |
| VIII. Verbitsky CSJN | 241 |
| IX. Demaría CSJN | 242 |
| X. Menna CSJN | 242 |
| XI. Strada CSJN | 242 |
| XII. Di Mascio CSJN | 242 |
| XIII. Di Nunzio CSJN | 242 |
| XIV. Casal CSJN | 242 |
| XV. Claude Reyes vs. Chile CSJN | 242 |
| XVI. Aptiz Barbera vs. Venezuela CSJN | 242 |
| XVII. Toculescu CSJN | 242 |
| XVIII. Gorriarán Merlo CSJN | 242 |
| XIX. Mendes Valle CSJN | 243 |
| XX. Ekmekdjian vs. Sofovich CSJN | 243 |
| XXI. Carranza Latrubesse CSJN | 243 |
| XXII. Fontevecchia CSJN | 243 |

| | |
|---|-----|
| XXIII. Góngora CSJN | 243 |
| | |
| B. PRECEDENTES CITADOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS | |
| HUMANOS | 243 |
| I. Almonacid Arellano CIDH | 243 |
| II. Cabrera Y Montiel CIDH | 243 |
| III. Campo Algodonero CIDH | 244 |
| IV. Perozo Vs. Venezuela CIDH | 244 |
| V. Rosendo Cantú Vs. México CIDH | 244 |
| VI. Fernández Ortega Vs. México CIDH | 244 |
| VII. Penal Castro Vs. Perú 2011 | 244 |
| VIII. J Vs. Perú 2013 | 244 |
| IX. Espinoza González Vs. Perú 2014 | 244 |
| X. Veliz Franco Vs. Guatemala 2014 | 244 |
| XI. Mayra Gutiérrez Vs. Guatemala 2017 | 244 |
| XII. V.R.P. vs. Nicaragua CIDH 2018 | 244 |
| XIII. López Soto Vs. Venezuela CIDH 2018 | 244 |
| XIV. Azul Rojas Marín vs. Perú CIDH 2020 | 245 |
| | |
| C. PRECEDENTES CITADOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS | |
| HUMANOS | 245 |
| I. María da Penha Comisión IDH | 245 |
| | |
| 7 - ANEXO II | 245 |
| | |
| ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ANTE RECURSOS PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | 247 |
| | |
| A. NON BIS IN ÍDEM Y RECURSO FISCAL | 249 |
| I. Non bis in ídem - violencia de género | 251 |

| | |
|---|------------|
| II. Sentencia con prejuicios de género – imparcialidad judicial – también ampara al MPF | 253 |
| B. OBLIGATORIEDAD DE LA DOCTRINA DE LA SCBA | 254 |
| C. CUESTIONES DE CALIFICACIÓN | 255 |
| I. Homicidio calificado por alevosía | 255 |
| II. Homicidio calificado por ensañamiento | 256 |
| III. Homicidio criminis causa – requisitos – coautoría | 259 |
| IV. Homicidio cometido con el concurso premeditado de dos o más personas | 261 |
| V. Homicidio calificado por abuso de función | 262 |
| VI. Comisión por omisión | 262 |
| VII. Corrupción de menores | 264 |
| VIII. Intervención de menores de edad -artículo N.º 41 quáter del CPI.- Tenencia de arma | 265 |
| D. CUESTIONES REFERIDAS A LA PENA | 267 |
| I. Reincidencia | 267 |
| II. Posibilidad de computar reincidencia y condenas anteriores | 268 |
| III. Artículo N.º 52 del C.P. | 270 |
| IV. Límite de duración del proceso | 271 |
| V. Pena máxima del código penal | 272 |
| VI. Libertad condicional y delitos excluidos | 273 |
| F. ARBITRARIEDAD | 275 |
| I. Posibilidad recursiva del fiscal de plantear la arbitrariedad | 275 |
| II. Sentencias favorables ante planteos de arbitrariedad por el MPF | 276 |
| G. VIOLENCIA DE GÉNERO | 276 |
| I. Concepto de vínculo de parejas | 276 |
| II. Juzgamiento con perspectiva de género y erradicación de estereotipos | 278 |
| H. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA | 276 |

| | |
|--|------------|
| I. Delito de desobediencia | 278 |
| II. Pena de inhabilitación | 279 |
| III. Violencia de género | 282 |
| I. CUESTIONES PROCESALES | 282 |
| I. <i>Hábeas corpus</i> | 282 |
| II. Allanamiento. Prueba independiente | 285 |
| J. FUERO PENAL JUVENIL | 285 |
| K. JUICIO POR JURADOS | 286 |
| 8 - ANEXO III | 287 |
| | |
| ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ANTE RECURSOS PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | 289 |
| | |
| A. POTESTAD RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | 289 |
| I. Límites – Facultad legal | 289 |
| II. Doctrina Casal | 290 |
| III. Doctrina Carrascosa | 290 |
| IV. El recurso fiscal no viola la garantía del <i>non bis in ídem</i> | 291 |
| V. Éxito de los planteos. Fundamento | 294 |
| | |
| B. CUESTIONES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD | 294 |
| I. Solicitud de pena perpetua y posibilidad de recurso | 294 |
| II. Recursos contra sentencias correccionales denegatorias | 295 |
| | |
| C. JUICIO POR JURADOS | 295 |
| I. Rechazo de planteo de inconstitucionalidad referido a la imposibilidad del MPF de recurrir la absolución | 295 |
| II. El MPF no tiene recurso contra la absolución | 295 |

| | |
|--|------------|
| III. El particular damnificado no tiene recurso contra la absolución (caso de violencia institucional) | 297 |
| IV. Posibilidad recursiva del fiscal contra la calificación en un juicio por jurados | 297 |
| V. Posibilidad recursiva del fiscal contra la pena fijada en un juicio por jurados | 297 |
| VI. Posibilidad recursiva del fiscal contra la prescripción declarada en un juicio por jurado | 299 |
| D. CUESTIONES DE CALIFICACIÓN | 300 |
| I. Emoción violenta | 300 |
| II. Robo. Consumación | 300 |
| III. Robo en banda | 301 |
| IV. Tenencia de arma | 301 |
| V. Lesiones gravísimas agravadas. Delitos de deber | 302 |
| VI. Abuso sexual gravemente ultrajante | 303 |
| VII. Corrupción de menores | 305 |
| VIII. Abuso sexual: concurso real y no delito continuado | 306 |
| IX. Agravante “edad de la víctima” | 307 |
| X. Estupefacientes. Concepto y bien jurídico tutelado | 307 |
| XI. Cantidad de estupefacientes incautados. No es consumo personal | 309 |
| XII. Dolo de homicidio | 309 |
| XIII. Dolo de femicidio | 310 |
| XIV. Femicidio. Violencia de género y de odio | 312 |
| XV. Dolo en homicidio calificado por el vínculo | 313 |
| F. VALORACIÓN PROBATORIA Y CUESTIONES DE ARBITRARIEDAD | 314 |
| I. Concepto de duda | 314 |
| II. Apartamiento de las constancias de la causa | 317 |
| III. Fragmentación de la prueba | 318 |
| IV. Omisión de valorar prueba | 319 |
| V. Sentencia contradictoria..... | 319 |
| VI Prueba de indicios | 320 |
| VII. Cómo demostrar el absurdo | 321 |
| VIII. Posibilidad de revisar los dichos de testigos en casación | 322 |

| | |
|--|------------|
| IX. Dichos espontáneos brindados a los policías de actuación. Validez probatoria | 322 |
| X. Casación negativa frente a la revocación por absurdo | 323 |
| G. VIOLENCIA DE GÉNERO | 323 |
| I. Concepto | 323 |
| II. Revocación de sobreseimiento en violencia de género | 324 |
| III. Habilitación de allanamiento en contexto de violencia de género | 325 |
| H. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL | 325 |
| I. Investigación con perspectiva de género | 325 |
| II. Testimonio de la víctima | 326 |
| III. Evaluación de la credibilidad del testimonio del menor víctima de abuso | 331 |
| IV. Ausencia de lesiones en la víctima | 332 |
| V. Prueba pericial | 332 |
| VI. Ausencia de Cámara Gésell | 334 |
| VII. Interés superior del niño | 334 |
| VIII. Estereotipos | 336 |
| IX. Detención ante condena por abuso también resguarda a la víctima | 340 |
| X. Prescripción en abusos sexuales. Ley penal más benigna. Principio de legalidad | 341 |
| I. SOBRESEIMIENTOS | 343 |
| I. Sobreseimiento prematuro | 343 |
| II. Ausencia de certeza negativa | 345 |
| III. Supuesto de víctima que se retracta | 346 |
| J. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA | 347 |
| I. No se permite suspensión de juicio a prueba en delitos con pena de inhabilitación | 347 |
| II. No se puede conceder la suspensión del juicio a prueba si el fiscal se opuso fundadamente | 348 |
| III. Supuestos de ausencia de fundamentación en la oposición fiscal | 350 |
| IV. No se permite suspensión de juicio a prueba en delitos de violencia de género | 353 |
| V. Delito cometido durante la suspensión de juicio a prueba no requiere | |

| | |
|--|-----|
| sentencia firme | 354 |
| VI. El imputado no puede desistir de la suspensión de juicio a prueba | 354 |
| K. POTESTADES DEL MPF | 355 |
| I. Resolución alternativa de conflictos | 355 |
| II. Archivo de las actuaciones | 357 |
| III. Imposibilidad de ampliar fundamentos de motivos de casación | 358 |
| L. PRESCRIPCIÓN | 358 |
| I. Aplicación de doctrina farina (CSJN) | 358 |
| II. Sentencia de casación interrumpe | 358 |
| III. Todas las citaciones a juicio interrumpen | 360 |
| IV. Prescripción y reenvío: ya es sentencia recurrible | 361 |
| V. Exceso de plazo razonable no es causal de extinción de la acción | 361 |
| M. PENA | 362 |
| I. Cómputo de pena. Sentencia equiparable a definitiva | 362 |
| II. Declaración de reincidencia | 362 |
| III. Pena por debajo del mínimo legal | 363 |
| IV. Omisión de tratamiento de agravantes. Cuestión esencial | 364 |
| V. Vencimiento de pena perpetua | 364 |
| VI. Vencimiento de pena perpetua con declaración de reincidencia | 365 |
| VII. Aplicación restrictiva de la Ley N.º 24.390 | 366 |
| VIII. Aplicación de medida de seguridad. Obligación de realizar juicio | 367 |
| N. ARTÍCULO 41 BIS LEY N.º 12.256 | 368 |
| I. Salas que sostienen la inconstitucionalidad | 368 |
| II. Salas que sostienen la constitucionalidad | 369 |
| Ñ. ARREPENTIDO | 370 |
| O. PELIGROS PROCESALES | 371 |

| | |
|--|------------|
| I. Admisibilidad de recursos fiscales contra concesión de libertades | 371 |
| II. Recursos fiscales contra sentencias de hábeas corpus | 373 |
| III. Ausencia de fundamentación del auto de soltura | 374 |
| IV. Imposibilidad de recurrir la denegatoria de la orden de detención | 374 |
| V. Nuevos lineamientos para evaluar la prisión preventiva | 376 |
| VI. Revocación de libertad condicional | 376 |
| VII. Revocación de libertad asistida | 377 |
| VIII. Revocación de prisión domiciliaria | 379 |
| IX. Revocación de salidas transitorias | 382 |
| X. Revocación de morigeración de la prisión preventiva | 385 |
| XI. Revocación de excarcelación | 386 |
| XII. Revocación de excarcelación extraordinaria | 388 |
| XIII. Intervención de la víctima | 390 |
| P. RECURSOS DE QUEJA | 391 |
| I. Rechazo por falta de copias | 391 |
| II. Rechazo por recurso extemporáneo | 391 |
| Q. FUERO PENAL JUVENIL | 392 |
| I. Admisibilidad del recurso contra sentencia que rechaza aplicación de pena | 392 |
| II. Necesidad de aplicar pena | 392 |
| III. Ausencia de motivación en la decisión de no aplicar pena | 394 |
| IV. Unificación de penas | 396 |
| V. Sometimiento de un mayor a las reglas del fuero penal juvenil. Violación a la garantía de juez natural | 397 |
| VI. Supuesto de equivocación de vía recursiva. Recurso improcedente | 397 |
| VII. Rechazo al pedido de aplicación de pena | 398 |
| VIII. Arbitrariedad basada en condena de mayores. Improcedencia | 399 |
| 9 - ANEXO IV | 401 |
| A - PRECEDENTES ORDENADOS TEMÁTICAMENTE | 403 |

| | |
|--|-----|
| I. JUICIO POR JURADOS - ENLACES | 403 |
| a. Corte Interamericana de Derechos Humanos | 403 |
| b. Corte Suprema de Justicia de la Nación | 403 |
| c. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires | 403 |
| d. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires | 403 |
| 1. Imposibilidad recursiva del fiscal y del particular damnificado de recurrir el veredicto absolutorio | 403 |
| 2. a. Posibilidad recursiva del fiscal de recurrir calificación, pena y prescripción | 404 |
| b. Inconstitucionalidad del artículo 22 bis | 404 |
| c. Recusación. Selección de jurados. Imparcialidad | 405 |
| d. Jurados y agravantes | 405 |
| e. Instrucciones al jurado | 405 |
| f. Modelo constitucional argentino de juicio por jurados | 405 |
| g. Valoración probatoria | 405 |
| II. Prescripción de la acción penal | 406 |
| a. Corte Suprema de Justicia de la Nación | 406 |
| b. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires | 406 |
| IV. Comienzo de la acción penal. Art. 63. Delitos permanentes y continuos | 406 |
| V. Citación a juicio | 407 |
| VI. Precedente Suprema Corte de Justicia | 407 |
| VII. Concurso Ideal | 407 |
| Suprema Corte de Justicia | 407 |
| VIII. Delito firme | 407 |
| a. Suprema Corte de Justicia | 407 |
| b. Tribunal de Casación | 407 |
| c. Doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia..... | 408 |
| 1. Alevosía | 408 |
| 2. Ensañamiento | 408 |
| 3. Reincidencia | 408 |
| 4. Homicidio criminis causa | 409 |
| | 409 |

| | |
|---|---------|
| IX. Imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba | 409 |
| a. En delitos con pena de inhabilitación | 409 |
| b. En delitos con violencia de género | 409 |
| c. En delitos de desobediencia | 409 |
| d. Alcances del artículo 41 Quárter del CP | 409 |
| e. Aplicación del artículo 52 del CP a los homicidios calificados | 409 |
| f. Tenencia de arma – Arma descargada | 410 |
| g. Vínculo de parejas – Concepto | 410 |
| h. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión | 410 |
| i. Corrupción de menores | 410 |
| j. Violencia de género. Estereotipos | 410 |
| k. Valoración probatoria de la prueba de indicios | 411 |
| l. Constitucionalidad del artículo 14 del CP – Libertad condicional y delitos excluidos | 411 |
| m. Circunstancias extraordinarias de atenuación y su improcedencia en delitos con violencia de género | 411 |
| X. Prisión perpetua. Límites máximos | 411 |
| a. Suprema Corte de Justicia | 411 |
| b. Procuración General | 411 |
| XI. Medidas de seguridad. Límites máximos | 411 |
| a. Procuración General de la Nación | 412 |
| b. Corte Suprema de Justicia de la Nación | 412 |
| c. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires | 412 |
| d. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires | 412 |
| XII. Duración de las medidas de seguridad | 412 |
| XII. Obligatoriedad de celebrar juicio | 413 |
| B- JUICIO POR JURADOS – ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA ORDENADA TEMÁTICAMENTE | 413 |
| I. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua – Corte Interamericana de Derechos Humanos- marzo de 2018 | 413 |

| | |
|---|-----|
| II. CSJN caso “Canale” | 413 |
| III. Sentencias de la SCBA | 413 |
| IV. Juicio por jurados - Enlaces | 413 |
| a. P. 130.555 Bray y Paredes - imposibilidad recursiva del particular damnificado | 413 |
| b. P. 128.761 Guerendiain – recurso fiscal – jurado estancado | 413 |
| V. Sentencias del Tribunal de Casación | 413 |
| C- IMPOSIBILIDAD RECURSIVA DEL FISCAL Y DEL PARTICULAR DAMNIFICADO | 413 |
| DE RECURRIR EL VEREDICTO ABSOLUTORIO | |
| a. “López Mauro Gabriel”, Sala VI, febrero 2016 | 413 |
| b. “Antonacci Kevin Gustavo” Sala I, mayo 2016 | 413 |
| c. “Nuñez Vanesa Cintia” Sala I, marzo 2016 | 413 |
| d. “Silva Mariano Gustavo”, Sala I, febrero 2017 (particular damnificado) | 413 |
| e. “Bray y Paredes”, Sala V, septiembre 2017 (particular damnificado) | 413 |
| D- POSIBILIDAD RECURSIVA DEL FISCAL DE RECURRIR CALIFICACIÓN, PENA Y PRESCRIPCIÓN | 414 |
| a. 101.081 | 414 |
| b. 94.872 | 414 |
| c. 95.464 | 414 |
| d. 95.677 | 414 |
| e. 100.840 | 414 |
| E. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22 BIS “DÍAZ VILLALBA”, SALA IV, JUNIO 2017 | 414 |
| F. RECUSACIÓN. SELECCIÓN DE JURADOS. IMPARCIALIDAD, “AREF”, SALA I, DICIEMBRE 2016 | 414 |
| G. JURADOS Y AGRAVANTES. “CARLI”, SALA II, MAYO 2021 | 414 |

| | |
|---|-----|
| H. INSTRUCCIONES AL JURADO: | 414 |
| a. “Ganduglia”, Sala I, julio de 2016 | 414 |
| b. “Llano Méndez”, Sala I, noviembre de 2017 | 414 |
| c. “Alvarez y Telechea” | 414 |
| | |
| I. Modelo constitucional argentino de Juicio por Jurados. “RUPPEL”, Sala I, julio 2017 | 414 |
| | |
| J. Valoración probatoria: | 414 |
| a. “Mazzon”, Sala I, octubre de 2015 | 414 |
| b. “Castillo”, Sala IV, agosto de 2016 duda razonable | 414 |
| c. “Monzón”, Sala IV, mayo de 2017, apreciación de la prueba, razonabilidad | 414 |
| d. “Ramírez”, Sala V, junio de 2017 revisión de la prueba, duda razonable | 415 |
| e. “Fernández”, Sala III, junio de 2017, valoración de la prueba | 415 |
| | |
| K. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL | 415 |
| I. Precedente Farina | 415 |
| a. CSJN Farina | 415 |
| b. SCBA | 415 |
| 1. P. 131.745 (Villafañe) | 415 |
| 2. P. 132.525 (Godoy) | 415 |
| | |
| II. COMIENZO DE LA ACCIÓN PENAL. Art. 63. Delitos permanentes y continuos. | |
| Dictamen: 132.978 | 415 |
| | |
| III. CITACIÓN A JUICIO. Dictamen: 133.664. Precedente SCBA: P. 125.100 | 415 |
| | |
| IV. CONCURSO IDEAL. SCBA P. 130.792 (Orkzynski) | 415 |
| | |
| V. DELITO FIRME | 415 |
| a. SCBA: P. 65.833 (delitos firmes por no ser cuestionados en el trámite recursivo) | 415 |
| b. SCBA: 107.713 (cuestionamiento de las pautas de mensuración de la pena, impide firmeza) TCP “Prellezo”, causa N.º 2.958, sentencia del 17/9/2009 | 415 |

| | |
|---|-----|
| L. DOCTRINA LEGAL DE LA SCBA | 416 |
| a. ALEVOSÍA P. 121.491, P. 128.709 | 416 |
| b. ENSAÑAMIENTO P. 123.200, P. 124.816 | 416 |
| c. REINCIDENCIA P. 123.898, P. 131.478 | 416 |
| d. HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA P. 124.905 | 416 |
| e. IMPOSIBILIDAD DE CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA | 416 |
| 1. En delitos con pena de inhabilitación: P. 125.430 | 416 |
| 2. En delitos con violencia de género: P. 124.615 | 416 |
| 3. En del delito de desobediencia: P. 130.377 | 416 |
| f. Alcances del artículo 41 Quáter del CP: P. 123.961 | 416 |
| g. Aplicación del artículo 52 del CP a los homicidios calificados: P. 122.963 | 416 |
| h. Tenencia de arma -arma descargada-: P. 123.960 | 416 |
| i. Vínculo de parejas -concepto-: P. 132.456, 133731 | 416 |
| j. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión: p. 120.176 | 416 |
| k. Corrupción de menores: P. 117.524 | 416 |
| l. Violencia de género. Estereotipos: P. 118.217, 132936 | 416 |
| m. Valoración probatoria de la prueba de indicios P. 121.046 | 416 |
| n. Constitucionalidad del artículo 14 del cp -libertad condicional y delitos excluidos-: P. 133.372 | 416 |
| o. Circunstancias extraordinarias de atenuación y su improcedencia en delitos con violencia de género: | 416 |
| 1. P. 126.186 Prisión perpetua. Límites máximos | 416 |
| 2. SCBA 130.559 "Gómez" | 416 |
| p. Prisión preventiva (2x1 y su necesidad de haber efectivamente estado en prisión preventiva durante el periodo de esa ley) | 416 |
| q. Dictámenes: 132.179 (Arias) | 416 |
| M. MEDIDAS DE SEGURIDAD. LÍMITES MÁXIMOS | |
| a. CSJN ANTUÑA - dictamen del Procurador General – Duración de las medidas de seguridad – | 416 |
| b. CSJN "R.M.J. s/ insania" – duración e instrumentación de las medidas de seguridad – | 417 |

| | |
|---|-----|
| c. G.J.F.A. s/ RIL” SCBA P. 126.897 -Duración de las medidas de seguridad- Protocolo de Actuación para aquellas personas incapaces de culpabilidad en conflicto con la ley penal” SCBA – octubre 2019 – | 417 |
| d. “Rodríguez Ocampo s/ Hc”, Tribunal de Casación Penal, Sala I, causa número 77.898 – Duración de las medidas de seguridad – | 417 |
| e. “González Jara s/ Recurso de Casación”, Tribunal de Casación Penal, Sala IV, causa número 69.983 – Duración de las medidas de seguridad – | 417 |
| f. “Pérez Andiarena s/ Recurso de Queja”, Tribunal de Casación Penal, Sala IV, causa número 104.982 – Duración de las medidas de seguridad – | 417 |
| g. “Torbay Manuel s/ Recurso de Casación”, Tribunal de Casación Penal, Sala I, causa número 77.093 – Obligatoriedad de celebrar juicio – | 417 |
| 10 - ANEXO V | 419 |
| I.- PRIMER MÓDULO | 421 |
| A. ENLACES DE INTERÉS SOBRE ABUSO SEXUAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO | 421 |
| B. SENTENCIAS SOBRE ABUSO SEXUAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO | 422 |
| II - SEGUNDO MÓDULO | 423 |
| A. ENLACES DE INTERÉS SOBRE LEGITIMACIÓN RECURSIVA DEL MPBA | 424 |
| 1. Legitimación recursiva del MPF ante la doble conformidad judicial | 423 |
| 2. Legitimación recursiva en el FRPJ por parte del Ministerio Público Fiscal | 423 |
| 3. Unificación de penas del FRPJ Y FM y su legitimación para recurrir por parte el MPF | 424 |
| 4. Legitimación recursiva del Ministerio Publico Tutelar | 424 |
| 5. Técnica en el “Recurso de Queja” ante la SCBA | 425 |



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN AL TALLER DE TÉCNICA RECURSIVA

Carolina Crispiani, exsubsecretaria de la Sala de Relatoría Penal de la Procuración
General de la SCBA



INTRODUCCIÓN

TALLER DE TÉCNICA RECURSIVA PARA EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Es de gran agrado saber que con los talleres de Técnica Recursiva se ha cubierto una necesidad, que hace tiempo habíamos advertido que se venía gestando, acerca de la imperiosa realización de un curso sobre la temática. También, es de suma alegría reconocer la disposición de querer formarse en la práctica profesional recursiva que han demostrado los participantes, lo que denotó el gran compromiso de todos los operadores judiciales.

Hoy puede decirse -con orgullo- que de esta actividad han participado más de quinientas personas, estando presentes TODOS los departamentos judiciales que conforman nuestra provincia.

Cuando se comenzó a elaborar y pensar este taller, primó el objetivo de que pudiera llevarse a cabo por medio de reuniones de trabajo e interacción desde la óptica del Ministerio Público Fiscal, teniendo en cuenta también las necesidades departamentales y la litigación estratégica.

Es decir, que se tratara de un espacio para el intercambio de experiencias, de herramientas y conocimientos con el cual se pudiera enriquecer la tarea diaria de todos aquellos que se desempeñan dentro del ámbito del Ministerio Público Fiscal.

Con satisfacción, hoy puede confirmarse que ese espacio se generó, ya que se ha articulado un ámbito de trabajo, en la búsqueda de soluciones y estrategias. Y también puede decirse que se ha creado un nuevo espacio, que -gracias a la tecnología- permitió que la propuesta llegara a todos los sitios de nuestra amplia provincia.

Así, hemos desafiado el contexto limitante de los últimos tiempos y creado una nueva realidad con vistas siempre en la mejora y poniendo el acento en la importancia del trabajo en equipo, teniendo en cuenta la unidad del Ministerio Público, donde la meta fue encontrar un espacio en el que todos pudieran cooperar para lograr un fin común, que en este caso puntual no fue otro que optimizar la recursividad para, de esta forma, poder prestar un mejor servicio de justicia, cumpliendo con el mandato constitucional de afianzarla.

No es lo mismo un equipo de trabajo que un trabajo en equipo. Para trabajar en equipo es necesaria la cooperación de todos los actores, basada en un compromiso -una meta- que será la de alcanzar los objetivos propuestos. El compromiso que han demostrado los más de quinientos participantes del “Taller de Técnica Recursiva” confirma que estamos ávidos de intercambio y evidencia la potencialidad que tenemos como equipo de trabajo para estandarizar práctica, ser ágiles en el ejercicio de nuestras funciones y darle ritmo, creatividad y calidad a la recursividad en nuestra jurisdicción.

Es sabido que cuando se trabaja en equipo se potencian los esfuerzos, se disminuye el tiempo invertido en el trabajo y se aumenta la eficacia de los resultados. Es notorio que -para lograr dicho objetivo- sea fundamental priorizar la cooperación entre los miembros que componen este ámbito.

Entendida la eficiencia como la relación que existe entre los resultados obtenidos, y los recursos materiales, humanos y tecnológicos utilizados para alcanzarlos, se puede concluir que el presente taller ha dejado también, como

aprendizaje, que es fundamental y prioritario una mayor conectividad, para poder lograr una mayor coordinación entre los diferentes departamentos judiciales de nuestra extensa provincia.

Es de público conocimiento la gran litigiosidad que se presenta en la provincia de Buenos Aires, y, por lo tanto, se debe resaltar que eficiencia es también la capacidad de lograr dichos efectos con la menor cantidad de recursos posibles, o en el menor tiempo viable.

Para poder cubrir los mencionados objetivos, celebro que puedan llevarse de este taller las herramientas que quedan plasmadas -también por escrito- en el presente libro, al que podrán recurrir para disipar dudas e inquietudes.

El éxito de cada tarea individual será la de todos los que formamos parte del Ministerio Público Fiscal, si la llevamos adelante con responsabilidad y persistencia.

Por último, puede decirse que se redoblarán los esfuerzos para intentar el logro de encuentros más a menudo, ya que, ha quedado cabalmente demostrado lo provechoso y conveniente que han sido las jornadas llevadas a cabo para todos los operadores judiciales.

DRA. CAROLINA CRISPIANI

Exsubsecretaria de la Sala de Relatoría Penal
de la Procuración General de la SCBA



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

PRIMER ENCUENTRO

PRIMER ENCUENTRO

INTRODUCCIÓN

La presente obra enfoca el estudio del sistema recursivo del Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires desde la perspectiva del Ministerio Público, abordando la litigación estratégica del mismo y las necesidades específicas de los 20 departamentos judiciales que lo conforman, con todo lo que ello implica, es decir: la extensión territorial, la densidad demográfica, la realidad delictual de cada territorio; parámetros que, sin duda, influyen en el ritmo o la capacidad de trabajo de cada departamento y en el conjunto de la institución.

La técnica recursiva en materia procesal penal es algo que, en verdad, se alcanza con la práctica. Sin embargo, este material pretende acercar la experiencia adquirida por los autores, en el desempeño de su actuación dentro del MPBA, a fin de que el sistema de impugnaciones sea conocido no solo en su contenido, sino en su expresión concreta frente a la solución concreta del caso.

Por ello, esta obra pretende ser un conjunto de herramientas actuales de consulta práctica, por lo que se suma al material explicativo una sección jurisprudencial, a fin de instrumentar adecuadamente la impugnación que se pretende.

Es de destacar, de manera particular, la importancia del intercambio que sustenta el presente, entre la experiencia cotidiana de los distintos departamentos judiciales y quienes conforman el Ministerio Público, aportando la experiencia técnica y la que brinda la práctica cotidiana en materia recursiva, con el objetivo de optimizar las funciones propias del organismo.

El presente material expone, por tanto, acciones y métodos concretos para la argumentación y presentación de los diferentes recursos, diagramado en base a casuística, como la mejor manera de volver más accesible la materia recursiva.

Con ese particular enfoque, se tomaron en cuenta los recursos presentados por el Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal en los últimos dos años, un promedio de 712 procesos que se presentaron desde toda la provincia, así como la devolución que brindara el Tribunal de Casación, a través de sus sentencias, sobre los planteos que se le habían presentado, de los cuales 200 resultaron favorables.

Algo similar ocurrió respecto a las sentencias de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que resultaron favorables a los planteos efectuados por el Ministerio Público Fiscal, doctrina que en el caso del material que aquí se presenta, se encuentra agregada en el anexo, ordenada temáticamente.

A. SOBRE LOS RECURSOS EN GENERAL

Al momento de hablar de técnica recursiva, debemos detenernos en la definición más básica acerca de lo que es un recurso, que es aquella que postula que los recursos son actos procesales de impugnación, destinados a requerir que una resolución judicial sea corregida o eliminada.

Cuando se impugna un decisorio, lo que se persigue es la revocación del mismo, pero también el reemplazo de dicho fallo considerado agravante por otro que, en fondo y forma, revista las condiciones de validez. Cuando se logra dicha revocación, se llena un vacío sustituyendo una decisión inválida por otra válida.

I. Elementos para la interposición de un Recurso

Efectivamente, presentar un recurso exige la reconsideración de una decisión ya tomada por otro tribunal. Para la existencia de un recurso deben estar presentes, en su totalidad, los siguientes elementos:

- Un proceso judicial.
- Un caso.
- Una cuestión judicial

Llamamos cuestión judicial a toda aquella disputa que, en el orden normal de las instituciones, incumbe decidir a los jueces, a través del ejercicio de su específica función judicial.

Para la conformación de un “caso”, el agravio debe ser actual y representar un conflicto. Con ello se entiende que un pedido recursivo no puede basarse en una hipótesis o en algo que ya perdió virtualidad, ni podría ser remoto u abstracto.

Por otro lado, la jurisdicción es contenciosa, por consiguiente, actúa solo ante la existencia de un conflicto, por lo que el requisito principal para la existencia de un caso es que haya una controversia, es decir, un conflicto, planteado por parte legitimada -en el caso, el Ministerio Público Fiscal- y debe versar sobre una materia válida, acerca de la cual pueda expedirse un tribunal.

Por lo que el caso quedará configurado cuando exista:

1. Controversia
2. Planteada por parte legitimada (legitimación subjetiva)
3. Sobre una materia susceptible de ser apreciada por un tribunal (legitimación objetiva)

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Caso Barrick (2019), dijo que se necesitaban dos requisitos para que se pueda hablar de la existencia de “caso”: una controversia que persiguiera un interés específico y que la misma no fuera abstracta, prematura o insustancial.

B. RECURSOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Como corolario inicial, podemos afirmar que la vía de los recursos, a nivel provincial, es sumamente restringida. De allí que se diga que los recursos son del tipo taxativo. Esto significa que únicamente podrán recurrirse las decisiones jurisdiccionales por los medios y en los casos que fueron dispuestos previamente por el legislador provincial, contenidos en el Código de Procedimiento Penal.

Estos son:

1.- Recurso de Reposición.

2.- Recurso de Apelación. Ante decisiones emanadas de los juzgados del fuero correccional: los delitos inferiores al monto indicado en el CPP, son revisados por las Cámaras de Garantías y Apelaciones de los respectivos departamentos judiciales.

3.- Recurso de Casación Penal. Ante decisiones emanadas de los tribunales en lo criminal: en la Provincia de Buenos Aires el Tribunal de Casación Penal tiene competencia revisora respecto de las sentencias emitidas por los Tribunales Orales en lo Criminal, que entienden en los delitos cuyo monto máximo de pena en expectativa excede los seis años (arts. 22 y 24 del CPP) y son considerados de naturaleza criminal.

4.- Recurso ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Son aquellos de jerarquía constitucional, previstos desde 1873 en el artículo 161 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Se subdividen en tres recursos: inaplicabilidad, nulidad e inconstitucionalidad.

5.- . Acción de Revisión de Cosa Juzgada.

C. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: LA LEGITIMACIÓN RECURSIVA

Al estudiar la intervención del Ministerio Público Fiscal en circunstancias de plantear un recurso, si bien rige el principio de taxatividad en lo que respecta a los medios recursivos y en los supuestos en los cuales se encuentra legitimado para recurrir, existen excepciones que permiten ampliar esa taxatividad de los recursos previstos por el legislador provincial. Se trata de situaciones excepcionales que, en la práctica, amplían las posibilidades recursivas del MPBA, las que serán analizadas más adelante con mayor detalle.

Con el nombre de “*Impugnabilidad subjetiva*” nos referiremos al derecho que le asiste al Ministerio Público de recurrir una sentencia o agravio, que a su vez plantea interrogantes como el referido a de dónde surge la posibilidad recursiva del agente fiscal y cuál es la finalidad que se persigue.

A ello se lo conoce como impugnabilidad subjetiva, y permite reforzar la carga argumentativa del recurso y, sobre todo, a sortear la admisibilidad de los recursos que se presenten, ya que permitirá comprender cuáles son las posibilidades que tiene el Ministerio Público Fiscal para articular un recurso, lo que va a determinar la línea argumentativa, al tener claro las razones por las que se exige revisión sobre una decisión judicial que se considera adversa.

Es fundamental tener en consideración, que la legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal no es constitucional, sino legal. El fiscal se encuentra habilitado para recurrir en virtud de los códigos de procedimientos locales. Por lo tanto, esta legitimación recursiva del fiscal no tiene rango de garantía, sino que sólo es una facultad legal.

La Convención Americana de Los Derechos Humanos, en el Pacto de San José De Costa Rica, establece claramente que toda persona imputada de un delito tiene derecho a la revisión de cualquier fallo condenatorio ante un tribunal Superior (art 8 inc. 2 h), y que esta atribución, reconocida como el derecho a un “*doble*

conforme”, se proyecta sobre todos los estados firmantes de dicho instrumento, entre los cuales se encuentra la República Argentina.

Ello abre una puerta muy amplia para la revisión de los fallos en materia penal, que nuestro derecho procesal positivo recepta en todos los estados provinciales, instaurando en tal sentido a la vía recursiva como una garantía que los imputados tienen, para que un fallo que adolezca de errores o posea vicios pueda ser revisado, otorgando así un mayor control sobre la tarea judicial.

Sin embargo, desde el Ministerio Público Fiscal nunca se podría argumentar la recursividad sobre la base del punto 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, o del artículo 14 inciso 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, porque esos recursos, o ese pensamiento que se da con respecto al control de convencionalidad en materia recursiva, está pensada para los particulares y no para un órgano del Estado.

El fundamento que habilita la posibilidad de que el Ministerio Público pueda recurrir lo encontramos en los siguientes razonamientos:

1.- Por ser garante del “debido proceso” y representar los intereses generales de la sociedad, de acuerdo a las finalidades que le son propias, a saber:

- Velar por el principio de legalidad, consagrado en el artículo 120 de la Constitución Nacional (en especial, la legalidad constitucional).
- Velar por una recta administración de justicia.
- Procurar la satisfacción del interés social

El principio del debido proceso legal surge, a su vez, del artículo 18 de la Constitución Nacional, así como de los estándares del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (artículo 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos).

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha dicho que asegurar la vigencia del debido proceso es una facultad del Ministerio Público como garante del debido proceso y por representar los intereses de la sociedad.

Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace referencia al debido proceso, y esta mención ha sido sostenido tanto por la Corte de provincia como por la Corte Suprema de la Nación.

2.- Por poseer el “Derecho a la jurisdicción”, que consiste en la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales en procura de justicia.

Garantiza la posibilidad de utilizar todos los medios que el legislador ha decidido otorgarle.

Ningún tribunal podría cercenarle su ejercicio en las condiciones en las que le fue reconocido legalmente -porque- en caso de hacerlo, se estaría arrogando atribuciones legislativas ajenas a su competencia.

3.- Nuestro sistema procesal recursivo es “bilateral” y encuentra fundamento en el “Principio de igualdad de armas”.

I. Jurisprudencia de la CSJN

Una vez que se ha entendido cuál es la posibilidad recursiva y los fundamentos que habilitan a la presentación de un recurso, ya sea de apelación, de casación o extraordinarios, se deben tener presentes algunos precedentes jurisprudenciales dictados por la Corte Suprema de la Nación, que permiten, a su vez, habilitar la recursividad del MPBA.

Estos precedentes son:

Otto Wald, CSJN (AÑO 1967)

“Todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada por el artículo 18 de la CN, sea que actúe como acusador o acusado”. Al defender la garantía del debido proceso, el MPBA se encuentra amparado para intervenir en materia de recursos.

Mattei, CSJN (AÑO 1968)

“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 ello sea sacrificado en aras del otro”. La Corte sostuvo que la idea de justicia también contenía el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y que eso tenía que ser conjugado con el individuo sometido a proceso, pero estos intereses contrapuestos nunca se podrían sacrificar uno en desmedro del otro, de manera tal que está reconociendo la bilateralidad e igualdad de armas.

Arce, CSJN (AÑO 1997)

En el caso, se trataba de un recurso fiscal contra una absolución. La Corte dijo que el Ministerio Público no se encontraba amparado por la garantía de la doble instancia en materia penal (CADH 8.2.h). El fundamento que estableció fue el de los tratados de derechos humanos, los cuales están dirigidos a sujetos y no a órganos del Estado, como sería el Ministerio Público.

Lo cierto es que al imputado le asiste un derecho al recurso de orden constitucional, que surge de los tratados internacionales. Concretamente surge de:

- artículo 8.2.h Convención Americana de Derechos Humanos
- 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el caso Arce, la Corte sostuvo que en el caso del acusador (que en el caso referido era el fiscal) está situación (es decir, que no tuviera legitimación constitucional para recurrir o convencional) no impedía que, si el legislador local lo consideraba necesario, le otorgara igual derecho.

La conclusión del caso Arce fue que el Ministerio Público tiene derecho al recurso de orden local (esto surge de los códigos procesales), porque nuestro legislador lo consideró necesario en su momento. Por ello, en nuestra provincia, el artículo 452 del Código Procesal Penal faculta al Ministerio Público para intervenir en los casos taxativamente determinados en el código.

De los casos mencionados y lo expuesto hasta aquí se resalta que es de suma importancia, al momento de interponer cualquier recurso, extremar el recaudo de la legitimación recursiva del fiscal, esto es la fundamentación que habilita a recurrir, ya que, al ser una potestad solo legal (de orden local no constitucional, ni convencional), el estudio de la admisibilidad del recurso será más riguroso y más estricto que el que se plantea ante el recurso que sea presentado por un imputado.

Por lo que es de buena técnica recursiva, antes de ingresar al fondo del asunto, plantear el agravio o pretensión, con un desarrollo argumentativo completo acerca de los motivos que habilitan a plantear la vía que se está articulando y por eso, relacionándolo con el derecho a la jurisdicción, la razón por la que se solicita determinada respuesta.

II. La potestad recursiva del Ministerio Público contra sentencias absolutorias

Cuando el Ministerio Público recurre y logra una resolución favorable a sus intereses, que no es ni más ni menos que la posibilidad de un juicio de reenvío, el Tribunal de Casación Penal puede resolver de distintas maneras:

1. Anulación y casación negativa: en este supuesto, el Tribunal de Casación Penal hace lugar al recurso y lo reenvía para que se celebre un nuevo juicio y un nuevo debate, es decir la casación anula el pronunciamiento atacado y reenvía a la instancia para la celebración de un nuevo debate, para el dictado de un nuevo veredicto y de una nueva sentencia.

La anulación puede ser total o parcial.

- **TOTAL:** anulación total del pronunciamiento atacado, y reenvío a la instancia para la celebración de un nuevo debate y dictado de veredicto y sentencia.
- **PARCIAL:** hay un reenvío para que el órgano de la instancia se pronuncie sobre los efectos casados.

2. Anulación y casación positiva: En este supuesto el Tribunal de Casación Penal anula, total o parcialmente aquello que se llevó en agravio, y dicta una nueva sentencia sin reenvío.

III. Garantía del “*non bis in ídem*” y la jurisprudencia de la CIDH

Con el objeto de refutar el argumento de transgresión a la garantía del *non bis in ídem*, que nos pueden oponer al momento de recurrar, hay que mencionar que los defensores sostienen que, al momento de reenviarse a la instancia los autos para la celebración de un nuevo debate, lo que se viola es la garantía de la prohibición del doble juzgamiento; el principio del *non bis in ídem*. Ellos consideran, en un planteo muy sólido, que al momento de efectuarse una anulación y un reenvío se estaría violando esta garantía porque al imputado se lo estaría llevando nuevamente a juicio.

Se sostiene, entonces, que al efectuarse el reenvío y posterior dictado del veredicto y sentencia (que puede ser condenatoria) se viola la garantía de la prohibición del doble juzgamiento. A fin de refutar este planteo acerca de la violación a esta garantía del *non bis in ídem*, los argumentos a sostener son los siguientes:

1. Precedentes de la CIDH: Mohamed vs Argentina (2012)

En este precedente, la Corte Interamericana sostuvo que solo se transgredía esta garantía si la realización de un nuevo juicio, por los mismos hechos, era posterior a la firmeza de la sentencia.

Por lo tanto: la operatividad de la garantía de la prohibición del doble juzgamiento está supeditada a la existencia de una sentencia firme.

El digesto bonaerense fijó, en ese sentido, los alcances de la expresión “sentencia definitiva” en su art. 482 clarificando que: “*Se entiende por sentencia definitiva, a los efectos de la procedencia de estos recursos, la que, aunque haya recaído sobre un artículo, termina la causa o hace imposible su continuación*”.

De manera que, de acuerdo a lo transcrito, la sentencia definitiva es aquella decisión que termina la causa impidiendo en el futuro cualquier posibilidad de proseguirla.

La SCBA la menciona diciendo que: “*se entiende por sentencia definitiva la que, por incidir sobre los puntos materia del litigio, decide la controversia entre las partes poniendo fin a la contienda*” (SCBA, 1966-III-840), y también ha dicho que: “*Para determinar si una sentencia es o no definitiva, lo que se necesita es saber si la cuestión puede o no renovarse en otra oportunidad, o en otro juicio, porque si existe un medio por el que se puede reparar el agravio causado por la violación o falsa aplicación de la ley, no hay razón para conceder el recurso*” (SCBA, 1965-III-353).

Por lo tanto, queda claro que implica la resolución de la causa, en la culminación de las instancias ordinarias, sin posibilidad de renovar su examen ante un tribunal superior y dentro del mismo proceso; y también que se caracteriza por la extinción de la acción, sin posibilidad de replantear la misma cuestión por otra vía y en un proceso nuevo. Por lo que es lógico entender que, si la causa pudiera proseguir o si el asunto pudiera renovarse mediante otro litigio, no existiría sentencia definitiva.

Los tratados internacionales también exigen sentencia firme, por lo tanto, no se viola dicha garantía cuando se pretende la revisión de un pronunciamiento que no se encuentra firme. El art 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 8 de la Convención Americana, sostienen que, para hablar de esta garantía de la prohibición de doble juzgamiento se requiere sentencia firme, entonces no se viola esta garantía, por contrasentido cuando se va a hacer la revisión del pronunciamiento que aún no está firme.

2. Unidad del Proceso Penal

El proceso penal es solo uno, está integrado por diversas etapas que incluyen los recursos. Por lo tanto, cuando el fiscal recurre, el proceso es el mismo, solo que está abierto ante una instancia superior.

Es importante entender que la instancia recursiva no hace nacer un nuevo proceso, sino que se trata de una continuación del mismo (es una instancia de control, prevista por el legislador).

Este es, por tanto, el segundo argumento: la unidad del proceso penal, estamos ante un mismo proceso.

3. Distinciones que se deben realizar:

- Doble juzgamiento (prohibido), refiriéndonos a un nuevo juicio después de una sentencia firme.
- Doble conocimiento en un mismo proceso, que aún no tiene sentencia firme.

4. Situación precaria del imputado

No existe impedimento alguno en que, por un recurso del Ministerio Público Fiscal, se empeore la situación del imputado, ya que la misma, como el proceso no

está cerrado, está adquirida de forma precaria. En el momento en que se presenta un recurso, el MPBA está cumpliendo o tiene en cuenta la legitimación otorgada por el legislador para poder hacerlo.

5. Conclusiones:

- No hay ninguna incompatibilidad entre el artículo 452 del CPP que habilita al fiscal a recurrir la sentencia absolutoria cuando haya requerido pena y las normas internacionales.
- El Ministerio Público tiene un fundamento legal para recurrir, que se lo dio el legislador local. Tiene el derecho a la jurisdicción.
- La CSJN no tiene doctrina sobre este tema, porque si no habría declarado la inconstitucionalidad de las normas locales que delimitan los recursos fiscales.
- No existe disposición constitucional alguna que diga que el recurso fiscal viola el debido proceso. Al contrario, la finalidad del recurso fiscal es lograr la preservación del debido proceso.
- Asimismo, luego de los precedentes Alvarado y Sandoval, la CSJN ha hecho lugar a varios recursos donde los fiscales cuestionaban la absolución por arbitrariedad, revocando las sentencias.

IV. Doctrina de la SCBA

En el marco de la causa P. 134.502, del mes de mayo de 2012, el Tribunal de Casación hizo lugar a un recurso fiscal en el que entendió que la prueba había sido mal valorada (el imputado llegaba absuelto en una causa de homicidio).

En esa oportunidad, el tribunal anuló el veredicto absolutorio, y reenvió la causa para la realización de un nuevo debate. La defensa planteó la violación a la garantía del *non bis in ídem*. La Corte de provincia lo rechazó por los fundamentos que a continuación se detallan.

Fundamentos:

- No se reclamó la inconstitucionalidad del art. 461, en cuanto establece que ante el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y “siendo necesario celebrar un nuevo debate”, el tribunal anulará lo actuado y remitirá para nuevo juicio.
- Tampoco es procedente el precedente “Alvarado”, porque en dichos precedentes se habían anulado todas las etapas del proceso (no solamente el juicio), se había anulado la declaración del imputado, producción de la prueba, acusación y defensa, era una situación totalmente incompatible con lo que se planteaba en autos.
- Una vez que se celebre el juicio de revisión, el imputado tiene derecho a la revisión amplia, en caso de que la sentencia sea de condena. Revisión amplia para el condenado en caso de que prospere el recurso fiscal contra una absolución: Se debe otorgar un recurso amplio contra la sentencia del tribunal revisor que impuso la condena, esta revisión la realiza una Sala distinta que el tribunal que la dictó.

Dicho criterio fue receptado por la CSJN en la causa Duarte Felicia (2014), y por la SCBA en la Causa Carrascosa (2014). Aquí Casación tomó los argumentos del recurso fiscal, anuló lo anterior y dictó un nuevo pronunciamiento.

El particular damnificado, o quien requiere un nuevo fallo del tribunal superior, recibe una revisión por medio del Tribunal de Casación.

La Corte Suprema de la Nación ha dicho que hay que cumplir con quien requiera una revisión, dándole esa posibilidad. Al punto tal que, a los fines de poder cumplimentar esta revisión amplia, en aquellos casos en que la persona fue condenada por un delito más grave, en virtud de un recurso fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, se tomó la decisión de que fuera otra sala del Tribunal de Casación quien revise esa sentencia nueva de condena.

V. La potestad recursiva del Ministerio Público contra condenas perpetuas

Acerca de la legitimación del Ministerio Público Fiscal en cuanto al requisito del art. 452 inc. 2, puntualmente en el Recurso de Casación, donde se necesita que la pena sea inferior a la mitad de la requerida en el momento de los alegatos y particularmente en el tema referido a las penas perpetuas y cómo se calcula, es preciso explicar que, efectivamente, el Ministerio Público Fiscal podrá ingresar en el caso de condena siempre que exista una pena inferior a la mitad de la requerida.

De tal manera que, en el supuesto de las penas perpetuas, se plantea la siguiente pregunta: ¿cuál es la pena inferior a la mitad de la requerida en una perpetua?

Desde la Fiscalía de Casación se ha sostenido que, en primer lugar, como la pena es perpetua, como tal es indivisible, por lo que en principio no se podría hacer esta distinción. Es decir, que es imposible dividirla.

Teniendo en cuenta que esta pena no es cuantificable, si no es divisible y se considera que, por causas específicas que sería extenso enumerar, se tiene que hacer, sí o sí, una limitación o una interpretación, lo que primero tendremos que definir es cuál es el límite máximo de pena. Aquí habría que diferenciar dos hipótesis:

1. Casos anteriores a la Ley N.º 25.886 (Ley Bloomberg del 2004) que modificó varios artículos, desde la fiscalía de casación se sostenía que la pena máxima, como la parte general remiten a la parte especial, se tenía en cuenta el artículo 227 de la ley 23077 y decían que la pena máxima era de 37 años y seis meses.
2. En la actualidad, se dice que 35 años para acceder a la libertad condicional y 50 en el máximo en el caso de concurso, habría que decir que, si 35 son dos terceras partes, habría que sumar un tercio más (17 años y seis meses);

y de acuerdo al resultado veíamos si era mayor o menor a la que le habían dado al fiscal con respecto a la posibilidad de articular recurso de Casación.

D. IMPUGNABILIDAD OBJETIVA

Al abordar este tema, las preguntas que naturalmente surgen son:

¿Cuándo procede el recurso? ¿Cuál será el objeto de la impugnación? ¿En qué casos o situaciones procede la interposición del recurso?

I. Sentencia definitiva (fondo)

Se entiende por tal a la que acoge o rechaza la pretensión, o la que pone fin al proceso a través de un modo anómalo, tales como los autos que ponen fin a la acción o a la pena. El artículo 482 CPP nos da la definición: “*La que termina la causa o hace imposible su continuación*”.

II. Sentencias equiparables a definitivas

La importancia de este concepto es que amplía las posibilidades recursivas. Significa que esa sentencia, que NO ES definitiva, genera un agravio que es de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior.

Ejemplos donde se ha reconocido:

- La denegatoria de un allanamiento
- La declaración de nulidad de determinadas actuaciones que condicionaban el destino final de la investigación, aunque estemos hablando de los comienzos de la investigación.

Este concepto de sentencia equiparable definitiva surge del precedente de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocido como el caso “Llerena” (2005), donde se discutía si un juez correccional podía ser el juez del juicio, en un proceso acusatorio en el orden federal. Lo que aquí se planteaba era la imparcialidad del magistrado (es decir, cómo podía ser que un juez que investigó pudiera ser al mismo tiempo el juez del juicio).

Es que, en el caso de esperarse hasta la sentencia final, tenía que desarrollarse todo el proceso y recién cuando existiera sentencia se iba a poder revisar la imparcialidad del juzgador, lo que era un contrasentido, en especial si se llegaba a la conclusión de que el juez no era imparcial (constituyendo, además, un dispendio jurisdiccional innecesario).

Entonces, la CSJN dijo que para determinar si una decisión era equiparable a definitiva se debía tener en cuenta el concepto de “Tutela judicial efectiva”, es decir, si el agravio estaba vinculado, esa decisión era equiparable a sentencia definitiva. O en los casos en que se producía un agravio de tardía o insuficiente reparación ulterior, en esos casos, estos supuestos exigían una consideración inmediata.

Lo mismo sostuvo la Corte en el caso Verbistky (2005). En este caso se discutía si podía articular un Hábeas Corpus colectivo por el gravamen que se provocaba a los detenidos que denunciaban condiciones graves de hacinamiento. La Corte entendió en aquella oportunidad que si se esperaba una sentencia definitiva no se estaba cumpliendo con la justicia pronta, y no se podía esperar para exigir una resolución o para pedir una respuesta del órgano jurisdiccional que fuera de imposible reparación ulterior.

III. Otros supuestos

Existen otros supuestos que pueden considerarse al momento de interponer un recurso

1. Prescripción: se considera equiparable a definitiva, ya que la declaración de prescripción termina la causa o hace imposible su continuación. Se causa un agravio de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior. (CSJN (2014) Demaría.

2. Suspensión de juicio a prueba concedida, ya que ocasiona un agravio de insusceptible reparación ulterior (CSJN Menna). Ello es así dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter.”

3. Sobreseimiento: el dictado de un sobreseimiento lesiona la función propia del Ministerio Público, cuál es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad y le produce a esa parte el gravamen propio de verse impedida de cumplir esas funciones.

E. LA CUESTIÓN FEDERAL

Hay algunos conceptos que deben ser tenidos en cuenta, no solamente al momento de presentar un recurso extraordinario, sino que deben acompañar todo el recorrido de la causa, porque deben ser planteados desde el comienzo de la misma.

Cuando ellos existen, amplían las posibilidades recursivas porque también obligan a los tribunales a ingresar a su tratamiento, en materia recursiva. Ellos son cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional.

Conocerlos modifica el paradigma recursivo y ayuda a correrse un poco de planteos que se vuelven habituales a la hora de recurrir, por ejemplo, los del art. 210 y art. 373 en el caso de las absoluciones recurridas.

Es que existen estos otros conceptos, que configuran diversas situaciones que dan mayor viabilidad, más fuerza y más impulso al pedido efectuado en un recurso fiscal.

Se trata de la cuestión federal, se denomina así a todos aquellos casos en los cuales está en juego la Constitución Nacional.

Algunas nociones al respecto es importante tener presente:

1. Planteo: Debe plantearse desde el inicio del proceso, se debe avisar que existe una cuestión federal en juego. Esto se relaciona con el principio de congruencia, y con la unidad del MPBA de la que se habló en la primera parte de esta exposición.

2. Forma: No requiere de fórmulas sacramentales, pero sí de un mínimo desarrollo argumental. El derecho federal invocado debe ser demostrado, así como su relación concreta con la materia del pleito. La simple reserva genérica no sirve.

3. Mantenimiento de instancia: Deberá ser mantenida en cada instancia: si el fiscal de instrucción hizo reserva del caso federal, deberá (en caso de que el fiscal de instrucción no sea el mismo que el fiscal del juicio) volver a remarcarlo el fiscal de juicio, cuando se traiga el recurso de casación tendrá que hacerse hincapié, y así seguidamente.

4. Obligatoriedad de su tratamiento: La Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió que los tribunales de provincia debían revisar cuando exista una cuestión federal planteada: CSJN (1986) Casos “Estrada”, “Di Mascio”, “Christou” y “Di Nunzio”. Los tribunales no pueden negarse a recepcionarlo bajo el pretexto de que la legislación provincial no lo habilita, cuando exista cuestión federal debe abordarse previamente

Finalidad:

1. Que el producto llegue más elaborado
2. Que quizás logre restaurarse el agravio

Con la última composición de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, este argumento acerca de la introducción y mantenimiento de la cuestión federal se comenzó a relativizar, en el sentido o bajo el argumento de que cada vez que una cuestión constitucional o convencional estuviera en juego, los jueces tendrían la obligación de tratarlo por el control de constitucionalidad y de convencionalidad, que debían hacerlo de oficio, concretamente en la causa de la CSJN, “Ganadera Los Lagos y Blanco”, (voto de Rosatti).

Este fundamento podría utilizarse como argumento, en el supuesto en que no se hubiera planteado desde la instancia.

Se entiende por cuestión federal todos aquellos casos en los que se encuentra en juego:

1. La Constitución Nacional
2. El Derecho Federal: entendido como el conjunto de normas dictadas por el Congreso de la Nación fuera de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 12.

Es decir, se excluyen los códigos de fondo (que se denominan derecho común). Un sector de la doctrina sostiene que, dentro del Código Penal de la Nación, que es de fondo, hay normas de neto contenido federal, por ejemplo, aquellas que tutelan el correcto funcionamiento del gobierno federal (artículos 210 a 226 CP).

Los códigos de fondo quedan fuera porque, si bien los dicta el Congreso Nacional, no tienen como finalidad la unidad federal. No hay un interés federal de que haya una legislación uniforme.

Por lo tanto:

- La interpretación de una norma de derecho penal no es cuestión federal.
- Cuando está en juego el derecho provincial tampoco hay cuestión federal

Existe motivo para plantear un Recurso Extraordinario Federal, de acuerdo a los tres supuestos previstos por el artículo 14 de la Ley N.º 48, (ley del año 1863), en aquellos casos en que:

- a. haya que definir la interpretación de la Constitución Nacional (se lo conoce como cuestión federal simple)
- b. esté en juego una ley provincial o federal por ser contraria a la Constitución Nacional (cuestión federal compleja directa)
- c. cuando una ley provincial sea contraria al derecho federal (normas que dicta el Congreso Nacional y que son uniformes para todo el país porque hay un interés federal en juego). La Constitución Nacional dice que el derecho federal es supremo al derecho provincial (artículo 31 CN) (cuestión federal compleja indirecta).

Sin embargo, la Corte Suprema de la Nación fue ampliando a otros supuestos, como ser:

1. Arbitrariedad
2. Potencial responsabilidad internacional del Estado.
3. Gravedad institucional

I. Doctrina de la sentencia arbitraria

Aparece en aquellos casos en que la sentencia se presenta como “injusta”, no es razonable. Se la ha llamado como la “no sentencia”. En palabras de Fayt en la causa “Casal”, cuando el juez no aplica la sana crítica en la fundamentación de la sentencia y carece de fundamentos.

En la actualidad más del 65 por ciento de las sentencias se resuelven de esta forma. La CSJN la definió como aquella sentencia que no es una razonable derivación del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

También ampara al MPBA porque la doctrina de la arbitrariedad de sentencia procura asegurar respecto del Ministerio Público Fiscal la plena vigencia del debido proceso que se dice conculcado (conf. doctrina de Fallos: 299:17; 331:2077) exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559 y 321:1909).

¿Por qué la arbitrariedad provoca una cuestión federal?

1. Una sentencia arbitraria no satisface los requisitos del debido proceso adjetivo, porque no es en verdad una sentencia en los términos de la CN (artículos 18 y 33 de la CN).
2. Cuando la sentencia es injusta se torna inconstitucional, ya que la CN en su preámbulo habla de “afianzar la justicia” como valor.
3. Atenta contra la razonabilidad de los actos de gobierno (artículo 28 CN).
4. Atenta contra el artículo 1 que regula la división de poderes, porque al dictar estas sentencias el PJ desnaturaliza su función.
5. Atenta contra el orden republicano. El juez ejerce la jurisdicción por delegación de la soberanía popular, y el pueblo tiene derecho a controlar sus actos.

La conclusión a la que se llega, entonces, es que una sentencia arbitraria no es una sentencia constitucional.

La CSJN fijó un límite en el caso “Strada” en el que sostuvo que la decisión en tercera instancia no tenía por objeto la revisión de sentencias que se considerasen equivocadas, sino que se dirigían a la revisión de las sentencias que no cumplían con las calidades mínimas.

Al plantear la arbitrariedad hay que tener en cuenta algunas reglas básicas, a saber:

1. Déficit de fundamentación

Una sentencia se considera infundada si no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Por lo tanto, se dedica a revocar sentencias que contienen un déficit de fundamentación, que no están fundadas. Como lo adelantara, la exigencia de que las sentencias sean fundadas deriva de la CN.

Una sentencia está deficientemente fundada, en lo que respecta a los hechos, si se aparta de los estándares de prueba aplicables. Una decisión está fundada si hay una relación lógica entre las premisas normativas (normas) y las premisas empíricas (hechos).

Los estándares de prueba que determinan cuando está justificado determinar como verdadera una hipótesis de un hecho se dan cuando un enunciado es suficiente para probar un hecho.

El estándar depende del modelo que se utiliza. Por ejemplo, para el derecho penal liberal será el que se obtenga más allá de toda duda razonable. El estándar de prueba será mayor por aquello de que es preferible un culpable absuelto que un inocente condenado.

En los fallos “Casal” y “Carrera” (2016) la CSJN dio indicaciones precisas sobre cuál es el estándar de prueba exigible en materia penal.

Requisitos de la motivación: Para la CSJN la “motivación” es una garantía.

A. SUFICIENCIA: el juez debe exponer las razones que lo llevan a tener por acreditado un hecho y las pruebas que lo acreditan, y debe justificar la calificación legal.

B. LEGITIMIDAD: la prueba debe ser válida (sin violación de garantías constitucionales)

C. RACIONALIDAD: motivación coherente (razonamientos congruentes, no contradictorios). Esto hay que relacionarlo con el tema de la lógica argumentativa.

2. Entidad del déficit de fundamentación: es importante comprender que no cualquier déficit de fundamentación constituye arbitrariedad, sino que solo cuando el déficit es inequívoco (que solo puede ser explicado de una manera, sin duda) produce arbitrariedad y debe ser revocada la decisión.

Por otro lado, hay que distinguir entre sentencias deficientemente fundadas (en lo que respecta a los hechos) y sentencias arbitrarias.

A continuación, nos adentraremos en las clases de arbitrariedad que podemos encontrar, según estas sean:

1. Fácticas
2. Normativas
3. Por inconventionalidad

Los casos de arbitrariedad fáctica se dan en los siguientes supuestos:

1. prescindir de prueba decisiva
2. invocar prueba inexistente
3. contradecir las constancias de la causa
4. afirmaciones dogmáticas (fundamento aparente), cuando no se fundamenta la conclusión
5. autocontradicción
6. se funda en prueba que no consta en el proceso
7. la decisión se aparta del buen sentido o la sana crítica
8. cuando no hay debida motivación en las conclusiones periciales
9. cuando se hace un análisis parcial y aislado de la prueba que no se armoniza en su conjunto
10. carencia de fundamentación
11. cuando se menoscaba la regla del debido proceso
12. fallos que se basan en la mera voluntad de los jueces
13. cuando no se asegura la verdad objetiva, y se contravienen las leyes de la lógica y la experiencia
14. cuando lesiona el adecuado servicio de justicia
15. cuando la sentencia invoca jurisprudencia que no es aplicable al caso
16. cuando el juez no mide los efectos de lo decidido en función del impacto del fallo en pronunciamientos posteriores (sentencia imprevisora), no considera sus consecuencias.
17. cuando se omite el tratamiento de las cuestiones sustanciales o decisivas planteadas por los recurrentes (hay denegación de justicia).

Los casos de arbitrariedad normativa pueden ser:

1. el juez se arroga el rol de legislador,
2. cuando prescinde de la norma aplicable. El juez solo puede desaplicar la ley si declara su inconstitucionalidad (remedio considerado como de ultima ratio, excepcional). Y si así lo hiciera, es solo para el caso concreto.

3. cuando aplica una ley derogada.
4. cuando cambia el sentido y la finalidad de la ley, desconociendo lo dicho por el legislador.

Finalmente, encontramos los casos de arbitrariedad por inconvencionalidad, lo que significa que lo resuelto se ha alejado de la normativa convencional y de la interpretación que le ha dado a la misma la CIDH. En otras palabras, significa que no se aplicó al caso la normativa convencional.

La CIDH ha manifestado que la sentencia será arbitraria cuando desconozca la normativa internacional sobre el punto. En la causa “Claude Reyes vs Chile” (2006) la Corte Internacional de Derechos Humanos expresó que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, de otra forma serían arbitrarias. Lo mismo volvió a decir en el caso “Ortiz Barbera” (2017).

Por lo tanto, lo que el Superior Tribunal sostiene es que las sentencias internas deben cumplir con las exigencias de fundamentación convencionales, sino son arbitrarias.

Es el supuesto de sentencia arbitraria por ausencia de fundamentación convencional debida. Ejemplo: arbitrariedad por apreciación de prueba con estereotipos de género, desconociendo los estándares fijados por la CIDH.

II. Responsabilidad Internacional del Estado

Esta causal ocurre cuando existe violación o incumplimiento de tratados internacionales. Se origina cuestión federal, ya que -según el artículo 31 de la CN- son la Ley Suprema de la Nación. Entonces, el tratado es una norma federal, ya que se trata de un acto federal complejo, debido a que:

- a. El Poder Ejecutivo lo concluye y firma (99 inciso 11 CN)

- b. El Congreso Nacional lo aprueba mediante una ley nacional (75 inciso 22 CN)
- c. El Poder Ejecutivo lo ratifica, emitiendo un acto federal de autoridad nacional.

IMPORTANTE: incluso cuando la normativa del tratado a la que se haga referencia sea relativa a normas de derecho común (CSJN (1995) MENDEZ VALLES. Era un tema de prueba, pero como podía originar potencial responsabilidad internacional del Estado, la Corte Suprema de justicia de la Nación debe intervenir.

El fundamento consiste en verificar la violación de un instrumento regional de derechos humanos respecto del cual existe un organismo supranacional que emite jurisprudencia en la cual controla su cumplimiento. Son supuestos en los cuales el Estado argentino puede ser denunciado ante la CIDH, cuando está en juego la interpretación de un tratado.

Fue utilizado en los siguientes casos:

Verbitsky (2005): Se plateó un Hábeas Corpus colectivo interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en los términos del artículo 43 de la CN, en favor de todas las personas detenidas en la provincia, en lo que respecta a las deficiencias que se presentaban (hacinamiento) en los lugares de detención.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso y se presentó Recurso Extraordinario Federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo admitió, y habilitó el habeas corpus colectivo para garantizar el acceso a la justicia. Luego ingresó al fondo de la cuestión, se refirió a las condiciones de detención y dijo que la situación presentada se encontraba en pugna con las obligaciones contraídas por el Estado, lo que podía generar responsabilidad internacional.

En virtud de ello, ordenó al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo y al Poder Judicial de la Nación que arbitrara medidas concretas para solucionar la situación allí planteada.

Recientemente la defensa presentó recurso, en el que alegó que no se cumplían las condiciones dispuestas en aquel primer fallo. La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires falló diciendo que “Verbistky” estaba cumplido y cerrado.

Sin embargo, la Corte de la Nación, en mayo del 2021, le ordena a la SCBA que dicte un nuevo fallo porque, bajo su mirada, “Verbistky” seguía abierto.

CSJN (2005) Llerena: Se analizaba si el trámite previsto por el CPP para el juicio correccional (en el que el mismo juez actuaba en la etapa de instrucción y de juicio) respetaba el principio de imparcialidad del juez natural. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ingresó porque se planteaban como violadas normas de tratados internacionales, y esto podía comprometer la responsabilidad del Estado.

Sobre el fondo manifestó que violaba la garantía de imparcialidad que sea el mismo magistrado que instruye, quien lleve adelante el juicio y posteriormente dicte sentencia. Para así decidirlo se valió de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Espósito (2004). Se planteaba un supuesto de prescripción. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, si se rechazaba la apelación, quedaba confirmada la prescripción y que dicho resultado conculcaba lo expuesto por la Corte IDH con relación a que la deficiente tramitación del expediente podía generar responsabilidad internacional del Estado. La CIDH dictó fallo condenatorio en septiembre de 2003: dijo que nuestro país debía proseguir y concluir la investigación, siendo su obligación sancionar a los responsables, porque se habían violado las obligaciones internacionales.

Casal (2005) Sobre el alcance del derecho a recurrir consagrado en los tratados internacionales.

Hay algo que resulta trascendental resaltar y es que en este tema debe incluirse la jurisprudencia emitida por los operadores internacionales. No importa si lo que está en juego es la prueba, el derecho común o una cuestión procedimental. Es de buena técnica recursiva traer casos de la CIDH y plantear similitudes con el caso específico que se está planteando.

¿Cuál es la diferencia que existe entre la arbitrariedad por inconventionalidad y la cuestión federal que se presenta cuando es posible una responsabilidad internacional del estado?

Es un límite muy estrecho, finito, por lo que, al momento de presentar el recurso, muchas veces es de buena práctica, presentar ambos, intentando entrar por cualquiera de las dos vías, ya que la distinción entre ambas es compleja.

En la cuestión federal, cuando se habla de la arbitrariedad por inconventionalidad, lo que debería hacerse para demostrar el agravio es citar jurisprudencia interamericana, es decir de la Corte Interamericana, los estándares convencionales, lo que va a dar un amplio margen para lograr que acepten el recurso, se puede hablar de prueba, de derecho común, esto que se suele mencionar acerca de los estereotipos culturales, por ejemplo, en la valoración de la prueba.

En cambio, cuando lo que se está utilizando es la vía de la posible o potencial responsabilidad internacional del Estado, la mención asume un rol institucional, el recurso en esos casos es un medio que se encara para evitar una sanción internacional. Esto se aplicó en casos muy graves muy notorios: Llerena, Verbistky, Casal. Fueron casos muy extremos., es importante revisarlos y evaluar si pueden citarse como precedentes aplicables al recurso propuesto.

Con respecto a la estrategia, hay más casos de ingresos de arbitrariedad por inconveniencia que por posible o potencial responsabilidad del Estado, pero en el caso de articular un recurso es conveniente plantear ambos.

III. Gravedad institucional

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha definido como una zona de penumbra. La gravedad o interés institucional comprende (en sentido amplio) aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo a la comunidad, es decir que constituyen casos que conmueven a la sociedad entera.

El origen se encuentra en el precedente “Jorge Antonio” (1960): en aquella oportunidad la CSJN sostuvo que debía prescindir de los requisitos de la cuestión federal cuando estuvieran en juego la preservación de los derechos fundamentales de la sociedad.

En cuanto a los requisitos, se deben presentar dos estándares:

1. Estándar negativo: no trascendencia del mero interés de las partes (se excluyan las causas que no excedan del mero interés de las partes). Por lo tanto, es requisito que el interés se proyecte sobre la generalidad. Cuando los efectos del pronunciamiento exceden a las partes del proceso, involucrando a otros sectores de la sociedad, o a la sociedad toda. Ejemplos: cuando se afecta la buena administración de justicia (ejemplo: existencia de jurisprudencia contradictoria, porque atenta contra la seguridad jurídica CSJN, causa “Barri, Luna”), extensible incluso a casos donde está en juego el derecho común.

2. Estándar positivo: la decisión provoca un IMPACTO. Habrá gravedad institucional cuando se comprometan:

a. las instituciones básicas del sistema republicano

b. los principios y garantías consagrados por la CN y los tratados internacionales.

Ejemplos posibles:

- Cuando un poder avance sobre otro;
- Cuando lo resuelto conmueve a la opinión pública (Caso “Acción Chaqueña”), poniendo en duda la eficacia y objetividad de la administración de justicia;
- Cuando la arbitrariedad de lo resuelto es tan palmaria, que puede afectar el adecuado servicio de justicia. (CSJN “Toculescu”. 2011): “Corresponde recurrir cuando se condena a un inocente, pero también cuando se absuelve a alguien de hechos notorios y graves, cuando la sentencia afecte la irreprochable administración de justicia.”
- Cuando se afectan los intereses de la comunidad: bien común, conciencia social, conmoción de la sociedad (supuestos llamados como de “gravedad moral”). CSJN “Penjerek” (causa penal, donde se tuvo en cuenta el impacto del hecho en la sociedad, por la resonancia alcanzada).
- Cuando lo decidido impactará en un sin número de casos similares (se lo llama: trascendencia social futura).
- Repercusión mediática. CSJN causa “Gorriarán Merlo”, la repercusión de lo resuelto puede acarrear en la comunidad argentina). No debe confundirse con la repercusión periodística, sino que lo que importa es la gravedad y gravedad del hecho delictivo.

F. RECURSO EN EL FUERO PENAL JUVENIL

Unas breves palabras referidas a los recursos del fuero penal juvenil, donde se plantea cuál es el órgano que debe intervenir en los recursos.

En el tema de la recursividad del fuero penal juvenil se planteó oportunamente en el año 2017 una cuestión de competencia porque estaba discutido si los recursos debían plantearse ante la Cámara de Apelaciones o ante el Tribunal de Casación.

Existe una sentencia del año 2017, en donde la Corte de provincia resuelve esta cuestión (contienda de competencias) y dice que lo que hay que tener en cuenta es la materia y no el órgano que lo dictó. De esta forma hay que mirar lo que resolvió en la materia, entonces en ese caso podrá ir al Tribunal de Casación Penal tanto sentencias dictadas por los Juzgados de Responsabilidad Penal como los Juzgados de Garantías en el caso de los juicios abreviados.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

SEGUNDO ENCUENTRO

SEGUNDO ENCUENTRO

A. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

En este capítulo se abordará el tema relacionado con el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, así como el tema de los estándares internacionales, teniendo en cuenta para eso la normativa y la jurisprudencia. El conocimiento de estos estándares internacionales permitirá presentar recursos por arbitrariedad o por cuestión federal por posible responsabilidad internacional del Estado.

Todo ello será relacionado, particularmente, con la valoración probatoria en los supuestos en donde medie violencia de género. Para finalizar, luego de abordar los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, se verá el tema de la debida diligencia y el juzgamiento mediante estereotipos, conceptos que suelen llevarse a la materia recursiva.

No es posible referirse al control de convencionalidad sin antes hacer referencia al control de constitucionalidad, destacando y subrayando sus puntos de contacto.

En primer término, se advierte que ambos controles tienen una característica en común, ya que tutelan una supremacía. Es decir, su característica práctica es similar debido a que ante la inconsistencia entre la norma suprema y la inferior deben inaplicar la segunda.

I. Doctrina de la Concordancia

Cada vez que haya una inconsistencia entre una norma suprema y una norma inferior, los tribunales aplicarán la segunda. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Videla” (año 2010) expresó que entre ambos controles tenía que existir una coordinación.

De la similitud que se mencionara anteriormente, surge lo que se conoce como la “doctrina de la concordancia”, que indica que entre ambos controles debe existir una coordinación, una articulación concordante. Esto significa -ni más ni menos- que los textos normativos internos deben ser convencionalizados.

II. Control de Constitucionalidad. Concepto y caracteres

Como es sabido, el control de constitucionalidad consiste en la comparación entre la Constitución Nacional y las normas de rango inferior. Ahora bien, nuestra carta magna no determina cómo debe llevarse a cabo dicho control, siendo que el mismo puede realizarse por medio del Poder Legislativo (al sancionar o derogar leyes), por el Poder Ejecutivo (cuando utiliza la opción del veto integral o parcial previsto en los artículos 80 y 83 de la CN) y por el Poder Judicial, -sobre todo- cuando se le otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el rol de tribunal supremo (artículos 31 y 116 de la CN).

Dicho control puede llevarse a cabo de dos maneras:

- Concentrado, cuando solo puede realizarlo un cuerpo diseñado para tal fin, como por ejemplo en el caso de España que posee el Tribunal Supremo Constitucional, órgano especial al efecto, o
- Difuso. cuando debe ser llevado a cabo por todos los jueces.

Nuestro sistema de control constitucional es difuso. Este sistema nació en el caso “Madbury vs Madison (1803), del voto del Juez Marshal, en el que se consignó como función de la Corte el control de constitucionalidad.

Las características que presenta son:

- a. El planteo puede interponerse ante cualquier tribunal.

b. La declaración de inconstitucionalidad es inter partes (y no erga omnes) es decir, es siempre para el caso concreto. No se deroga la norma, sino que se desaplica.

c. No puede desconocerse, es Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad es excepcional, la menciona como “última ratio” del orden jurídico.

Entonces, entre las características propias del control de constitucionalidad se suele mencionar que el planteo puede interponerse ante cualquier tribunal, así como que la declaración de inconstitucionalidad siempre se efectuará inter partes, para el caso concreto (y no erga omnes).

Además, es importante destacar que la norma declarada inconstitucional no se deroga, sino que solamente se desaplica en el caso concreto.

III. Control de Convencionalidad. Concepto y caracteres

Por su parte, el control de convencionalidad consiste en la comparación entre los tratados internacionales y las disposiciones de derecho interno. Dicho control exige que los jueces internacionales y nacionales examinen la compatibilidad entre las normas y las prácticas nacionales con los tratados internacionales.

En primer término, el control de convencionalidad lo realizan los tribunales domésticos y luego los tribunales regionales. Es de suma importancia destacar que para efectuar este control deben tenerse en consideración las disposiciones de los tratados internacionales y la interpretación que del mismo hayan efectuado los tribunales regionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido a dicho control en el caso “Almonacid Arellano” (2006), dejando expresamente establecido que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, los jueces de ese

país y todos los jueces de todos los países intervinientes están sometidos a lo que el mismo disponga, lo que implica que lo que diga el tratado no puede ser mermado por la aplicación de una ley contraria a su objeto y fin.

El control de convencionalidad, además de ser una tarea que deben efectuar los jueces, es una carga que se extiende a todos los operadores judiciales, lo que incluye obviamente a los fiscales y a los defensores.

Así fue consignado por la Corte IDH en el caso “Cabrerera y Montiel”. En el caso de marras, el tribunal sostuvo que este control debía realizarse de oficio y mencionó también que era un control difuso.

IV. Bloque Constitucional Federal

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 supuso la incorporación de varios tratados internacionales y generó la obligación del Estado de respetar esos derechos, así como la de adoptar medidas de acción positiva para su eficaz cumplimiento, como asimismo se dispuso la responsabilidad internacional por no cumplir con los mismos.

Los tratados internacionales se constituyen como un “acto federal complejo” (expresión acuñada en el precedente “Ekmedjian vs. Sofovich” - 1992), debido a que el Poder Ejecutivo los concluye y los firma (artículo 99 inciso 11 de la CN), el Congreso Nacional los aprueba mediante una ley nacional (artículo 75 inciso 22 CN), y por último el Poder Ejecutivo los ratifica, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. Por lo tanto, es dable destacar que una ley del Congreso nunca podría derogar un tratado internacional.

Por su parte, la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, expresamente dispone que nunca se podrá invocar el derecho interno para no cumplir con las disposiciones de un tratado y que los tratados deben ejecutarse de buena fe (como obligación de comportamiento) en lo que hace a su cumplimiento

y a su interpretación. A lo dicho debe añadirse la locución latina “*pacta sunt servanda*” en cuanto determina que lo pactado obliga, otorgando certeza jurídica a los intervinientes.

Luego de la reforma constitucional de 1994 se ha ubicado en la cúspide de la pirámide constitucional el bloque de constitucionalidad federal conformado por nuestra Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (los cuales, en la actualidad son 12), luego le siguen otros tratados que no tienen jerarquía constitucional, las leyes, el derecho público provincial y por último el derecho municipal.

Una aclaración importante para el tema que se está analizando: la Convención de Belem Do Para no tiene jerarquía constitucional, sino solo supralegal (es superior a las leyes sin llegar al grado de jerarquía constitucional), presentándose como superior a las leyes. Dicha convención fue firmada en el año 1994, y Argentina la incorporó en el año 1996 por medio de la Ley N.º 24.632.

Actualmente, existe un proyecto para darle tal jerarquía, contando en el presente con dictamen favorable (unánime) de la Comisión de Asuntos Constitucionales, de fecha del mes de mayo del año 2021. Es preciso recordar, en este punto que, para que ello ocurra, se requieren las 2/3 partes de la totalidad de cada una de las Cámaras de Diputados y de Senadores.

B. ESTÁNDARES NORMATIVOS INTERNACIONALES EN VIOLENCIA DE GÉNERO

I. Valoración probatoria en Perspectiva de Género

Se analizará, ahora, aquellos estándares internacionales y las herramientas jurisprudenciales que permiten trabajar en clave convencional los supuestos de valoración probatoria en casos de violencia de género, sin entrar en el concepto de violencia de género, que para este trabajo se considera conocido.

Lo que se busca en este apartado es indicar o demostrar cuál es la relación que se puede articular en este tema en particular, en clave convencional, con la técnica recursiva. El conocimiento de estos tópicos debe ser profundo y exhaustivo, a fin de permitir ampliar las posibilidades recursivas, en lo que respecta a la valoración probatoria en cuestiones de género.

Como se recordará, existen dos métodos de valoración probatoria: el sistema de la libre valoración de la prueba, que puede ser íntima convicción o libre convicción y que es propia de los juicios por jurados, en donde no se requiere esta fundamentación expresa; y el sistema de la sana crítica racional que es el que rige los procedimientos en el derecho argentino, por el artículo 210 y siguientes del Código de Procedimiento.

En contraposición a estas posturas de valoración probatoria existía el sistema de la prueba legal y tasada, que establecía una tabulación *ex ante* de la prueba, es decir que se exigía del juez una especie de operación matemática (ejemplo: dos testigos para probar un hecho).

Sin embargo, y a pesar de que el sistema que acoge el derecho argentino es el de la sana crítica racional en el caso de juicios sustanciados ante jueces técnicos, sucede que, en el caso del juzgamiento de delitos con violencia de género, son muchas las veces en que se vuelve al sistema de la prueba legal y tasada, como, por ejemplo, cuando se sostiene que un único testimonio no sirve para probar un hecho.

Tanto en la actuación de la jurisprudencia, como lo que surge en el estudio de casos es curioso que en el tema de la valoración probatoria exista esta regresión al sistema de prueba legal o de prueba tasada que en la práctica exige un estándar más elevado, en especial si se tiene en consideración que la Ley N.º 26485 sobre violencia de género establece la amplitud probatoria, tanto en el artículo 16 inc. “i”, cuando menciona que, dentro de los derechos y garantías mínimas de los procedimientos judiciales y administrativos, los organismos del Estado deberán garantizar a las

mujeres, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías, y en el inciso “i” expresamente menciona: “A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”.

En la misma ley, el artículo 31 es bien claro al mencionar que regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. El mismo artículo agrega que se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó la amplitud probatoria para la evaluación de estos casos en el fallo Leiva (año 2011), voto de Arbibay y Highton de Nolasco.

La perspectiva de género implica comprender estos casos desde su singularidad y elevar el compromiso desde todos los operadores judiciales. Por ello es que se propone el análisis de los estándares internacionales sobre el tema, que de alguna manera marcan el camino a seguir.

Para ello, es fundamental conocer toda la normativa internacional en la materia, además de la interna, y la interpretación de la normativa, así como su aplicación a los casos concretos.

II. Estándares Internacionales. Organismos

Para comenzar, es oportuno diferenciar las dos organizaciones internacionales que rigen sobre la materia. Por un lado, la ONU (Organización de las Naciones Unidas) y por el otro lado, la OEA (Organización de los Estados americanos).

La ONU es una organización mundial -en la actualidad la componen 189 países- que fue fundada en el año 1945 en la ciudad de San Francisco, EEUU.

Por su parte, la OEA es regional, de aplicación para el continente americano, -en la actualidad la componen 35 países- y fue fundada en el año 1948, encontrándose su sede en Washington.

Dentro de la OEA se encuentran los órganos que han sido dispuestos por el Pacto de San José de Costa Rica¹, ratificado por nuestro país en el año 1984, del cual surgen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tiene su sede en Washington, (compuesta por 7 comisionados) y que entiende en todos los tratados firmados por la OEA.

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. La Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales destacan la realización de visitas a los lugares de conflicto en el tema y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros.

Pero, además, realiza funciones con una dimensión casi jurisdiccional. Es dentro de esta competencia que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad.

Para someter un caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se requiere que se hayan agotado las instancias internas del país, siempre que sea dentro de los 6 meses de agotada la instancia. Se presenta como una instancia amistosa, no dicta sentencias, y, por ende, no fija la jurisprudencia ni tiene potestad jurisdiccional. Solo efectúa recomendaciones (sobre el caso concreto

1. Pacto de San José de Costa Rica, OEA, 22 de noviembre de 1969.

que le han sometido) y emite informes (relativos a la aplicación de la Convención para los países que la componen).

Se discute la obligatoriedad de estas “recomendaciones”. La Corte Suprema de Justicia de Nación, se expresó en un primer pronunciamiento en el fallo “Carranza Latrubesse”. En ese caso se discutía la responsabilidad civil del Estado Nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones que le formulara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En aquella oportunidad, tanto el juez Petracchi como el juez Maqueda, en sus respectivos votos, luego de analizar las normas internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la cuestión, afirmaron el deber del Estado Argentino de adoptar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión.

El juez Petracchi señaló que, si bien es cierto que las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana no tenían un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado, en función del principio de buena fe, estaba obligado a tener en cuenta el contenido de estos informes, debiendo realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión. Concluyó que, en el caso, no se probó que dichos esfuerzos se hubieran llevado a cabo.

También, desde esta segunda perspectiva y por imperio del principio de buena fe que rige el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el juez Maqueda concluyó que, si bien sólo las sentencias dictadas por la Corte Interamericana son ejecutables, el Estado Argentino no podía desconocer la recomendación de la Comisión.

En ese mismo fallo, por su lado, la jueza Highton de Nolasco y el juez Lorenzetti y –por otro– la jueza Argibay, consideraron que “la afirmación del *a quo*, adjudicando obligatoriedad a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sustenta el fallo, aparece en pugna con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sentado el criterio de que el término “recomendaciones” usado por la Convención Interamericana debe ser interpretado conforma a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado, lo cual lleva a descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Más tarde cambia el criterio en el fallo que se conoció como “Fontevicchia” (Menem c/ editorial Perfil), el que modificó el concepto que tenía con respecto a la obligatoriedad de las de las recomendaciones.

En aquella oportunidad, la CIDH declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes y dispuso tres medidas que Argentina debía cumplir. La primera era “dejar sin efecto” la condena civil, la segunda era un mandato a la Corte Suprema de Justicia para que elaborara un resumen del caso y lo publicara en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación y por último ordenaba el reintegro del dinero que tuvieron que pagar los periodistas en concepto de indemnización.

Los dos últimos puntos fueron debidamente cumplidos, pero el meollo de la cuestión radicó en el primero. La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, mediante un oficio que fue girado por Cancillería, le pidió a la Corte que cumpliera la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz sostuvieron que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino eran, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste (art. 68.1, CADH), obligatoriedad que alcanzaba únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales.

En este caso quedó en claro que para la Corte Suprema las recomendaciones no eran vinculantes, ya que revocar la sentencia firme dictada por ese tribunal implicaba privarlo de su carácter de órgano supremo, sustituyéndolo por un tribunal internacional en clara transgresión a la CN.

El juez Rosatti mencionó el artículo 27 en cuanto sostiene que los tratados deben guardar conformidad con la CN. En ese punto sostuvo que no era posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional y precisó que, si los tratados estaban, como máximo, a la par de la Constitución, no podía un Tribunal creado por esos mismos tratados venir a darle vuelta los fallos al Poder Judicial de la Nación.

Volviendo al tema de los organismos internacionales, por el otro lado, está la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el organismo jurisdiccional, con sede en San José, Costa Rica. Funciona desde 1979, integrada por siete jueces, quienes duran en sus cargos 6 años, pudiendo ser reelegidos una sola vez.

Este tribunal colegiado posee funciones contenciosas, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales o de interpretación. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana

Se trata del único órgano que produce jurisprudencia, estableciendo los “estándares”, sus resoluciones son fallos definitivos e inapelables, sus sentencias tienen fuerza obligatoria para el caso concreto. La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Nuestro país ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH desde el 5 de septiembre de 1984, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, sometiéndose expresamente a su jurisdicción (Ley 23.054 artículos 52, 63 y 68). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció expresamente la obligatoriedad de adecuar sus pronunciamientos a los fallos de la Corte IDH en el caso “Mazzeo”²

III. Estándares Internacionales Normativos

Ahora bien, dentro de los estándares normativos que aluden al tema que aquí se aborda debemos hacer referencia a:

a. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que tiene jerarquía constitucional.³ Se encuentra dentro del marco de la ONU y entró en vigor en el año 1981. Comprende un preámbulo y 30 artículos. Su organismo de aplicación es el Comité de la CEDAW, quien dicta recomendaciones, siendo integrado por 23 expertos en materia de derecho de mujeres de todo el mundo.

La convención define el concepto de “igualdad sustantiva” el cual comprende la igualdad de oportunidades, la igualdad de acceso a las oportunidades y la igualdad de resultado.

Asimismo, define que se entiende por “discriminación contra la mujer” proponiendo acciones positivas para erradicarla, exigiendo que los Estados parte tomen medidas para hacerlo, siendo una de sus obligaciones presentar informes cada cuatro años.

Con respecto a la violencia contra la mujer, la CEDAW dictó las siguientes recomendaciones: **12⁴** (que obliga a los Estados a que cuando presenten sus

2. CSJN Mazzeo Fallos 330:3248, 13 de julio de 2007.

3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, ONU, diciembre de 1979.

4. Recomendación N° 12 CEDAW, año 1989.

informes hagan referencia a la legislación vigente para proteger a la mujer y toda otra medida relacionada, sumado a datos estadísticos), **19**⁵ (que establece expresamente que la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo), **33**⁶ (sobre acceso a la justicia y el uso de estereotipos) y **35**⁷ (sobre violencia de género).

La recomendación número 33 -sobre acceso a la justicia- del año 2015, advirtió sobre el uso de estereotipos concluyendo en que los mismos impedían el acceso de las mujeres a la justicia, generaban conclusiones basadas en mitos y creencias preconcebidas (y no en los hechos relevantes de la causa), y provocaban una mala interpretación y aplicación de las leyes, generando una cultura de la impunidad, comprometiendo la imparcialidad y provocando la revictimización de los denunciantes.

Por su parte, la recomendación número 35 -sobre violencia por razón de género contra la mujer- año 2017, advirtió que los órganos judiciales tenían la obligación de abstenerse de prácticas de discriminación, debiendo actuar con imparcialidad y justicia, no pudiendo basar sus decisiones en el uso de estereotipos.

A su vez, el Protocolo Facultativo de la CEDAW (año 1999, en vigor desde el 22/12/2000) creó dos mecanismos de protección: 1.- La posibilidad de que la mujer (en forma individual o grupal) pueda recurrir internacionalmente cuando los recursos nacionales no se presenten efectivos para garantizar su derecho a no sufrir discriminación; 2.- La posibilidad de que la CEDAW pueda realizar investigaciones sobre situaciones que revelen violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las mujeres.

b. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Para), sancionada en el año

5. Recomendación N° 19 CEDAW: La violencia contra la mujer, año 1992.

6. Recomendación General N° 33 CEDAW: Acceso de las mujeres a la justicia, año 2015.

7. Recomendación N° 35 CEDAW: Sobre la violencia por razón de género, año 2017.

1994, que incluye un mecanismo de protección que permite presentar demandas ante la Corte IDH, como así también un mecanismo de seguimiento integrado por un comité de expertos (MESECVI).

La Convención adopta una definición amplia de lo que se entiende como violencia contra la mujer (considerándola una forma de discriminación), definiéndola como cualquier acción o conducta -basada en su género- que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

Es importante destacar que, si bien reconoce la violencia física, sexual o psicológica, los Estados tienen la obligación de reconocer el carácter cambiante de la misma y pueden incorporar nuevas formas. Ejemplo: violencia económica, financiera o patrimonial.

De la citada convención surge el deber de actuar con la “debida diligencia reforzada” el cual comprende cuatro obligaciones: 1.- prevención, 2.- investigación seria parcial y objetiva, 3.- sanción y 4.- reparación. Siendo sus objetivos prevenir la repetición de estos hechos en el futuro y asegurar la justicia del caso.

La Comisión analizó este deber en el caso “María Da Penha vs. Brasil”⁸, donde se juzgaron los hechos de violencia doméstica que tuvieron como víctima a una mujer que terminara convirtiéndose en parapléjica como consecuencia de los abusos físicos y tentativas de homicidio por parte de su esposo.

Lo trascendente del caso es que esto sucedió a pesar de haber presentado la víctima infinidad de denuncias, por más de 15 años. Allí se resolvió que Brasil no había cumplido con su deber de debida diligencia al no condenar y sancionar al responsable, consignándose asimismo que en este tipo de hechos no pueden permitirse retardos injustificados, concluyéndose en que

8. Caso María Da Penha vs. Brasil, Comisión IDH, abril del 2001, informe número 54/01.

la ineffectividad judicial había creado un espacio de impunidad que había facilitado la violencia.

Belém do Para impone obligaciones para los Estados, entre las que se destacan el juicio oportuno y el acceso a la justicia. Dichas obligaciones no pueden dejar de relacionarse con lo resuelto por el máximo tribunal nacional en el caso “Góngora”⁹ -año 2013- referido a la imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género. En efecto, allí se dejó expresamente establecido que el juicio oportuno exigía la realización de un debate oral, donde se presente la posibilidad de sancionar, siendo de acceso efectivo de la víctima.

Para decirlo de otro modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la suspensión de juicio a prueba no era viable en los supuestos de violencia de género debido a que implicaba la no realización de un debate oral, siendo que la Convención de Belem Do Para exigía un procedimiento legal y justo, un juicio oportuno, entendido el “juicio” como la etapa final del procedimiento, donde se pudiera sancionar.

También remarcó que el debate se presentaba como necesario e indispensable para que la víctima pudiera ejercer su derecho de acceso efectivo (tutela judicial, derecho a la jurisdicción), siendo que dicho acceso efectivo no se satisfacía con un resarcimiento o reparación.

¿Por qué no procede la probation en casos de violencia de género?

- a. Porque implica la no realización de un debate.
- b. Belem Do Para exige un procedimiento legal y justo, un juicio oportuno.
- c. Se entiende por juicio la etapa final del procedimiento, donde se podrá sancionar.

9. CSJN “Góngora Gabriel Arnaldo s/ causa 14.902”, abril del 2013.

d. El debate es necesario para que la víctima puede ejercer su derecho de acceso efectivo (tutela judicial, derecho a la jurisdicción).

e. Este “acceso efectivo” no se satisface con el resarcimiento o con la reparación.

f. El Protocolo de Palermo¹⁰, firmado en Italia en el año 2000, aprobado por nuestro país en el año 2002 por Ley N.º 25.632. El mismo se refiere a delitos tales como la trata de personas y la prostitución. Se considera a los mismos como una violación a los derechos humanos -una forma moderna de esclavitud-, presentándose como una práctica social discriminatoria. Dicho Protocolo también reafirma que los Estados parte tienen la obligación de erradicar los patrones socioculturales que reproducen los estereotipos de género y el sometimiento de las mujeres.

g. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad¹¹ fueron aprobadas en el año 2008 en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Se presentan como una fuente de derecho interno (según Acordada de la CSJN 5/2009). Son los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, estableciendo líneas de actuación para que los órganos judiciales brinden un trato adecuado. Establece como pautas de vulnerabilidad -entre otras- la edad, la discapacidad y el género.

IV. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En primer término, me referiré a los informes emitidos por la Comisión con relación a la valoración probatoria en supuestos donde se presente violencia con causas específicas en género, para luego referirme a los estándares probatorios fijados por la Corte Interamericana.

10. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, año 2000.

11. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, año 2008.

Hablar de estándar significa mencionar los criterios compartidos para la comprensión, interpretación y aplicación de un determinado instrumento o acción. Para decirlo de otro modo, es lo que debe tomarse como referencia, modelo o patrón. De allí surgirán los postulados principales referidos a la violencia contra la mujer, en especial la violencia sexual y la prueba de su delito.

Ya en el primer informe de la Comisión que tuvo lugar en el año 2007, “Informe sobre acceso a la justicia de víctimas mujeres de delitos sexuales” se advirtió que se observaba ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres, encontrándose patrones socio culturales discriminatorios basados en la inferioridad de las mujeres, lo que provocaba la descalificación de la credibilidad de las mismas y la asunción tácita de responsabilidad por parte de ellas (formas de vestir, ocupación laboral, conducta sexual, relación con el agresor), exigiéndose prueba física y documental.

En el año 2011 la Comisión volvió a expedirse en su “Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual de Mesoamérica” volviendo a hacerse hincapié en el uso de estereotipos, concluyéndose que dicho modo de juzgar provocaba impunidad.

En el año 2015, en el “Informe sobre acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia” se analizaron los desafíos que enfrentaban las mujeres cuando denuncian, resaltándose que el Estado debía dar información a la víctima sobre las medidas de protección que se pudieran solicitar en su favor (ante un riesgo inminente de violencia) así como las vías para exigirlos y obtener su ejecución.

Por último, en el año 2019 en el “Informe sobre violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe” se remarcó la discriminación estructural y la utilización de estereotipos de género, indicándose que los mismos provocaban violencia y discriminación. A su vez, se observó una tolerancia hacia la violencia contra las mujeres.

V. Pronunciamientos de la Corte IDH en casos de Violencia de Género

Dejando atrás los informes emitidos por la Comisión, pasaré a analizar los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha fijado los estándares internacionales que deben imperar.

En líneas generales, la Corte IDH se ha referido a la violencia contra la mujer como una grave violación a los derechos humanos, presentándose como una ofensa a la dignidad humana y como la manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

A continuación, me pronunciaré -en acotada síntesis- sobre los principales pronunciamientos destacando los estándares que surgen de los mismos:

1. Caso Campo Algodonero vs. México (año 2009)¹²: recibió este nombre porque versó sobre la desaparición y muerte de tres mujeres, dos de ellas menores de edad en un campo algodonero en México en el año 2001. Allí se determinó que dicho país había cometido serias irregularidades en la investigación, faltando a su deber de debida diligencia. Fue la primera vez que se utilizó el vocablo de “femicidio” para referirse a estos hechos. Como principales estándares que se desprenden de este caso se menciona que allí se consignó que la impunidad de los delitos cometidos por la condición de género reforzaba el mensaje de que la violencia contra las mujeres es tolerada, y que dicho fenómeno provocaba inseguridad en las mismas a la hora de denunciar, lo que generaba desconfianza en el sistema de justicia.

También se consignó (con respecto a la prueba) que el hallazgo de cuerpos desnudos y mutilados era suficiente para acreditar el ensañamiento sexual padecido.

12. Caso González y otros Vs. México (“Campo Algodonero”), Corte IDH, sentencia del 19 de noviembre de 2009.

2. Caso Rosendo Cantú vs. México (año 2010)¹³: en dicho precedente se dijo que la violencia sexual era una forma de violencia contra las mujeres, y que podía llegar a constituir tortura por la intensidad, la severidad del sufrimiento y la finalidad del acto. En el caso se presentaban múltiples formas de discriminación y vulnerabilidad: la víctima era una niña, indígena y pobre.

3. Caso Fernández Ortega vs. México (año 2010)¹⁴: se refirió a la prueba de los delitos sexuales considerados como delitos en las sombras. Se hizo hincapié en la declaración de la víctima y como ésta puede presentarse como la prueba basal de la condena. Asimismo, se consignó que no pueden exigirse pruebas gráficas o documentales en el juzgamiento de estos hechos.

4. Caso Penal Castro vs. Perú (año 2011)¹⁵: versó sobre la masacre ocurrida en el interior del Penal Castro donde murieron 42 internos, llevándose a cabo ataques en el pabellón de mujeres, muchas de ellas embarazadas. Se sostuvo que la violencia de género era una forma de discriminación. También se dio un amplio concepto de violencia sexual como acciones que se cometen sin consentimiento, y que pueden no incluir penetración.

5. Caso J. vs. Perú (año 2013)¹⁶: la Corte IDH se refirió al supuesto de retractación de la denuncia. Allí se consignó que la negación de la ocurrencia del hecho no puede desacreditar la primera denuncia, debiendo evaluarse siempre el contexto. También se dijo que la ausencia de lesiones físicas no implicaba que el hecho no se hubiera producido, que la violencia sexual puede incluir actos que no impliquen penetración y que el manoseo es un acto de violencia sexual.

13. Caso Rosendo Cantú Vs. México, Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2010.

14. Caso Fernández Ortega Vs. México, Corte IDH, sentencia del 30 de agosto de 2010.

15. Caso Penal Castro Vs. Perú, Corte IDH, sentencia del 26 de noviembre del 2006.

16. Caso J. Vs. Perú, Corte IDH, sentencia del 27 de noviembre del 2013.

6. Caso Espinoza González vs. Perú (año 2014)¹⁷: la Corte IDH se refirió a las contradicciones en el testimonio de la víctima, dejando en claro en las mismas pueden presentar imprecisiones debido a que se trata de hechos traumáticos. Y que dichas imprecisiones no implicaban que lo denunciado haya sido falso o que careciera de verdad. Asimismo, se consignó que la falta de evidencia médica no disminuía la veracidad de la declaración de la presunta víctima.

7. Caso Véliz Franco vs. Guatemala (año 2014)¹⁸: versó sobre la utilización de estereotipos. Se presentaba una doble condición de vulnerabilidad en la víctima, en tanto niña, en tanto mujer. Se dijo que no podían tenerse en cuenta los antecedentes sexuales de la víctima, y que menos aún podía desacreditarse su testimonio por su estilo de vida, sus relaciones personales o su sexualidad. Asimismo, se recordó que no podía trasladarse la culpa de lo acontecido a la víctima.

8. Caso Mayra Gutiérrez vs. Guatemala (año 2017)¹⁹: se determinó que el Estado no había garantizado el acceso a la justicia, siendo que la investigación había estado sesgada por estereotipos de género lo que había provocado que se afectara la objetividad de los funcionarios judiciales, distorsionándose su percepción. Se concluyó en que actuar de este modo reprodujo la violencia contra la mujer, debiéndose rechazar toda práctica estatal que justificara tal violencia, haciendo responsable a la víctima por lo sucedido. Ejemplo: utilización del concepto de crimen pasional (decir “pasional” es justificar la conducta del agresor, diciendo que la mató por celos o por un ataque de furia).

9. Caso V.R.P. vs. Nicaragua (año 2018)²⁰: la Corte IDH se refirió a la obligación de actuar con la debida diligencia, consignando que la ineficacia judicial provocaba impunidad, promovía la ejecución de estos hechos y enviaba un mensaje a la sociedad de que la violencia contra la mujer era tolerada y aceptada, provocando

17. Caso Espinoza González Vs. Perú, Corte IDH, sentencia del 20 de noviembre de 2014.

18. Caso Véliz Franco Vs. Guatemala, Corte IDH, sentencia del 19 de mayo de 2014.

19. Caso Mayra Gutiérrez Vs. Guatemala, Corte IDH, sentencia del 24 de agosto de 2017.

20. Caso V.R.P. Vs. Nicaragua, Corte IDH, sentencia del 8 de marzo de 2018.

inseguridad y desconfianza en el sistema. Se estableció que la víctima sufrió una doble violencia: la violencia sexual por parte de un agente no estatal y la violencia institucional durante el procedimiento a cargo del Estado, causándole una mayor afectación y multiplicando su vivencia traumática.

10. Caso “López Soto vs. Venezuela” (año 2018)²¹: en este caso la hermana de la víctima había denunciado su desaparición y había obtenido una respuesta estereotipada por parte de la autoridad policial (le habían dicho que tenía que esperar, porque seguro se debía a una “*conflictiva relación de pareja*”). La Corte IDH concluyó en que se había producido una grosera omisión por parte del Estado, ordenándose la capacitación urgente de todos los operadores.

VII. El juzgamiento con estereotipos de género

I. Categorías y clasificaciones

Los estereotipos son ideas preconcebidas. Si bien no siempre son contraproducentes, cuando se utilizan para elaborar jerarquías de género y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizadas, tienen efectos discriminatorios. El estereotipo de género se presenta como una preconcepción de atributos, características o papeles que deben ser ejecutados por hombres y mujeres.

La base normativa que prohíbe la discriminación en base a estereotipos se desprende del artículo 5 de la Convención de la CEDAW que obliga a los Estados a modificar los patrones socioculturales para eliminar prejuicios basados en el género; del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prohíbe la discriminación sobre la base del sexo y del artículo 6 de la Convención de Belém Do Para que impide valorar a la mujer en base a conceptos de inferioridad o subordinación.

21. Caso López Soto Vs. Venezuela, Corte IDH, sentencia del 26 de septiembre de 2018.

Dicho esto, puede adelantarse que juzgar con estereotipos viola los derechos humanos de las mujeres, particularmente el derecho a la igualdad, juzgar de esta forma discrimina y provoca una nueva forma de violencia contra la víctima.

Al hablar de estereotipos, es imprescindible hacer referencia a las diferentes formas que se han ido presentando los mismos, al abordarse la resolución de casos concretos de violencia con perspectiva en género.

En tal sentido, diferentes investigaciones se han propuesto analizar la conducta de los agentes del sistema penal ante las denuncias de violencia realizadas por mujeres víctimas. A partir de ellas, se han elaborado clasificaciones que han representado las categorías en que, -con base en prejuicios y valores existentes entre los agentes-, se ha ubicado a las mujeres que han acudido al sistema de justicia.

De propuestas como las de Larrauri (2009)²² y Asensio (2010)²³ -esta última retoma la clasificación de Larrauri- se sigue que es posible distinguir las categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer corresponsable” y “mujer fabuladora”.

1. Mujer honesta: cuando se indaga a la mujer sobre sus conductas previas y sobre su historia sexual (mujer prostituta o mujer promiscua es probable que haya dado su consentimiento). Es interesante resaltar que los antecedentes no guardan relación con el hecho investigado y no son pertinentes para la resolución de los casos.

2. Mujer mendaz: según este criterio se acostumbra a considerar que las mujeres no saben lo que quieren, las mujeres cuando dicen “no” en realidad quieren decir “sí”. Las mujeres mienten cuando denuncian un abuso. Supuestos en los

22. Larrauri E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal.” Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, No. 13, 2009.

23. Asensio, Raquel, y otras, Discriminación de Género en Las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010.

cuales se termina investigando a la víctima, y el escrutinio que se realiza sobre su declaración suele ser más exigente que el que se realiza sobre cualquier testimonio en otro tipo de delitos. En tal sentido, se exigen lesiones, que se hayan escuchado gritos, rasgaduras de ropas (que demuestren que efectuó resistencia física). También se pone el foco en las reacciones que se espera que realicen las mujeres víctimas de violencias (no escapó, habiendo podido hacerlo).

3. Mujer instrumental: las mujeres realizan denuncias con el objetivo de obtener algún fin (ejemplo: la exclusión del hogar, posicionarse en un juicio de divorcio, perjudicar, vengarse, o para explicar algo).

4. Mujer corresponsable: conocida como la doctrina de la intimidad. Se responsabiliza a la mujer por la violencia que padece, se considera que es propia de una relación de pareja donde la culpa es compartida. Se minimiza la violencia y se pone el foco en la conflictiva relación de pareja (en la que no deben entrometerse los terceros, incluida la justicia penal).

5. Mujer fabuladora: la mujer deforma los hechos de la realidad, exagera. Las mujeres fantasean o agrandan situaciones pequeñas.

De tal forma, todas las decisiones que se sustenten en este sentido se presentarán como discriminatorias, violentando el principio de igualdad, ya que en lugar de basarse en los hechos relevantes de la causa se asentarán en creencias o mitos preconcebidos respecto a las personas o las materias involucradas.

Como ejemplos se puede mencionar: la falta de credibilidad de las denuncias, la minimización de los hechos, el análisis de detalles morbosos, la creencia de que existe consentimiento si no hubo resistencia activa o abandono del lugar, o la convicción de que no hay violencia si no existió violencia física.

Lo trascendental de la cuestión es que juzgar de este modo afecta la imparcialidad del juzgador, para decirlo de otro modo, el uso de estereotipos impide el derecho a un proceso judicial imparcial. El fundamento principal de dicha afirmación se encuentra en las recomendaciones números 33 y 35 de la CEDAW, en las que expresamente se consigna que se debe confiar en un sistema de justicia libre de mitos y estereotipos, y en jueces cuya imparcialidad no se vea sesgada.

Así, utilizar prejuicios de género en la investigación y resolución de un caso provoca un déficit de parcialidad, desconociéndose la situación de vulnerabilidad en que se hayan las víctimas, generando -asimismo- violencia institucional.

Juzgar de este modo incumple con el deber de debida diligencia reforzada, obstaculizándose el acceso a la justicia, violándose los derechos humanos.

II. Estereotipos y la Garantía de Imparcialidad

Poder relacionar este concepto de estereotipo con la garantía de imparcialidad es una propuesta que, además de su importancia creciente, ha tenido un impacto en toda la provincia de Buenos Aires con la sentencia, tanto del Tribunal de Casación como de la Corte de provincia, en el caso de Lucía Pérez.

La propuesta es tener una nueva mirada con respecto a la garantía de la imparcialidad, la que siempre fue estudiada observada en dos dimensiones:

a. DIMENSIÓN SUBJETIVA: que se vincula con las actitudes o intereses particulares que pueda tener el juez, ya sea con relación al resultado del juicio o a las personas involucradas en él. Versa sobre las convicciones personales del juez. Cuando se argumenta en base a esta dimensión debe probarse (ejemplo: si el juez ha manifestado hostilidad o animadversión).

b. DIMENSIÓN OBJETIVA: que no exista duda tanto del justiciable como de la comunidad respecto a la ausencia de imparcialidad. Requiere principalmente que el juez no tenga otro interés en la causa (ejemplo, que haya actuado en la instrucción, ver causa Llerena).

Hace referencia al temor de parcialidad. Es interesante que esta garantía desde siempre fue analizada desde la óptica del imputado, pero en los últimos años comenzó a ponerse énfasis en resaltar que es una garantía que protege también a las víctimas del delito. Y esto ha sucedido porque la garantía de imparcialidad está inserta en los artículos:

8.1 CADH

14.1 PIDCYP

Estos artículos consagran que el derecho a un tribunal imparcial es para todas las personas, sin hacer distinción respecto de su rol dentro del proceso.

Respecto al impacto de la Garantía de Imparcialidad y el Principio de Igualdad y de no discriminación, es claro que en todos aquellos casos en que las decisiones que se tomen sean en base a alguno de los estereotipos mencionados, se consideran discriminatorias y violan el principio de igualdad, ya que en lugar de basarse en hechos relevantes se fundan en creencias y mitos preconcebidos respecto de las personas o las materias involucradas.

Ejemplos:

- Falta de credibilidad de las denuncias
- Minimización de los hechos
- Análisis de detalles morbosos

Creencia de que existe consentimiento si no hay resistencia activa o si la víctima no abandonó el lugar, pudiendo hacerlo.

Que no hay violación si no hay violencia física

Lo interesante y trascendental de la cuestión es que juzgar con estereotipos afecta la imparcialidad del juzgador, es decir, que el uso de estereotipos impide el derecho a un proceso judicial imparcial.

El fundamento principal para poder llegar a la conclusión antes planteada es la recomendación número 33 y 35 de la CEDAW, según las cuales se debe confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos, y en jueces cuya imparcialidad no se vea sesgada. También lo dijo la CIDH en el caso “Mayra Gutiérrez vs Venezuela

En este sentido recomiendo la lectura de la sentencia “Diaz Luz Aimé”, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, del 10 de marzo de 2020, sobre recusación en un supuesto de respeto a la identidad de género y diversidad sexual. Registro número 286/20.

Imputada: mujer trans y trabajadora sexual. La defensa había recusado a dos jueces del tribunal de juicio en función de sus votos en otras causas, así como también por las manifestaciones brindadas por los magistrados en notas periodísticas.

En su defensa los jueces se refirieron a la imputada como una “persona transexual” o como “un imputado con tendencias homosexuales”, realizaron observaciones tales como que el “lenguaje inclusivo” no había sido admitido por la Real Academia Española ni por la Academia Argentina de Letras y dijeron que discrepaban con la “corriente ideológica denominada perspectiva de género”.

Se hizo lugar a la recusación fundamentándose en clave convencional, es decir teniendo en cuenta las normas internacionales.

Es preciso relacionar lo expuesto con la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el lamentable hecho que tuviera como víctima a Lucía Pérez, en particular en la sentencia del Tribunal de Casación N.º 95.425 de fecha 12 de agosto de 2020, emitida por la Sala IV, conformada por los jueces Kohan, Natiello y Mancini.

En este fallo, el tribunal revocó la absolución de los imputados y el principal motivo de esa revocación es que observó un déficit de parcialidad al momento de juzgar la conducta de la víctima, desconociendo su doble condición de vulnerabilidad, en tanto niña y en tanto mujer. El Tribunal de Casación enfatizó, en su sentencia, en la obligación de juzgar con perspectiva de género, y remarcó que utilizar estereotipos discriminatorios era una expresión de violencia institucional.

Esta sentencia llegó por recurso de la defensa a la Corte provincial por el reclamo del non bis in ídem.

La SCBA, en su sentencia del 12 de mayo de 2021 (134:373) dijo que la Casación había llegado a su sentencia por haber encontrado un déficit de imparcialidad al momento de juzgar la conducta de la víctima, tanto con relación a los preconceptos de los jueces en lo referido a actividades y hábitos de la víctima, como a las condiciones personales de la misma. Por lo tanto, concluyeron, que estaba viciada la Garantía de imparcialidad judicial por los perjuicios de género utilizados para resolver.

En este punto, es importante resaltar que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es un elemento de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y rige sin distinción de parte, incluyendo a quien ejerce la acción penal, esto es, a los fiscales.

III.- Jurisprudencia de la SCBA sobre estereotipos

En orden al análisis de jurisprudencia sobre este tema, se recomienda la lectura de las siguientes sentencias:

a. P. 118.217 – 6 de diciembre de 2017

En este caso se trata de un menor abusado, que no había declarado, sus dichos llegaron por medio de su madre. Se dijo que la madre había denunciado por venganza con el imputado (por las desavenencias de su relación de pareja). En este caso se desestimó, además, el testimonio de los psicólogos.

La SCBA dice:

Se utilizaron los estereotipos de mujer mentirosa y de mujer instrumental.

La utilización de estos estereotipos viola el deber de investigar con la debida diligencia.

Se invalida la voz de la mujer y de los niños.

Se infringe la garantía de imparcialidad.

Negar credibilidad a los dichos de las mujeres y los niños bajo tales premisas obstaculiza el acceso a la justicia, violándose los derechos humanos.

Se reafirma que el fallo recurrido poseía una visión androcéntrica del hombre en la que solo el relato de un hombre varón adulto es el creíble, lo que coloca a la mujer y a los niños en desventaja, en tanto se sustenta en una cultura patriarcal que define roles preestablecidos de manera desigual.

b. P. 125.687 – 23 de octubre de 2019

Sobre juzgar con perspectiva de género. En esta sentencia se dijo que el fallo recurrido era arbitrario por haber sido dictado sin perspectiva de género. La cita de normas convencionales sin realizar su aplicación al caso era inútil.

Para determinarse si el hecho debía quedar comprendido en los términos de Belem Do Pará, debían analizarse sus circunstancias previas y concomitantes (contexto fáctico y jurídico).

Agregó la Corte que sostener que por mediar una relación íntima se puede inferir que la mujer consiente ser manoseada constituye un prejuicio de género que da por sentada la inferioridad o subordinación de la mujer.

Sostuvo que tal opinión implicaba la degradación de la mujer, minimizando su dignidad. El carácter discriminatorio de este estereotipo de tolerancia o consentimiento atribuido a la mujer, dijo la Corte, queda en evidencia porque difícilmente pueda imaginarse que se propusiera una interpretación semejante en caso de que la víctima fuera un hombre.

Finalmente, es preciso resaltar que el empleo de estereotipos de género en el razonamiento de los jueces constituye uno de los obstáculos que impiden a las mujeres el ejercicio de su derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, y conducen a descalificar su credibilidad y a asignarles una responsabilidad tácita por los hechos denunciados, por ejemplo, en virtud de su relación real o supuesta con el agresor.

c. P. 132.936 – 18 de agosto de 2020

Juzgar con perspectiva de género. Era un supuesto de retractación, en la que la víctima se había retractado luego de hacer una denuncia. En este caso se dijo

que un juzgamiento con perspectiva de género impone emplear una mirada contextualizada de los hechos que presenta el caso en su real dimensión. Por ejemplo, atender a cuál es la situación de la mujer en el círculo de la violencia, y analizar el motivo de por qué razón retiró la denuncia.

Sobre el tema de la retractación, es muy interesante leer el voto de Ángela Ledesma en la causa Martella (Registro 1239/2018 de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I) y la sentencia en la causa “Agreda González Dixor Samir”, de la CNCCC del 12 de febrero de 2019, ya que proporcionan otro enfoque sobre la retractación, al sostener:

- Las consecuencias “revictimizantes” que puede tener la persecución penal de oficio en estos casos, al reforzar el estereotipo de debilidad de las mujeres, no debe soslayarse lo que quiere hacer la mujer, su deseo en el momento del hecho.
- Debe existir una mínima comprobación de la situación real en que se encuentra la mujer.
- Resulta paradójico acudir a la “protección de la mujer” sin prestar atención a su posición dentro de la situación en que se encuentra.
- La Convención de Belem do Para pretende empoderar a la mujer, y por eso la presencia de la mujer y su opinión, aunque no es vinculante, reviste importancia para analizar los alcances del conflicto, extremos que deben ser valorados por el Ministerio Público Fiscal.

IV. Conclusiones

Los litigios que comprenden casos de violencia en función del género tienen un objetivo dual: por un lado, la investigación que asegure el cese de la violencia y establezca debidamente la responsabilidad de la persona imputada, y por el otro, que el proceso se presente ante la comunidad como un foro apropiado para generar conciencia en torno a la problemática, transformando prácticas judiciales de carácter revictimizante y generando acciones de incidencia pública.

Para que esto suceda se deberán erradicar los estereotipos de género en la actuación jurisdiccional, interpretándose el derecho y valorándose los elementos probatorios con perspectiva de género, siguiéndose los estándares internacionales en la materia.

Por eso, es fundamental visibilizar cómo y en qué medida tanto los instrumentos internacionales como sus órganos de aplicación han contribuido a mejorar y fortalecer normas y prácticas a fin de proteger a las personas víctimas de violencia, implementar eficaces mecanismos de prevención para garantizar su seguridad, y al mismo tiempo promover políticas de no discriminación e igualdad de oportunidades, condiciones y trato.

Siendo conocedores de que la administración de justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos de las mujeres, se debe destacar el rol del poder judicial al enviar mensajes a la sociedad avanzando en la protección y garantía de estos derechos.

Esto exige de la justicia esfuerzos concretos, deliberados e inmediatos para cerrar la brecha entre los compromisos de derechos humanos que se han asumido y la protección plena y real de los mismos.

Hoy en día es tiempo de insistir entre la relación género y justicia, para que la misma sea asumida como una cuestión clave, lográndose de este modo poder recobrar la confianza de la sociedad en nuestro sistema de justicia.

I.- Legislación Nacional y Provincial en Violencia de Género

Al mencionar el marco normativo internacional no podemos dejar de hablar de la normativa local, ya sea nacional o provincial.

Ley Nacional N.º 26.485 -Ley de Protección Integral a las Mujeres - AÑO 2009

Esta ley, sancionada el 11 de marzo de 2009, y promulgada de hecho en abril de 2009, a la cual la provincia de Buenos Aires adhirió en 2012, contiene disposiciones que la misma ley expresa como de orden público, y tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, con ella se amplía el ámbito de violencia, que se extiende a la reproductiva, obstétrica, económica y simbólica.

Su aplicación se ordena para todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal, y en ella, entre otras protecciones, se garantiza la amplitud probatoria. En su decreto reglamentario define qué se considera “discriminación”.

Ley Nacional N.º 26.743 del Derecho a la Identidad de Género.

En ella se define aquello que se entiende, a los efectos legales, por identidad de género. Así manifiesta como tal a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En su art. 13 se especifica que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

Ley Provincial de Violencia Familiar N.º 12.569 – AÑO 2001.

Esta ley, que data originariamente del año 2001, contiene en la actualidad la actualización realizada según Ley N.º 14509, que define en su artículo primero que, a los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende por violencia familiar a toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito.

La ley continúa luego especificando qué se entiende por grupo familiar, extendiendo esta calificación no solo al originado en el matrimonio, sino también en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de algunos de ellos.

De igual modo extiende la aplicación de la ley a los casos en que se ejerza violencia familiar sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja o con quien estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho.

El texto según la Ley N.º 14509, legitima y obliga, en forma expresa, al Ministerio Público de informar de la situación cuando las víctimas fueran menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados que se encuentren imposibilitadas de accionar por sí mismas. Asimismo, obliga a informar a sus representantes legales, a los obligados por alimentos y/o el, como así también quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia y en general, quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar o tengan indicios de que puedan existir.

Ley Provincial de Víctimas N.º 15.232 – 2021. Esta ley fue promulgada el 18 de enero del 2021 y está próxima a ser reglamentada. Resulta ser modificatoria de las Leyes N.º 11.922, Ley N.º 12.256 y Ley N.º 13.634, y se preocupa por establecer la concepción jurídica de lo que se entiende como “víctima”.

Así, a los fines de esta nueva modificación, se considera víctima directa al sujeto pasivo titular del bien jurídico afectado por el delito; víctimas

indirectas a la/s persona/s del grupo familiar originado en el parentesco sea por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad, por matrimonio, unión convivencial y cualquier otro vínculo afectivo, cuando haya convivencia, como asimismo también a los tutores, guardadores o representantes legales; y víctimas colectivas o difusas a las asociaciones y organizaciones de la sociedad civil debidamente constituidas, respecto de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o derechos de incidencia colectiva que se vinculen directamente con su objeto social.

Tres aspectos distintos que configuran afectaciones diferentes por el hecho de la violencia. De tal manera, también, garantiza los derechos de las víctimas en múltiples aspectos, como son los del derecho al asesoramiento jurídico en todas las etapas del proceso penal, derecho a un trato digno, derecho a la información y a ser oídos, protección en los casos de la declaración de niños, niñas y adolescentes. Estos derechos entre otros, son en concordancia con lo establecido en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales, todo ello en resguardo del orden público.

A modo de síntesis final y en lo que respecta a la función recursiva, es preciso, luego de haber efectuado un repaso de la normativa nacional y provincial y de haber observado cuáles han sido las recomendaciones de la CEDAW y de la CIDH, para luego analizar la jurisprudencia de la CIDH en los casos concretos.

Todo ello va a permitir al recurrente articular, si existiere:

1. Arbitrariedad por Inconvencionalidad: para poder invocar tal supuesto hay que tener en cuenta los estándares internacionales a partir del análisis de casos concretos. En ella vamos a poder plantear supuestos relativos a apreciación de prueba, como sería, por ejemplo, la utilización de estereotipos culturales en la valoración de la prueba.

2. Cuestión Federal por Potencial Responsabilidad Internacional del Estado: cuando advertimos que lo resuelto vulnera las obligaciones contraídas por el país.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

TERCERO ENCUESTRO

TERCER ENCUENTRO

A. VALOR DEL PRECEDENTE

En este tercer capítulo, la propuesta es abordar el concepto de “precedente”, observar el valor de la doctrina de la SCBA y por último hablar de la prescripción de los delitos sexuales y ver cómo se articulan ese tipo de recursos.

Lo más valioso del tema de los precedentes, radica en que resulta ser uno de los marcos en los que se adecúan los recursos, en tanto la jurisprudencia refuerza todo alegato, de tal manera que cobra importancia fundamental la fuerza vinculante de aquello que se cita como tal.

I. Concepto de Precedente:

Es la decisión de un caso por un tribunal de justicia al que se considera que provee de ejemplaridad o autoridad para un caso idéntico o similar que aparece posteriormente.

Por lo tanto, precedente es la sentencia que posee un valor vinculante para la resolución de un caso análogo posterior, lo que tendrá proyección para casos futuros que sean similares.

La obligación de seguir un precedente no tiene base normativa en la Constitución de la Nación Argentina y tampoco lo mencionan las leyes, sino que surge de una práctica que, se podría afirmar, proviene del razonamiento y de la argumentación judicial.

De tal forma, que trabajar con precedentes permite tomar distancia de toda arbitrariedad, al limitar la discrecionalidad de los jueces en las decisiones futuras.

II. Principios que dan fundamento y validez al precedente:

- a. Principio de igualdad (no podría concedérseles a algunos, lo que se les niega a otros, artículo 16 de la CN).
- b. Seguridad jurídica: los casos similares deben ser resueltos de manera similar. Este principio no está consagrado expresamente en nuestra Constitución Nacional, pero surge de modo implícito del artículo 33.
- c. Celeridad y economía procesal, ya que si las resoluciones se adecúan a casos análogos se evita la interposición de recursos (se evita dispendio de actividad jurisdiccional).

III. Parte de la sentencia con valor de precedente

Para poder traer una sentencia como precedente es preciso distinguir, dentro de la misma, las partes que la componen. En ese sentido se puede observar que existen dos partes marcadas en una sentencia:

A. HOLDING O RATIO DECIDENDI: que es la regla de derecho necesaria para decidir el caso, aquello que posee el valor vinculante.

B. OBITER DICTUM: es todo aquello que se menciona como “dicho sea de paso”, y en este sentido todo aquello que no es holding, es ratio. A modo de ejemplo se puede citar dentro de esta categoría a lo que se alude con valor complementario, lo que no es necesario para decidir el caso, o aquello que se trae “a mayor abundamiento”.

Esto último no se considera precedente, lo cual indica que, al utilizar una parte de la sentencia para fundar el precedente que se alega, es fundamental atenerse al segmento de la sentencia que se conoce como “ratio decidendi”, solo ella posee el valor vinculante.

IV. Precedente individual o jurisprudencia constante

El primer cuestionamiento que surge es si se requiere un **precedente individual** o una jurisprudencia constante para poder invocar una sentencia en favor de aquello que se alega. En este sentido existen diferentes posturas.

En los países del Common Law, el sistema que rige es el de considerar un solo precedente individual, aislado, sin importar su antigüedad. Se considera que es suficiente para obligar o persuadir una sola sentencia del tribunal superior para que los jueces inferiores estén obligados a ella para resolver en casos similares. No hace falta una continuidad de precedentes uniformes, ni una cantidad de sentencias en igual sentido.

En otros países, como por ejemplo Francia, el precedente citado debe provenir de una **jurisprudencia constante**, o sea que se exige que exista más de una decisión judicial en el mismo sentido para poder hablar de precedente.

En Argentina hay normas procesales en este sentido, se citan a modo de ejemplo.

- El art. 208 de la Constitución de la provincia de Río Negro, que autoriza al superior tribunal a dejar sin efecto una norma cuando la misma hubiera sido declarada inconstitucional en más de 3 ocasiones y por unanimidad.
- El art. 175 de la Constitución de la provincia del Chubut, que exige que el superior tribunal dicte dos precedentes consecutivos o tres alternados en los que declare la inconstitucionalidad de una norma para que esa norma deje de tener vigencia.

Por último, está el sistema mixto, que utiliza ambos criterios, y que se puede afirmar que es el que sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien en varias oportunidades ha hecho mención a la obligatoriedad del precedente aislado y al mismo tiempo se ha referido a necesidad de que exista jurisprudencia constante, de

lo cual podría inducirse cierto reconocimiento de una mayor fuerza a esta última.

V. Tipo de vinculación del precedente

Cuando se menciona el precedente, otro cuestionamiento que surge, además de su individualidad o constancia, es el de las clases de vinculaciones que existen. Al respecto, se distinguen las siguientes:

1. VINCULACIÓN VERTICAL: es el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos superiores respecto de los pronunciamientos de los tribunales inferiores. Es crucial aquí mencionar que los fallos de la Corte Suprema Nacional se imponen a sus inferiores no por su cantidad, por las veces en que se ha repetido una misma cuestión, sino por su CALIDAD, es decir por el órgano que los dictó.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió por primera vez al tema del precedente en su sentencia número 24 del año 1864. El fallo más notable sobre este tema, que de alguna manera marca los límites y alcances del precedente es el conocido como “Cerámica San Lorenzo”, donde la CSJN dijo que existía una obligación moral por parte de los jueces inferiores de seguir sus precedentes, y que, si un juez decidía apartarse, debería dar los fundamentos de su apartamiento.

Al respecto, también sostuvo que los fundamentos que permitían apartarse de un precedente debían ser serios, y en ellos era imperioso alegar la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado por la máxima instancia nacional.

A ese criterio la CSJN lo llamó CARGA ARGUMENTATIVA CALIFICADA, es decir que la fundamentación que tienen que utilizar los jueces inferiores para apartarse de un fundamento, requiere de un planteamiento serio, profundo y que explique acabadamente las razones por las cuales se aparte de esa decisión anterior.

Si no lo hace de este modo, se provocaría un defecto de fundamentación de sentencia, que implica decir que la sentencia carece de fundamentos y es arbitraria. Por ello se exige

- Coherencia
- Prudencia
- Debida fundamentación
- Equidad

Para evitar, así, convertir lo decidido en una sentencia arbitraria, ya que no puede permitirse que dos personas que realizan idénticas conductas sean sancionadas por idéntica ley y sean juzgadas y decididas su situación de manera diversa.

2. VINCULACIÓN INTERNA: es la sujeción de los tribunales a sus propios precedentes.

B. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En la provincia de Buenos Aires se habla de:

I. Doctrina Legal

La que surge de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Es la solución alcanzada por la mayoría del tribunal, respecto de la interpretación del derecho, que debe extenderse a casos análogos. Obliga a los tribunales inferiores de manera indirecta, porque en el caso de no ser aplicada por ellos se habilita la interposición del recurso por arbitrariedad, por ausencia de fundamentación.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires posee la última palabra en interpretación de normas de derecho común, por lo tanto, se deberá

- a. invocar el precedente
- b. y las razones por las cuales es extensible al caso de que se trate.

Para que pueda ser aplicable el precedente al caso que se trae en el deseo de que se aplique, debe existir homogeneidad con los presupuestos fácticos del fallo que se invoca y el que se impugna, lo que implica circunstancias similares. No requiere de repetición o de aplicación uniforme a lo largo del tiempo, sino que basta un solo fallo para conformarla y decir que se está en presencia de la doctrina legal, hasta tanto no sea modificado por otro posterior

II. Doctrina Jurisprudencial

La que surge del Tribunal de Casación. En este sentido, los fallos plenarios del artículo 37 de la Ley N.º 5827 (Ley orgánica del Poder Judicial.) son obligatorios para las Salas del Tribunal de Casación y para los tribunales inferiores.

El único límite que presentan esos fallos plenarios es que pueden ser revisados por la Suprema Corte, como sucedió en el caso “Divito”, en el que se discutía la suspensión de juicio a prueba y la pena de inhabilitación.

En este fallo, existía un plenario de Casación que decía que podía concederse, mientras que la Corte de Provincia dijo que cuando el delito previera pena de inhabilitación no procede la suspensión del juicio a prueba, de manera tal que se manifestó contraria a la procedencia de dicho beneficio en los delitos conminados con inhabilitación.

Así, los fallos plenarios solo serán obligatorios hasta que la SCBA tome una decisión en contrario.

C. REFUTACIÓN A LAS PRINCIPALES CRÍTICAS CON RELACIÓN A LA OBLIGATORIEDAD DE LOS PROCEDENTES

Existen posturas, fundadas en diversos razonamientos, para no adecuar los pronunciamientos a los precedentes. En este punto se señalan algunas de ellas y la refutación de las mismas.

I. Atenta contra la independencia judicial

Algunos autores sostienen que seguir el precedente atentaría contra la independencia judicial. Sin embargo, debería recordarse que la independencia judicial no es una garantía de los jueces, sino una garantía establecida para los ciudadanos, cuya finalidad es la de lograr la imparcialidad del juzgador, es decir que los conflictos sean resueltos por un tribunal neutral, que decida teniendo en cuenta las normas previamente dictadas por el legislador y no en función de la voluntad individual de los jueces. De tal manera que manejarse con precedentes reduce el margen de discrecionalidad y el margen de parcialidad judicial.

II. Atenta contra el principio de división de poderes

Estas posturas sostienen que, al trabajar con precedentes, el Poder Judicial se estaría arrogando facultades legislativas, particularmente cuando los efectos de una sentencia no se limitan al caso concreto, sino que tienen implicancia en casos futuros. Sin embargo, los jueces al fallar no crean derecho, sino que solo clarifican el significado del derecho vigente. En una sentencia no se legisla, sino que se interpreta la ley existente.

III. Mención especial de la CSJN en materia de precedentes: Caso Farina

Para cerrar el tema de los precedentes, es interesante prestar atención a uno de los últimos casos en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el instituto de la prescripción en la provincia de Buenos Aires, fue el caso

Farina (2019), en el que se mencionó específicamente el alcance del artículo 67 inciso “e” del Código Penal en cuanto enumera como acto interruptivos de la prescripción: “el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme”.

A grandes rasgos, la CSJN resolvió que las sentencias que confirmaban y revisaban “en lo sustancial” no tendrían efectos interruptivos. La única sentencia que interrumpe es la de primera instancia.

En ese fallo, la CSJN habló de la obligatoriedad de lo decidido respecto a esa doctrina de la prescripción plasmada en su sentencia, afirmando que era obligatorio para todos los tribunales de la provincia.

Agregó que la obligación de acatar y respetar la doctrina constitucional plasmada en sus sentencias se extendía a todos los tribunales porque las decisiones que adopta la Corte Suprema de Justicia de la Nación son de cumplimiento inexcusable para todos los tribunales inferiores que no pueden desconocerla, especialmente cuando se deban resolver casos sustancialmente análogos como la mejor manera de asegurar la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad en las instituciones.

En conclusión, los jueces inferiores deben conformar sus decisiones a las sentencias de la CSJN dictada en casos similares. Y, lo más importante, en el caso en que las sentencias de los tribunales inferiores se apartasen de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por la CSJN, esa sentencia carece de fundamentos.

Por lo tanto, instruyó a la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires a que, en lo sucesivo, tanto ella como los demás tribunales de la provincia, recepten tal doctrina adecuándose a la misma.

D. INVOCACIÓN DEL PRECEDENTE EN UN RECURSO

Para poder aplicar un precedente, como parte de la técnica recursiva práctica, es preciso:

1. Analizar los hechos de la resolución anterior
2. Distinguir si existe coincidencia con los hechos que se están juzgando, ya que para poder aplicar un precedente los conflictos deben ser de características similares.

En este punto es sustancial recordar que, si la sentencia que se está impugnando no coincide con los fundamentos del precedente que se invoca, dará causal a la arbitrariedad de sentencia (sentencia con ausencia de fundamentación), lo que habilitará a la vía recursiva.

E. RECOMENDACIONES DE TÉCNICAS RECURSIVAS

En documentos anexos al presente se encuentran citadas sentencias del Tribunal de Casación y sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en referencia a planteos que ha hecho el Ministerio Público Fiscal y que han sido favorables a esta parte, por lo que constituyen y se presentan como precedentes.

La aplicación de estos conceptos, que se vuelven progresivos a medida que avanza este taller de Técnica Recursiva, a los casos concretos en los que intervienen los agentes judiciales, exigen que en este punto se recurra a una especie de ejercitación práctica que enumere, en forma didáctica, las pautas básicas a tener en cuenta al estructurar un recurso.

Se trata de enumerar y mencionar los pasos a dar, en forma genérica, en cualquiera de los recursos que se quieran plantear. ya sea un recurso de apelación, un

recurso de casación, un recurso ante la corte de provincia, etc. En el caso se tomó como ejemplo un supuesto en el cual el fiscal desee recurrir una sentencia porque considera que es arbitraria.

Las primeras recomendaciones prácticas, emanadas de la experiencia recursiva, que pueden asegurar el éxito recursivo de la presentación, ante la recepción del mismo, son:

1. **Brevedad:** la precisión técnica es mucho más apreciada que extensos parlamentos que confunden, aburren y terminan siendo inconsistentes.
2. **Orden expositivo:** la organización interna de la exposición del recurso debe poseer una exposición temática que abordaremos a continuación, con el objeto de asegurar su presentación exitosa.

a. Con respecto a la admisibilidad

Efectivamente, la primera parte del recurso se referirá a la admisibilidad, porque para la apertura de la vía es preciso tener presente las razones que por las que es posible presentar el recurso, en especial teniendo en cuenta que la legitimación del Ministerio Público es sólo legal, es decir que no es constitucional, y que por lo tanto ese examen va a ser más estricto y más riguroso, lo que obliga a ser puntillosos en explicar las razones que permiten recurrir al MPBA.

Por ello, en este caso. lo primero a tener presente es que el Ministerio Público puede recurrir porque es garante del debido proceso.

I. Impugnabilidad subjetiva:

A. Explica las razones que habilitan a plantear el recurso, se puede recurrir como garantes del debido proceso. La mención debe ser expresa, manifestar que tanto

la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires han dicho que “asegurar la vigencia del debido proceso es una facultad del Ministerio Público Fiscal”.

También es conveniente expresar que se recurre en búsqueda de una recta administración de justicia, por la igualdad de armas y porque se posee el derecho a la jurisdicción, es decir de acudir a los órganos jurisdiccionales en procura de justicia y porque se tiene la posibilidad de utilizar todos los medios que el legislador puso al alcance para este organismo, que de desconocerse esto último los jueces se estarían arrogando facultades legislativas.

B. Citar la jurisprudencia de la CSJN que habilita la potestad recursiva. Dicho esto, como apertura debería referenciarse algunos fallos del Tribunal Superior, como podrán ser Otto Wald, Mattei y Arce.

II. Impugnabilidad objetiva:

Aquí ya no se habla, como en el apartado anterior, acerca de por qué es posible recurrir, sino qué es lo que se va a recurrir, es realmente trascendente hacer expresa referencia a la resolución que se está recurriendo.

a. Si es sentencia definitiva: se recurrirá al concepto que da el art. 482.

b. Si se recurre una sentencia equiparable a definitiva: hay que demostrar la urgencia en el tratamiento del agravio, de manera que sí o sí habrá que relacionar con los conceptos que se vieron anteriormente.

Esto debe ser relacionado con los conceptos de:

1. Tutela judicial efectiva (agravio de tardía o insuficiente reparación ulterior). Se exige consideración inmediata.

2. Justicia pronta: dentro de un plazo razonable.

b. Sobre el fondo

Sobre el fondo de la cuestión, recordar que el ejemplo sobre el cual se está trabajando es el del recurso de arbitrariedad de sentencia, con lo que, lo primero que sería de buena práctica hacer es mencionar el concepto de arbitrariedad, esto es, sostener que la sentencia no es una razonable derivación del del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

1. Dar el concepto de arbitrariedad.

2. Explicar que esta doctrina también ampara al Ministerio Público Fiscal. Para ello es primordial recurrir a los FALLOS CSJN 299:17; 331:207; 311:948; 313:559 y 321:1909.

3. Fundamentar por qué la arbitrariedad provoca cuestión federal. En este sentido, hacer referencia a las normas constitucionales que tal forma de sentenciar ocasiona. Como ejemplo:

a. no satisface los requisitos del debido proceso (artículos 18 y 33 CN).

b. cuando la sentencia es injusta se vuelve inconstitucional, porque el Preámbulo habla de “afianzar la justicia”.

c. Atenta contra la razonabilidad de los actos de gobierno (artículo 28 CN).

d. Atenta contra la división de poderes, porque al dictar estas sentencias el Poder Judicial desnaturaliza su función.

e. Atenta contra el orden republicano, el pueblo tiene derecho a controlar los

actos, ya que el juez ejerce su jurisdicción por delegación de la soberanía popular.

La conclusión debe ser que una sentencia arbitraria no constituye una sentencia constitucional y así se ha expresado la Corte de Justicia de la Nación.

4. Hace referencia al déficit y a la entidad del déficit. Aquí ya habría que relacionar con las constancias de la causa. ¿Qué se quiere demostrar? Si fuera una arbitrariedad fáctica: se podría argumentar diciendo que:

- a.** se prescindió de prueba decisiva
- b.** se invocó prueba inexistente
- c.** que lo resuelto se contradice con las constancias de la causa
- d.** que no está fundamentada la conclusión, basándose solo en afirmaciones dogmáticas (se conoce como fundamento aparente).
- e.** que la decisión se aparta del buen sentido o de la sana crítica
- f.** que el análisis que se efectuó de la prueba fue parcial y aislado, y que no se armonizaron las pruebas en su conjunto
- g.** que lo decidido se basa en la mera voluntad de los jueces
- h.** que lo decidido se aparta de las leyes de la lógica y la experiencia
- i.** que se omitió el tratamiento de cuestiones decisivas o sustanciales.

Para plantear estos supuestos de arbitrariedad fáctica se deben tener siempre presentes los requisitos de la motivación judicial, los cuales pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. SUFICIENCIA: el juez debe exponer las razones de lo que concluye, debe justificar su decisión.

2. LEGITIMIDAD: la prueba que se utilice debe ser válida.

3. RACIONALIDAD: la motivación debe ser coherente (sin contradicciones).

4. Referir las razones por las cuales el planteo debe ser tratado por el tribunal donde interpongo el recurso, en otras palabras, acudir a la obligatoriedad del tratamiento, dicho por la CSJN, como sucedió en los casos Strada, Di Mascio, Cristhou.

Esto es fundamental, ya que en este punto se hace referencia a las razones que justifican que el planteo tenga que ser tratado por el órgano al cual se está acudiendo, ya que si se está invocando una cuestión federal la Corte de Nación tiene dicho que los tribunales inferiores tienen que abocarse a su tratamiento.

Por ello:

a. No se trata de copiar los fundamentos de la acusación y los de la sentencia sin contraponerlos.

b. Rebatir los fundamentos de la sentencia.

c. Se requiere de lógica argumentativa: acreditar fehacientemente lo que se invoca.

Es preciso demostrar la infracción, el perjuicio que provoca esa infracción e indicar también la solución que se pretende. A modo de recomendación, al estructurar

un recurso es de buena práctica realizar dos síntesis, una al comienzo y otra al final, porque esto facilita mucho la lectura.

La del comienzo debería señalar la posición que se sostiene y de lo que se indicará, es decir lo que se alega, lo que favorece la comprensión del argumento, además de la lectura del recurso. Por último, una síntesis al final con un resumen y con la petición.

No olvidar plantear la Cuestión Federal, basta recordar que este planteo no requiere de fórmulas sacramentales, pero es necesario poner de manifiesto la relación entre lo decidido y las cuestiones constitucionales que están siendo lesionadas.

Modelos de presentación de la Cuestión federal

A continuación, se facilitan dos posibles modelos a los que puede recurrirse al redactar el texto recursivo, a los fines de plantear la cuestión federal.

1. Cuestión federal por sentencia arbitraria:

“Como corolario dejo planteado el caso federal en los términos del artículo 14 de la ley 48 para acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud del hipotético caso de que V.E. desestimara el presente remedio, confirmando así la posición del Tribunal inferior, supuesto en el que quedaría plasmada la arbitrariedad del pronunciamiento no satisfaciendo los requisitos del debido proceso adjetivo (artículo 18 de la Constitución Nacional).”

La arbitrariedad de sentencia quebranta la pirámide jurídica establecida por el art. 31 de la C.N. en tanto afecta seriamente el debido proceso, la correcta administración de justicia y el régimen republicano de gobierno que exige que todo acto de autoridad pública sea fundado (arts. 1, 18 y 5 de la C.N.), lo cual constituye cuestión federal suficiente.”

2. Cuestión federal por potencial responsabilidad internacional del Estado:

“Para el caso de ser desestimado el presente remedio, dejo formalmente planteado el Caso Federal para acudir mediante la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha vía queda habilitada toda vez que lo resuelto importa arbitrariedad al mediar un manifiesto apartamiento del marco normativo establecido en el Código Penal de la Nación en punto a la normativa aludida, lo que implica un quebrantamiento pretoriano de la pirámide jurídica establecida por el art. 31 de la Carta Magna a la par que una violación de lo dispuesto por los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional; 1, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 2 incs. c y d y 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2 inc. c, 7 incs. a y e y 9 de la Convención de Belem do Para, 19.1 de la Convención de los derechos del niño”.

“De igual modo, la gravedad de la vulneración producida a derechos fundamentales ameritaría que, agotadas las instancias internas sin que se produzcan modificaciones al fallo, el caso pudiera ser llevado a conocimiento de órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, por violación a la Convención de los Derechos del Niño, la Cedaw y la Convención Belén do Pará, con la consiguiente Responsabilidad del Estado Argentino por su incumplimiento.”

Es valioso en este punto destacar que, para la mayoría de las Salas -en Casación (al momento de presentarse el dictamen por el Fiscal) no se pueden ampliar los motivos de agravios. Lo único que se permite es la ampliación de los fundamentos -pero siempre- sobre los agravios interpuestos. De manera tal que, de existir un déficit anterior, no podría ser subsanado en esta instancia.

Es fundamental comprender que en un mismo recurso se puede invocar:

- arbitrariedad fáctica
- arbitrariedad por inconveniencia: en ese caso, se hará referencia a los estándares internacionales, trayendo lo resuelto por la CIDH y explicando porque impacta en la resolución del presente caso.
- cuestión federal por potencial responsabilidad del Estado: cuando invoque las normas y prácticas internacionales que -al fallar de ese modo- no están siendo cumplidas.

F. SENTENCIAS CON RECEPCIÓN FAVORABLE A RECURSOS INTERPUESTOS POR EL MPF

Dentro del material que conforma el presente cuaderno, se encuentran varias sentencias tanto del Tribunal de Casación, como de la doctrina de la Suprema Corte de provincia, en los que se hace lugar a los mismos.

A modo de ejemplo citaremos:

I. Recurso contra absoluciones

Hace lugar cuando se demuestra que la sentencia absolutoria es arbitraria, descalificándose al pronunciamiento como un acto jurisdiccional válido ya sea porque:

- a. fraccionó la prueba, realizando un examen superficial.
- b. se apartó de las constancias de la causa.
- c. porque no explica por qué descarta la hipótesis acusatoria, ni la refuta
- d. porque lo decidido se basa en abstracciones que no tienen apoyadura científica

e. cuando la prueba no se analiza en su conjunto, sino que se consideran los diferentes indicios como compartimientos estancos

f. porque omite evaluar prueba decisiva (ya que si bien los jueces no están obligados a tratar todas las pruebas) su exclusión -en una prueba esencial- debe ser motivada, sino la sentencia es arbitraria.

g. porque la sentencia es auto contradictoria (ejemplo: tilda de sólido el testimonio y luego descrea del mismo).

i. cuando hay una incompatibilidad entre la significación legal atribuida y los hechos.

II. Recursos referidos a la valoración probatoria en delitos contra la integridad sexual. Casos donde se planteó:

a. Arbitrariedad por inconventionalidad.

b. Cuestión federal por potencial responsabilidad internacional del Estado.

En la Casación, que es donde más ingresa sobre el fondo, se resolvió que se debe adecuar lo resuelto para evitar potencial responsabilidad internacional del Estado.

Los ejemplos que se mencionan a continuación, manifiestan con claridad como lo decidido va en línea con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizadas en el capítulo anterior, en las que el Estado argentino se comprometió a:

a. Erradicar las concepciones estereotipadas. Los estereotipos provocan violencia institucional.

b. No minimizar o rechazar los antecedentes e indicadores de violencia de género;

- c. No juzgar a la víctima, sino a los victimarios. No se puede considerar la personalidad de la víctima o su pasado sexual.
- d. Para apartarse de los dictámenes periciales se debe fundamentar
- e. Sobre las contradicciones efectuadas por la víctima en su primera declaración (hecho traumático y pudoroso).
- f. Retracción de las víctimas -tener en cuenta la extrema vulnerabilidad-, el contexto y los ciclos de la violencia.
- g. La ausencia de lesiones no prueba que el hecho no haya existido.
- h. Con respecto a niños víctimas: exigir precisión en el relato (detalles pormenorizados) vulnera el derecho a ser oído.
- i. Declaración de la víctima como prueba basal de la condena.

III. Único testimonio. Exigencias para su valoración.

Cuando la prueba está sostenida en un único testimonio, se exigen ciertas características para que dicho testimonio pueda ser considerado como la prueba basal de la condena. Estas son:

CREDIBILIDAD SUBJETIVA: inexistencia de móviles espurios o abyectos, en función de las relaciones anteriores con los acusados, (odio, resentimiento, venganza o enemistad).

CREDIBILIDAD OBJETIVA: debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN: lo que incluye: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

Con respecto a este tema, es oportuno analizar la sentencia del Tribunal de Casación en la que recientemente se ha mencionado el tema de los estereotipos y las situaciones de vulnerabilidad del imputado. En la causa “Rosalía Reyes”, en la que la mujer había sido condenada por homicidio calificado mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, la defensa plantea un recurso en el que interesa destacar el voto del Dr. Carral.

En febrero de 2020, Rosalía Reyes había sido condenada a la pena de 8 años por haber sido considerada autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. El hecho había sido cometido en perjuicio de su bebé recién nacida, la cual fallece producto de las conductas omisivas de la imputada quien no le proporcionó los cuidados necesarios.

Al llegar a la Casación, el tribunal resolvió:

1. Que no se evaluó debidamente el contexto de vulnerabilidad de la mujer, el que debió ser evaluado para interpretar y juzgar los hechos: condiciones personales, familiares, sociales y económicas de la madre.

Hizo hincapié -concretamente-: en las condiciones de la imputada: a) Dificultades socio económicas, b) Acceso limitado a la educación, c) Relaciones afectivas signadas por la violencia, el abandono y la desprotección, d) Condición de madre soltera y e) En una zona rural

2. Recordó que era una obligación de los jueces utilizar la perspectiva de género en el análisis de la normativa, para crear un derecho igualitario e inclusivo.

3. Entendió que se utilizaron estereotipos al juzgar, como el de “buena madre”, refiriéndose al rol maternal, madre abnegada como aquella que se niega a sí misma en favor de su familia, y ciudadana con derechos de segunda categoría.

El Dr. Carral, en su voto, enfatizó sobre el contexto de vulnerabilidad en que se encontraba esta persona y se refirió a que, en estos casos, al evaluar estos supuestos, esto debe ser considerado para interpretar y juzgar los hechos, en otras palabras, es fundamental determinar si la persona se encontraba en condiciones de vulnerabilidad, tanto personales como familiares, sociales y económicas.

En su análisis, hizo referencia específica a las condiciones de la imputada, mencionó las dificultades socioeconómicas por las que atravesaba la misma, el acceso limitado a la educación que poseía, las relaciones afectivas que durante toda su vida habían sido signadas por la violencia y por el abandono, su condición de madre soltera, el lugar donde vivía al momento (zona rural de difícil acceso) y recordó que los jueces tenían la obligación de trabajar en casos similares al de marras con perspectiva de género, para crear un derecho igualitario e inclusivo.

También se refirió a los estereotipos, en el caso se hablaba del “estereotipo de buena madre”, o del rol maternal en referencia a la madre abnegada que se niega a sí misma en favor de su familia, al tiempo que tuvo en cuenta que la mujer, concebida en esos términos, era una ciudadana con derechos de segunda categoría.

Circunstancias todas que conforman esa condición de vulnerabilidad mencionada y el juzgamiento mediante estereotipos

G. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN ABUSOS SEXUALES Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

I. Normativa Nacional

La manera de articular cualquier recurso relacionado con el abuso sexual presenta un planteo trascendental, un conflicto acerca del principio constitucional de legalidad, que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes más gravosas.

Sobre este tema es necesario tener en cuenta la presencia de las siguientes leyes:

Ley N.º 26705, (año 2011), conocida como “ley Piazza”, que establece que el plazo de la prescripción de estos delitos comienza a correr desde la medianoche del día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad.

Ley N.º 27206, (año 2015), conocida como “ley de respeto a los tiempos de la víctima”, que expresa que el plazo comienza a correr cuando la víctima llega a la mayoría de edad y cuando “hace la denuncia”. Los dos requisitos deben ser cumplidos: mayoría de edad y denuncia. Esto significa que, si la víctima decide denunciar a los 30 años, a partir de allí comienza a correr el plazo.

El motivo que acompañó a ambos proyectos de ley fue el de adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales. El problema se presenta en el análisis de los casos que ocurrieron cuando no estaban vigentes estas leyes, esto es, los hechos ocurridos antes del 2011.

Aquí es necesario tener presente que la CSJN dijo -en 1973- que los cambios en los plazos de la prescripción estaban alcanzados por el principio de legalidad -artículo 18 CN- por lo que leyes que prolonguen esos plazos o que sean más perjudiciales no se pueden aplicar retroactivamente, lo que expresa la Corte es que no se podría aplicar retroactivamente una ley que no sea más favorable al imputado. Aparece, en este punto, el primer inconveniente.

Pero sucede que el principio de legalidad debe ser sopesado con la dignidad del menor, es decir deberá tenerse en cuenta o habrá que poner el foco en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el estado argentino en lo que respecta a adecuar la investigación, juzgamiento y sanción de estos hechos, o, dicho de otro modo, la obligación de actuar con la debida diligencia.

Los fundamentos de los recursos desde la óptica del Ministerio Público para poder abordar esta cuestión.

1. No se trata de aplicar retroactivamente las leyes vigentes (porque eso lesiona el principio de legalidad). Lo que se pretende, es que se aplique el régimen de la acción penal de forma compatible con los derechos convencionales y constitucionales. Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a concurrir a un órgano judicial en procura de la tutela de las garantías vulneradas.

En pos de evitar la responsabilidad internacional del Estado, al no dar efectiva respuesta en casos de abusos sexuales cometidos en perjuicios de niños cometidos con alto grado de vulnerabilidad y desprotección. Aquí resulta oportuno recordar que el Estado tiene obligación de dar acceso efectivo, rápido y sencillo a la administración de justicia.

2. Es de buena técnica recursiva comenzar remarcando y citando las normas convencionales vigentes al momento de los hechos, las cuales obligan a que deban removerse todos los obstáculos internos, tal como lo sostiene la Convención de Viena, para la investigación de delitos que involucren violencia contra la mujer o contra niños. Se trata del principio según el cual una norma superior no podría ser una excusa para no cumplir con una Convención Internacional. De existir una norma inferior de cumplimiento inferior local, deberá removerse en función de normas que son superiores a los artículos del código penal y ese será el fundamento.

II. Marco Convencional

De tal manera que el marco convencional a invocar será:

- a. Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Ley N.º 23.053, el 1 de marzo de 1984 (Derecho de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva ante violación de derechos fundamentales).
- b. CEDAW, Ley N.º 23.179 del año 1985.
- c. Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Ley N.º 23.849, el 27 de septiembre de 1990; (Interés superior del niño, tutela judicial efectiva)
- d. Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Ley N.º 24.632, año 1996).
- e. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad (2008).

Por lo tanto, la primera argumentación que se puede hacer en clave recursiva será la violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, y esto se debe a que:

- a. Los derechos humanos reconocidos convencionalmente son operativos.
- b. No pueden existir obstáculos de derecho interno para evitar su aplicación -en el caso las normas que regulan la prescripción- (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 27).
- c. Vulneración al principio de supremacía constitucional. En atención al principio de supremacía constitucional (artículo 31 CN) las normas de inferior jerarquía

deben ser interpretadas de tal modo que no violenten normas de superior jerarquía. Por lo tanto, una norma de menor jerarquía (artículo 62 del CP) no puede ser invocada para incumplir con las obligaciones internacionales (artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Las normas internas sobre prescripción son contrarias a los principios supranacionales.

d. Se debe hacer hincapié en el apartamiento de la doctrina legal de la CSJN y de la CIDH sobre la operatividad y exigibilidad de los Tratados de Derechos Humanos.

Doctrina de la CSJN: “Los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos resultan operativos, y las obligaciones que surgen de ellos son exigibles independientemente de una ley que las reglamente en el orden interno”. (CSJN RIZZO Fallos 315:1492).

Doctrina de la CIDH: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces (como parte del aparato del Estado) también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.” (Fallo *Almocid vs. Chile*, sentencia del 26/09/06 y reafirmada en *Trabajadores Cesados de Perú*, sentencia del 24/11/2016).

e. Recordar las obligaciones asumidas por el Estado argentino, las cuales son:

- Investigar con la debida diligencia
- Sancionar la violencia contra las mujeres
- Garantizar el acceso a procedimientos legales, justos y eficaces
- Proteger a los niños contra toda forma de abuso sexual
- Otorgar a las víctimas la tutela judicial continua y efectiva
- Plantear la superioridad de los derechos del niño:
-

Entonces: las normas internas relativas a la prescripción de la acción penal deben ser delimitadas a fin de resguardar derechos de mayor jerarquía. Es importante,

también, hacer hincapié a la razón por el cual las víctimas no denunciaron antes, las cuales pueden ser por su triple condición de vulnerabilidad: su edad, género y condición de victimización temprana (100 Reglas de Brasilia), lo que no significa que por la ausencia de denuncia temprana hayan dejado de vivenciar el conflicto

Las consecuencias de decidirlo de otro modo, esto es, de que se mantenga la prescripción en estos casos, garantizaría la impunidad de estas graves violaciones de derechos humanos al tiempo de que no se satisfacen las expectativas de la víctima y de la sociedad toda de acceder al derecho a la verdad. Una vez más, la voz de las víctimas quedaría silenciada y esto podría provocar violencia institucional, tal como lo sostuvo la CIDH en “María da Penha”. Esto también provoca una actuación que no cumple con el postulado de actuar con la debida diligencia.

La situación actual en la provincia de Buenos Aires, en este tema, es que se está a la espera de que se resuelvan los recursos presentados, tanto por parte de la Suprema Corte de la provincia, como de la Corte de Justicia de la Nación, que aún no han dictado un fallo en este sentido. Al no tener una sentencia de los tribunales superiores sucede que están existiendo sentencias contradictorias en todo el país sobre el mismo tema lo que también vulnera el principio de igualdad y afecta la certeza jurídica, ante la imprevisión de las decisiones.

Los tribunales que receptan la postura aquí esgrimida sostienen que los hechos anteriores al año 2011 pueden y deben investigarse, aun cuando haya transcurrido el plazo de prescripción. Esto lo hacen de tres modos:

1. Aplicando retroactivamente las leyes del año 2011 y del año 2015.
2. Sosteniendo que la regulación de la prescripción anterior al año 2011 violaba las convenciones internacionales, y por lo tanto era inválida.
3. Considerando que los abusos sexuales cometidos contra menores constituyen “graves violaciones a los derechos humanos”, y -entonces- argumentan con

jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en cuanto resolviera la imprescriptibilidad de los delitos en estos casos. A esta postura se la cuestiona, ya que se considera que los delitos comunes de abusos no integrarían la categoría de graves violaciones a los derechos humanos, quedando reservada esta categoría para los casos en los que aparecieran como imputados agentes estatales en delitos tales como tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial

Ante esta situación, y en tanto se resuelva, lo que está ocurriendo es que están intentando llevar a cabo los llamados “juicios de la verdad”. Dichos juicios se llevaron adelante en nuestro país cuando todavía estaban vigentes las leyes de punto final y obediencia debida (que imposibilitaban la investigación de estos delitos), para dar respuesta a las graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar.

Entonces, algunos tribunales les reconocen a las víctimas un derecho a la verdad, de acuerdo al precedente “Funes”, de la CSJN del año 2014. Ellos sostienen que los hechos tienen que investigarse para que se pueda saber qué pasó, por más que no pueda aplicarse una sanción, porque la víctima necesita conseguir algo de reparación.

El Tribunal de Casación aún no se expidió en forma expresa sobre este tema, solo puede inferirse del precedente “Ruvituso” (causa N.º 97.344), en donde el juez Carral expresó que podía resultar necesario que se evaluaran las circunstancias de los sucesos con relación a la obligación del Estado de asegurar el derecho a conocer la verdad de los hechos.

III. Doctrina de la SCBA

Es fundamental tener presente la doctrina de la SCBA que ha beneficiado los planteos articulados por el MPBA, a fin de articular las vías recursivas por aquello que se expuso anteriormente acerca de la sentencia que se aparta de la doctrina legal sin fundamentar adecuadamente.

Es crucial recordar que el apartamiento es una causal de ausencia de fundamentación y por ende de arbitrariedad, por ello se impone conocer la doctrina legal de la Corte, en especial en este tema de fondo donde tiene la última palabra. Solamente se mencionarán temáticamente.

Existe doctrina legal de la SCBA sobre:

- La delimitación de los conceptos de alevosía y ensañamiento
- La configuración del homicidio criminis causae y los supuestos de coautoría
- Los requisitos objetivos y subjetivos del homicidio, cometido con el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc.6 CPN)
- La imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba, ya sea en delitos con pena de inhabilitación, en delitos enmarcados en violencia de género, en delitos de desobediencia y sobre el concepto de vínculo de pareja (es interesante cómo la corte fijó el concepto de vínculo de pareja).
- La aplicación del art. 41 quáter del Código Penal, en cuanto al agravante referida a la intervención de los menores.
- Con relación a la aplicación de la accesoria del artículo 52 del CP a los homicidios calificados del art. 80 CP.
- La constitucionalidad del artículo 14 del CP referido a la libertad condicional y los delitos excluidos.
- La sobre la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión ante la ausencia de cláusula de equivalencia.
- La declaración de reincidencia y que no se requiere el tiempo mínimo del cumplimiento de penas.
- La posibilidad de computar la reincidencia y las condenas anteriores que no agravan la doble de valoración prohibida
- El delito de tenencia de armas y los supuestos en los cuales el arma se hallaba descargada.
- El delito de corrupción de menores
- La posibilidad de condenar ante la presencia de un testimonio único de un

único testimonio.

- Los parámetros para evaluar la credibilidad del testimonio en menores, es decir en víctimas contra la integridad sexual.
- Cómo se debe juzgar con perspectiva de género
- La improcedencia de las circunstancias extraordinarias de atenuación en violencia de género

H. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MPBA

A cargo de Nazareno Capaccio

Recientemente, la corte provincial se pronunció en el caso “Colman” (causa P.117.199, sentencia del 21 de junio de 2020), en el cual se resolvió algo trascendente en materia de legitimación recursiva para el acusador –sea privado o público– en el proceso penal.

A fin de entender ese precedente, cabe tener presente que en primera instancia los imputados (hermanos Colman) fueron condenados por el artículo 165 del Código Penal. El Tribunal de Casación Penal confirmó ese pronunciamiento y el particular damnificado interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, pretendiendo que sean condenados por el delito homicidio calificado (art. 80 inc. 7 del CP).

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires resolvió hacer lugar a ese recurso, recalificó la calificación legal conforme lo solicitara el impugnante y, al ser una pena indivisible, aplicó prisión perpetua.

Como se observa, la calificación legal y las penas más gravosas para los imputados fueron impuestas por primera vez en el proceso penal por el máximo tribunal local, situación que llevó a la defensa a interponer recurso extraordinario federal y, por vía de queja, accedió a la Corte Federal. Fue allí que se resolvió, remitiéndose a los

precedentes “Chambla” y “Duarte”, de ese mismo tribunal, que debía garantizarse la revisión amplia del fallo que dictó la corte provincial.

En el caso “Duarte”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación procuró garantizar la revisión de la condena dictada por la Cámara Federal de Casación Penal al haber revocado la absolución que había dispuesto el Tribunal de instancia.

En “Chambla” se dispuso la aplicación de la misma doctrina; sin embargo, el dictamen de la Procuración General pone de relieve que la sentencia condenatoria de la Cámara en lo Criminal de Neuquén, dictada en orden al delito de homicidio en riña, fue modificada por el Tribunal Superior de Justicia de esa jurisdicción a la de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad.

En este antecedente, entonces, se adoptó la misma decisión que en “Duarte”, aunque difería la situación de hecho, en tanto la sentencia del superior tribunal de la causa mutó la calificación y la pena en base a la aplicación de una figura más gravosa que la tenida en cuenta en la instancia de mérito.

Volviendo al caso “Colman”, y en vista de lo resuelto por la Corte Federal, la Suprema Corte de Justicia, entendió que no resulta idóneo efectuar una agravación de condena en sede extraordinaria y que el derecho a la tutela judicial tiene como límite el derecho a la doble conformidad judicial.

A fuerza de ser reiterativo, la particularidad en “Colman”, respecto a los precedentes citados, es que el agravamiento se produce en la corte provincial y no en la Casación o en una Cámara de Apelación; es decir, ya se habían transitado dos instancias que confirmaron la calificación legal y la pena.

De este modo, la corte provincial entendió que no existían previsiones legales que posibilitaran controlar las sentencias por ella dictadas y si aún se intentara garantizar esa revisión quedaría desnaturalizada otra garantía, como lo es la sustanciación de un proceso sin dilaciones indebidas. Por otro lado, sostuvo que

debía eliminarse la legitimidad recursiva del acusador, sea público o privado, cuando se abasteció el doble conforme judicial.

La explicación que da el Superior a este recorte de la actividad recursiva del Ministerio Público Fiscal se fundó en que el esquema recursivo permite al acusador un recurso extraordinario frente a la doble conformidad judicial, en tanto su legitimación sólo está limitada por las disposiciones procesales generales y particulares del Código Procesal Penal.

Consideró que la forma de instrumentar una solución compatible a lo resuelto por la Corte Federal en ese caso, es entender que no es dable que el Ministerio Público Fiscal y el particular damnificado cuenten con legitimación recursiva, una vez que las personas sometidas a proceso hayan alcanzado la doble conformidad judicial respecto de la calificación legal y la pena, en tanto que, si hubiese que ponderar la doble conformidad y los derechos que le asisten al acusador, no hay duda que el doble conforme posee mayor intensidad protectoria que el derecho al acceso a la jurisdicción.

De esta forma, la corte está eliminando un recurso que tiene el Ministerio Público Fiscal a su favor y que fue otorgado por el legislador bonaerense; en efecto, el precedente “Colman” de la corte local estaría suplantando ese diseño legislativo.

Respecto a la garantía de la doble conformidad judicial, se la ha entendido como el derecho a una revisión amplia por parte de los tribunales de alzada, pero no hay organismo jurisdiccional alguno que considere que tal garantía funciona como un limitador de legitimaciones recursivas.

Estos fallos, como otros de la Corte Federal (como por ejemplo “Strada” y “Di Mascio”), obligan a repensar el sistema recursivo en la provincia de Buenos Aires, a fin de evitar diversas falencias que se están manifestando en la práctica.

Asimismo, y sobre esta misma temática, la corte provincial dictó dos pronunciamientos que van dando contorno al ya citado fallo “Colman”; ellos son “Peñalba” y “Verón”. El primero es una remisión a los argumentos del fallo “Colman” pero con la singularidad que en ese proceso el recurrente era el Ministerio Público Fiscal.

Ya en el precedente “Verón” queda claro que la Corte avanza un poco más en esta idea de recortar la legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal.

Allí, la Corte aclaró que si las cuestiones federales tienden a revertir la calificación legal tampoco procedería la legitimidad recursiva, lo que acrecienta el desconcierto de la doctrina elaborada, pues las posibles cuestiones federales a plantear quedarían sumamente restringidas.

Frente a este cuadro, dichos precedentes deben tomarse de modo muy cauteloso y prudente porque también se han articulado recursos federales frente a esas resoluciones de la Corte local; habrá que ver qué es lo que dice la Corte Federal sobre esta interpretación que hace la Corte provincial.

Es conveniente traer estos fallos porque las Fiscalías Generales y la Fiscalía de Casación deben conocer esta jurisprudencia y articular de antemano argumentos tendientes a demostrar la legitimidad en el recurso, en casos similares al comentado.

En conclusión, la doctrina elaborada por la Corte local a partir del precedente “Colman” no está firme y resta conocer la opinión de la Corte Federal. Aquí empieza un camino que es interesante observar hacia dónde conduce, y tenerlo presente ante la presentación de un recurso.

I. Recursividad del Ministerio Público en el tema de Responsabilidad juvenil

La legitimidad recursiva del Ministerio Público Fiscal en el fuero de responsabilidad juvenil presenta algunas cuestiones problemáticas; por ejemplo, si ante una sentencia absolutoria existe recurso por parte del Ministerio Público Fiscal, es

decir si existe legitimidad para deducir recursos extraordinarios locales por parte del MPBA en ese procedimiento especial.

El problema de legitimidad recursiva en el fuero juvenil radica en cómo está legislada la legitimación recursiva en los artículos 61 y 62 de la Ley N.º 13.634; de este modo, y sin la mejor técnica legislativa allí desplegada, describe los pronunciamientos que se pueden recurrir: a.) sobreseimientos y b.) los supuestos de los artículos 448 y 449 del Código Procesal Penal.

Así, el legislador ha dejado sin señalar expresamente si procede recurso ante una sentencia absolutoria o ante una sentencia condenatoria, tal como lo señala el art. 441 del CPP; si bien el problema se deriva de lo comentado, la situación está es salvada mediante una interpretación sistemática de las normas que están en juego.

La corte provincial se ha expedido sobre el punto (en la causa P. 119.843, sentencia del 26 de agosto de 2015); ahí sucedió que, ante una sentencia absolutoria en el fuero juvenil, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación y la defensa -en el memorial- opinó ante la Cámara que el MPBA no tenía legitimación recursiva.

La Cámara de Apelación trató ese agravio, le reconoció la legitimación recursiva y resolvió revocar la absolución. En consecuencia, condenó joven imputado.

La defensa recurrió a la corte, quien finamente se expidió manifestando que el fallo de Cámara presentaba sólidos argumentos al reconocerle legitimidad recursiva al Ministerio Público Fiscal y que la interpretación normativa realizada no era arbitraria; de tal modo, convalidó el razonamiento desarrollado por la alzada referido a que el art. 61 de la citada ley, en primer término, establece la remisión a las reglas de impugnación previstas en el Código Procesal Penal - dentro de las cuales se encuentra el art. 441 del Código adjetivo- y, por otro lado, que la procedencia de los recursos no distingue entre las partes a deducirlo; en

efecto, la interpretación que corresponde otorgar al art. 62 de la ley del fuero juvenil, es que sólo limita los motivos de agravios, pero bajo ningún punto de vista se lo excluye al Ministerio Público de impugnar una sentencia absolutoria.

En otro orden, la corte fue llamada a resolver si la fiscalía -ante una sentencia adversa dictada por la Cámara o por la Casación- tenía habilitado el recurso de inaplicabilidad de ley. Allí sostuvo que la técnica del legislador era lógica, en tanto la Ley N.º13.634 sólo regula los recursos contra los pronunciamientos de primera instancia sin que haga falta que incluya los recursos extraordinarios (cfr. causa P. 126.187, sentencia del 4 de agosto de 2015).

Esos dos fallos son significativos porque encierran -y dan claridad- a toda la capacidad recursiva que tiene el MPBA sobre los decisorios del fuero juvenil.

II. Legitimidad recursiva en materia de unificaciones de penas de diversos fueros.

Otro punto a abordar es la legitimidad recursiva en las unificaciones de penas entre el fuero penal juvenil y el de adultos.

Preliminarmente, se recomienda la lectura sobre la discusión de fondo de esta problemática. La Corte local tiene doctrina legal al respecto, la cual considera posible unificar penas emitidas por dichos fueros, pero vale pena traer a colación un reciente pronunciamiento en donde quedan bien en claro los fundamentos que se brindan para tomar una u otra posición (v. fallo P. 131.562, sentencia del 15 de septiembre de 2020).

En ese decisorio, el voto del Dr. Torres hace una precisa comparación entre los regímenes de las penas que abarcan a los jóvenes y adultos, poniendo de resalto sus diferencias e incompatibilidades (en especial, las flexibilidades en las libertades anticipadas que pueden gozar los menores de edad).

Pero como tal dice el voto de la Dra. Kogan, dicha postura sigue sin poder explicar cómo administrar la coexistencia de dos penas –pese a asentarse en distintos parámetros–, circunstancia que sí permite resolver el mecanismo de unificación que prevé el art. 58 del Código Penal.

Aclarado lo anterior, resta preguntarse si el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir la unificación de penas que practica el órgano jurisdiccional.

Sobre ello, la Corte Provincial sostuvo que de los arts. 61 y 62 de la Ley N.º 13.634 no podían interpretarse en el sentido de que el Ministerio Fiscal carecía de legitimidad recursiva frente a un pronunciamiento desfavorable en el proceso de unificación de penas.

Frente a ello, señaló que si bien el art. 62 no otorga expresamente facultad recursiva ante ese tipo de decisorios, una interpretación razonable y sistemática de la misma permite inferir que sí la posee, en tanto dicha norma sólo alude a motivos recursivos y, por otro lado, que si el art. 1 de la Ley N.º 13.634 –que posibilita aplicar supletoriamente el CPP– permitir al Fiscal requerir la unificación, también se le debe permitir impugnar (v. fallo P. 132.328, sentencia del 7 de julio del 2020).

En definitiva, lo que debe quedar bien en claro es que el art. 62 de la Ley N.º 13.634, al remitirse a los arts. 448 y 449 del CPP, describe motivos de agravios, pero no excluye a las partes del proceso para deducir recursos ni se vincula a tipos de pronunciamiento; con ello queda habilitado el recurso ante unificaciones de penas por parte del Ministerio Público Fiscal y, a su vez, ha quedado establecida una doctrina que era necesaria producto de las desajustadas interpretaciones que imperaban en los órganos de alzada.

III. Legitimación recursiva del Ministerio Público Tutelar¹.

Otro tema problemático es la legitimación recursiva del Ministerio público Tutelar (Asesoría de incapaces) en los procesos penales. Esta cuestión implica también deslindar los límites de representación procesal de menores de edad víctimas en hechos ilícitos, pues actúan sobre ellos los Fiscales y, eventualmente, el particular damnificado, circunstancia que amerita un debate que excede el aquí propuesto.

Cabe principiar señalando que existen dos fallos de la Corte Federal relativos a la materia de legitimación del representante del menor de edad: “Artiaga Catalán” y “Larena”, los dos casos son de Río Negro, donde el segundo es una remisión al primero.

En el primero de los citados, la Corte Federal resuelve un caso de legitimación activa sobre el Defensor de Menores e Incapaces (similar a la figura del Asesor de incapaces que rige en la Provincia de Buenos Aires) que tiene regulado la Provincia de Río Negro.

En el caso, había sucedido que la defensora intervino durante el proceso penal resguardando los intereses de la joven víctima, presentándose en elevación a juicio y en el debate; pero la corte provincial de Río Negro adujo que la defensora no tiene legitimación frente al pronunciamiento absolutorio dictado en la causa, pues para ello debió haber acompañado el pedido de elevación a juicio que formulara el Ministerio Público Fiscal y en ese momento precluyó la posibilidad de constituirse en querellante.

En esos términos, la Corte Nacional se abocó al tratamiento del recurso y consideró que la sentencia atacada no tenía sustento normativo, pues se apartó de las normas locales que posibilitan constituirse en querellante y recurrir

1. Sobre esa temática, ver reciente dictamen del Procurador General (el que fue terminado con posterioridad al “Taller de Técnica Recursiva”) que por su trascendencia fuera publicado en la página web del CIJUR y merece aquí mencionarse (Dictamen en causa P. 133.438, del 23 del corriente año).

pronunciamientos penales a favor de la menor de edad. Pero especialmente señaló que el proceder sentencial de máximo tribunal provincial contraría el principio del “interés superior del niño”, al tiempo que frustraba la garantía del debido proceso y el derecho a la jurisdicción.

Como se observa, el juego armónico de los derechos del niño, entre ellos, el interés superior del niño, el derecho a la jurisdicción, el derecho a ser oído y de las leyes locales de aquella provincia (que son parecidas a los de la provincia de Buenos Aires) le permitían a la Defensora de Menores legitimación suficiente para interponer un recurso frente a una sentencia absolutoria, sin necesidad de que se constituyera como querellante (o, particular damnificado, según nuestro régimen procesal penal) .

En esa línea, cabe traer una resolución de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires; en el caso se había llevado adelante una mediación en la causa penal (involucrada una menor de edad como víctima sobre hechos de violencia sexual) y la Asesora de Incapaces que intervenía no estaba de acuerdo con esa alternativa; de tal manera que, en conjunto con la víctima, requirió la nulidad esa mediación.

En aquella circunstancia la Cámara de La Plata le respondió que no poseía legitimación recursiva, y como se trataba de una situación de urgencia -en vez de agotar el trámite recurriendo a casación-, la Asesora de incapaces pidió un avocamiento a la corte provincial para que se expidiera acerca de si tenía, o no, legitimación.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, por mayoría, sostuvo que, sin perjuicio de la gravedad del planteo, primero el caso debía transitar por Casación (indirectamente le otorgaba legitimidad para recurrir a Casación); pero lo interesante de este fallo fueron los votos de los Dres. Negri y de Lázzari, quienes incursionaron sobre el fondo del asunto y sostuvieron que la Asesora de

Incapaces tenía legitimidad recursiva, en tanto le venía impuesta por los arts. 12 de la CDN, 59 C. Civil y 23 de la Ley N.º 12.061. (cfr. Res. en causa P. 118.953 del 11 de octubre de 2011).

Tal pronunciamiento hizo expresa alusión al derecho a ser oído de los niños, a la representación promiscua que tenían los Asesores de Menores e Incapaces según el texto anterior del Código Civil y a las competencias que surgían de la Ley del Ministerio Público.

En los anexos del presente, en los cuales se agrega la jurisprudencia, hay tres fallos del Tribunal de Casación Penal referidos a la materia de legitimación activa del Asesor de incapaces; cuestionando la prescripción de la acción penal, un veredicto absolutorio y una oposición a que la víctima menor de edad se presente en Cámara Gesell para evitar la revictimización.

Los fundamentos de esos fallos giran sobre la base del principio del interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, emanados -principalmente- de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, tales pronunciamientos hacen hincapié en el art. 38 de la Ley N.º 14.442.

I. RECURSOS DE QUEJA ANTE LA CORTE PROVINCIAL.

Por último, es conveniente, a los efectos del presente material y para la idoneidad de la técnica recursiva, señalar que en materia de recursos de queja ante la Corte provincial se observan muchas deficiencias recursivas.

En particular se observan dos situaciones:

La primera, relativa a aquellos casos en los que se interpone un recurso extraordinario local (ya sea nulidad, inaplicabilidad de ley o inconstitucionalidad)

y el órgano ante quien se interpuso resuelve que es “inadmisible”, es preciso tener en cuenta que el recurso de queja está estructuralmente diseñado para revertir el juicio negativo de admisibilidad.

Es decir, poco importa el fondo del asunto. Enfocarse en los motivos de la desestimación (esto es, que no es sentencia definitiva o equiparable a tal, que no hay legitimidad recursiva, que no cuenta con requisitos de tiempo y forma, etc., etc.).

No se pueden reiterar los fundamentos que se desarrollaron en el recurso extraordinario local, pues la queja será rechazada sin más por no controvertir los fundamentos del juicio de inadmisibilidad resuelto por la Cámara de Apelación o el Tribunal de Casación Penal.

El segundo, no menor, se refiere al tema de la presentación de copias –en soporte papel o digitalizadas– que se deben adjuntar al recurso de queja; esto es importante porque la Corte rechaza muchos recursos de queja cuando el recurrente no adjunta las copias que exige el art. 486 bis del CPP.

Asimismo, debe tenerse presente que la norma estipula que el recurrente también debe adjuntar “*cualquier otra pieza que el peticionario considere útil*”; allí, lo que debe analizar el recurrente es si el planteo de la queja requiere otras piezas (que no son el auto de admisibilidad ni el recurso extraordinario local) para resolver no sólo la admisibilidad de la queja sino también para dar sustento al fondo del asunto (v. fallos en causas P. 133.313 y P. 133.340).



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

CUARTO ENCUENTRO

CUARTO ENCUENTRO

A. JUICIO POR JURADOS

I. El Juicio por Jurado en la Constitución Nacional

En este capítulo se procederá a desarrollar la situación actual en la Provincia de Buenos Aires en lo relativo al Juicio por Jurados, haciendo principal hincapié en la última jurisprudencia en la materia con una finalidad práctica a los efectos de la interposición de recursos.

En primer lugar, cabe recordar que el juicio por jurados se encuentra expresamente previsto en la Constitución Nacional.

El artículo 24 de la Carta Magna establece que el Congreso Nacional debe promover la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Por su parte, el artículo 75 de manera taxativa enumera las atribuciones propias del Congreso Nacional, entre las cuales resulta relevante, a los fines del desarrollo del tema, lo indicado en el inciso 12 de acuerdo al cual, le corresponde al Poder Legislativo de la Nación dictar los Códigos Fondo, así como también la sanción de una Ley General para el establecimiento del juicio por jurados.

Finalmente, el artículo 118 consagra el instituto de juicio por jurados, al expresar que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados deben finalizar por veredicto dictado por jurados. El citado artículo determina que la actuación de estos juicios se deben llevar a cabo en la misma provincia donde se haya cometido el delito. Sin embargo, cuando éste se hubiera cometido fuera de los límites de la Nación,

contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

A fines prácticos, resulta necesario realizar una diferenciación entre el jurado clásico, también llamado anglosajón, y el jurado escabinado.

En el jurado escabinado, aplicado por ejemplo en la Provincia de Córdoba, los jueces deliberan conjuntamente con los integrantes del jurado y bajo esos supuestos se deben fundar los pronunciamientos. En cambio, en el sistema de jurado clásico los jueces y el jurado tienen funciones diferenciadas.

De acuerdo al mandato constitucional, se instauró en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a través de la sanción de la Ley N° 14.543, el sistema de jurado clásico. Este se encuentra integrado por un jurado popular conformado por doce personas, seis hombres y seis mujeres, y un juez técnico que se va a encargar de la dirección del debate y de las cuestiones relacionadas a la superintendencia, así como también de proporcionar las instrucciones durante el proceso.

A modo de estadística en la Provincia de Buenos Aires, cabe mencionar que el primer juicio por jurados se celebró en el año 2015, y que a la fecha se han celebrado 386 bajo esta modalidad, de los cuales 215 fueron sentencias condenatorias, 105 absoluciones y 42 veredictos mixtos. En este sentido, cabe recordar que se denomina veredictos mixtos a aquellos pronunciamientos donde existió más de un imputado con diferentes resultados.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la experiencia del juicio por jurados en la Provincia arroja como resultado:

- Más de 70 sentencias del Tribunal de Casación,
- 3 pronunciamientos de la SCBA,
- 1 pronunciamiento de la CSJN (“Canales”), año 2019,

- 1 sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (VRP vs. Nicaragua), 2018.

II. La íntima convicción como procedimiento de valoración probatoria

I. El caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” de la Corte IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” (8 marzo de 2018), ratificó integralmente las reglas que rigen el procedimiento de juicio por jurados.

El caso versó sobre la violación sexual de una niña quien al momento del hecho tenía 9 años y había denunciado a su padre como autor de los abusos.

La Corte IDH, en su pronunciamiento, declaró responsable al Estado de Nicaragua por violaciones a derechos humanos de:

- Acceso a la justicia
- Verdad
- A la integridad psíquica y moral de la víctima

Asimismo, responsabilizó al Estado de Nicaragua por no haber investigado el caso, incumpliendo su obligación de Debida Diligencia Reforzada.

Por otro lado, el Tribunal Internacional se refirió a los estándares que deben respetarse cuando lo que se juzga es un caso de violencia sexual cometido contra un menor de edad. En ese sentido, se refirió específicamente a:

- Los prejuicios y estereotipos que pueden existir en los jurados
- A la revictimización de la menor como consecuencia del actuar del Estado en las investigaciones realizadas y en los procesos penales llevados adelante.

En este sentido, se había configurado una forma de “violencia institucional”, donde el Estado se convertía en el segundo agresor

En este orden de ideas, se refirió puntualmente:

Al principio de no discriminación,

Al principio del interés superior del niño,

Al principio del respeto al interés superior de la vida, a la supervivencia y al desarrollo,

Al principio del respeto a la opinión de la niña víctima en todo procedimiento que la afecte

En el caso, la Corte IDH hizo especial hincapié en:

- Cómo deben llevarse a cabo las entrevistas en estos supuestos,
- Cómo debe llevarse a cabo el examen físico en los supuestos de delitos sexuales contra menores de edad,
- La violencia sexual como una manifestación de discriminación contra la mujer

En lo fundamental, la Corte IDH, en el marco de la sentencia, se expidió en relación a la fundamentación de los veredictos en los juicios por jurados, entendiendo que no se requiere la explicación de los motivos que conforman el convencimiento, sino que ellos surgen de la íntima convicción a partir de la valoración de la prueba.

Asimismo, la Corte IDH expresó que la falta de exteriorización de los fundamentos del veredicto no vulneran la garantía de la motivación, siempre y cuando la persona acusada de un delito pueda conocer las razones que motivaron la decisión. Por

lo tanto, para la Corte la íntima convicción no constituye un criterio arbitrario ya que “*hay fundamentos, solo que no se expresan*”.

Por último, la Corte IDH también analizó la posible perpetración de sobornos al jurado y el temor de parcialidad, dado que fue conocido que la defensa y el imputado les habían entregado a los jurados una bolsa gris y dos papeles rosados para que los leyeran antes de deliberar, en privado, lo que había puesto en duda la imparcialidad de los mismos.

II. El Caso Canale (2019), CSJN

En relación al Juicio por Jurado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expresó en oportunidad del Caso Canales, en el año 2019.

El caso mencionado provino de la provincia de Neuquén e ingresó a la CSJN ante el planteo de una cuestión federal directa realizada por la defensa.

El principal argumento de la defensa refería a una incompatibilidad entre la Constitución Nacional y la norma provincial de juicio por jurados. En este sentido, sostenía que la provincia de Neuquén no se encontraba facultada a reglamentar el juicio por jurados por ser esta una competencia federal.

En este contexto, la CSJN se propuso analizar el fondo del asunto y se refirió al sistema de la íntima convicción como valor probatorio, volviendo a convalidar la misma.

El máximo Tribunal expresó que la íntima convicción no impide la revisión de la sentencia, ya que la verdadera fundamentación del juicio por jurados no radica en la expresión escrita de los razonamientos, sino que lo que no puede faltar es una coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia.

En este orden, se puede afirmar que tanto la Corte IDH como la CSJN convalidaron la íntima convicción o el procedimiento de valoración probatoria en un juicio por jurado.

III. Posibilidad recursiva del fiscal ante veredictos de no culpabilidad

En primer lugar, cabe mencionar que el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires dispone expresamente en los artículos 371 quater inciso 7 y 452 in fine que: “*La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible.*”

A partir de la lectura del citado artículo se desprende que las posibilidades recursivas del fiscal son legales y no constitucionales, y que por lo tanto este tiene vedada, por disposición del legislador, la posibilidad de recurrir los veredictos de no culpabilidad emanados de un jurado popular.

No obstante lo anterior, en el ejercicio de sus funciones los Fiscales han presentado numerosos recursos ante el Tribunal de Casación Penal solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las normas mencionadas.

Entre los argumentos más relevantes de los recursos presentados se mencionan:

- a. Que el Ministerio Público Fiscal representa a la víctima y ésta tiene el derecho a una tutela efectiva del Estado.
- b. Que una ley provincial no puede cercenar los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, en referencia a los derechos de las víctimas.

Al momento el Tribunal de Casación Penal decidió rechazar los recursos planteados por los Fiscales, negando la facultad de recurrir ante veredictos de no culpabilidad.

Entre sus principales argumentos para llegar a tal decisión, Casación entendió que el jurado es la expresión de la soberanía del pueblo y su voluntad no puede ser limitada o cercenada por algunos de los poderes del Estado, en este caso por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo, manifestó que el MPF no representa a la víctima, y que este no tiene como cometido defender un interés privado como puede ser el de la víctima, sino –en tanto órgano del Estado– el de representar los intereses generales de la sociedad.

En este orden de ideas, el Tribunal de Casación confirmó una vez más que la posibilidad recursiva del MPF es legal, y que por tanto este no puede recurrir en aquellos supuestos en los cuales no haya habido una concesión expresa por parte del legislador.

IV. Posibilidad de recurrir de los particulares damnificados

De todos ellos, resulta de interés hacer hincapié en la causa –BRAY Y PAREDES– dado que la cuestión llegó a la SCBA, la cual convalidó el rechazo de la pretensión. Cabe recordar que en dicha causa se trató un caso de violencia institucional donde los imputados eran policías.

En el planteo del particular damnificado se había pedido se apliquen los criterios definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Bulacio vs. Argentina* y *Buenos Alves vs. Argentina*. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entendió, al momento de resolver el caso, que la víctima tiene derecho a la jurisdicción reconocida convencionalmente. No obstante ello, este derecho no implica un derecho constitucional o convencional para acceder a la vía recursiva y poder revisar los veredictos de no culpabilidad emitidos por un jurado popular.

En este sentido, la SCBA expresó que el derecho de acceso a la justicia que le asiste a la víctima no abarca el acceso al recurso como un derecho, salvo que el

legislador local así se lo reconozca, y que por tanto el “*derecho al recurso*” previsto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo asiste al imputado.

El Máximo Tribunal de la Provincia indicó que en relación a la víctima, esta encuentra reconocido su derecho al recurso efectivo a partir de los artículos 8.1 y 25 de la CIDH, pero que ello no implica que se encuentre amparada por la garantía del 8.2.h. del mismo cuerpo normativo.

A modo de conclusión, la jurisprudencia analizada precedentemente permite afirmar que, al menos por el momento, no se encuentra admitida la posibilidad recursiva del MPF ni del particular damnificado ante un veredicto de no culpabilidad emitido por un jurado popular.

V. Supuestos en los que el MPF puede recurrir en un juicio por jurado

Es importante remarcar que de acuerdo al texto legal analizado previamente, el fiscal tiene vedada la posibilidad de recurrir sólo en aquellos casos donde se presente un veredicto de no culpabilidad emanado de un jurado. Por consiguiente, existen supuestos en los que el MPF tiene plena facultad recursiva, como por ejemplo en relación a la calificación, la pena, la prescripción, entre otros.

Ahora bien, son dos los veredictos posibles en un juicio por jurados:

1) Si el veredicto es de no culpabilidad, no hay recurso alguno de los acusadores, por lo tanto, el veredicto es final y definitivo.

2) Si el veredicto es de culpabilidad, y luego el juez en el juicio de cesura, al momento de imponer la pena o medida de seguridad toma una decisión arbitraria contra los intereses del acusador, como puede ser en relación al monto, forma de ejecución o la clase de pena, la acusación tiene el derecho a recurrir a la Casación.

VI. La doctrina jurisprudencial del tribunal de casación penal

Causa Díaz Villalba

El caso hace referencia a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 22 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, por medio del cual se establece que si uno de los imputados renuncia al juicio por jurados todos deben ser juzgados por jueces técnicos. Al respecto, se aclara que la provincia de Buenos Aires es la única jurisdicción que permite esta opción, en las demás provincias que tienen instaurado el juicio por jurados (ejemplo: Córdoba, Neuquén), el sistema se presenta como obligatorio e irrenunciable.

El fundamento utilizado por los legisladores provinciales para instaurar al sistema de juicio por jurados como un procedimiento obligatorio e irrenunciable, se relaciona con la visión de considerar que lo que se encuentra comprometido es el derecho del pueblo a juzgar y, por lo tanto, no es un derecho que pueda ser renunciado por el imputado.

En este sentido, en el marco de la causa **Díaz Villalba**, la Sala I declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 22 bis del Código Procesal Penal de la provincia, a la vez que entendió que de acuerdo a la Constitución Nacional la figura del juez natural se encuentra constituida por los jurados populares, por lo tanto, el mencionado artículo 22 bis, al llevar el juzgamiento a los jueces técnicos, afectaría la garantía del juez natural que protege a los imputados que no han renunciado a ser juzgados por el jurado.

Por consiguiente, se debe realizar una diferenciación, el imputado que renuncia al procedimiento de juicio por jurado puede ser juzgado por jueces técnicos y los demás imputados conservan el derecho a ser juzgados por jurados populares.

Causa Carli (101.456)

Los jueces del Tribunal de Casación se refirieron a cómo deben ser consideradas las agravantes de calificación en el marco de un juicio por jurado. Por ejemplo: usar armas de fuego, utilización de menores para delinquir, aterrorizar a la población, la condición de mujer, curador, guardador.

En la Causa el Tribunal manifestó:

1. El jurado debe resolver sobre todos los hechos determinantes que influyeran de manera decisiva en la calificación.
2. Respecto de la utilización de un arma de fuego en los términos del artículo 41 bis del Código Penal, Casación entendió que al ser una cuestión de hecho con consecuencias jurídicas trascendentales, y debe quedar bajo la órbita de decisión del jurado.

Causa Álvarez y Telechea: sobre el deber de los jueces al impartir las instrucciones.

En los hechos, se le imputó a una pareja la muerte de su bebé de 11 meses. Por su parte, las instrucciones daban la opción de homicidio calificado o absolución y nada se había dicho sobre la posibilidad de un homicidio imprudente, aunque el mismo surgió de la declaración prestada por la imputada. Al respecto Casación estableció que:

1. El juez está obligado a instruir al jurado por los delitos menores incluidos, siempre que así lo sustente la prueba del debate;
2. Que el juez debe hacerlo, aunque las partes no se lo pidan, o -inclusive- cuando ellas se opongan expresamente a hacerlo.
3. Las opciones por delitos menores siempre están disponibles para un tribunal técnico, con más razón deben estar disponibles para el jurado al momento de tomar la decisión.

Causa Guerendiain: sobre los alcances del jurado estancado.

Es importante resaltar que esta causa llegó a la SCBA (128.761) por recurso interpuesto del Fiscal de Casación.

El Tribunal de Casación entendió que al haberse estancado el jurado, el MPF debía manifestar expresamente si iba a continuar con el ejercicio de la acción, y como esto no había sucedido, concluyó que el veredicto de culpabilidad era nulo. En consecuencia, el MPF recurre la sentencia de Casación. Por su parte, la SCBA resolvió que no se había presentado en el caso un supuesto de jurado estancado, ya que para que esto se produzca era necesario que el jurado:

1. hubiera deliberado y votado 3 veces la cuestión sin haber podido alcanzar las mayorías necesarias, pero con más de 8 votos afirmativos
2. que recién después de esta triple deliberación y votación se configura un jurado estancado.

Causa Mazzón: referido a las conductas del MPF durante la tramitación de un Juicio por Jurados.

1. Se consideró como una conducta impropia del fiscal el haberle preguntado al imputado sobre anteriores detenciones, en clara relación a sus antecedentes.
2. Casación consideró que dicha conducta era “desleal”, ya que no estaba orientada a la producción de prueba vinculada a los hechos juzgados.
3. Se concluyó que no podían utilizarse los antecedentes del imputado en el marco de la celebración de un Juicio por Jurado.

VII. El Juicio por Jurado en el Fuero Penal Juvenil

Antes de comenzar con el desarrollo del tema, resulta relevante mencionar la Resolución N° 838/15 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos

Aires, por la cual en referencia al Fuero Penal Juvenil el Máximo Tribunal expresamente manifestó que:

1. Los menores de edad deben ser juzgados por jueces técnicos, dado que al momento de sancionarse la Ley de Juicio por Jurado en la Provincia no se reformó la Ley de menores.
2. El juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación vigente del Fuero Penal Juvenil.
3. La definición legislativa no puede ser suplida por la SCBA por exceder su potestad reglamentaria.

Con fines prácticos, a continuación se hará mención de los principales fundamentos que sustentan la implementación del Juicio por Jurado en el Fuero Penal Juvenil.

1. Los niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos y tienen además derechos especiales derivados de su condición. Entonces, no se le podría negar a los menores los que se les reconoce a los adultos.
2. Se debe tener presente que la ley 13.634 expresamente establece la aplicación subsidiaria, a las causas seguidas respecto a los niños, niñas y adolescentes, de la ley 11.922.
3. Si bien no se puede desconocer la resolución 838/15 de la SCBA (mayo de 2015): que -como adelantara- expresa que el juicio por jurados no está previsto en la legislación penal juvenil.

Por otro lado, no es un dato menor que la SCBA dijo que, en oportunidad de la P. 126.899 (junio de 2017), la Ley N° 11.922 era aplicable al fuero de menores, por lo que dejó abierta la posibilidad de un planteo referido a jurados y menores.

4. Lo mismo había ocurrido con el procedimiento del juicio abreviado, ya que no había sido incluido de modo expreso en la ley de menores, pero jurisprudencialmente se fue aceptando y adaptando al fuero minoril.
5. Si el legislador hubiera querido impedir el trámite del juicio por jurados por

alguna razón, lo debiera haber previsto expresamente, y no lo hizo.

6. El derecho del niño a ser oído, el cual se encuentra regulado en el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2007 refirió que: “...debe darse al niño la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez del niño (art. 12 1), durante todo el proceso de la justicia de menores” (párrafo 25),

7. La celebración de un juicio por jurados no vulneraría el derecho a la privacidad de los niños, niñas o adolescentes.

B. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - LEY N° 25.990

De manera preliminar es dable mencionar que a partir de la reforma legislativa del instituto de la prescripción, con la sanción de la Ley N° 25.990 en el año 2005, se abandona el viejo concepto de “secuela de juicio” y se establecía una serie de *numerus clausus* de actos interruptivos, superándose el altísimo grado de imprecisión que implicaba aquel precepto.

I. El Precedente “Farina” de la CSJN (2019)

Como se ha dicho, a partir de la sanción de la ley N° 25.990 se deja de lado el dificultoso precepto “secuela de juicio”, sin embargo, a poco de su andar surgieron dificultades interpretativas en relación al reformado instituto de la prescripción.

Recién después de 14 años de la sanción de la ley 25.990, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciaría de modo contundente en la caso “*Farina Haydeé Susana s/ homicidio culposo*” estableciendo el alcance de lo que debe entenderse por “sentencia condenatoria no firme”.

A fines prácticos, resulta necesario analizar las circunstancias fácticas que se presentaron en el caso “*Farina*”:

- El hecho de la causa había acontecido en el año 2000.

- La sentencia condenatoria del tribunal de mérito fue dictada en el año 2005, condenando a la imputada a una pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial por ocho años para ejercer la medicina; dicho pronunciamiento fue modificado por el Tribunal de Casación en el año 2010, reduciendo la pena de prisión en un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y seis años y ochos meses de inhabilitación especial, decisorio que fuera confirmado por la Corte provincial en el año 2011.

- Allí no terminó el trámite recursivo, pues la defensa de la imputada interpuso recurso extraordinario federal y la SCBA lo declaró inadmisibile, motivando al defensor a presentar recurso de queja. De ese modo, la CSJN resolvió en el año 2013 suspender el trámite recursivo y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que resuelva el planteo de prescripción.

Por otro lado, antes de que la Corte Federal dicte aquella “suspensión”, el Tribunal en lo Criminal de Tandil, la Cámara de Apelación y Garantías de Azul y el Tribunal de Casación Penal habían rechazado el planteo de prescripción que la defensa venía articulando paralelamente en la instancia. Tales pronunciamientos fueron confirmados por la SCBA en el año 2014, en tanto ellos se correspondían con la doctrina del Alto Tribunal relativa a que los pronunciamientos de los tribunales intermedios tienen capacidad para interrumpir el curso de la acción penal.

En este sentido, el rechazo de la prescripción en el fuero provincial penal llevó a la defensa a interponer un nuevo recurso federal, el que -queja mediante- la Corte Suprema de Justicia resuelve en el año 2015 suspender nuevamente el trámite de la queja y remitir al tribunal de origen para que “vuelva” a expedirse sobre la prescripción de la acción penal.

- En el año 2016, el Tribunal en lo Criminal rechaza el pedido de prescripción, siendo tal decisorio confirmado por la Cámara de Apelación y por el Tribunal de

Casación Penal en el mismo año. Tal pronunciamiento queda firme por no apelar la defensa.

Es en ese contexto que la Corte Federal se presta a tratar los recursos de queja que había suspendido y, en resumidas cuentas, resolvió que la doctrina elaborada por el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires referida a que las sentencias dictadas por los órganos revisores -Cámaras de Apelación, Tribunal de Casación Penal y Superior Tribunal provincial- que confirman “*en lo sustancial*” la condena tienen aptitud para interrumpir el curso de la acción penal, era inconstitucional; ello así, pues, tal alcance excede los límites de una interpretación posible y afecta el principio de legalidad, en tanto la “*sentencia condenatoria*” tiene una naturaleza jurídica distinta al acto del revisor cuando se produce aquella confirmación.

Como puntos salientes de ese fallo, es importante señalar que hasta ese momento la Corte Federal no había establecido doctrina legal sobre la materia, sino simples “*suspensiones y remisiones*” de los trámites de las quejas de los que podrían inferirse una inclinación a la postura desarrollada en el fallo “*Farina*”, pero entre la inferencia y la doctrina legal hay una gran diferencia.

La postura mayoritaria de la Corte Federal apreció “*sin mayor dificultad*” que la exégesis que efectuaba el fuero penal provincial bonaerense “*excedía con holgura las posibilidades interpretativas*” del texto del Código Penal. Ello no es tan así, pues en el propio seno de la Corte Federal –y en el mismo fallo– fue el Dr. Rosenkratz quien sostuvo que la interpretación del fuero penal Bonaerense era de una “*constitucionalidad harto dudosa*”, por lo que el precepto en debate sí trae problemas interpretativos.

A partir de tal precedente, la SCBA se plegó a la doctrina emanada por el fallo “*Farina*” (v. causas P. 131.745 –“*Villafañe*”– y 132.525 –“*Godoy*”, entre muchas otras).

Es clara la importancia de los fallos traídos a análisis, ya que fueron los primeros pronunciamientos de la Corte local referidos a la adopción de la nueva doctrina

legal que fijó la CSJN, pero con la singularidad que en esos casos no estaba claro si procedía la aplicación del precedente “Farina”.

Como se ha dicho anteriormente, la CSJN sostiene que no interrumpe la prescripción aquellas sentencias de tribunales intermedios que confirman “*en lo sustancial*”.

No obstante lo anterior, surge el interrogante referido a qué sucede con aquellos pronunciamientos de los órganos revisores que si bien confirman la condena lo modifican significativamente. A modo de ejemplo: una persona es condenada en primera instancia a la pena de 26 años de prisión y la alzada disminuye la pena a 22 años de prisión en un caso sumamente grave (caso “Godoy”) o diversos imputados son condenados por un tribunal criminal a penas superiores a 30 años de prisión y el revisor las reduce entre 7 y 10 años de prisión, en un caso de altísima gravedad (caso “Villafañe”). En estos casos ¿Es posible afirmar que el pronunciamiento dictado por el Tribunal intermedio confirmó sustancialmente la condena de primera instancia?. En rigor, aquellos decisivos han modificado sustancialmente el primigenio y por ello se puede sostener que tal pronunciamiento es una nueva sentencia condenatoria que interrumpe el curso de la acción penal.

Cuando una sentencia de revisión varía sustancialmente algunos de los puntos señalados en la sentencia de origen –ya sea la calificación legal, la participación o la pena- (agravando o mejorando las condiciones del imputado) del primer pronunciamiento es posible plantear el efecto interruptor de tal acto, pues con ella nacería una nueva “*sentencia de condena*” y dejaría de ser una simple revisión; ergo, ya no “*confirma*” en todos sus términos la sentencia de primera instancia.

Por último, no puede desatenderse las graves consecuencias que provoca la doctrina “Farina” en las causas con delitos “*leves*” (fuero correccional) como también en las “*graves*”.

Debe tenerse en cuenta que el esquema recursivo bonaerense presenta una particularidad en el ámbito penal, pues no sólo se cuenta con un recurso ordinario contra las sentencias definitivas –recurso de apelación o de casación–, sino que a la postre, se cuenta con dos recursos extraordinarios –el local y el federal–; es decir, la normativa posibilita tres instancias recursivas para dar firmeza a un asunto penal. De esto se desprende que el trámite recursivo *per se* es prolongado –sumado a contingencias como “recursos de quejas”, “reenvíos” o “remisiones”– y si a todo este cuadro se le agrega las doctrinas de la *arbitrariedad* (con una amplia gama de motivos, incluso probatorios) y del tránsito obligatorio por el Máximo Tribunal local de las cuestiones federales, el panorama se complejiza.

En conclusión, la ley 25.990 fue un salto de calidad pero quedó a mitad de camino (tal como se verá seguidamente). El instituto de marras requiere un altísimo grado de “precisión”, pues se encuentra en juego la impunidad y posibilidad persecutoria penal; en otro orden, el legislador debe poner en la balanza “calidad de justicia” y “celeridad del proceso”, encontrando la forma en que una no afecte a la otra. En consecuencia, si se pretende seguir manteniendo todas las instancias penales citadas, lo que resulta obviamente loable (pues apunta a una calidad del sistema de justicia penal donde se eliminan la mayor cantidad de errores), tendrá que rediseñar el instituto de prescripción, pues el tiempo que implica utilizar esas instancias recursivas no alcanza para satisfacer los límites que impone el art. 62 del Código Penal. A modo de ejemplo, el Código Penal Alemán establece dictada una sentencia condenatoria hasta la firmeza del mismo, el plazo se encuentra suspendido; tal propuesta tendría como límite –lógicamente– que el tiempo insumido en el *iter recursivo* sea razonable.

II. Otros supuestos en relación a la Prescripción

a. Comienzo de la Acción Penal: Delitos permanentes y continuos.

La Corte Federal, a partir de los precedentes “Jofre” y “Rey”, se expidió en relación a cuál es la ley que debe aplicarse ante la comisión de un delito permanente;

entendió que corresponde estar a la ley del momento en que se agota la conducta ilícita. Para arribar a esa interpretación se utilizó el artículo 63 del Código Penal, en virtud del cual se dispone que en los delitos continuos la acción penal se inicia una vez se hayan agotado esas conductas.

En el caso “Magariño”, hecho donde se investigó un delito sexual entre los años 1998 y 2000, se produjo una variación legislativa que agravó el delito (abuso deshonesto por el de abuso sexual gravemente ultrajante) y si se utilizaba la vieja redacción, la pena allí fijada permitía prescribir la acción penal. A contrario, la nueva y vigente norma llevaría a sostener que la acción penal no se ha prescripto. La particularidad del caso es que el hecho se llevó a cabo bajo la modalidad de “*hechos reiterados*”, lo que permite encasillar esa ejecución como “*delito continuado*”. En efecto, al concluir que ello es así, corresponde la aplicación del artículo 63 del CP –y los precedentes de la Corte Federal– que sostiene que rige la ley vigente al momento de agotarse la conducta, lo que conllevaría a tomar la ley más gravosa e impediría prescribir la acción penal (v. dictamen de la PG en causa P.132.978).

b. La citación a Juicio como acto interruptor de la Prescripción

El artículo 67 inciso “b” del Código Penal establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe ante el *primer llamado* efectuado a una persona, en el marco de un proceso penal, con el objeto de recibir declaración indagatoria por el delito que se investigue.

En este sentido, el mencionado artículo habla de la primera declaración indagatoria como acto interruptor; sin embargo el Código Penal no habla de *primera* citación a juicio. En esa lógica, es posible plantearse qué sucedería si en el marco de una causa, por el motivo que fuera, tuvieran lugar sucesivas citaciones a juicio ¿sólo la primera citación debería considerarse un acto interruptivo? o bien, ¿las citaciones subsiguientes también revisten este carácter?

En este orden de ideas, resulta oportuno mencionar el dictamen de la Procuración General en la causa “Aguirre” (causa P. 133.664), donde se tomó un precedente de la Corte provincial que coincidía –en líneas generales– con la interpretación que avala que las sucesivas citaciones a juicio tiene efecto interruptor sobre la base de que la segunda citación a juicio es considerada como acto interruptivo porque la ley permite esa interpretación, serían de idéntica naturaleza jurídica y es realizada por el Juez/a que conducirá válidamente el juicio (v. fallo en causa P. 125.100 de la SCBA).

c. Concurso Ideal de Delitos

En referencia al instituto de la prescripción y el concurso real de delitos rige –indiscutiblemente– la teoría del paralelismo, en tanto el último párrafo del artículo 67 del Código Penal establece que *“la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes”*.

Sin embargo, trae problemas el supuesto de concurso ideal, pues la palabra “delito” puede ser entendida como un “hecho”; de allí, que ante el supuesto de un concurso ideal (donde existe un único hecho con varias significaciones jurídicas), podría sostener que no es posible prescribir el delito menor, pues en rigor el plazo a tomarse en cuenta deber ser teniendo en cuenta el delito que porta la pena mayor.

Cabe mencionar que la postura en el seno de la Suprema Corte provincial en relación a este tema no es unánime, sino dividida, conduciendo a resoluciones variantes –pues depende de quién integre el cuerpo–; por ello, es difícil afirmar que existe doctrina constante. Sin perjuicio de ello, vale la pena la lectura de un reciente pronunciamiento de la SCBA sobre el tema (v. fallo P. 130.792, en especial el voto del Dr. Torres). En efecto, inclinarse por la postura de que no rige la teoría del paralelismo en el concurso ideal permite sostener que el delito menor no ha prescripto, siempre y cuando el mayor tampoco lo esté.

d. Los Delitos Firmes

En relación a la problemática que plantean los “delitos firmes” en materia de prescripción, resulta necesario hacer referencia a dos supuestos:

- a. cuando una persona es condenada por un concurso de delitos, y
- b. cuando una persona es condenada por un delito pero que “únicamente” se agravia en un recurso de aspectos relativos a la determinación de la pena.

En el primer supuesto (p. ej. cuando una persona es condenada por los delitos de amenazas y homicidio, en concurso real), se da la situación de que la defensa se agravia de cuestiones que atañen únicamente al homicidio (materialidad ilícita, calificación legal o autoría). En este cuadro, cabe plantearse ¿Qué sucede con el delito de amenazas; esto es, la condena sobre ese delito se encuentra firme y por ende –en el trámite recursivo- no es posible prescribirlo?

Siguiendo con ese ejemplo, la doctrina de la Corte provincial sostiene que si la defensa no cuestionó ningún aspecto del delito de amenazas, este ha quedado firme, salvo que la defensa haya cuestionado la pena resultante del concurso de delitos, afirmando en ese caso que al cuestionar la pena indirectamente cuestionó el delito de la amenaza (v. causa P. 107.713).

Se debe tener presente que existe el instituto de la “cosa juzgada parcial” que posibilita sostener que si ante un pronunciamiento condenatorio la defensa únicamente se agravió de la pena y deja firme aspectos relativos al hecho, la calificación legal y la autoría, se podría sostener que el delito ya no se puede prescribir (v. dictamen de la PG en causa P. 134.802).

E. Cómputo del plazo de la acción penal.

Por último, en relación al cómputo del plazo que se debe tomar a los fines de evaluar la prescripción, la Corte Provincial definió que el plazo que se tomará en consideración para evaluar la prescripción es el delito que propone el acusador, es decir, si el MPF acusa por un “robo consumado” y el Juez sostiene que es “tentado”, debe estarse al plazo del delito robo consumado. En este sentido, la postura que se inclina por esa interpretación encuentra su fundamento en que la acción penal la dirige el fiscal (v. causa P. 130.345, sent. de la SCBA).

C. DOCTRINA LEGAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

I. Alevosía 121.491, 128.709

Es doctrina de la SCBA que hay **alevosía** cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima, causada o no por el sujeto activo, hubieran sido condición subjetiva del ataque. Por otro lado, se afirmó que el requisito de “preordenación”, entendido como condicionar previamente, por adelantado, de antemano, anticipadamente, no surge de la norma.

II. Ensañamiento: 123.200, 124.816

Es doctrina de la SCBA que para que exista **ensañamiento** el autor debe haber sido guiado por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios en la ejecución del hecho, es decir, sujeto activo mata con crueldad, por ejemplo cuando pudiendo hacerlo de un solo golpe, no lo hace.

En este sentido, el elemento subjetivo distinto del dolo se presenta cuando el imputado conoce que mata y que lo hace de un modo cruel, excesivo, con padecimientos innecesarios para la víctima.

Dicho lo anterior, no resulta necesario demostrar que el sujeto activo cometió el hecho para satisfacer una tendencia sádica o perversa, o con gozo hacia el sufrimiento, es decir, estos dos elementos que podrían presentarse como elementos subjetivos distintos del dolo no son necesarios que se acrediten para que se califique la figura del ensañamiento.

III. Reincidencia: 123.898

Respecto a la **reincidencia** la Corte de provincia se refirió al tiempo necesario para considerar que una persona se encuentra en condición de reincidente, es decir, por el tiempo cumplido que se necesita de pena.

En este sentido, la SCBA recogió los fundamentos sostenidos por la CSJN en oportunidad de las sentencias en **Gómez Dávalos (1986)** y -posteriormente- en **Arévalos (2014)**, en virtud de las cuales había expresado que no importa la duración temporal de la pena, sino que en relación a la reincidencia cualquier tiempo es suficiente.

Por su parte, siguiendo esta línea argumentativa la SCBA dijo que no se requiere que la condena anterior se hubiere cumplido mediante un determinado lapso temporal en calidad de penado. Por lo tanto, solo se requiere un antecedente objetivo de haber cumplido pena en calidad de penado, independientemente de su duración.

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de valorar la reincidencia y las condenas anteriores resulta relevante el Fallo 131.478, por el cual se estableció como doctrina de la SCBA que el cómputo como agravante de la condena anterior, así como también declarar la reincidencia no vulnera la garantía constitucional del ne bis in ídem como así tampoco el principio de culpabilidad.

IV. Homicidio Criminis Causa: 124.905

Es doctrina de la SCBA que:

a. Para que resulte de aplicación el artículo 80 inciso 7 debe demostrarse la existencia en el ánimo del autor de cualquiera de las finalidades que contempla el tipo;

b. Y que no es necesario que el elemento subjetivo del tipo concurra antes de iniciarse la ejecución del otro delito, es decir, la decisión de matar puede ser súbita o espontánea, no se requiere preordenación, planeamiento o preordenación, es decir, puede surgir en el mismo momento de realización del hecho

V. Imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba

Sobre la imposibilidad de conceder la suspensión de juicio a prueba, se procederá a mencionar tres precedentes fundamentales de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires a partir de los cuales se establece la doctrina legal en la materia.

a. Delitos con pena de inhabilitación: DIVITO, 125.430

En lo fundamental, la Corte consideró que la ley es clara en cuanto prohíbe el otorgamiento del instituto para los delitos que tengan prevista pena de inhabilitación, sin importar que esta pena esté estipulada como principal o accesoria.

Para tal decisorio la Corte argumentó que se trata de actividades regladas que requieren aprobación del Estado. Son penas de cumplimiento efectivo, dado que existe un interés general del Estado de que la pena sea aplicada para neutralizar el riesgo de la conducta.

Asimismo, se refirió a cómo debe ser la oposición fiscal, entendiendo que siempre se exige consentimiento fiscal. La oposición fiscal debe ser fundada y razonable,

por ejemplo, en el caso mencionado, el fiscal se había opuesto, teniendo en consideración:

- La gravedad del hecho en su realización,
- La extensión del daño causado, y
- La conducta procesal del imputado.

b. Delitos en contexto de violencia de género: 124:615

Resulta relevante no perder de vista la imposibilidad de otorgar la suspensión del juicio a prueba en delitos donde existiera violencia de género (CSJN Góngora), cuyo fundamento se encuentra constituido en el cumplimiento de los compromisos internacionales entre ellos la Convención Belem Do Para, de acuerdo a la cual existe la obligación por parte del Estado de investigar y sancionar, con un juicio justo para las mujeres víctimas de violencia de género

En este sentido, resulta improcedente la probation en casos de violencia de género, dado que el Estado tiene la obligación de investigar, prevenir y sancionar estos delitos (Belem Do Para, Ley 24.632, promulgada el 1º de abril de 1996).

c. Delitos de desobediencia: 130.377

La SCBA brindó postulados que permiten determinar si el hecho debe quedar comprendido en los términos de la Convención de Belem Do Para.

En este sentido, el Juzgador debe analizar y ponderar el contexto **fáctico y jurídico** esto es, circunstancias anteriores y concomitantes, que dieran lugar al dictado de la medida restrictiva.

Resaltó una vez más la importancia de “*actuar con la debida diligencia*” para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Finalidad: prevenir hechos futuros de violencia y poder lograr la justicia del caso.

Conclusión: son supuestos donde si bien se tratan de una desobediencia judicial, la misma tiene como finalidad prevenir episodios de violencia contra las mujeres.

Resulta necesario recordar que el caso constituye un supuesto en donde existía un Plenario de Casación y la SCBA modificó lo decidido.

VI. La intervención de menores en la comisión de delitos -Art. 41 QUÁTER CP- 123.961

Para la aplicación del agravante sólo se requiere la acreditación de la intervención en el hecho de un menor de 18 años. En este sentido, dado que la norma no exige nada más, para que quede configurado el agravante no es un requisito de la ley probar que:

- a. El mayor se aprovechó o valió del menor,
- b. O que lo haya inducido o iniciado en el delito.

En conclusión, no se requiere plus alguno de inducir, influir, instigar y/o aprovecharse del menor.

VII. Aplicación del artículo 52 del Código Penal a los homicidios calificados: 122.963

Cabe señalar que la agravante sigue vigente y que la misma no es inconstitucional cuando se trata de los supuestos del artículo 80 del Código Penal (para homicidios calificados).

Por lo tanto, se destaca que el único supuesto en que ha sido declarado inconstitucional en relación al citado artículo, es en el caso de la multirreincidencia (CSJN "GRAMAJO").

VIII. La Tenencia de arma descargada- 123.960

Es doctrina de la SCBA que la tenencia de armas incrimina las conductas independientemente del hecho de que constituyan una lesión o pongan en peligro concreto un bien jurídico, dado que configuran delitos de peligro abstracto.

Por lo tanto, no es una exigencia del tipo que las armas posean capacidad ofensiva para el caso concreto, es decir, no es necesario que se encuentren cargadas.

En este sentido, la figura solo requiere que:

el sujeto ejerza un poder de hecho sobre el arma, es decir, que pueda disponer físicamente de ella.

y que disponga de la misma sin contar con una autorización legal.

IV. Relación de Pareja: 132.456 y 133.731

En referencia al concepto de relación de pareja la SCBA dijo que resulta necesario realizar una diferenciación entre la ley civil y la ley penal.

La ley civil exige convivencia (mínima de 2 años), lo cual no es un requisito de la ley penal. En este sentido, no son exigibles los requisitos de la ley civil dado que implicaría agregar al derecho penal postulados que aquél no contiene.

La protección que brinda la ley penal es más amplia, abarca a las uniones convivenciales, pero las excede, dado que la finalidad de la reforma fue proteger el vínculo sentimental aún en situaciones menos formales, teniendo en consideración que los delitos se cometen en estos ámbitos principalmente por el **abuso de confianza** que las relaciones vinculares proyectan.

La SCBA definió el concepto de pareja como aquel:

vínculo afectivo o sentimental,

con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, es decir, que no causal ni ocasional, aunque no fuera continuo,

en el que sus integrantes comparten o han compartido cierto ámbito de intimidad y confianza

que, precisamente, ha dejado a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad. En un contexto de relación de pareja, la víctima baja la guardia y se vuelve vulnerable.

X. Constitucionalidad de los delitos de Comisión por Omisión: 120:176**Al respecto la SCBA entendió que:**

no es necesaria la cláusula de equivalencia (un delito de resultado puede llevarse a cabo a través de una comisión por omisión).

no se afecta el principio de legalidad.

XI. Corrupción de menores: 117.524

La SCBA estableció que el artículo 125 del Código Penal no tiene por núcleo la referencia a quien corrompiere, sino a quien “*promoviere o facilitare*” la corrupción, es decir que el tipo no requiere que se produzca la concreta corrupción para quedar configurado.

XII. Violencia de Género. Prohibición de juzgamiento con Estereotipos: 118.217, 132.936

- a. Como se ha mencionado anteriormente, la SCBA ha resaltado en varias oportunidades que la utilización de estereotipos viola la obligación de investigar con la debida diligencia.
- b. Que hay obligación de juzgar con perspectiva de género cuando un asunto afecte a una mujer.
- c. También se refirió al principio de amplia libertad probatoria, para diversificar y potenciar con exhaustividad la búsqueda de elementos probatorios en torno a la violencia con criterios específicos, por ejemplo: círculo de violencia, antecedentes, entre otros.

XIII. Valoración probatoria de la prueba de Indicios: 121.046

Tiene dicho la Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto.

XIV. Constitucionalidad del artículo 14 del Código Penal- Libertad condicional - Delitos Excluidos: 133.372

El artículo 14 del ordenamiento penal, en cuanto establece la pérdida de la posibilidad de acceder a la libertad condicional para el caso de los condenados por alguna de figuras enumeradas del Código Penal en las que se causa la muerte de la víctima, no es inconstitucional, ni vulnera el principio de igualdad.

D. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES MENTALES

La salud mental es una problemática que excede la esfera individual, afectando a la sociedad en su conjunto.

En el año 2019 se realizó el primer censo sobre esta temática y arrojó que existían 12.000 personas internadas por motivos de salud mental, y que el tiempo promedio de internación era de 8 años.

Es necesario recordar que -según lo visto- las personas que padecen alguna enfermedad mental son consideradas personas vulnerables según el protocolo de Brasilia, lo que permitiría abrir los siguientes interrogantes:

¿Qué sucede cuando estas personas realizan un injusto penal?

¿Cuál es la respuesta del Sistema Jurídico ante estos casos?

¿Resulta adecuada la respuesta?

Lo primero que se requiere diferenciar es que al ser nuestro sistema dual se prevén:

a. La pena: que está estrictamente ligada a la culpabilidad, y su aplicación está orientada a un fin resocializador y re adaptativo del sujeto, es decir la prevención especial positiva.

b. Las medidas de seguridad: que como el sujeto no tiene la posibilidad de comprender el hecho, se recurre entonces al fundamento de la peligrosidad evidenciada en la comisión del ilícito, aplicándose una medida de seguridad cuya finalidad será:

dar un tratamiento terapéutico (prevención especial)

defender a la sociedad frente a personas que se consideran potencialmente peligrosas (prevención general).

De acuerdo a lo anterior resulta relevante recordar que un hecho típico y

antijurídico de un autor culpable dará lugar a la imposición de una pena. En cambio, un hecho típico y antijurídico de un autor inculpable -pero peligroso- dará lugar a la imposición de una medida de seguridad.

En este sentido, dentro de las medidas de seguridad se puede observar un doble régimen de medidas:

desde el derecho civil

desde el derecho penal (artículo 34 inciso 1 CP).

I. Marco Normativo de las Medidas de Seguridad

a. En el ámbito de la ONU:

1. Los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” dictados por la Asamblea General de la ONU en 1991.
2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, incorporada a nuestro país por la Ley N° 27.044, que tiene jerarquía constitucional desde el año 2014.
3. Las Reglas Nelson Mandela: (ONU Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, 2015), que establece en su regla 109: lo referido a los reclusos con discapacidades o enfermedades mentales.

b. En el ámbito Interamericano:

1. “Los principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas”, dictados por la Comisión IDH en

el año 2008, que expresamente receptan: la privación de la libertad de una persona en un hospital psiquiátrico deberá emplearse como último recurso.

2. La “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” (Guatemala 1999), ratificada por nuestro país por Ley 25.280.

3. Las “Reglas de Brasilia” sobre el acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad, -conforme actualización del año 2018- que recepta la condición de vulnerabilidad por estado físico o mental.

c. En el orden nacional:

La Ley 26.657 -2 de diciembre de 2010- Ley Nacional de Salud Mental.

d. En el ámbito provincial:

La Ley 14.580, por medio de la cual la provincia de Buenos Aires adhiere a la ley nacional de salud mental, año 2014.

II. Jurisprudencia de la CSJN y el Protocolo de la SCBA en la materia

En relación a cómo deben instrumentarse estas medidas de seguridad, la CSJN ha fijado la forma de hacerlo en el precedente “R.M.J. s/ *insania*” en el año 2018 (Fallos 331:211).

En el marco de la mencionada causa, la Corte Federal expresó que:

- Se debe respetar el debido proceso ante el encierro forzoso, es decir, en relación a la legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial;

- La medida de seguridad nunca puede importar una exclusión social permanente y sin control estatal.

Por otro lado, cabe preguntarse cuál es la duración temporal de la medida de seguridad ante estos casos.

En este sentido, el artículo 34 del Código Penal no establece el plazo máximo de duración, sólo determina que el juez:

- Previo dictamen de peritos que declaren que ha desaparecido el peligro de que la persona se dañe a sí mismo o a terceros

- Debe resolver el cese

Con respecto a la duración de la medida de seguridad existen dos posiciones:

1. Los que consideran que no tiene límite y debe evaluarse según informes de peritos, y que por ende depende del grado de evolución de la persona.

2. Los que entienden que no puede sobrepasar los límites de la pena, de acuerdo al principio de proporcionalidad, es decir, el tiempo de reproche que le hubiera correspondido si el delito lo hubiera cometido con capacidad de culpabilidad.

En este sentido, si luego de este plazo subsisten las condiciones de peligrosidad, se debe dar intervención a la justicia civil, para que mantenga la internación con finalidad terapéutica.

En este orden de ideas, la CSJN se expresó en oportunidad del fallo Antuña (335:2228) sobre la duración de las medidas de seguridad, indicando que:

1. El Tribunal que dicte una medida de seguridad debe fijar el plazo máximo hasta el cual la medida pueda extenderse.

2. Que nunca pueden ser temporalmente indeterminadas.

3. La persona declarada incapaz de culpabilidad tiene un derecho igual al del condenado como autor responsable a conocer el plazo máximo por el cual podrá extenderse su privación de la libertad.

Con el objeto de fijar el plazo máximo de duración de las medidas de seguridad debe tenerse en cuenta el criterio de proporcionalidad entre:

1. El ilícito cometido,

2. La medida ordenada,

3. Tomándose en consideración la pena que debería aplicarse si el sujeto no fuera incapaz.

4. La persona nunca podría permanecer internado más tiempo del que le hubiere correspondido en **abstracto** en el supuesto de haber sido condenado.

Cabe preguntarse los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el tiempo de duración de la medida. En este sentido, se debe considerar -como parámetro de referencia- el dato temporal que surge del instituto de la libertad condicional.

Por otro lado, en relación al fuero que debe continuar con el tratamiento de la medida luego del cese de la misma en sede penal, la CSJN entendió que correspondían los Tribunales de Familia (Fallos 331:211).

Asimismo, el criterio ha sido consagrado por la SCBA -P. 126897- 8 de mayo de 2019. González Jara.

En dicha causa el Máximo Tribunal provincial concluyó que:

1. El padecimiento mental no puede ser considerado un estado inmodificable.
2. Resaltó el derecho a la reinserción comunitaria.
3. Que se debía fijar un límite de duración de las medidas de seguridad del artículo 34 inciso 1 del Código Penal, con fundamento en el principio de proporcionalidad.
4. Si una vez cesada la medida penal la persona seguía siendo considerada peligrosa: se debía dar intervención al fuero de familia.

Luego, en función de la sentencia en la causa González Jarala, la SCBA dictó la resolución 2914-2019, mediante el cual se aprueba el **“PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA AQUELLAS PERSONAS INCAPACES DE CULPABILIDAD EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”** -octubre de 2019- donde se estableció:

- La obligatoria intervención del asesor de incapaces
- Que al momento de fijarse una medida de seguridad el juez está obligado a fijar el tope máximo de duración
- Que el juez de ejecución debe controlar la internación -como mínimo- cada 6 meses
- Que si -vencido el plazo de la medida- subsisten las condiciones de peligrosidad: se debe dar intervención al juez de familia. Y que -a partir de dicho momento-: cesa definitivamente la competencia del juez penal.

E. LÍMITES TEMPORALES DE LAS PENAS PERPETUAS

En relación a la prisión perpetua y sus límites máximos y mínimos, resulta importante mencionar dos precedentes de la Corte provincial, “Gómez” y “Martínez” (causas P. 130.559 y 132.625, de la SCBA).

Cabe aclarar que los fallos mencionados se sitúan durante la vigencia de la

ley anterior de los artículos 13 y 55 del Código Penal. En este sentido, si bien al momento no hay un pronunciamiento de la Corte provincial que haga referencia a la redacción actual de la ley vigente, es importante estar al razonamiento desplegado en dichos precedentes.

Como sabemos, el Código Penal no establece una determinación numérica para las penas perpetuas, pero a partir del precedente “Giménez Ibáñez”, la Corte Federal señaló que la pena realmente perpetua afectaría la intangibilidad de la persona humana por generar graves trastornos en la personalidad, lo que no debería suceder (Fallos 329:2440).

En ese contexto, la Corte local consideró que si bien las penas perpetuas son indeterminadas, éstas lo son de modo “relativo”. Ello así, pues existe un mecanismo para obtener su libertad y, la postre, extinguir la pena perpetua.

En este sentido, el precedente “Godoy” resulta relevante al establecer con claridad la forma de agotar una pena perpetua; esto es, primero que el condenado obtenga *concretamente* la libertad condicional y luego de cinco años –sin que le sea revocada– se le extinguirá la pena. Cabe aclarar que esa interpretación emana de la sistematicidad de los arts. 13 y 16 del Código Penal.

Por otro lado, merece recordar que de acuerdo a la redacción anterior del Código Penal, la libertad condicional se concedía una vez cumplidos los 20 años de prisión efectiva para las condenas de penas perpetuas. Por ello, comenzó a ganar terreno una interpretación tendiente a considerar que el monto máximo de la pena perpetua era de 25 años en *abstracto*, es decir, 20 años de prisión efectiva y 5 años de libertad condicional producían la extinción de la pena, pero sin importar si el condenado había satisfecho los requisitos que exigen los arts. 13 y 16 del Código Penal.

En el precedente mencionado, restaba dilucidar cuál era el tope máximo de la prisión perpetua, ya que cabría la posibilidad de que un condenado llegado a

los 20 años de prisión “no” se le concediera la libertad condicional por no haber cumplido los reglamentos carcelarios. Es decir, sería el supuesto que ante la mala conducta reiterada no pueda gozar de la libertad condicional lo que le impediría agotar la pena. Para solucionar ello, y dado que en ese caso se lo había condenado por un concurso real, se sostuvo que la mejor forma de armonizar el digesto normativo, era fijar como límite de la condena a perpetuidad en 37 años y 6 meses de prisión (cfr. fallo “Estévez” de la CSJN).

En otro orden, allí no se acaban los supuesto problemáticos; también están los casos en que no rigen las reglas de la libertad condicional, pues tal como lo dispone el Código Penal, se excluye el otorgamiento de ese beneficio por ser reincidente, por haber cometido un delito grave o por haberle sido revocada la libertad condicional (conf. arts. 14 y 17 del CP).

En primer lugar, la Corte Provincial entiende que tales impedimentos legales para poder obtener la libertad condicional son constitucionales; bajo ese prisma, corresponde desandar otro camino para buscar una solución a esta problemática.

En estas hipótesis debe tenerse en cuenta que la legislación provincial y nacional sobre el régimen de la ejecución de la pena privativa de la libertad permite el acceso de otros institutos liberatorios para esos casos; entre ellos, las salidas transitorias que regulan el artículo 100 de la ley 12.256 –sexto párrafo- o el régimen especial preparatorio de la libertad del art. 54 bis de la ley 24.660.

Si bien los beneficios mencionados en el párrafo precedente se encuentran regulados sobre penas temporales, es función de la magistratura adecuar esos parámetros a los casos de penas perpetuas con impedimentos legales para acceder a la libertad condicional y dar certeza sobre la finalización de la misma (cfr. causa P. 133.520, entre otros).



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

QUINTO ENCUENTRO

QUINTO ENCUENTRO

I. APERTURA A CARGO DEL SEÑOR PROCURADOR DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, EL DOCTOR JULIO CONTE-GRAND

Me toca dar inicio al cierre del cierre de este taller, que ha sido una feliz iniciativa de la doctora Carolina Crispiani, quien propusiera la realización de esta actividad hace ya algunos meses y diseñara los aspectos estructurales sustanciales de lo que ha sido, sin ninguna duda, una actividad de capacitación muy exitosa en el Ministerio Público.

Quiero agradecer, en primer lugar, por cierto, a la doctora Crispiani por la generosidad de su trabajo en la propuesta, en el desarrollo y en la implementación.

De igual modo, al doctor Nazareno Capaccio que, con igual generosidad, se ha prestado para colaborar con la doctora Crispiani y participar en alguno de los módulos que se han desenvuelto hasta la oportunidad.

Asimismo, quiero agradecer a todos los integrantes del área de Capacitación de la Procuración General que han intervenido en el armado, en el formato, en la difusión y en la implementación, que han permitido que llegemos al día de hoy con una propuesta ejecutada de manera impecable.

A todos los que han participado hasta el día de hoy, con un promedio de 500 personas conectadas en cada una de las jornadas en las que se desarrolló el taller, que han demostrado el interés que esto ha tenido. Por ello, de igual manera, quiero agradecerles a todos los participantes.

Además, a los participantes del día de hoy en este cierre: al doctor Roberto Daniel Martínez Astorino, Secretario Penal de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, quien nos engalana el día de hoy, permitiéndonos

escuchar desde su perspectiva, esto es, desde la perspectiva del Máximo Tribunal provincial, aspectos relativos al objeto de nuestro taller. Realmente estoy sumamente agradecido de que pueda acompañarnos en esta actividad para participarnos de todo su conocimiento y experiencia materia.

Del mismo modo, a los integrantes del segundo panel del día de hoy de cierre las doctoras Analía Duarte y Patricia Ochoa. los doctores Juan Pablo Fernández y Fabián Fernández Garello, todos ellos responsables de Fiscalías generales de distintos departamentos judiciales de nuestra provincia, que del mismo modo van a transmitirnos sus experiencias en esta materia tan sensible, crítica e interesante, como es la que ha formado parte del taller.

Un agradecimiento muy especial para quien nos va a deleitar con su cierre final de las actividades, Dr. Carlos Altuve ex Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, un gran amigo, un excelente profesional, que no ha tenido ningún óbice en colaborar en estas actividades pese a ya no integrar el cuerpo del Ministerio Público y el Poder Judicial provincia. Con suma generosidad, con gran apertura desde el primer momento manifestó su aprobación para que podamos contar con su enorme experiencia de muchos años de actividad en la Magistratura y como responsable, después de un largo derrotero en distintos ámbitos judiciales, de la Fiscalía de Casación de nuestro Ministerio Público.

La materia que hemos tratado en estos talleres ha sido desarrollada con gran nivel por la doctora Crispiani y el doctor Capaccio, y se trata de una materia singularmente importante, que determina un significado muy especial para el taller que hoy concluimos porque es el momento final en el que los esfuerzos estructurales que se llevan a cabo en distintas instancias en el ámbito del sistema judicial, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como del punto de vista del Ministerio Público, encuentran un punto definitivo para la intención de hacer justicia en los casos concretos.

Es sabido que nuestro sistema judicial es un sistema de diversas instancias, donde la última instancia es de carácter absolutamente excepcional, Esa naturaleza excepcional de la instancia final, sea a nivel local o sea a nivel federal, exige, en las normas procedimentales, ciertos recaudos que hacen estrictamente a la necesidad de contemplar los casos que revisten esa cualidad, es decir: la cualidad excepcional de un tratamiento que no admite sino ciertas circunstancias muy especiales para su consideración por los más Altos Tribunales.

Tanto la naturaleza de los casos que pueden arribar a la máxima instancia, como los requisitos de carácter adjetivo, están íntimamente vinculados a la naturaleza hacen que el procedimiento, que las técnicas, que las herramientas, que las aptitudes, que las habilidades que están relacionadas con esta problemática sean de máxima importancia.

Esto hace que, justamente, el objeto del taller que se ha venido llevando adelante en distintos módulos, y que hoy cierra, tenga ese carácter especial, excepcional, específico y de alta calidad técnica que exige un conocimiento muy preciso.

Por ello, la iniciativa que llevara adelante la doctora Crispiani, y en su colaboración el doctor Capaccio, vinculaban algo que hace a la necesidad del perfeccionamiento de todos nuestros agentes integrantes del Ministerio Público, sea su conocimiento más práctico, sea con su conocimiento más teórico.

Este taller ha tenido un alto nivel. Es sabido y hemos recibido diversas opiniones en este sentido que han confirmado el alto nivel que ha tenido el taller, tanto en su dimensión jurídico práctica que les otorga un atractivo especial a estas cuestiones, como en su dimensión académica. Ha sido un contenido muy prolijo, muy profesional y que además ha permitido acercarse a todos los integrantes del Ministerio Público, con interés en esta participación a cuestiones que tienen, como digo, este alto nivel técnico jurídico y académico.

El éxito del taller ha sido puesto de manifiesto desde diversos ángulos; por un lado, porque se ha referido a alto nivel de participación promedio de 500 personas que han estado presentes en cada uno de los talleres, recurrentemente, lo que demuestra un interés muy profundo en este tema por quienes han tenido la gentileza de participar. Por el otro lado, incluso lo demuestra, no sólo la cantidad de participantes, sino el perfil cualitativo de los participantes, porque han estado representados en esa participación todos los departamentos judiciales de la provincia integrante del Ministerio Público, de todos los departamentos judiciales. Todos ellos se han contado entre estas 500 personas que han seguido los talleres con mucha inquietud y con mucho interés

Además, el hecho de que diferentes categorías jerárquicas de las personas que integran el Ministerio Público hayan concurrido a la participación, cierra el círculo del éxito del que yo estoy hablando.

El éxito, además, no sólo se ha confirmado por el nivel de participación, por la heterogeneidad jerárquica de la participación, por la dimensión territorial de la participación, sino de igual modo, por el contenido de los temas que han sido expuestos durante los distintos módulos de realización del taller.

El contenido ha sido un contenido vasto, exhaustivo, completo, que se consideró en la doble dimensión: la técnica jurídica y la académica.

Por otra parte, la metodología utilizada por los expositores ha sido una metodología que ha permitido comprender en profundidad la problemática recursiva a la que se estaba haciendo referencia, en esta dimensión excepcional a la que me acabo de referir.

La que, por cierto, ha sido acompañada por la entrega de materiales absolutamente actualizados, en formatos de calidad técnica y tecnológica que permiten hiper vincular los contenidos para poder ir alcanzando el conocimiento acabado de cada uno de los temas que se trataba en cada encuentro.

Todas las cuestiones referidas a las dimensiones recursivas ante el Superior Tribunal Nacional y ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires han sido consideradas en base la exposición académica y en base a los materiales actualizados de jurisprudencia, proveniente de los tribunales que tienen que resolver y que han venido resolviendo, en nuestra provincia y a nivel nacional, los temas específicos. De modo que el carácter que utilizo al calificar este taller como exitoso, también lo es por los materiales actualizados, por las herramientas utilizadas, por los contenidos desplegados, y por una metodología muy dinámica que sido participativa, lo que nos llena de alegría y de numerosos comentarios de participantes, en el sentido laudatorio, a la realización de los talleres que hoy cerramos con esta actividad.

Por todo esto y por este cierre, agradezco a todos los que han intervenido en estos talleres. Muchas gracias, nuevamente.

II. “ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS DESDE LA ÓPTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL”, DOCTOR ROBERTO DANIEL MARTÍNEZ ASTORINO, SECRETARIO PENAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Buenas tardes, ante todo un honor participar de este seminario. Agradezco las palabras del Dr. Julio Conte-Grand y agradezco profundamente su invitación para participar de este Taller del Ministerio Público.

En este curso intensivo sobre el tema de los recursos extraordinario, me pareció interesante, puntualmente, poner de relieve la génesis de la Ley N.º 14.647, así como todo lo que se fue haciendo en este periodo de dos años, con las implicancias y las problemáticas que han este acontecido luego de la aplicación de la vigencia de la ley.

Este Ley N.º 14.647 de la provincia de Buenos Aires, que reformó el CPP en materia de recursos, ocasionó un giro copernicano en lo que tiene que ver con la admisibilidad de los recursos extraordinarios.

En el plano institucional, en primer lugar, emparejó el régimen de los recursos extraordinarios a las otras competencias de la Suprema Corte de Justicia, es decir, la labor diaria del tribunal tenía como una dualidad, por un lado todas las materias, como la parte civil y comercial, contencioso administrativa y laboral , intervenía luego de que el recurso haya sido admitido por el órgano que dictó la resolución recurrida, mientras que la Suprema Corte en materia penal tenía a su cargo la admisibilidad positiva del recursos.

Cuando se hizo el estudio de esa nota de admisibilidad, al empezar a regir la Ley N.º 11.922, se pensó en la idea de que era más sencillo que la Corte tuviese todo el poder de admisibilidad y de procedencia al mismo tiempo, por eso, tanto en el campo de Recursos de Casación como en el de los Recursos Extraordinarios locales, se pergeñó la idea de que se interpongan directamente ante la Suprema Corte.

Es de imaginar lo complicado que era recibir todos los recursos en materia criminal, correccional, de menores y demás, sin ningún tipo de juicio de admisibilidad previo.

Eso empezó a cambiar, en el ámbito del Recurso de Casación, con la Ley N.º 13.057, que modificó el sistema para ese recurso casatorio; y luego a partir de la iniciativa de la propia Suprema Corte se modificó, a partir de diciembre del 2014, este sistema de admisibilidad que desembocó en ese emparejamiento con las demás materias, que era de lo más justo, lo más vinculado a la legalidad del sistema de acceso a la Suprema Corte.

Ese cambio provocó grandes zozobras iniciales en quienes tenían que llevar a cabo ese primer control de admisibilidad, es decir, un tribunal de Casación en material criminal y las cámaras de apelación y garantías en lo penal en el ámbito correccional, en principio en el de menores, en fin, que esa tarea se empezó a hacer.

Es de destacar, en este sentido, una primera cuestión referida a que no siempre se vislumbra bien, o lo suficiente, la trascendencia de ese juicio de admisibilidad que lleva a cabo el órgano recurrido, porque, en definitiva, es ese órgano quien va a fijar la competencia recurrida de la Corte, y con ello el ámbito de posibilidad de trabajo del Superior, la dinámica de abordaje que deberá llevar adelante la Corte.

En otras palabras, el Supremo deberá ceñir su actuación a los puntos que han sido concretamente abordados y concedidos por este órgano que emite el primer control de admisibilidad, porque por imperio del artículo 434 la competencia de la Suprema Corte se ve demarcada, justamente, por estos lineamientos que surgen de ese auto de admisibilidad positivo.

Obviamente, de igual manera el sistema diseñó la Queja, para posibilitar, en el caso de una desestimación, un nuevo acceso; como la manera de intentar si en segundo control de admisibilidad se logra superar la etapa y la Corte va a conocer igualmente del recurso.

Este sistema impactó notablemente en todo lo que tiene que ver con la tasa de recurribilidad. La Corte, al existir un juicio previo y tener en muchos casos que sea negativo, ya había un contralor sobre esta temática y no todos los que perdieron obtienen la posibilidad de acceder a la Corte por la vía de la queja.

Por otra parte, ordenó la tarea del Tribunal, al clarificar cuáles eran los recursos concedidos, cuáles los que pueden ser discutidos por intermedio de la queja, y disminuyó notablemente los plazos procesales.

Ese camino fue complejo para los órganos que tuvieron que llevar a cabo ese primer control de admisibilidad, al que no estaban naturalmente acostumbrados, porque se lleva a cabo de forma particular, diferente a los recursos de apelación o a los recursos de Casación por los cuestionamientos de naturaleza federal.

Esa complejidad inicial se vio acentuada por algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los que han sido tributarios en muchos casos de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incorporó nuevas prácticas, nuevas modalidades, al ámbito recursivo del país y especialmente al bonaerense.

Ya quedó atrás la primera gran transformación, que fue la nueva imagen de la Casación penal, con el precedente “Casal” en su progenie, que generó una nueva forma de ver el recurso de Casación.

El recurso de Casación, que había sido creado con la idea de hacer un control de derecho sobre la decisión de los tribunales orales que dictasen la sentencia de mérito, pasó a conformarse incorporando una serie de tareas que implicaron poder vislumbrar cuestiones o agravios de hechos, de naturaleza de valoración probatoria y ensamblar una nueva forma de revisar las sentencias

Ello trajo aparejado, particularmente, una gran posibilidad para el Ministerio Público, que ha sido muy aprovechada en el ámbito de la Fiscalía de Casación,

con el tema de la arbitrariedad en las sentencias, justamente, porque siempre que se valora la prueba, y siempre que se reconstruye históricamente un hecho, se realiza algo más que lo meramente normativo, con lo que pueden surgir cuestionamientos a esa actividad revisora y provocar la articulación de recursos extraordinarios, vía la arbitrariedad de las sentencias y la rica doctrina que ha creado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero a esa primera complicación inicial, ya superada por la gran cantidad de años de vigencia del precedente “Casal”, se fueron incorporando otras. La primera de ellas fue el llamado: control horizontal de la sentencia condenatoria, que opera cuando una sentencia fue dictada por primera vez por el órgano que luego, además, será el revisor.

Es decir, el mismo órgano que dictó la sentencia de condena será quien revise la sentencia hacia la Cámara, o hacia el tribunal de Casación, lo que en alguna medida generó, para garantizar la doble conformidad judicial, que con apego a un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso “Mohamed” y la doctrina que recibió la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Felisa Duarte”, que fue recepcionado por nuestra Corte y el precedente “Carrascosa”, se tuvo que garantizar un control por parte de una Sala o de un tribunal de alzada distinto, para garantizar que esa sentencia dictada en segunda instancia fuera revisada ampliamente por otro tribunal superior de la misma jerarquía.

La Corte Interamericana sostuvo que aquí ya no importaba tanto que fuera un tribunal en vertical, de mayor jerarquía, sino que exista un tribunal con competencia amplia que pueda inspeccionar cada uno de los aspectos vinculados a la aplicación de los hechos, a la valoración de la prueba, y todo lo relativo al control de las garantías constitucionales convencional.

Pero no solamente se dio en ese aspecto, sino que por la doctrina del precedente “Chamba” de igual modo la Corte Suprema sentó las bases para que se llevara

a cabo una inspección del mismo tenor respecto de aquellas sentencias que dictaron una condena o una pena que implicó una modificación sustancial al estado jurídico al que se había arribado a la segunda instancia, ello también implicó una gran amplificación del aspecto recursivo.

Se discutió mucho durante mucho tiempo en el ámbito de tribunal de Casación acerca de si ese control horizontal se podía llevar a cabo de oficio, directamente, o si había que haber que llegar primero hasta la Suprema Corte.

El 5 de Julio del 2017, la Suprema Corte en el precedente “Quinto” dijo que el control horizontal era operativo y no era necesario llegar hasta la Corte la Suprema Corte para lograr esa revisión horizontal. Esta situación jurídica, luego fue incluso tomada en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un precedente que se dictó el 26 de diciembre del 2019.

Es notable toda la nueva temática, así como la cantidad de casos y formas distintas de revisar las sentencias, que han surcado como consecuencia del advenimiento de “Casal”, del advenimiento de la postura del caso “Felisa Duarte”, “Carrascosa”, “Chambla”, etcétera, que generó, obviamente, nuevas prácticas y formas de resolver la cuestión de los recursos.

Como consecuencia de un precedente conocido como “Colman”, dictado por la Corte Suprema de justicia de Nación, en el que se discutió la legitimación del Ministerio Público para recurrir determinadas decisiones, recordemos que en ese caso tanto el tribunal de mérito como la casación habían estado de acuerdo en que el tipo objetivo que se había se había puesto en crisis por el hecho de los hermanos “Colman”, era el contemplado por el art. 165 del Código Penal, es decir el homicidio en ocasión de robo.

En base a un recurso del Ministerio Público Fiscal, la Corte modificó y puso de manifiesto su criterio de que el hecho encajaba en el artículo 86 inc. 7 del CP, es decir el homicidio “*criminis causae*”.

Cuando la causa llega a la Corte de la Nación, esta casó la sentencia y dijo que había que hacer un control horizontal, pero de alguna medida revocó la sentencia apelada, con lo cual la disyuntiva del tribunal superior provincial era llevar a cabo un control horizontal, pero en ese caso no se sabía de qué forma, porque la sentencia era de la Suprema Corte de Justicia que no está dividida en salas y no puede haber una Suprema Corte de Justicia paralela que lleve a cabo ese análisis, al menos no está previsto constitucionalmente y los recursos extraordinarios son recursos previstos por nuestra Constitución.

Esto hacía que fuera complejo hacerlo, además el dato de color era que esta sentencia revocó la sentencia de la Corte provincial, con lo cual se encontró un matiz respecto de la doctrina de “Felisa Duarte”, lo que generó una doctrina que fue dictada precisamente en este precedente “Colman”, el 20 de mayo del 2020, de la que se puede extraer que la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir sentencias condenatorias se vería menguada cuando se hubiese alcanzado en ellas la doble conformidad oficial sobre la calificación y la pena, porque esto implicaría un recorte a la potestad impugnatoria del Ministerio Público.

Esta doctrina fue repetida solamente en alguna oportunidad, en alguna sentencia dictada hace poco tiempo, y en verdad no se sabe si va a ser doctrina legal de la Suprema Corte dado los cambios que han acaecido básicamente en el último tiempo en el tribunal, con lo cual tendríamos que ver si va a ser en un futuro una doctrina homogénea recibida.

Lo cierto es que esta cuestión, evidentemente, limita la legitimación en los términos del artículo 481 del Ministerio Público Fiscal para interponer recursos extraordinarios locales una vez satisfecha la doble conformidad judicial en el ámbito del recurso de Casación.

De igual modo, obviamente, impactó en esta problemática de las vías recursivas extraordinarias la revisión de la sentencia de los juicios por jurados y, si bien es cierto que es por todos conocidos que el veredicto y las sentencias no son

impugnables por el Ministerio Público, sí puede haber impugnaciones previas como por ejemplo en los supuestos de la conformación del jurado o básicamente también hubo algún precedente en lo que tiene que ver con la consideración de lo que se entiende por juzgado estancado.

De tal manera que eso generó una problemática adicional, es de hacer notar que ya son cuatro o cinco problemas que han coronado toda la interpretación que se ha hecho sobre los recursos extraordinarios.

Otros aspectos que han gravitado mayormente en la dinámica recursiva y básicamente en la admisibilidad de recursos contemplados en el artículo 479 del Código Procesal Penal, porque en primer lugar el primer control de admisibilidad lo lleva a cabo el órgano que dictó la resolución recurrida en los términos del artículo 486 del CPP que torna necesario que se haga un juicio valorativo, es decir, se motive, se expliciten las razones, tomando en cuenta las disposiciones generales de los recursos y las disposiciones específicas.

El primer problema es que los demás recursos se conceden prácticamente con la constatación acerca de si se interpuso en término, si quien lo hizo tenía legitimación para ello y algún otro recaudo más, como ser algún tipo de nota en el recurso de apelación en cuanto al grado de irreparable o no, en el recurso de Casación sí encaja en el art. 450 del Código Procesal Penal, etc.

Aquí la cuestión es bastante distinta y el primer problema que tuvieron los operadores del sistema, justamente, fue echar mano a la jurisprudencia de la Suprema Corte, desde que ésta fue creada (desde 1998) hasta 2014, época en la que la Corte no solamente tenía la admisibilidad y la procedencia de todos los recursos, y por ende podía refundir con una decisión de ambos aspectos, sino que además tenía la posibilidad de echar mano al llamado “certiorari”, que es un conjunto de atribuciones para dictar una sentencia un poco más acotada, que puede ser positivo si permite el cerciorara avance hacia la jurisdicción estratégica de la Corte Suprema o ser negativo, el excepcional, pero que obviamente no

puede ser utilizado por otro tribunal que no sea la Suprema Corte. De manera que entonces, en esa cantidad de precedentes publicados desde 1998 a 2014 había un poco de todo, con lo que muchas veces los operadores del sistema, los nuevos operadores del sistema, con buen tino intentaron buscar en esa gran cantidad de pronunciamientos, llegando a veces a confundir algunas de sus atribuciones.

De allí que el art. 486 sea relevante desde muchos puntos de vista. En primer lugar, porque fija la competencia del tribunal y la fija de una manera central, de tal forma que, si hay muchos agravios, si hay varios recursos, cuando no se ha tomado una decisión sobre alguno de ellos o se ha omitido tratar algún recurso, etc., se torna necesario que haya una actividad de parte de alguno de los operadores del sistema, sean los acusadores, sean los acusados, sea el partido damnificado, de velar por ese auto de admisibilidad. No importa tanto lo que diga la parte dispositiva, muchas veces la parte dispositiva puede ser declarada admisible, pero de los considerandos surge que hubo cuatro agravios y solamente se consideró uno.

Por lo que es fundamental esa tarea vigilante, para que no queden preclusos algunos cuestionamientos que no pueden ser abordados en la Suprema Corte, justamente porque no tiene competencia para ello. El art. 434 es una discusión general para todos los recursos también rige en el ámbito de los recursos extraordinarios locales.

La Corte, frente a esta problemática, llevó a cabo una serie de medidas destinadas a poner en claro cómo era la faena que debía llevar a cabo el tribunal que emitía el primer juicio de admisibilidad.

De estas pautas surgen los problemas que pueden afectar tanto el Ministerio Público como a las demás partes, en la articulación de los recursos extraordinarios. Lo primero que ha hecho la Corte, ni bien empezó el sistema, fue la declaración de oficio de nulidad de los autos que concedían los recursos extraordinarios de manera inmotivada, es decir, sin cumplir con las reglas específicas del artículo 486.

Esto se sigue haciendo, ahora con mayor detenimiento en lo que tiene que ver con el análisis del tratamiento de las cuestiones federales, que es uno de los problemas más elocuentes que tiene la admisibilidad de los recursos extraordinarios.

Incluso se ha utilizado el dispositivo de declarar mal concedidos los recursos en los supuestos en los que el análisis ha sido defectuoso o no ha tenido en cuenta las disposiciones generales o específicas del medio recursivo del que se trata.

Asimismo, la Corte, frente a denuncias de excesos en los abordajes de la admisibilidad de los recursos extraordinarios llevó a cabo una señalización concreta, sobre todo en el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley, de que el análisis de la introducción, oportunidad, planteo suficiente y el establecimiento en la relación directa e inmediata de las garantías constitucionales afectadas, lo debatido y el resultado del caso, formaban parte del juicio de admisibilidad en lo que tiene que ver con el planteamiento de cuestiones de naturaleza federal.

Esto era muy relevante porque, si, por ejemplo, un fiscal no vislumbró una cuestión constitucional en la primera oportunidad y no lo llevó a la instancia casatoria, excepto que sea alguna cuestión muy sorpresiva, difícilmente lo va a poder plantear en el futuro. Lo mismo podría darse respecto del planteo suficiente, es decir, el tipo de planteo señalizando la técnica de la impugnación con un argumento plausible y una explicitación clara de cuál es el contenido del agravio.

Todo eso ha sido importante en lo que tiene que ver con el planteamiento de las cuestiones federales, porque no nos podemos olvidar que estos recaudos de oportunidad, de planteamiento suficiente, de relación directa e inmediata, así como todo lo demás, están tenidos en cuenta en la Acordada 4/2007, concretamente en el artículo 3 inc. a) a e), para poder articular el recurso extraordinario federal de manera suficiente y razonable. Si no se tiene esos cuestionamientos o esas formas de llevar a cabo la tarea impugnatoria con antelación, seguramente tampoco se lo va a tener en el ámbito del recurso extraordinario federal

Ahora bien, que estos aspectos de las cuestiones federales sean abordados por el primer juicio de admisibilidad, es decir, por el tribunal que dictó la resolución recurrida, no hace que la situación se empalme de la misma forma en lo que tiene que ver con la competencia propia de la Suprema Corte en el ámbito del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, me refiero a la violación de la ley sustantiva y la doctrina legal edificada respecto a la ley sustantiva.

Muchas veces se confunde y se analiza de la misma forma el planteo de una ley sustantiva, cuando se plantea la violación de la doctrina legal en principio no puedo incursionar respecto de si es fundado, si está bien hecho el agravio, etcétera, porque en definitiva es una atribución propia de la Corte. No estamos hablando cuando de los agravios son de naturaleza procesal, orden probatorio, explicación de los hechos, en donde claramente no hay una cuestión de ley sustantiva, sino que no se puede analizar con el mismo parámetro de la cuestión federal toda la temática vinculada al planteamiento de cuestiones propias del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Asimismo, este análisis ha servido para que se tengan en cuenta las limitaciones a la admisibilidad del recurso extraordinario de nulidad, en tanto y en cuanto la competencia del tribunal recurrido solamente se ciñe a la constatación de la presencia de los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial, si hay causales específicas de procedencia del recurso extraordinario de nulidad.

El órgano que dictó la resolución recurrida no puede, por ejemplo, analizar la esencialidad de la cuestión que se dice omitida, porque esa cuestión es claramente una cuestión de procedencia, de fundabilidad de la pretensión, que debe ser abordada por la Suprema Corte, lo mismo que en el ámbito del rehén en el que es imposible sostener que el tratamiento fue llevado a cabo por el órgano, o fue abordado de manera implícita, o fue desplazado, o importa una revisión global de la sentencia, porque claramente eso hace a la fundabilidad y es competencia exclusiva y excluyente de la Suprema Corte.

Sucede lo mismo en el ámbito de la mayoría de opiniones, en los casos en los que se alega que falta la mayoría de opiniones. No se puede llevar a cabo en el juicio de admisibilidad la tarea de verificar, por parte del órgano recurrido, si se está ante la falta de mayorías o no, o defender la propia sentencia en cuanto que posee mayoría de opiniones, porque justamente también es una competencia que hace a la fundabilidad, no a la admisibilidad y tampoco a la suficiencia del planteo.

A su vez, la Corte, de igual manera, ha generado alguna doctrina respecto de la anulación de juicios negativos, es decir, un juicio negativo que fue cuestionado por una queja, si esta se declaró procedente, por decir, en una falta de motivación, la Corte ha declarado la nulidad de ese auto, para que haya un auto que satisfaga los estándares del artículo 106 del Código Procesal Penal, a los fines de que la competencia reglada establecida en el artículo 434 pueda activarse conforme a derecho.

Este artículo 434 tiene notable relevancia porque al fijar la competencia de la Suprema Corte, de igual modo fija dos cuestiones centrales: en primer lugar sólo cuando el recurso es admisible, la competencia de la Suprema Corte se encuentra expedita para, por un lado, poder declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción, y por otro lado utilizar los poderes implícitos y declarar la invalidez de oficio, de acuerdo a la llamada doctrina de donación de oficio de las sentencias, antes está impedida de hacerlo.

De ahí que siempre se haya cuestionado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Olearraga, con el voto en disidencia de la doctora Argibay, en el sentido de que, una vez resuelto negativamente el recurso extraordinario federal, no ha habido y no se ha admitido la queja. La Suprema Corte federal suspende para el tratamiento de la prescripción de la acción pretendida e incluso de oficio cuando todavía no posee competencia y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido denegar el recurso extraordinario federal, con lo cual si no se admite la queja no se posee competencias, a pesar de que sea una cuestión de orden público la prescripción. Esta temática es muy relevante en todo lo que tiene que ver con la competencia de la Corte.

Respetando el tiempo concedido para la exposición, la idea era traer algunos de los lineamientos generales que son enteramente aplicables al Ministerio Público. Esta institución ha llevado a cabo, en los últimos años, una función garantizadora de que el proceso se lleve a cabo sin dilaciones indebidas y ha sido guardián de estas cuestiones, sobre todo, via la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias, en función de esta nueva función que tiene la Casación por imperio del presidente Casal

Con la intención de ser escueto pero concreto, porque el tema da para varios seminarios, este es un pequeño aporte que busca acompañar la iniciativa del Dr. Conte-Grand y la de todos los que han intervenido en la concreción de este importante curso, que sin duda los ayudará en la tarea, y por supuesto, quedo a disposición de los presentes.

III. EXPERIENCIAS DEPARTAMENTALES Y ANÁLISIS EN MATERIA RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, A CARGO DE LA DRA. ANALÍA DUARTE, FISCAL GENERAL DE NECOCHEA

Muchas gracias y buenas tardes a todos. En principio, deseo agradecerle al doctor Conte-Grand la convocatoria a formar parte de este panel como finalización de estas jornadas, que debo decir que han sido, tanto a nivel de expositores como así igualmente en su contenido, sumamente valiosas.

Cuando se me convocó por parte de capacitación para formar parte de este panel, me propusieron que contara alguna experiencia del departamento judicial de Necochea, en cuanto a la interposición de recursos de Casación que resultaran novedosas e interesantes.

Es por ello que pensé en abordar dos cuestiones que se sometieron a consideración del tribunal, sí bien la primera de ellas, a la que voy a hacer referencia, no ha tenido una acogida favorable por parte del tribunal con relación a la pretensión del Ministerio Público Fiscal, entiendo que igualmente reviste interés por la actualidad en cuanto a la cuestión y la segunda de ellas todavía no tiene una resolución, pero de igual manera considero que es un tema de actualidad.

La primera de las cuestiones tiene que ver con un juicio por jurados que se desarrolló en el departamento judicial de Necochea como consecuencia de un hecho de femicidio.

En dicho juicio, el jurado emite un veredicto de culpabilidad y como consecuencia de ello viene el dictado de la sentencia por parte del juez de intervención. Esta es la cuestión llevada a conocimiento por parte del Ministerio Público Fiscal en recurso.

El señor juez de intervención da una solución, por demás extraña y alejada absolutamente de la normativa aplicable al caso, no solamente alejada de la

normativa sino antojadiza, que pretendía de alguna manera, como dijo y fundó en su sentencia, compatibilizar la pena que establece la norma con relación al femicidio con su posicionamiento frente a la prisión perpetua.

Es así que, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, porque él entendía que esto no iba a tener practicidad, porque no iba a soportar una instancia revisora, dicta una sentencia con una solución extraña, entendiendo que debía a los 20 años revisarse esta condena, a los fines de determinar si todavía la misma era útil, necesaria y conveniente.

Ante ello, la Fiscalía General interpuso recurso de Casación, entendiendo que existía gravedad institucional frente a esta sentencia, en virtud del avance de la jurisdicción por sobre la voluntad popular, lo que generaba incertidumbre en la sociedad, incertidumbre que trasciende el interés de las partes en el proceso, comprometiendo con ello una institución del sistema republicano de raigambre constitucional.

En este recurso, además, planteamos la cuestión federal, entendiendo que se habían agraviado garantías constitucionales relacionadas a la vulneración del debido proceso, a la correcta administración de justicia, como así también al principio de soberanía popular.

Asimismo, sostuvimos que se había inobservado lo normado por el artículo 2 y 13 del Código Penal, por el cual la jurisdicción había avanzado sobre la facultad legislativa propia de otro poder del Estado Argentino.

Al momento de acompañar nuestro recurso, la fiscalía de Casación sostuvo que cualquier intento de considerar cada caso particular para interpretar un texto legal importaba su desnaturalización, afectando con ello el alcance general, impersonal y abstracto propio de la disposición legal.

Planteada la cuestión, el tribunal rechazó el recurso interpuesto por la fiscalía, entendiendo que no estaba dentro de las facultades del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de recurrir, que excedía las limitaciones impuestas en virtud del artículo 452 inciso 2 del ritual, porque entendió que el juez la pena que aplica es aquella pena que requirió el Ministerio Público Fiscal y no estuvo por debajo de la mitad de la pena.

Si bien es cierto que el juez aplica la pena de prisión perpetua al hecho llevado a conocimiento del jurado popular, cierto es que esta aplicación es una aplicación aparente, tenemos que tener en cuenta que el hecho que se lleva a juicio es un hecho acaecido en el año 2016, es decir, estaba en plena vigencia la Ley N.º 25.892.

Entonces, si entendemos que la prolongación en el tiempo de la pena de prisión perpetua marca la posibilidad de la libertad condicional, la posibilidad temporal en que una persona está en condiciones de adquirir la libertad condicional, conforme artículo 13, esto es, a los 35 años, de tal manera que consideramos estos 35 años como las dos terceras partes de la prisión perpetua, estamos hablando de una pena con una durabilidad o extensión en el tiempo de 52 años y 6 meses.

De manera tal que, aplicar y considerar que el plazo en el cual debía revisarse esta pena debía ser de 20 años, significa quedar apenas dos años y unos meses por arriba del tercio del plazo de la pena y al establecer estos 20 años se está muy por debajo del mínimo de la durabilidad total de una prisión perpetua. Esto no ha tenido solución favorable pero tal vez sea de interés para alguna otra situación que se plantee en otro departamento judicial y pueda correr mejor suerte.

La segunda de las cuestiones, de igual manera se presenta como de actualidad, es la referida a la solicitud de qué hace el Ministerio Público Fiscal con relación a una medida cautelar de no acercamiento, en una cuestión de violencia de género.

Si bien esto contó con el doble conforme de la Cámara es decir: se interpone esta medida cautelar de no acercamiento frente a un hecho de lesiones y amenazas, y

el juez de garantías, entendiendo el Ministerio Público Fiscal que no se tuvo como norte el deber de la debida diligencia y el respeto a las obligaciones genéricas que tiene la República Argentina, en virtud de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, como asimismo las obligaciones específicas emanadas de las otras convenciones a las que Argentina ha adherido, las que le imponen al Estado Argentino una responsabilidad reforzada, frente a esta negativa, el juez sostiene para fundamentar la misma que no estaban dados los requisitos del artículo 146 del ritual porque no alcanzaba el plexo probatorio para determinar que existía una responsabilidad mínima y requería mayor prueba.

Este fue un hecho que ocurrió un día viernes, en las primeras horas, en el que se solicitó inmediatamente una medida de no acercamiento, y lo menciono a esto porque la Cámara hizo suyos los fundamentos del juez de garantías, entendiendo que tampoco estaban dados los requisitos del art. 146.

Esta negativa se da un día viernes, se remite nuevamente la causa a la fiscalía entendiendo que debía requerir la medida al fuero de familia, sin embargo, el juez de garantías, al momento de rechazar la medida, sostuvo de manera llamativa que no desconoce los dichos de la víctima, que comprende que de los mismos podría surgir la comisión de un ilícito que habilitaría su competencia, pero que la misma es competencia del fuero de familia.

Frente al segundo conforme de la Cámara, la fiscalía decide ir al Tribunal de Casación mediante el recurso respectivo, fundando la admisibilidad en que se estaba frente a la inobservancia de un precepto legal y que existía una cuestión de gravedad institucional, en virtud de los graves efectos que esto podría acarrear para el Estado argentino, al inobservar preceptos convencionales y constitucionales.

De igual modo, se planteó, oportunamente, la cuestión federal por arbitrariedad normativa, en virtud de la no aplicabilidad de lo establecido por la Convención de Belem Do Pará, particularmente en su artículo séptimo inciso f , receptada

por la Ley N.º 24.632, al igual que el artículo 2, inciso b), f) y artículo 3 inc. c) y h) de la Ley N.º 26.485, por la cual se obliga al Estado Argentino a tomar, sin dilaciones indebidas, las medidas necesarias tendientes a la protección de las víctimas de violencia de género, violentando con ello el artículo 16 y 18 de nuestra Constitución Nacional.

Debo agregar a esto que incluso acompañó nuestro recurso la Fiscalía de Casación, por lo tanto, estamos actualmente a la espera de su resolución.

Creo que he cumplido con el plazo que me fuera dado, he realizado una exposición acotada para poder respetarlo y deseo haber cumplido con la consigna que me propusieron. Muchísimas gracias a todos.

IV. EXPERIENCIAS DEPARTAMENTALES Y ANÁLISIS EN MATERIA RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL A CARGO DE LA DRA. PATRICIA OCHOA, FISCAL GENERAL DE LA MATANZA

Muy buenas tardes a todos. Primeramente, quiero agradecer al doctor Conte-Grand por esta invitación a participar de estos talleres, así como a la doctora Carolina Crispiani, y a todo el equipo de capacitación. Los talleres fueron muy valiosos, así como el material que han brindado y los expositores que hubo durante toda la jornada, así que, muchísimas gracias por permitirme estar en el cierre junto con otros colegas.

Quisiera comentar dos casos que tuvimos en el departamento judicial, uno de ellos en donde obtuvimos una sentencia favorable para el recurso que planteamos desde la Fiscalía General. Estos dos antecedentes que tuvimos por igual, el primero de ellos en la sala cuarta de Casación y el otro en la sala tercera, en donde se planteó un tema de exclusión probatoria.

Uno de ellos fue el caso “Ocampo, Héctor Francisco”, en el que se trató de un recurso de Casación. Allí, la sala primera de la Cámara de Apelaciones de La Matanza hizo lugar al planteo que efectuó hizo la defensa y dictó un sobreseimiento, mediante el cual resolvió la exclusión probatoria del acta de allanamiento y el acta de secuestro levantada en el domicilio del encausado.

Este hecho, precisamente, había sido un procedimiento que lo había llevado a cabo un Fiscal del Departamento Judicial de San Isidro, a raíz de una investigación que ellos tenían por una causa con un delito de robo, en donde, tras diversas tareas realizadas conjuntamente con el personal policial, de la verificación de las cámaras y la información obtenida por la intervención telefónica, pudieron determinar que los objetos que habían sido sustraídos se encontraban en un domicilio ubicado en el partido de La Matanza. Esta es la razón por la cual se realiza allí la diligencia. En forma previa se dio aviso al fiscal, quien pudo estar presente en la diligencia, de manera directa, y previo

a ser anoticiado el Juez de Garantías acerca del allanamiento que se pretendía realizar.

En estas condiciones se realizó el allanamiento y lo solicitan por una razón de urgencia porque tenían el conocimiento de que los elementos que habían sido sustraídos -dinero de moneda extranjera, celulares y joyas- eran elementos que podían ser descartados en forma rápida, entonces por eso le daban al Fiscal la potestad para poder realizar el allanamiento sin pedirlo explícitamente ante el juez de garantías.

La Cámara, en su momento, entendió que no se daban esas cuestiones de urgencia, por lo que hizo lugar al planteo de la defensa y dictó un sobreseimiento para el imputado. Desde la fiscalía se planteó un recurso de casación, en el que se postuló la errónea aplicación del artículo 59, del 221 y del artículo 323 del código de procedimiento, y se sostuvo que el sobreseimiento dictado por la Cámara había sido prematuro, así como que indicaba un cierre definitivo e irrevocable en el proceso penal, que carecía de una adecuada fundamentación, que no tenía correlación todo lo actuado y todo lo que surgía de la causa, así como de toda la investigación, con aquello que se había resuelto en el momento de dictar sentencia.

La Fiscalía de Casación, la fiscal adjunta de Casación, acompañó diciendo que se deban todos los extremos planteados por el fiscal, sumado a que el fiscal había estado presente en la diligencia controlando él mismo todo el procedimiento llevado a cabo.

El Tribunal de Casación llegó a la conclusión de que no se advertía en el caso concreto de que la actuación del fiscal se hubiera llevado a cabo excediendo sus funciones, ni violentando ninguna norma procesal o constitucional, toda vez que, no solo explicó sobradamente cuáles eran las circunstancias con las que se encontraban, cómo se habían reunidos los requisitos de urgencia, sino también demostró el peligro de demora, toda vez que se había explicado

acabadamente que esos elementos que habían sido sustraídos corrían el riesgo de que pudieran ser vendidos.

Además, señaló el tribunal al momento de hacer lugar al recurso interpuesto por la fiscalía general, que los argumentos que habían expuesto los camaristas eran una mera y subjetiva discrepancia en torno a la existencia de tales requisitos, por lo que dio curso favorable a la pretensión de la fiscalía y se obtuvo así una resolución acorde a lo solicitado por ésta, por parte del Tribunal de Casación.

En el mismo sentido, el fallo dictado por la sala tercera, en los autos “Sánchez Roberto Ariel sobre recurso de Casación”, de principios del año 2017, en el que se planteó un recurso de queja en una causa de juicio por jurados. El antecedente de esta causa fue asimismo en el Tribunal de Casación, en la sala sexta, causa caratulada como “López Mauro”, se trató de un recurso de queja en el que el tribunal de jurados encontró “no culpable” al encausado López.

Allí, el fiscal actuante interpuso un recurso de casación, el que fue rechazado por el juez del tribunal, lo que motivó finalmente la queja que fue presentada ante el Tribunal de Casación. Lo que el fiscal planteó, en esa oportunidad, fue la inconstitucionalidad de los artículos 20 inciso 3, del art. 371 quárter, el art. 450, el art. 452 y 448 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la imposibilidad que tenía el Ministerio Público de recurrir un veredicto de no culpabilidad, incluso ahí se habló del tema de la “igualdad de armas”, en lo que respecta al Ministerio Público Fiscal.

De igual forma, adujo el tema de la garantía del debido proceso, en el que además influyen los principios de bilateralidad, de contradicción e igualdad del proceso, lo mismo ahí debe valorarse y el Estado tiene el deber de ejercer esa potestad, máxime cuando lo que está afectado es la vida de las personas.

La fiscalía de casación acompañó la pretensión del fiscal, agregando que el Ministerio Público Fiscal ejerce la representación de los intereses de la víctima,

salvo en aquellos casos en que se constituya como particular damnificado. En esta causa, si bien no se obtuvo una sentencia favorable, creemos que los argumentos pueden ser esclarecedores y servir para ser planteados en otros departamentos.

El Tribunal de Casación, en aquel momento, sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad debe tomarse como “última ratio” del orden jurídico, que debe ser ello una necesidad extrema para poder recurrirlo. Agregó que la Constitución Nacional establece que el Ministerio Público 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.

De esta manera, entendió el tribunal que el Ministerio Público Fiscal no tiene como cometido solamente defender un interés privado, como puede ser el de la víctima, sino representar los intereses generales de la sociedad.

Agregó, asimismo, que el Ministerio Público Fiscal es en nuestro sistema el órgano estatal específico previsto para perseguir penalmente, por parte del Estado. Por eso, se sostuvo que no se trata de un acusador que persigue y defiende el interés de su mandante a todo trance al solo efecto de la finalidad de triunfar con una sentencia definitiva, el Ministerio Público es un órgano estatal cuya función es promover y ejercer la acción penal de carácter público en los términos del artículo 56 del código de procedimiento penal, debiendo adecuar sus actos a un criterio objetivo.

Con lo cual, el sistema no es netamente adversarial y, por su parte, la víctima, además de los derechos que le asisten en el artículo 83 del código de procedimiento penal, también puede pretender participar en el proceso, tal como lo establece el artículo 77, mediante la constitución de particular damnificado.

Les recuerdo que fue rechazado el planteo de constitucionalidad en este caso, lo que agregó el tribunal fue que el jurado es la expresión de la soberanía del pueblo,

cuya voluntad no puede ser cercenada de alguna forma por los poderes del Estado, solo se exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias con las que las leyes procesales se establezcan. En esta causa se declaró directamente improcedente el planteo de inconstitucionalidad y, como dijimos antes, se rechazó la queja.

Estos dos casos son ejemplificativos en cuanto al tema del planteo de inconstitucionalidad en los juicios, creemos que de todas maneras ayuda al planteo del que hablamos, desde ya muchísimas gracias y quedo a disposición.

V. EXPERIENCIAS DEPARTAMENTALES Y ANÁLISIS EN MATERIA RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, A CARGO DEL DR. JUAN PABLO FERNÁNDEZ, FISCAL GENERAL DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL BAHÍA BLANCA

En primer lugar, quiero agradecer a la Procuración General, al Dr. Julio Conte-Grand, a la Dra. Crispiani, a la gente el área de capacitación, por la posibilidad que me han dado de participar y de entender que puedo realizar algún aporte de la experiencia personal desde la Fiscalía General del Departamento Judicial Bahía Blanca.

En verdad, pensamos abordar otro tipo de experiencias, pero en la mañana el doctor Daniel Lago, a través del grupo de WhatsApp que tenemos como grupo los fiscales generales, nos envió dos resoluciones del Tribunal de Casación donde se dejaban sin efecto y anulan resoluciones de organismos del departamento judicial Pergamino, en donde se había avanzado con las potestades del Ministerio Público Fiscal en materia de mediación y habían dispuesto los jueces darle, en contra de la posición del Ministerio Público Fiscal, el procedimiento de mediación a un par de causas.

Afortunadamente, el Tribunal de Casación dejó sin efecto eso y, por este tipo de resoluciones, estos minutos los voy a aprovechar mejor hablando un poquito de esto, que tiene que ver con compartir observaciones sobre la importancia de la técnica recursiva, fundamentalmente en resguardo de la sociedad y de los valores de la República, en función de particulares resoluciones que hemos visto en nuestra provincia Buenos Aires, hoy los del caso de Pergamino que les comentaba, pero en líneas generales en toda la provincia y en el país incluso, de circunstancias en las que se habilita el planteo de la cuestión federal por enmarcarse dentro de la doctrina de la arbitrariedad de la Corte Suprema de Justicia y que yo llamo resoluciones de la corriente del “buenismo judicial”, que obviamente se encuentra enfrentada a lo que, por lo menos yo, denomino “dogmática penal”.

Me anticipo con esto a pedirles un poco de piedad porque en nuestro país, lamentablemente, al que dice lo que piensa y no es lo políticamente correcto suelen quemarlo por hereje, yo pido un poco de piedad en ese sentido, pero voy a hacer algunas apreciaciones que, a lo mejor, no todos pueden estar de acuerdo, o no, pero, como se ha dicho, el derecho es uno y es norma jurídica.

Lo instrumental, como es lo recursivo, se vincula íntimamente a lo sustancial en función del argumento. En definitiva, el argumento es la partitura que toca ese instrumento, así que yo aquí voy a mezclar, si se me permite, ambas cosas que tienen que ver con esta experiencia que he recogido en función de determinadas circunstancias y, fundamentalmente, de cómo resuelven los jueces en el Departamento Judicial Bahía Blanca, en la provincia de Buenos Aires, en definitiva, también en la Argentina como país.

La materia procesal tiene básicamente dos núcleos que los fiscales debemos -los fiscales y en el Ministerio Público Fiscal los distintos operadores- debemos manejar con bastante solvencia y suficiencia. Uno es el sistema de nulidades y el otro es el sistema recursivo; y la arbitrariedad de las resoluciones interesa a ambos núcleos. Por ello, estos encuentros de talleres de técnica recursiva resultan muy útiles para mejorar las respuestas que desde el Ministerio Público Fiscal podemos brindar antes resoluciones que no sólo no son favorables, sino que son injustas por ser ilegales y que debemos impugnar con eficacia.

Todo recurso es un escrito argumentativo, tiene por objeto dar las razones de por qué es injusto lo que se dice, y por qué corresponde revocarlo o anularlo. El objetivo es persuadir al juez de grado superior de que hay buenas razones para modificar lo que se ha decidido.

El argumento en el que quiero hacer hincapié es la cuestión que más me ha preocupado, al menos en mi Departamento Judicial Bahía Blanca, aunque veo, conforme a lo que ha dicho precedentemente la doctora Analía Duarte, que ocurre en líneas generales en las distintas latitudes, en toda la provincia y en todo el país,

que es el llamado “activismo judicial”, que vendría a ser el género de la especie que llamo “buenismo judicial” al que me refería en un principio.

Me refiero a resoluciones judiciales en las que los jueces deciden por fuera de la regla que da la solución del caso, en otras palabras, algunos jueces resuelven de conformidad con lo que la ley dice y otros resuelven de conformidad a lo que les gustaría que la ley dijera.

Esta es una práctica muy peligrosa, por lo menos en mi criterio, porque introduce inseguridad jurídica y pone en crisis los valores de la República, es decir, la vigencia de las leyes que excluyen la arbitrariedad del que decide; y con esto no estoy suscribiendo la tesis tradicional aquella que dice que los jueces no pueden crear derecho.

Yo comparto con el profesor de la Universidad de Buenos Aires, recientemente fallecido, Eugenio Bulygin, que los jueces no pueden, o, mejor dicho, que los jueces no pueden crear derecho de cualquier modo, y menos en contra de la ley. Los jueces pueden crear derechos en caso de lagunas normativas porque las leyes, las reglas que establece el legislador, son obligatorias, principalmente para los jueces

El activismo judicial se ha ido extendiendo cada vez más, fundamentalmente por la prédica del legitimante en el derecho penal, de las penas y de la ley penal mediante postulados que parten de la criminología crítica, como la teoría negativa y agnóstica de la pena, que es una teoría sociológica con un programa político. Pero el derecho es otra cosa, no es sociología. Podrá nutrirse en algunos casos de ella, pero no es sociología, y mucho menos sociología crítica.

Para esta teoría, la pena es un hecho político irracional, un mal que agrega más mal al mal causado por el delito, que no repara ni restituye, ni detiene lesiones en curso, ni neutraliza peligros inminentes. Dice, por ejemplo, el doctor Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal, escrito con los doctores Slokar y Alagia, es una definición por lo que no es, por lo que no es en realidad ninguna definición.

Fíjense que este activismo judicial va siempre para el mismo lado, siempre en el mismo sentido, pero el buenismo judicial, que es una derivación o una subespecie de este pensamiento, no es tan profundo ni principista. Toma esos argumentos para decidir en un sentido parecido, o en ese sentido, en algunos casos, pero no en todos los casos. En otros casos suele decidirse con el máximo rigor de la ley y en esto se diferencia de pensamientos abolicionistas o no abolicionistas, como la propuesta de Zaffaroni sobre las penas, en donde opone al poder punitivo de las agencias policiales el poder jurídico de las agencias judiciales, como si lo jurídico fuera exclusivamente las resoluciones judiciales que evitan penas o disminuyen la posibilidad de aplicación de la pena.

Eso no es jurídico, es política. No es derecho, son cosas distintas y es conveniente deslindarlas, pero todo esto todo, este pensamiento es muy atractivo porque se arrogan, sin reconocerlo abiertamente, un poder que está por encima de la ley; y para eso no se requiere un gran estudio del derecho, ni de las condiciones de validez de las reglas jurídicas.

Así que hay un pensamiento que tiene origen en la criminología crítica, que sostiene que los jueces se encuentran en ciertas formas por encima de la ley y para un juez eso, obviamente, puede llegar a ser muy atractivo, para algunos jueces ese modo de resolver puede ser muy lindo, puede ser muy bueno porque les otorga un poder que pone en crítica la República.

Para decir que las penas no sirven para nada, que son un ejercicio del poder político del grupo dominante de la sociedad sobre grupos vulnerables, que son desproporcionadas, irracionales, etc., para decir todo eso no hace falta quemarse en mucho las pestañas estudiando a Stratenwerth, Roxin, Jakobs y Mezger, quememos todos esos libros y resolvamos de una forma distinta.

Es fácil resolver de esa forma y por eso, en parte, en mi opinión es que gana muchos adeptos ese activismo judicial, porque en definitiva es hacer lo que me parece mejor mediante la directa aplicación de principios. Generalmente se

suele acudir al principio de proporcionalidad y última ratio, mínima intervención, soslayándose la solución para el caso que establece la regla legal.

El problema de todo esto es que nuestro sistema es un sistema de reglas, no de principios. El artículo 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires establece que las sentencias que pronuncian los jueces y tribunales letrados serán fundadas en el texto expreso de la ley, y a falta de texto expreso de la ley en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, es decir, este sistema de reglas es coherente con nuestro régimen republicano de gobierno, con el principio de legalidad que impera en nuestro derecho penal en el que la única fuente del derecho es la ley.

Es más, el código penal reprime al juez que dictare resoluciones contrarias al texto expreso de la ley invocado por la parte mediante la tipificación de lo que se conoce como delito de prevaricato. El juez que resuelve fuera de la regla legal, con base a la directa aplicación de principios que él mismo sopesa y valora, se aproxima más a un monarca bueno que a un magistrado de una República.

El Ministerio Público Fiscal requiere y necesita tener un buen manejo de una técnica recursiva para evitar este tipo de situaciones, porque el buenismo judicial destruye las bases de la convivencia en la que se asienta el desarrollo de las sociedades.

Se hace hincapié en el costo de la punición, pero no se hace hincapié, por ejemplo, en los costos que se tiene de no aplicar las sanciones correspondientes.

Para poner algunos ejemplos de toda esta situación, y para ir terminando que me están señalando que se cumple el tiempo, reiteradamente en la Provincia de Buenos Aires hemos visto que distintos tribunales de todos los departamentos judiciales otorgaban la suspensión del juicio a prueba en delitos que no correspondía, cuando el artículo 76 del Código Penal establecía que no procede en los casos delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Es decir, la ley decía claramente que no, pero esta corriente o modo de resolver interpretaba que sí, sin siquiera declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, era una interpretación en contra del texto de la ley, una alquimia propia de la República Argentina

Otros casos de activismo judicial que he podido apreciar, también en la Provincia de Buenos Aires, ha sido la aplicación de penas por debajo del mínimo legal, diciendo que los mínimos que establecen los tipos penales son orientativos, que cuando el Código Penal decía o establece que el que matare a otros se aplicará una pena de 8 a 25 años de prisión, en realidad el mínimo no era mínimo y el juez si consideraba desproporcionados podría aplicar 6, 5 o 3.

En Bahía Blanca hemos tenido algunos casos significativos de activismo judicial, para ejemplificar rápidamente en función del tirano que es el tiempo en estar en esta charla, ha sido el caso Müller, en el cual se resolvió el acortamiento del plazo de prescripción de la acción penal de las lesiones culposas, por ser leves, a dos años en lugar de tres como establece el tipo penal.

La pena máxima para lesiones culposas son tres años, pero como eran leves el juez entendió que las lesiones leves culposas eran menos graves que las lesiones leves dolosas, y que era irrazonable y desproporcionado que la lesión leve culposa prescribiera a los tres años, en lugar de a los dos. De tal manera que cambió el plazo de prescripción y le puso un límite de 2 años.

Aplicó directamente el principio de proporcionalidad, dejando de lado la regla que establecía la solución del caso en tres años, sin jamás explicar por qué entendía menos grave la lesión leve culposa que la lesión leve dolosa, cuando en realidad de los delitos imprudentes el resultado es un componente de azar, mientras que en los delitos dolosos el resultado es gobernable por el agente, de modo tal que no se explicaba por qué eran menos graves, ni siquiera de esa forma.

Era arbitraria desde todo punto de vista y manifestaba, además, un desconocimiento de la dogmática penal en torno a la estructura típica de los delitos imprudentes

En el caso “Igor Fica” pasó algo similar, de igual forma hubo una solución por fuera de la ley, se creó una cuenta corriente punitiva en la cual el juez compensó una prisión preventiva por un delito que el imputado había sido absuelto con otro delito, cometido con posterioridad a esa absolución, en la cual fue condenado.

El juez con esa con esa resolución prácticamente le dio crédito para delinquir, es decir, que podía cometer un nuevo delito porque ya lo había pagado con anterioridad, ya tenía un pago a cuenta. Realmente, es un dislate que choca contra la coexistencia de los seres humanos, dar crédito para delinquir.

Como vemos siempre, y para finalizar, este activismo judicial ha ido siempre para el mismo lado y se ha fundado básicamente en un prejuicio, en la maldad intrínseca de las penas, qué se proponen neutralizar, total o parcialmente, un punto de vista de corrientes criminológicas críticas, que pretenden confundir un pensamiento sociológico con el derecho penal y que ha encontrado en muchos magistrados un campo fértil para esa confusión a través de resoluciones de este tipo.

Por todo ello, es importante una buena técnica recursiva para defender básicamente los valores de la República y los valores propios de un Estado de Derecho por fuera de la arbitrariedad, porque nosotros tenemos un sistema de reglas, y debemos someternos a esas reglas. Los jueces, todos y los jueces en particular, porque en nuestro sistema de reglas la resolución debe ser la resolución correcta, y no una resolución cualquiera de muchas posibilidades, las reglas establecen cómo se resuelven los casos y la solución correcta es esa que establece la regla.

Los principios, a los que se acuden para dejar de lado la regla, en este tipo de resoluciones, no dicen cómo se resuelven los casos, sino que posibilitan una gama de soluciones distintas y siempre la resolución, por más justa que parezca, va a ser

una resolución arbitraria porque hay otras resoluciones posibles y este modo de resolver destruye la seguridad jurídica ya que nadie sabe en rigor a qué atenerse.

De igual manera, propende a la deslegitimación de la ley como algo obligatorio para todos y se termina resolviendo, en definitiva, como un monarca bueno al cual lo toleramos, precisamente, porque es bueno. Pero la ley aquí debe cumplir su fin preventivo, en tanto pasa a ser una expresión de deseos no necesariamente cumplible.

Si los jueces pudieran resolver acudiendo directamente a la aplicación de principios y prescindiendo de la ley, como dice Navarro, entonces deberíamos negar que los jueces estén obligados por las normas jurídicas.

He tratado de sintetizar lo más que pude en estos minutos que me han dado, espero se haya entendido, agradezco a todos por esta participación.

VI. EXPERIENCIAS DEPARTAMENTALES Y ANÁLISIS EN MATERIA RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL A CARGO DEL DR. FABIÁN FERNÁNDEZ GARELLO, FISCAL GENERAL DE MAR DEL PLATA

Reitero los agradecimientos de los colegas a esta invitación que formulara el Sr. Procurador General y quienes organizan este evento que realmente suscribo ha sido muy interesante y muy importante, tanto por la materia y porque además, tenemos que decirlo, un poco creo que Juan Pablo recién hacía un recuento, por lo que hemos venido atravesando durante todos estos años desde el año 98 hasta acá.

Pero, en verdad, quisiera referirme al recurso de Casación en la provincia de Buenos Aires. Concretamente a la experiencia departamental en Mar del Plata.

A partir de la reforma procesal dispuesta en 1998, los organismos judiciales de la provincia han tenido que enfrentar múltiples desafíos debido a la instauración de un sistema denominado acusatorio que importaba, entre otras variables, dejar de lado un régimen de legalidad rígida y pasar hacia una oportunidad reglada.

No solo los paradigmas de la instrucción penal variaban en forma sustancial, sino también, la interacción entre los distintos órganos de la jurisdicción y del ministerio público.

En ese mismo marco se incorporaba una instancia recursiva que no había existido en Buenos Aires en forma previa a la ley 11922: el Tribunal de Casación Penal. Esta nueva instancia jurisdiccional ha tenido durante su existencia dos etapas claramente diferenciadas ss.

Desde 1998 hasta 2008, tanto lo correccional como lo criminal podía recurrirse ante la instancia casatoria, y luego, mediante la modificación que introduce la ley 13812 en el artículo 439, se amplía la competencia de las Cámaras de Apelación y Garantías departamentales en tanto que se restringe la competencia casatoria a las causas criminales.

Tales etapas han conllevado una mejor individualización de la herramienta recursiva, su técnica, fines y oportunidad, teniendo a la vista el precedente sentado en la doctrina 'Casal' por el Superior Tribunal de la Federal¹. El legislador provincial, a través de la mentada reforma, reestructura la utilización de los recursos judiciales en aras a descongestionar los tribunales superiores de la provincia.

Debe tenerse en cuenta que, en el tránsito de un sistema a otro, se estableció en forma temporal la redistribución de causas que se hallaban pendientes de resolución en el Tribunal de Casación, entre las cámaras de Apelación y Garantías departamentales, generando un esquema novedoso y transitorio a los fines propuestos.

Experiencia departamental en Mar del Plata

En la idea de efectuar un mejor aprovechamiento de recursos y ante los distintos desafíos que planteaba la reforma, desde un primer momento en esta Fiscalía General se creyó oportuno conformar en el ámbito de su relatoría, una oficina única para proyectar los distintos recursos que necesitaban plantear los organismos de este ministerio público fiscal departamental.

De tal forma en el período 1998-2020 se plantearon 376 recursos de casación por intermedio de la citada oficina, cuestión que nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

a) Ha permitido fijar una política institucional recursiva única, en permanente coordinación con los agentes fiscales que demandan su intervención. Es necesario mencionar que se ha interpretado que le manda dispuesta en el artículo 56 del rito, cuarto párrafo, igualmente resulta de aplicación a los fines de decidir la intervención casatoria, y con ello, una evaluación de mérito u oportunidad, teniendo a la vista la gravedad de los hechos analizados y la proporcional respuesta jurisdiccional respecto de los mismos.

1. RECURSO DE HECHO 'Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa', Causa 1681C.

Con lo cual, no sólo el seguimiento de las decisiones del tribunal de casación es debidamente analizado desde una relatoría única, sino también su oportunidad de empleo mediante dichas herramientas.

b) Se ha mejorado la técnica recursiva, a partir de una intervención uniforme y constante de dicha oficina, adecuando la intervención a las variaciones jurisprudenciales y legislativas realizadas en los 22 años que han transcurrido desde instauración del sistema.

c) El incremento permanente que han tenido las tasas de delitos en los últimos veinte años, la incorporación de competencias inexistentes al momento de producirse la reforma de 1998 (v.g. desfederalización de la competencia dispuesta por la ley que reprime la tenencia y el comercio de estupefacientes, fiscalías descentralizadas distantes de la sede departamental), aunado a ello, una planta de fiscales con cargos sin cubrir de modo casi permanente, permite que el agente fiscal cuyas funciones básicas e indelegables son la instrucción y el juicio, frente a un resultado adverso a sus pretensiones en el ejercicio de la acción y una vez terminado el juicio oral, pueda seguir con su rutina de trabajo y delegar en la oficina de recursos de casación, la interposición de los mismos, aun cuando no cesa su intervención en el trámite posterior.

d) Permite, asimismo, y en aras de la efectiva verificación del principio de objetividad que marcan la ley estatutaria y el rito en el ejercicio de la acción penal, un análisis en equipo de los resultados del debate, su trámite y decisión final. No han sido pocos los casos en los cuales, frente a un resultado adverso a las pretensiones del fiscal actuante, el mismo magistrado ha evaluado con la oficina respectiva la inconveniencia de interponer recurso de casación. En este sentido debo destacar que existe un verdadero trabajo de coordinación en nuestro ámbito.

La experiencia en el trámite recursivo

Por último, nos cabe agregar la utilidad de una importante herramienta a la hora del análisis de una sentencia y su eventual recurso en la instancia casatoria, habida cuenta las limitaciones por todos conocidas a la hora de invocar la apertura de dicha jurisdicción.

Nos referimos a la importancia que tiene una lectura técnica de la sentencia, a la luz de las reglas de la lógica formal, alejada de las incidencias del debate y como primer paso antes de hacer un análisis conglobado con las peripecias del mismo.

Todo sentencia, en tanto silogismo judicial, debe responder a una estructura que cuando no se encuentra presente, nos deja frente a un panorama que resulta susceptible de ser impugnado por la existencia de falacias formales y sustanciales.

Aristóteles mencionaba que una falacia es un argumento que parece correcto pero que no lo es, es decir, su apariencia semeja una estructura formal en la que existe una concordancia lógica entre sus antecedentes o premisas y sus conclusiones, pero tal conexión es solo aparente.²

Por razones de tiempo asignado, sólo nos limitaremos a indicar una bibliografía ilustrativa a los fines de realizar el análisis del silogismo judicial mediante una herramienta que permite advertir la existencia de las fracturas entre las premisas, sus inferencias y las indebidas conclusiones.

Nos referimos concretamente a la obra del profesor Jaime Cárdenas Gracia³ mediante la cual se hace un detallado análisis de las falencias que suelen advertirse en la redacción de los silogismos jurídicos.

El autor menciona las falacias *ad ignoratiam*, *ad verecundiam*, *de pregunta compleja*, *falso dilema*, *supresión de prueba*, *de falsa analogía*, *ad hominem abusiva*

2. Aristóteles, *Sobre las refutaciones sofisticas*, 'Organon I', Madrid, Gredos 1982.

3. Cárdenas Gracia, J., *Los argumentos jurídicos y las falacias*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015 en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>, 3/08/2021.

y circunstancial, de accidente, accidente inverso, falsa causa, petición de principio, ad populum, circulo vicioso, ad misericordiam, ad baculum, ignoratio elenchi, conclusión inatinerente o non sequitur, de equívoco, anfibológica, de acento, de composición, de división, del hombre de paja, de arenque rojo o pista falsa y cuesta resbaladiza.

La obra explica en detalle y con ejemplos propios del derecho, cuándo se producen estos errores lógicos sustanciales y formales de suma importancia al momento de analizar una sentencia, con la finalidad de ubicar los defectos inductivos o deductivos y brindar claridad expositiva al recurso que se intenta plantear.

Sobre particular se sugiere una profundización sobre estos temas, toda vez que incluso para un fiscal que no ha realizado o presenciado el debate cuya sentencia se cuestiona, las herramientas propuestas permiten advertir con la sola lectura de la sentencia si existe una cuestión que pueda ser susceptible de un recurso de casación.

VII. “IMPLICANCIAS Y EFECTOS DE LA ACTIVIDAD RECURSIVA DE LA FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES”, DR. CARLOS ALTUVE, EX FISCAL ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

REFLEXIONES FINALES DEL CURSO DE LA ACTIVIDAD RECURSIVA DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL

Sin perjuicio de la importancia de las cuestiones brindadas durante el desarrollo de este curso, referidas a la técnica recursiva en su aspecto formal y material, creo que es oportuno, como corolario del excelente desarrollo del mismo, hacer mención a algunos aspectos que, a mi juicio, cobran relevancia para el logro de objetivos concretos en las pretensiones del MPF en su labor persecutoria.

Autorreferencias de lado, todos quienes hemos transitado por muchos cargos en la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, otros que lo están haciendo, y muchos otros que lo harán, forjamos criterios de actuación en cada uno de ellos.

En el actual proceso acusatorio, a primera vista, los roles están perfectamente delimitados; Juez tercero imparcial, Fiscal y Defensor como actores requirentes. Hasta aquí todo aparenta ser claro. En mi opinión, no todo ha sido tan claro. En muchas ocasiones se ha visto a la judicatura dictar o sugerir medidas probatorias concretas que han torcido investigaciones, atribuyéndose funciones exclusivas del titular de la acción penal.

Mi actuación como Juez en lo Criminal y Correccional en el modelo inquisitivo me ha obligado a ejercer con singular equilibrio la función, habida cuenta el enorme poder que nos otorgaba el Código de Procedimiento Penal. Sólo para recordarlo, el Juez instruía, dictaba medidas cautelares diversas, especialmente las referidas a la libertad de los imputados, llevaba adelante la etapa de prueba, y finalmente dictaba sentencia. Resultaba un enorme desafío no quedar comprometido con

la propia instrucción para posteriormente dictar una sentencia justa alejada de todo prejuicio.

Esta mención que aparece como anecdótica no es tal. Es la apertura al tratamiento de dos principios de actuación del MPF que considero fundamentales.

El primero de ellos es el principio de objetividad. La objetividad del Fiscal, cuestionada por alguna corriente doctrinaria, es, en mi opinión, el comienzo de un juicio justo. Obviamente, que objetividad no es el equivalente a imparcialidad, allí está el error de quienes lo cuestionan.

La objetividad nos impone llevar adelante nuestra función y nuestra teoría del caso, tanto en la instrucción como en la etapa de juicio, fundamentada en pruebas legalmente obtenidas, concordantes, que no se aparten de la lógica, que en definitiva representen el verdadero sentido de la persecución penal, no exclusivamente una condena; una sentencia justa.

Los conceptos que encierra este principio son en realidad un posicionamiento de valores en relación al caso concreto, pues más allá de la adrenalina propia de la función persecutoria, nunca debemos olvidar que detrás de cada caso hay personas. Víctimas, sus familias, imputados, sus familias, y una sociedad que espera respuestas justas del sistema judicial. Este sistema judicial se erige en la primera línea de protección de los derechos de los ciudadanos.

Y así como llevamos adelante nuestra función esencial, no podemos olvidar que además debemos velar por condiciones dignas de detención, participar activamente en planteos de habeas corpus colectivos cuando se transgreden normas que rigen esta materia. Detectar y denunciar cualquier tipo de vulnerabilidad o inequidad es también actuar con sentido de objetividad.

Asimismo, la perspectiva de género e infancia en el abordaje de los casos, la detección de desigualdades estructurales para evidenciarlas, lograr equilibrar a

quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, acercarse a las víctimas, no propender a revictimizarlas, no solicitar prueba inconducente, no insistir con planteos que sean inconducentes e irrazonables, en síntesis, aprender a perder si es lo justo.

En algunos ámbitos se ha propuesto erradicar el principio de objetividad de las leyes de Ministerios Públicos por considerarse no adecuado a un sistema procesal adversarial. Sugieren la sanción de códigos de ética destinados a regular su función. Pregonan la incorporación de los principios de lealtad y de buena fe, y su inobservancia la responsabilidad administrativa, penal y hasta civil de los fiscales.

Sin siquiera intentar generar polémica, considero que los mencionados no son otra cosa que el equivalente a la objetividad que rige como principio en la ley. Por otra parte, en nuestra provincia, los incumplimientos de los Magistrados a sus principios de actuación se encuentran adecuadamente contenidos en la Ley de enjuiciamiento.

Esta breve síntesis acerca de la objetividad en la tarea persecutoria da paso a otro principio que, a mi juicio, de operar correctamente, se erigirá sin duda en el éxito de la actividad recursiva del MPF ante las instancias en las que se peticione, en especial la Suprema Corte Provincial.

Ello así, pues la unidad en los criterios de actuación tendrá irremediablemente efecto mediato en las posibilidades de éxito tanto de la Fiscalía de Casación Penal como de las Fiscalías Generales en sus labores recursivas ante el Superior Tribunal mencionado.

En los últimos años, la Suprema Corte ha hecho lugar a numerosísimos planteos formulados por la Fiscalía de Casación, tanto de derecho formal como material y ha modificado criterios que de algún modo han afianzado nuestra labor.

Si estos nuevos criterios son aplicados por las Fiscalías de instrucción y las de juicio durante las investigaciones penales preparatorias y la etapa del debate, se logrará, sin duda alguna, una suerte de trabajo en equipo, o si se quiere mancomunado, que dará paso al éxito de los trazos de política criminal que determine la Procuración General a través de sus dictámenes.

Es por todo ello que la información, la comunicación y la difusión de los resultados obtenidos, resultan fundamentales para el mejor desempeño de nuestra función. La realización de este curso, que con tanto esfuerzo y numerosa participación se ha llevado adelante, no hace otra cosa que afianzar los conceptos que brevemente he reseñado.

Agradezco enormemente que se me haya invitado a participar de estos encuentros y se me ceda este espacio para dar mi opinión. Por último, mi saludo afectuoso a mis ex colegas Fiscales, Fiscales Generales y al Sr Procurador General por el respeto, afecto y generosidad con que me han hecho transitar tantos años por el Ministerio Público Fiscal.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

ANEXO I



ANEXO I

A. PRECEDENTES CITADOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL

- **Fallo Otto, Wald; CSJN. 268:266 año 1967.** “Recurso de hecho deducido por Jesús Eijo S.R.L en la causa Wald, Otto s/ art. 302 Código Penal”

- **Fallo Mattei; CSJN. 272:188 año 1968.** “Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Mattei, Ángel s/ contrabando de importación en Abasto”

- **Fallo Arce; CSJN. 320:2145 año 1997.** Causa N.º 657 “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”, 14 de octubre de 1997

- **Fallo “Mohamed vs. Argentina”.** Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2012 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

- **Fallo Duarte, Felicia; CSJN. 337:901 año 2014.** “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 5 de agosto de 2014

- **Fallo Carrascosa; CSJN. 337:1288 año 2014.** “Carrascosa, Carlos Alberto s/ recurso de casación”, 27 de noviembre de 2014

- **Fallo Llerena; CSJN. 328:1491 año 2005.** “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del Código Penal”, 17 de mayo de 2005

- **Fallo Verbitsky; CSJN. 328:1146** “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 3 de mayo de 2005

- **Fallo Demaría; CSJN. 337:354** “Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, 8 de abril de 2014

- **Fallo Menna; CSJN. 320:1919** “Menna, Luis s/ recurso de queja”, 25 de septiembre de 1997

- **Fallo Strada; CSJN. 308:490** “Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa Strada, Juan Luis c/ ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, 8 de abril de 1986

- **Fallo Di Mascio; CSJN. 311:2478** “Di Mascio, Juan R. interpone recurso de revisión en Expte. N.º 40.779”, 1 de diciembre de 1988

- **Fallo Di Nunzio; CSJN. 328:1108** “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación”, 3 de mayo de 2005

- **Fallo Casal; CSJN. 328:3399** “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20 de septiembre de 2005

- **Fallo Claude reyes y otro vs. Chile.** Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)

- **Fallo Apitz Barbera y otros** (“Corte Primera en lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

- **Fallo Toculescu; CSJN. 271:79** “Toculescu, Esteban y otros s/ defraudación”, 21 de junio de 1968

- **Fallo Gorriarán Merlo; CSJN. 322:2488** “Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/ casación e inconstitucionalidad”, 19 de octubre de 1999

- **Fallo Méndez Valles; CSJN. 318:2639** “Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres”, 26 de diciembre de 1995

- **Caso Ekmekjián. Fallo 315:1492** “Recurso de hecho deducido por Miguel Ángel Ekmekdján en causa Ekmekdján, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”. 7 de julio de 1992

- **Caso Fontevecchia. Fallo 340:47** “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14 de febrero de 2017

- **Caso Carranza Latrubesse. Fallo 336:1024** “Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa ‘Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut’ y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C. 594. XLIV ‘Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut’”

- **Caso Góngora. Fallo 336:392** “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N.º 14.092”, 23 de abril de 2013

B. PRECEDENTES CITADOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 26 de septiembre de 2006

- **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 26 de noviembre de 2010

- **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).** 16 de noviembre de 2009

- **Caso Perozo y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).** 28 de enero de 2009

- **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).** 31 de agosto de 2010

- **Caso Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).** 30 de agosto de 2010

- **Caso del Penal, Miguel Castro Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas).** 25 de noviembre de 2006

- **Caso J. vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).** 27 de noviembre de 2013

- **Caso Espinoza González vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).** 20 de noviembre de 2014

- **Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).** 19 de mayo de 2014

- **Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).** 24 de agosto de 2017

- **Caso V. R. P.; V. P. C. y otros vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).** 8 de marzo de 2018

- **Caso López Soto y otros vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas).** 26 de septiembre de 2018

- **Caso Azul Rijas Marín y otra vs. Perú** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 12 de marzo de 2020

C. PRECEDENTES CITADOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- **Caso N.º 12.051.** Informe N.º 54/01. María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 16 de Abril de 2001



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

ANEXO II

ANEXO II

SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ANTE RECURSOS PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

A. NON BIS IN IDEM Y RECURSO FISCAL

P. 121.047 sentencia del 4 de octubre del 2017 Y P. 134.502 sentencia del 21 de mayo de 2021.

“La decisión del órgano intermedio en el sentido de que la prohibición de la doble persecución penal por un mismo hecho impide la revisión de una absolución a partir del recurso acusatorio, no repara en el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto descarta que ello tenga lugar cuando la nulidad del juicio obedeció a la existencia de vicios esenciales.

La Corte federal ha establecido desde el conocido caso “Mattei”, que el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y por ello cada una de esas etapas constituye un presupuesto necesario de la que le sucede. En tal sentido ha dicho que el respeto de la garantía de debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso (Fallos: 306:2101, cons. 15) consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia. Ello sentado, el principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuestos de nulidad.

En puridad, lo que la Corte Suprema ha vedado en los referidos casos “Mattei” (Fallos: 272:188) y “Polak” (Fallos: 321:2826), es la renovación de actos del proceso justamente cuando la declaración de nulidad reposa en “consideraciones rituales insuficientes” o “al respeto exagerado de formas procesales que sólo traducen un rigorismo ritual injustificado”, y no los supuestos en que las nulidades responden al quebrantamiento de las formas sustanciales del juego, tal como lo sostuvo al decidir los casos “García”, “Weissbrod”, “Verbeke” y en “Frades”.

Es decir, no cualquier nulidad permite retrogradar el juicio, pero, como contracara, no toda anulación con reenvío a fin de enmendar los actos esenciales del juicio viciado importan un bis in idem prohibido.

Descartado entonces que la nulidad pueda tener como fin, por ejemplo, remediar la mera orfandad probatoria, dando una nueva oportunidad al acusador público o particular para rehacer una investigación defectuosa o insustentable. Por lo tanto, cabe deslindar adecuadamente esos supuestos de aquellos en que el veredicto absolutorio se asienta en premisas falsas o con evidente apartamiento de las constancias comprobadas de la causa que privan al pronunciamiento de toda validez judicial.

El Ministerio Público Fiscal -o los particulares damnificados por medio del recurso de casación, puedan alzarse contra las sentencias absolutorias que reputan arbitrarias, cuya doctrina tiende a resguardar las garantías constitucionales 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 a las constancias comprobadas de la causa (doctr. art. 18, Const. nac. y Fallos: 328:4580 -“Morel”-, cons. 5º y sus citas; entre muchos).

Dicho de otro modo: si bien corresponde tener presente la progresividad y preclusión aludidos, así como la prohibición de doble persecución penal, ello no puede llevar a privar de valor la facultad de recurrir del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado en los casos en que se pretende reeditar actos afectados por vicios que

comprometen las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, cubiertos con igual rango.

Tal como quedó expuesto, la por entonces Sala II del Tribunal de Casación juzgó que el juicio absolutorio carecía de motivación suficiente -sentencia arbitraria conforme doctrina la Corte federal-, y, en esa medida, dispuso la renovación de los actos necesarios para el dictado de un nuevo fallo por jueces hábiles, oportunidad en la que el Tribunal en lo Criminal n° 1 de San Isidro materializó condenándose en definitiva al aquí encartado.

Dado que la primigenia sentencia anulada -descalificada como acto jurisdiccional válido- según el régimen ritual aplicable, carece de efectos, mal podría afirmarse que su reedición implique juzgar dos veces el mismo hecho, pues como ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos casos, hay sólo uno que puede considerarse válido (Fallos: 312:597 y 326:1149 ya citados).”

I. Non bis in ídem -Violencia de Género

SCBA P. 133797 sentencia del 20 de abril de 2021.

“Asiste razón al recurrente en cuanto señala que la solución absolutoria presenta un error de gravedad, por cuanto no se asienta en razones mínimamente fundadas, lo que la coloca en la categoría de la arbitrariedad.

Los jueces de la Cámara sostuvieron que la aplicación del principio “ne bis in idem”, con expresa cita de los tratados que integran el bloque constitucional, imponía la libre absolución del condenado como única definición del caso, pues el reenvío implicaba vulnerar ese principio. Sin embargo, la propia letra de los tratados que citan, al definir esa garantía, no respaldan -desde su literalidad- dicha posibilidad. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7) dispone que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un

delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma señala (art. 8.4) que “El6 inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (los destacados me pertenecen).

Consecuentemente, partiendo de las definiciones de la normativa integrante de la Constitución nacional, única en la que los magistrados sustentaron la solución absolutoria, no es posible entender que el supuesto de autos de por sí encaje en los parámetros que allí se fijan, puesto que para analizar la infracción de esa garantía se exige la previa existencia de una condena o absolución firme.

Ahora bien, es sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha otorgado un alcance más amplio a esta garantía, vedando la renovación de actos del proceso aún sin una decisión exculpatoria que haya adquirido firmeza. En tal sentido ha señalado la imposibilidad de volver a realizar actos procesales previamente invalidados, siempre que la declaración de nulidad repose en “...consideraciones rituales insuficientes” o se deban “...al respeto exagerado de formas procesales que sólo traducen un rigorismo ritual injustificado” (doctr. en causa “García”, CSJN Fallos: 305:1701, cons. 3°).

En sentido contrario, no ha considerado que se vulnere ese principio cuando las nulidades responden al quebrantamiento de las formas sustanciales del juicio, tal como lo sostuvo al decidir los casos “García”, “Weissbrod”, “Verbeke” y “Frades” (CSJN Fallos: 312:2434). Así, se estableció que no cualquier nulidad permite retrogradar el juicio, pero, como contracara, no toda anulación con reenvío a fin de enmendar los actos esenciales del juicio viciado importa un ne bis in idem prohibido (ver, en lo pertinente, el voto del doctor Soria en causa P. 123.902, sent. de 4-V-2016).

Frente a lo dicho, y aún por fuera del acierto o error respecto de la nulidad decretada, el Tribunal de Alzada omitió explicar razonada y motivadamente por qué en el caso no cabía aplicar el procedimiento previsto en el art. 461 del Código Procesal Penal. Es

decir, al no surgir ni de la letra convencional ni del alcance jurisprudencial otorgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la pretendida incompatibilidad entre el reenvío y el ne bis in idem en un supuesto -según la opinión de la Cámara- de incumplimiento de una forma sustancial del proceso, no encuentra fundamento legal en cuanto a que tal decisión ingresa dentro de los parámetros de la doctrina de la arbitrariedad por falta de fundamentación.

Cabe además agregar, que el caso en examen -un supuesto de violencia de un hombre contra una mujer en el marco de una relación de pareja-, se ve alcanzado por las obligaciones asumidas por el Estado nacional en la Convención de Belém do Pará, en particular la norma del art. 7.f. de la mencionada normativa convencional que, obliga al Estado a “...establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. Sin embargo, la Cámara no apreció con perspectiva de género el conflicto subyacente y ventilado en un juicio correctamente cumplido, cuando antepuso una mirada que hizo pie en las formas de la sentencia no discutidas por la propia defensa ni el propio imputado.”

II. Sentencia con prejuicios de género – imparcialidad judicial- también ampara al MPF

p. 134373 sentencia del 12 de mayo de 2021.

“La defensa esgrime la violación a la garantía de ne bis in idem por considerar que, a contramano de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, en autos no medió quebrantamiento a las formas sustanciales del procedimiento que habilitara retrotraerlo a etapas ya superadas.

En este escenario, el recurso articulado fracasa pues el recurrente no repara en que el criterio basal del órgano casatorio radicó en considerar que se encontraba viciada la garantía de imparcialidad judicial, en atención a los prejuicios de género

que constató en el fallo llevado a su consideración. Y el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial (en función de los arts. 18 de la Constitución nac., 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 26 de la DADDH y 10 de la DUDH), libre de prejuicios y preconcepciones, es un elemento de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y rige sin distinción de parte, incluyendo a quien ejerce la acción penal (conf. dictamen de la Procuración General de la Nación en causa P.676 L. XLVIII “Patti, Luis Abelardo y otros s/ causa n° 15438”; Fallos 257:132, considerando 3°; Fallos 268:266; 331:2077, entre muchos otros -v. voto de la doctora Kogan en la causa P. 128.454, sent. de 17- IV-2019).

Tampoco se hace cargo la parte del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto descarta que la infracción a la garantía de *ne bis in idem* tenga lugar cuando la nulidad del juicio obedeció a la existencia de vicios esenciales (doctr. Fallos: 312:597 -“Weissbrod”- y 326:1149 -“Verbeke”-), como en puridad consideró acreditado la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal en el caso. En efecto, la Corte federal ha establecido desde el conocido caso “Mattei” que el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y por ello cada una de esas etapas constituye un presupuesto necesario de la que le sucede.

En tal sentido, ha dicho que el respeto de la garantía de debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso (Fallos: 306:2101, considerando 15) consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 272:188 cit., cons. 7° y 8°). Ello sentado, el principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuestos de nulidad (fallo cit., cons. 9°).”

B. OBLIGATORIEDAD DE LA DOCTRINA DE LA SCBA

SCBA P. 126.699. Sentencia del 14 de diciembre de 2016

“Si bien es cierto que la doctrina legal que pronuncia esta Corte en el marco de sus facultades constitucionales y en el ámbito de su competencia natural (art. 161 inc. 3 “a” Const. provincial) “no puede atar al magistrado”, como lo sostienen los jueces del Tribunal intermedio, dado que éste debe “siempre fallar conforme a la ley y a su propio criterio de interpretación de la norma”, no cabe desentenderse de la misma sin verter argumentos nuevos no considerados oportunamente o demostrar que en el caso particular, la misma no podría ser aplicable.”

C. CUESTIONES DE CALIFICACIÓN

I. Homicidio calificado por alevosía

SCBA P. 121.491 sentencia del 7 de junio de 2017

“Es doctrina de esta Corte que “hay alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima -causadas o no por el sujeto activo- hubieran sido condición subjetiva del ataque” (conf. doct. P. 36.645, sent. del 20/II/1987; P. 33.240, sent. del 6/ IX/1988; P. 39.327, sent. del 12/IV/1994; P. 45.567, sent. del 27/ II/1996; P. 104.754, sent. del 2/III/2011; P. 117.634, sent. del 15/ IV/2015; P. 124.384, sent. del 14-XII-2016; P. 124.834, sent. del 14/XII/2016, entre otras).

Y que, “el requisito de ‘preordenación’ [...], no surge de la norma” (P. 120.176, sent. del 21/IX/2016).

De lo resuelto por el tribunal intermedio puede advertirse que con relación a la figura penal en ciernes, predica un requisito que la ley no establece, esto es la preordenación, tal como lo resolvió esta Corte.”

“Pues conforme la doctrina de esta Corte [...], la figura en su aspecto subjetivo además del dolo de matar, requiere que el sujeto activo se haya valido o aprovechado del estado de indefensión de la víctima, sin exigir que medie un particular elemento motivacional, ni algún otro móvil independiente del especial elemento subjetivo indicado”.

“Y por ello, aún a riesgo de ser redundante, en el sub-examen la presencia del elemento subjetivo de la alevosía fluye del propio obrar del imputado antes contextualizado, dado que el acto ejecutivo homicida tuvo lugar tras haber colocado el propio imputado a la víctima en las circunstancias de indefensión y falta de riesgo para sí, lo que hace ineludible la consideración de tal circunstancia por el autor a la hora de emprender la acción homicida...” (conf. doct. P. 117.634, sent. del 15/IV/2015).”

Aplicación de la alevosía en supuestos de homicidios de menores o discapacitados:

SCBA P. 128.709 sentencia del 11 de julio de 2018

“Con este cuadro de situación, dable es concluir que un obrar homicida de ese tenor bajo tales parámetros de indefensión de la víctima y falta de riesgo para el autor, redundante sin más en un actuar alevoso. “Pues conforme la doctrina de esta Corte [...], la figura en su aspecto subjetivo además del dolo de matar, requiere que el sujeto activo se haya valido o aprovechado del estado de indefensión de la víctima, sin exigir que medie un particular elemento motivacional, ni algún otro móvil independiente del especial elemento subjetivo indicado” (conf. doct. P. 117.634, sent. de 15-IV-2015).

II. Homicidio calificado por ensañamiento

SCBA P. 123.200 sentencias del 26 de mayo de 2016 y P. 124.816 sentencia del 15 de noviembre de 2017.

“En este orden de ideas, puede decirse que el imputado llegó a su fin -darle muerte a la víctima- para lo cual ésta transitó un camino de padecimientos innecesarios, cual es el de infligir a quien era su pareja un número de heridas que sin ser superficiales -pero en principio tampoco mortales- iban mellando no sólo la salud física, sino también y dado su estado consciente, la psíquica.

Repárese, como se mencionó y quedó demostrado, que en virtud de la modalidad en que fueron originadas la treintena de heridas, las heridas que provocaron el deceso son las que produjeron lesiones vasculares.

Así las cosas, se advierte que el accionar del imputado generó y provocó en la infortunada víctima un lento y paulatino sufrimiento que se prolongó nada menos que a lo largo de diez días. Sin que sobre traer a colación en sustento del padecimiento generado -por el victimario- y sufrido por la víctima, su estado consciente cuando la encontraron.

De modo que, los elementos probatorios indiscutidos permiten concluir que éstos exhiben que la conducta del imputado acrecentó de forma innecesaria el padecimiento de la nombrada, conociendo él -tégase en cuenta la simultaneidad de lesiones que entraban y salían, entraban y cortaban sin toparse con zonas óseas- que éstas eran indispensables a la par que para perpetrar el homicidio, también lo eran para generar un inusitado e innecesario martirio. En tal sentido, viene al caso recordar que es doctrina de esta Corte que para que medie ensañamiento (art. 80 inc. 2º, C.P.) el autor debe haber sido guiado por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios en la ejecución del homicidio (P. 46.104, sent. del 26/ VII/1994).

Coadyuva a los argumentos expuestos la también acreditada diferencia física -y natural de fuerza- entre victimario y víctima, sin que sobreabunde precisar que ésta última padecía anorexia nerviosa.

No obsta al ensañamiento la circunstancia derivada de la simultaneidad de las heridas proferidas, pues, como ya lo referí, no todas tenían entidad mortal sino que entre ellas había algunas que sí y otras de menor intensidad.

En el ensañamiento -tal lo que acaeció en el **sub lite**- el homicida recurre a una afinada crueldad. Toda vez, que pudiendo provocar la muerte de un solo golpe, de adverso no lo hace. De inicio una herida leve, un golpe, posteriormente otra de mayor intensidad (la que también puede intercalarse), así hasta asestar “el golpe final”. En el tránsito de principio de fin, ese proceder **in crescendo** es nota característica de la figura que nos convoca.”

“En el mencionado precedente P. 123.200, este Tribunal también ha dicho con relación al elemento subjetivo de la figura en ciernes, que “...consiste en que el exceso cruel que objetivamente conduzo a la muerte debe estar representado subjetivamente. El autor debe ejecutar de modo consciente actos que desbordan el propósito derechamente de matar (delito de homicidio simple), provocando un plus consciente de sufrimiento de la víctima. Debe conocer que mata y que lo hace de un modo cruel, excesivo, con padecimientos innecesarios”.

Y que “Cuando, como en el caso, el autor conoce que sus acciones ya son suficientes para causar la muerte (cortes profundos a nivel tórax, cuello, etc.), los actos añadidos (otras heridas punzocortantes -en total más de 30-, golpes o piñas, excoriaciones, arrastre, etc.) si objetivamente son adecuados para ello y contribuyen al mismo logro, en su realización consciente dan pie para la agravante en cuanto importa causar un sufrimiento mayor (STS 1109/2005, sent. de 28-IX-2005 y STS 1554/2003, sent. de 19-XI-2003; entre otras)”.

Para concluir que “...autorizada doctrina sostiene que no debe demostrarse para que opere la agravante que quien lo hizo lo realizó para satisfacer una tendencia sádica o particularmente perversa o de especial ‘gozo’ por el sufrimiento de la víctima (Creus - Buompadre, ‘Derecho Penal, Parte especial’, t. 1, Astrea, Bs. As., 2007, pág. 19)”.

III. Homicidio *criminis causa*

SCBA P. 127.696 sentencia del 14 de junio de 2017 y P. 124.905 sentencia del 21 de junio de 2018.

“En el escenario descripto, asiste razón a la fiscalía en cuanto reclama el restablecimiento de la tipicidad normada por el art. 80 inc. 7 del Código Penal.

Según doctrina de esta Corte, para que resulte aplicable dicha figura “...debe demostrarse la existencia en el ánimo del autor de cualquiera de las finalidades que contempla” (P. 47.611, sent. de 4-V-1993), siendo además que “... no resulta, ni expresa ni implícitamente, que su elemento subjetivo del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito” (conf. causas P. 113.545, sent. de 19-XII-2012; P. 106.440, sent. de 31-X-2012; P. 111.820, sent. de 31-VII-2013; P. 114.076, sent. de 9-IV-2013; y P. 121.266, sent. de 17-V-2017, e.o.)”

“Pues según doctrina de esta Corte, para que proceda esa figura es necesaria la demostración de la existencia en el ánimo del autor de cualquiera de las finalidades que contempla (P. 47.611, sent. del 4/V/1993); extremo establecido por el tribunal de juicio a tenor de la prueba testimonial producida durante su desarrollo antes invocada, y la pericial incorporada por lectura informando de los disparos que, en la contingencia, se produjeron por no haber logrado el fin propuesto referido al robo. Y porque además, de esa disposición sustantiva “no resulta, ni expresa ni implícitamente, que su elemento subjetivo del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito” (conf. P. 34.495, sent. del 6/II/1987; P. 100.416, sent. del 12/III/2008; P. 101.265, sent. del 30/III/2011; e/o) tal como interpreta el tribunal recurrido al exigir la concurrencia de premeditación, planeamiento o preordenación.”

Homicidio *criminis causa* -coautoría

SCBA P. 132776 sentencia del 7 de abril de 2021.

Recurso interpuesto por la defensa.

“Adviértase que el recurrente cuestionó la aplicación del art. 80 inc. 7 citado, a partir de considerar que no estaría acreditada la concurrencia del especial elemento subjetivo que exige dicha figura, para lo cual, sin discutir los hechos, insistió en su interpretación acerca de la existencia de una acción sobreviniente e imprevista por parte de quien efectuó el disparo mortal, la que -desde su posición defensiva- no estuvo dentro del plan originario del despostramiento armado y que, entonces, solo cabría atribuirle al coimputado que acometió con el arma.

Empero, en ese cometido, no se ocupó de rebatir de modo alguno los fundamentos específicos del fallo que cimentaron el rechazo de la hipótesis ensayada, dejando a sus reclamos en el terreno de la mera reiteración de argumentaciones y sin contrarrestar la concreta decisión del a quo sobre la existencia de una clara intención de los sujetos activos de impedir cualquier reacción inmediata por parte de las víctimas del robo.

Cabe poner de resalto que el a quo compartió el criterio expuesto por el tribunal de juicio, el que no se aparta del sustentado por esta Corte en cuanto ha establecido que del art. 80 inc. 7 del Código Penal “...no resulta, ni expresa ni implícitamente que su elemento ‘subjetivo’ del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito...”, tal como parece interpretar la defensa al exigir la concurrencia de una preordenación anticipada, deliberada o resuelta de antemano en cuanto al homicidio finalmente cometido (doctr. causas P. 100.416, sent. de 12-III-2008; P. 106.440, sent. de 31-X-2012; P. 126.412, sent. de 15-VIII-2018; P. 132.303, sent. de 26-II-2020; e.o.).

Por lo demás, respecto del asunto de quién efectuó el disparo mortal, esta Corte tiene dicho que la categoría de coautoría funcional surge justamente para supuestos en que más de un sujeto codomina el hecho a través de su función específica en la ejecución del suceso total sobre el que existe una decisión común. Desarticular tal coautoría funcional y exigir la acreditación de la causación física en cada tramo

fáctico de la ejecución del delito es negar aquella categoría de participación -en sentido lato- pues el dato esencial de la coautoría funcional es justamente la división de tareas (v. causa P. 98.529, sent. de 15-VII-2009; P. 131.347, sent. de 29-V-2019; e.o.).

También que “...la decisión común es el vehículo que determina la conexión de los diversos aportes al hecho llevados a cabo por distintas personas, permitiendo imputar a cada uno de los intervinientes la parte de los otros (conf. por muchos, Stratenwerth, Derecho penal, parte general, I, Madrid, Edersa, 1982, t. 814, p. 248). Ciertamente, no siempre es sencillo distinguir si tal o cual modalidad de aporte objetivo atribuye realmente el dominio del hecho, a fin de imputar coejecución o simplemente otra forma de cooperación. Sin embargo, hay consenso generalizado en afirmar la coautoría cuando quien ejecuta junto con otro u otros el evento criminoso lo hace en virtud de un acuerdo previo por el cual cada uno conoce la acción de los demás y distribución de funciones. Justamente, esto es lo que caracteriza la coautoría de las demás formas de intervención a través de pluralidad de autores. En aquélla el hecho no es dominado por uno de los intervinientes, sino por el conjunto o ‘colectivo’. Importa, pues, el despliegue de una parte del suceso típico en combinación con el aporte de los otros. Por ello, rige en la coautoría la imputación recíproca de todas las contribuciones al suceso que tienen lugar en el marco del común acuerdo (conf. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, t. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 993)” (conf. doctr. -en lo pertinente causas P. 82.042, sent. de 30-III-2005; P. 98.727, sent. de 2-VII- 2008; P. 104.031, sent. de 3-VI-2009; P. 104.036, sent. de 11-V- 2011; P. 131.347, cit., e.o.)”

IV. Homicidio cometido con el concurso premeditado de dos o más personas

SCBA P. 130683 sentencia del 14 de agosto de 2019 y P. 133874 sentencia del 6 de mayo de 2021.

“La premeditación puede surgir de manera súbita en implícita en momentos previos

o concomitantes a la comisión del hecho.

Por lo tanto, no es necesario que el acuerdo para matar en conjunto haya sido objeto de una prolongada deliberación.

Solo se requiere un concierto de voluntades que estén de acuerdo (aunque sea implícitamente) de matar de ese modo.”

V. Homicidio calificado por abuso de función

SCBA P. 126.389 sentencia del 16 de agosto de 2017

Recurso interpuesto por la defensa. “El recurrente no rebate los argumentos del tribunal de recurso sobre el extremo en cuestión reseñando únicamente doctrina elaborada por distintos autores que permitirían sustentar su postura de confirmar -subsidiariamente- la figura del homicidio. Por otra parte, tampoco se opone a los abundantes fundamentos que dio la Casación para recalificar -a partir de las circunstancias fácticas acreditadas- el cambio de encuadre legal en los términos del art. 80 inc. 9 del Código Penal, esgrimiendo consideraciones generales y sin vinculación directa con lo decidido, mecanismo ineficaz para desbaratar el pronunciamiento en crisis (art. 495, CPP). Es que siendo lo que caracteriza este homicidio calificado la calidad especial del sujeto activo (delito especial impropio: ser miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario), y el hecho de obrar abusando de su función o cargo, sin que en lo demás se requieran circunstancias diversas a las propias de la figura simple, la parte no logra justificar que la situación de hecho tal como ha sido verificada no encaje en sus previsiones típicas.”

VI. Comisión por omisión

SCBA P. 120.176 sentencia del 21 de septiembre de 2016.

“La problemática inmersa en los delitos de comisión por omisión y su eventual confronte con el principio de legalidad está dado, básicamente y a modo de resumen, en que no es lo mismo “matar” que “dejar morir”, a lo cual algunos, no pocos, agregan que no existe en nuestro ordenamiento jurídico cláusula legal alguna que determine que no evitar un resultado típico resulte simétrico a causarlo.

En este sentido, adelanto que no encuentro objeciones vinculadas con el aludido principio de legalidad, como así tampoco que sea necesaria una cláusula de equivalencia en la parte general. En tanto, “una concepción social de las acciones previstas por la ley permite incluir en los tipos de causación la comisión por omisión no se hará uso con ello de la analogía, sino de una interpretación que, aunque extensiva, sigue siendo lícita por respetar los límites del ‘sentido literal posible” (Mir Puig. Parte General, 3ª edición, página 329).

Es que, “la norma primaria que subyace a los tipos de la Parte Especial del C.P. es, por regla general, una norma de prohibición de conductas que entrañen riesgos relevantes para esferas de bienes jurídicos ajenos. Pues bien tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble: por un lado, la de creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa); por otro lado, la de asunción de compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena unida a la vulneración del compromiso adquirido” (Silva Sánchez: El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona 1986, páginas 359 y ss.).

Coadyuva a lo antedicho, el criterio adoptado por el Tribunal Supremo Español, incluso con anterioridad al Código Penal del año 1995 en el cual y sin perjuicio de las distintas interpretaciones a que dio lugar, se reguló de manera expresa la comisión por omisión.

A esta altura de las circunstancias, para aquéllos que entienden que no puede imputarse un delito de resultado mediante una omisión por no haber en nuestro

ordenamiento penal una cláusula en la parte general, no puedo dejar de mencionar las palabras de Sancinetti cuando expone que “el criterio de no introducir ninguna cláusula de conversión, tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la comisión por omisión dentro de límites bien estrechos: si uno quisiera ver realizada en la práctica la pretensión de Stratenwerth de que la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente, no habría en verdad nada mejor que dejar sin alterar las legislaciones que -como la argentina y la colombiana- aún no han introducido una cláusula de conversión”.

“Esto demuestra el hecho de que en los países en que sus legislaciones incorporaron un fórmula tal, existe un riesgo mayor, -y este riesgo se concreta de hecho- de que la punibilidad por un delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable” (“Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”. Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc, año 7º, nº 11, pág. 129).

VII. Corrupción de menores

SCBA P. 117524 sentencia del 1 de Julio de 2015

“Tiene dicho esta Corte (P. 34.247, sent. del 17/II/1987, “Acuerdos y Sentencias”, 1987/I/118; P. 35.115, sent. del 26/IV/1988, “Acuerdos y Sentencias”, 1988/I/742; P. 37.610, sent. del 15/XI/1988, “Acuerdos y Sentencias”, 1988/IV/328, P. 42.893, sent. del 7/XII/1993; P. 48.544, sent. del 28/XII/1995; “Acuerdos y Sentencias”, 1995/ IV/888, P. 60.359, sent. del 12/VII/2000; reiterada en P. 66.349, sent. del 2/XI/2005, citada por el recurrente) que el art. 125 del Código Penal no tiene por núcleo la referencia a quien corrompiere sino a quien “promoviere o facilitare” la corrupción, es decir que el tipo no requiere que se produzca la concreta corrupción. Pero, en el otro extremo, no basta con la pura actividad de ejecutar actos idóneos para corromper.

Promover significa “iniciar”, “comenzar”, “empezar”, “dar principio a una cosa”, “adelantar” algo “procurando su logro”, “mover”, “llevar hacia delante”. De allí que para perfeccionarse este núcleo no es necesario que se concrete la corrupción, pero no es suficiente que se realicen actos idóneos para ello: se requiere que el autor inicie (comience, empiece, dé principio, mueva, lleve hacia delante) la corrupción del sujeto pasivo. Mientras que facilitar significa crear las condiciones para que algo sea posible o pueda hacerse “sin mucho trabajo” o pueda “suceder con mucha probabilidad”.

Es que el art. 125 del Código Penal posee varios elementos subjetivos del tipo, descritos mediante sus expresiones “con ánimo de lucro”, “para satisfacer deseos propios o ajenos” y “promoviere”. El verbo promover contiene tal ingrediente subjetivo -además del no subjetivo- en tanto describe la conducta de quien inicia o adelanta una cosa “procurando su logro”.

En cambio el núcleo “facilitare” no encierra ningún elemento subjetivo del tipo.

De modo tal que no corresponde generalizar las referencias a un supuesto elemento subjetivo del tipo que fuera común a los verbos promover y facilitar (conf. preced. citados).”

VIII. Intervención de menores de edad -artículo 41 quárter del CP

SCBA P. 123961 sentencia del 18 de octubre de 2017

“Si bien el sentido de los diversos proyectos parlamentarios, por sus fundamentos y por la discusión en el trámite de la sanción, reflejan como objetivo primordial de la agravante “desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos” (Fayad), y que la mayor severidad punitiva tenga “efecto disuasivo”, pues “[l]os adultos deben saber que formar, alentar y acompañar a un menor en el delito, es un hecho grave, y que conlleva, necesariamente, una mayor responsabilidad de su parte...” (Pichetto), primó como fórmula abarcativa de todas

las expresiones en danza la del hecho cometido “con la intervención de menores”, por sobre la de “utilización de menores”, “servirse o valerse de menores”, que por definición comprenden el “aprovechamiento”. Con quedar también esas conductas comprendidas en la agravante no parecen ser las únicas que le dan sentido.

En esto acierta el recurrente al señalar que el tribunal revisor ha delimitado erróneamente el contenido del precepto en cuestión cuando expone que aquél reclama que debe acreditarse en el caso que el mayor se haya aprovechado o valido del menor de edad, o lo haya iniciado en la senda delictiva, o inducido al delito. “La norma agrava la pena respecto de los mayores que hubieran participado en alguno de los delitos contemplados en el digesto penal, cuando en él haya existido la “intervención” de un menor de dieciocho años de edad.

Esa “intervención” del menor a que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46, Cód. Penal).”

Tenencia de arma

SCBA P. 123960 sentencia del 18 de octubre de 2017

“Tal como lo señala el señor Fiscal, esta Corte ha declarado que la figura del art. 189 bis, párrafo segundo del apartado 2 del Código Penal, presenta una especial configuración incriminando conductas independientemente del hecho que constituyan una lesión o pongan en peligro concreto un bien jurídico; se trata de uno de los llamados delitos de peligro abstracto (conf. P. 53.712, sent. de 17-II-1998; P. 57.234, sent. de 28-IV-1998; P. 57.217, sent. de 9-II-2000; P. 63.531, sent. de 19-II-2002; P. 64.434, sent. de 26-II-2003; P. 75.078, sent. de 4-VI-2003; P. 90.511, sent. de 6-VII-

2005; P. 78.616, sent. de 15-III-2006; e.o.).

En ese ámbito, no es una exigencia del tipo que las armas posean capacidad ofensiva para el caso concreto; la figura sólo requiere una relación tal que posibilite al sujeto ejercer un poder de hecho sobre el arma, de modo que pueda disponer físicamente de ella y que las mismas sean detentadas sin autorización legal (conf. P. 63.531, sent. de 19-II-2002; P. 68.313, sent. de 12-III-2003; P. 74.842, sent. de 16-III-2005 y P. 65.582, sent. de 31-X-2007)."

D. CUESTIONES REFERIDAS A LA PENA

I. Reincidencia. Tiempo mínimo de cumplimiento de pena

SCBA P. 123.898 sentencia del 29 de septiembre de 2016.

"El punto en discusión se centra en la relevancia adjudicada por la instancia revisora, al lapso de encierro en carácter de penado, para considerar cumplimentado el tratamiento penitenciario para la aplicación del instituto de la reincidencia.

En tal sentido, considerando la expresa regulación empleada por nuestro Código Penal para el sistema de la reincidencia, en tanto exige cumplimiento total o parcial, no surgen del texto legal art. 50- inconvenientes en su interpretación, sino una clara referencia a la posibilidad de efectuar la declaración en el caso de una condena anterior cumplida parcialmente (conf. causas P. 115.329, sent. de 10-IX-2014; más recientemente P. 121.142, sent. de 29-III-2017). Como lo ha resuelto esta Corte, a los efectos de la reincidencia, no se requiere que la condena anterior se hubiese cumplido mediante un determinado lapso temporal en calidad de penado, habiendo señalado, entre otros fundamentos, que la ley establece (art. 50, Cód. Penal) que el cumplimiento parcial de la pena privativa de la libertad es suficiente condición para la ulterior reincidencia; y así superó el criterio de la reincidencia ficta. Pero restringió el de reincidencia real al mero cumplimiento parcial indicado. Y a ello no obstan ni la realidad jurídica de nuestro régimen readaptador progresivo ni el

fundamento del criterio “real” de la institución bajo análisis (causas P. 37.874, sent. de 26-IV-1988; P. 40.285, sent. de 18-X-1988, e.o.).

Cabe traer a colación el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gómez Dávalos, Sinforiano” (CSJN Fallos: 308:1938):

“5º) Que... 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. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida”.

“Es suficiente entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena”.

También señaló la Corte federal que “...si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (cons. 6, segundo párrafo).

Ello así, tal como se estableció en el precedente bajo análisis, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena.

“Es por ello que no corresponde realizar interpretaciones que pretendan precisar la cantidad de días, meses o años que se requieran cumplir en la condición de condenado en cada caso, bastando que el cumplimiento sea al menos parcial para

que resulte la procedencia de la declaración de reincidencia” (causa P. 77.690, sent. de 16-IX-2009).

II. Posibilidad de computar reincidencia y condenas anteriores

SCBA P. 131.478 sentencia del 19 de diciembre de 2018

“En efecto, le asiste razón al impugnante pues este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el cómputo como agravante de la condena anterior no vulnera la garantía constitucional del **ne bis in ídem** como así tampoco el principio de culpabilidad (P.100.577, sent. 22-X-2008; P.102.267, sent. 29-XII-2008; P. 99.832, del 1-XII- 2008; P. 106.677, res. 25-XI-2009; P. 103.293, res. 17-II-2010; P. 112.353 y P. 112.597, res. 16-II-2011; P. 120.280, res. 3-VI-2015; e/o).

En igual sentido la Corte federal estableció en distintas oportunidades (Fallos: 311:1451; 311:552 y 248:232) un criterio del cual puede inferirse que no existe el agravio constitucional denunciado pues el principio **non bis in ídem** “no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal” (en referencia al art. 14 del Cód. Penal) pues es extraña al ámbito de dicha tutela constitucional la circunstancia de que se compute como agravante la comisión de un delito anterior (Fallos 248:232).

Y agregó que “ello es así, aun cuando se pudiese considerar que la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena, pues lo que sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada como es obvio- en ésta. A lo que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de

libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito” (id., 2º párrafo).

Asimismo, in re “Gago, Damián Andrés s/ causa N° 2175” (sent. de 6 de mayo de 2008, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal) resolvió que “no está de más recordar que 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 (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 (Fallos: 311:1451)”.

Además, no es ocioso remarcar que se ha expedido nuevamente sobre el punto in re “Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835” A. 558. XLVI., del 27 de mayo de 2014, donde, por remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’Eveque” (Fallos: 311:1451 ya mencionado) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680) especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchireafirmó el criterio decisivo que orienta la presente resolución. Este criterio fue reafirmado, recientemente, in re “Valdez, Mario s/ causa n° 112.704”, CSJ 3546/2015/RH1, “Villegas Ramos, Víctor Alonso y otros s/ secuestro extorsivo”, CSJ 3736/2014/RH1, ambas del 14 de julio de 2015, y “Herrera, Mauricio Germán s/ robo con armas”, CSJ 3552/2015/RH1, del 25 de agosto de 2015.”

III. Artículo N.º 52 del CP

SCBA P. 122963 sentencia del 24 de febrero de 2016

“Tal como afirmó esta Corte en los precedentes P. 102.130 (sent. del 6/V/2009), P. 109.271 (sent. del 13/VI/2011) y P. 118.408 (sent. del 17/VI/2015), en el fallo “Gramajo” el fundamento de la decisión respecto de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado fue la preexistencia de reincidencias múltiples por parte del condenado, lo que motivó la declaración de su incompatibilidad con la Constitución

nacional (voto del Juez Negri).

En autos otra es la situación, ya que la accesoria se aplicó en virtud de la facultad prevista en el art. 80 del C.P. Como anteriormente se señalara, en “Gramajo”, la Corte Suprema expresó: “...en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de la multirreincidencia...” (Considerando 29º del fallo mencionado).”

IV. Plazo razonable de duración del proceso

SCBA P. 119899 sentencia del 16 de diciembre del 2015 y P. 132556 sentencia del 21 de mayo de 2021.

“Si bien nuestro ordenamiento jurídico no tiene una regla que ponga un límite temporal exacto a la duración del proceso, debe acudirse a la Teoría de la Ponderación, por la cual para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso deben tomarse en cuenta tres elementos: a. la complejidad del asunto, b. la actividad procesal del interesado y c. la conducta de las autoridades judiciales (P. 98.205 del 2/XII/2009).

De la sentencia del Tribunal de Casación no se desprende que alguno de estos tópicos haya sido abordado respecto a las concretas circunstancias de la causa. Se incurrió así en una falta a la debida fundamentación, tornando en arbitraria la sentencia. Al introducir de oficio como circunstancia atenuante la demora en el trámite sin realizar la debida fundamentación para que esta circunstancia pudiera resultar acreditada, incurrió en un apartamiento a la doctrina de la arbitrariedad que esta Suprema Corte ha sostenido (P. 116.835, sent. del 3/XII/2014).”

“Determinar la razonabilidad de la duración de un procedimiento dado o, por el

contrario, declarar que en él ha mediado una dilación exorbitante, comporta una labor que exige examinar ciertos parámetros relevantes merced a los cuales el juzgador puede valorar las diversas circunstancias que rodean el caso, tal como enseña la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; entre otros: la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y el de las autoridades judiciales (Casos “Eckle c. Alemania”, sent. de 15-VII-1982, T.E.D.H. 1982/4; “Kemmaché c. Francia”, sent. de 27-XI-1991, serie A núm. 218, pág. 27, apdo. 60; “Pélissier y Sassi c. Francia”, núm. 25444/1994, apdo. 67, C.E.D.H. 1999-II T.E.D.H., [10]; “Jetzen c. Luxemburgo”, sent. de 4 de marzo de 2008, T.E.D.H.P-132556-Q 11 2008/16, entre muchos).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha fijado estándares que resultan no solo pautas interpretativas sino también un deber de garantía a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino (conf. Fallos: 327:3312). En tal sentido, para la determinación de la razonabilidad del plazo insumido señala que deben considerarse cuatro elementos, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párr. 77; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 164; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C, n° 196, párr. 112; Caso Bayarri vs. Argentina, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de octubre de 2008, Serie C, n° 187, párr. 107; Caso Escué Zapata vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, n° 165, párr. 26 y Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 149), y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada (Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 155 y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 164).”

V. Pena máxima del código penal

SCBA P. 131026 sentencia del 18 de mayo del 2020.

SCBA P. 132.625 sentencia del 23 de agosto de 2020

“En primer lugar, es dable destacar que el art. 55 del Código Penal -en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma de la ley 25.928- establecía que el máximo de la escala penal en los casos de concurso “..no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena que se trate”.

Es así que para la determinación del tope máximo previsto para las penas privativas de libertad, remitía a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial, sin realizar distinción o exclusión alguna. Por lo cual la reforma de la ley 23.077 “Defensa a la democracia”, que introdujo al Código Penal, entre otros, el art. 227 ter el que refiere que “El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional...”, es plenamente aplicable al caso con relación al art. 79 del Código Penal.

Como fuera reseñado por el señor fiscal y el señor Procurador General, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en un caso similar (mutatis mutandi) al desestimar que se hubiera producido una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter del Código Penal: “En efecto, el propio art. 55 -en la redacción que aquí interesa- exige al intérprete indagar en la parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho” (“Estévez”, sent. de 8-VI-2010; voto de la mayoría; conf. causa P. 127.708, sent. 13-XII-2017).”

Como ya lo expuse en mi voto (conf. causa cit.) si bien hay una amplia corriente del pensamiento doctrinario especializado que entiende que el límite temporal debe ser el de veinticinco años, nunca ha sido expresamente reconocido por nuestro legislador.

Por el contrario, hace casi una década que el Congreso nacional definió como pena máxima de prisión divisible la de cincuenta años (art. 55, Cód. Penal; conf. ley 25.928, B.O., 10- IX-2004), por lo cual el incremento del monto de pena privativa de libertad temporal para el caso de unificación y concursos, a treinta y siete años y seis meses de prisión (arts. 55 -según versión anterior ley 25.928-, 79 y 227 ter; Cód. Penal) no vulneraría precepto constitucional alguno (art. 18, Const. nac.).”

VI. Libertad condicional y delitos excluidos

SCBA P. 133372 sentencia del 19 de octubre del 2020.

“La norma del art. 14 del Código Penal (conf. ley 25.892, B.O., 26-V-2004), establece que “[...]a libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”.

Ahorabien, los argumentos que expuso el Tribunal de Casación en su pronunciamiento para tachar de inconstitucional la norma del art. 14 del Código Penal (segunda parte) solo evidencian un fundamento aparente. Ello así, dado que más allá de las invocaciones a los principios de “...igualdad ante la ley y el propio principio de progresividad”, el tribunal no se ocupó de explicar el contenido o alcance de los mismos, como tampoco de su confrontación con el precepto cuya inconstitucionalidad pregonoó a fin de persuadir sobre su incompatibilidad normativa y, por ende, su inaplicabilidad al caso (conf. Ymaz-Rey; El recurso extraordinario, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 136 y sigs.).

Pues el art. 14 del ordenamiento penal, en cuanto establece la pérdida de la posibilidad de acceder a la libertad condicional para el caso de los condenados por alguna de estas cinco graves figuras del Código Penal en las que se causa la muerte de la víctima (arts. 80 inc. 7, 124, 142 bis anteúltimo párr., 165 y 170 anteúltimo párr.) lo que hace, en palabras de la Corte, es determinar “...la sujeción de los condenados a

un régimen más severo de ejecución de la pena en el que se los priva del derecho a obtener la libertad condicional...” (CSJN Fallos: 334:559).

Sin embargo, esa pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional no importa privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de las penas de encierro carcelario a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el art. 5 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asigna a las penas privativas de la libertad (conf., en lo pertinente, dictamen de la Procuración General de la Nación, CSJN causa A.558.XLVI RECURSO DE HECHO “Arévalo, Martín Salomón”).

F. ARBITRARIEDAD

I. Posibilidad recursiva del fiscal de plantear la arbitrariedad

SCBA P. 133.298 sentencia del 29 de agosto del 2020.

“Ahora bien, dado que el derecho al recurso como garantía constitucional (art. 8.2 “h”, CADH) ampara solo al imputado, será a través de la excepcional doctrina de la arbitrariedad de sentencias que protege la garantía del debido proceso, por la que puede en el caso aquí analizado el acusador demostrar que la aplicación del “beneficio de la duda” ha sido incorrectamente aplicada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya en los precedentes “Yavicoli” (Fallos: 311:512) y “Saturnino Martínez” (Fallos: 311:948) indicó que el “...especial estado del ánimo del juez, por el cual no alcanza a la convicción de certidumbre sobre los hechos” va a poder ingresar al ámbito de control del Máximo Tribunal del país cuando se sustente “en una pura subjetividad” en lugar de derivarse “...racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso”. De igual modo en “Silva Trujillo” se afirmó que “El estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadece con el convencimiento íntimo acerca de la culpabilidad del acusado declarado por los jueces”, agregándose que “...debe derivarse de la racional y objetiva

evaluación de las constancias del proceso”. Más recientemente reiteró esa doctrina en “Catalán, José Genaro s/ abuso sexual” (Fallos: 341:161).

En definitiva, tanto el convencimiento como la duda deben estar “motivados”, es decir, tienen que verse desarrollados en el cuerpo de la decisión jurisdiccional con argumentos sólidos, legales y racionales para permitir a las partes conocer las razones que llevan a esa conclusión. Por lo tanto, a través del camino de la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias que protege la garantía del debido proceso, que si bien a modo excepcional -como lo es todo aspecto concerniente a valoración de hechos y prueba, en principio ajeno a la competencia de la Corte- se ha ido consolidando la posición del Máximo Tribunal de determinar a los magistrados a que fundamenten la duda en las evidencias reunidas, caso contrario, a pedido del acusador, podrá abordarse y descalificarse ese pretense estado dubitativo.”

II. Recursos planteados por el MPF invocando la doctrina de la arbitrariedad con recepción favorable de la SCBA

SCBA P. 115.843 sentencia del 9 de marzo de 2016.

SCBA P. 128.026 sentencia del 9 de agosto de 2017.

SCBA P. 121046 sentencia del 13 de junio de 2018.

SCBA P. 129.381 sentencia de 11 de julio de 2018.

SCBA P. 126764 sentencia del 19 de septiembre de 2018

SCBA P. 131.568 sentencia del 13 de noviembre de 2019

SCBA P. 132.240 sentencia del 12 de agosto de 2020

SCBA P. 133.075 sentencia del 12 de mayo de 2021

SCBA P. 132.705 sentencia del 28 de mayo de 2021

G. VIOLENCIA DE GÉNERO

I. Concepto de vínculo de parejas

SCBA P. 132.456 sentencia del día 20 de Julio de 2020 y P. 133.731 sentencia del 21 de mayo de 2021.

“La solución brindada por el Tribunal de Casación Penal armoniza con el criterio sostenido por esta Suprema Corte en el precedente P. 132.456 (sent. de 20-VII-2020; ratificado en P. 132.429, sent. de 12-XI-2020), en cuanto diferenció la “relación de pareja” aludida por la norma penal de la “unión convivencial” regulada por los arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial.

Allí el doctor Soria dijo, en el voto que hizo mayoría, que “Para la ley civil la convivencia es un recaudo característico del régimen -y al menos por un lapso de duración de dos años-, que no exige el tipo penal, junto con otros presupuestos: la mayoría de edad de los integrantes -sean del mismo o de diferente sexo o género-, la ausencia de impedimento por razones de parentesco o de ligamen, entre otros que se establecen, y con características prototípicas de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia (arts. 509 y 510, Cód. Civ. y Com. [...]).

Exigir su concurrencia importaría añadir a la figura penal elementos que no comprende ni le son característicos. Esto y la circunstancia de que el referido régimen de ‘unión convivencial’ en el ámbito del derecho privado entró en vigencia casi tres años después de establecida esta agravante en el Código Penal, habla a las claras de lo inapropiado de forzar esa asimilación, aunque sea parcialmente”.

A ello agregó que “...las notas típicas de la unión convivencial estipuladas en los arts.

509 y 510 del Código Civil y Comercial, entre las que sobresale la convivencia entre sus integrantes por al menos dos años, aunque [...] no es la única distintiva, no ha sido esa circunstancia ni tampoco todas las otras allí establecidas, prevalentemente tenidas en cuenta por el legislador penal en ocasión de modificar la figura del homicidio agravado por el vínculo con la extensión dada por la ley 26.791 (B.O. de 14-XII-2012)”.

Las notas típicas de la unión convivencial estipuladas en los arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial, entre las que sobresale la convivencia entre sus integrantes por al menos dos años, aunque, insisto, no es la única distintiva, no ha sido esa circunstancia ni tampoco todas las otras las allí establecidas, prevalentemente tenidas en cuenta por el legislador penal en ocasión de modificar la figura del homicidio agravado por el vínculo con la extensión dada por la ley 26.791 (B.O. de 14-XII-2012).”

II. Juzgamiento con perspectiva de género y erradicación de estereotipos

SCBA P. 124.669 sentencia del 20 de septiembre de 2017

SCBA P. 118.217 sentencia del 6 de diciembre de 2017.

SCBA P. 125.687 sentencia del 23 de octubre de 2019.

SCBA P. 132.936 sentencia del 18 de agosto de 2020.

H. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

I. Delito de desobediencia y violencia de género

SCBA P. 130.377 sentencia del 30 de mayo de 2018

“Para determinar si el hecho imputado debe quedar comprendido o no en los términos de la “Convención de Belém do Pará”, debió el juzgador analizar y ponderar necesariamente- el contexto fáctico y jurídico, esto es, circunstancias anteriores y concomitantes, que dieron motivo al dictado de la medida restrictiva. Ello así pues teniendo en consideración las obligaciones que surgen de aquella normativa internacional, en particular la de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7.b de la Convención), la administración de justicia no puede permanecer ajena frente al incumplimiento de sus órdenes y medidas en el caso, se trata de una desobediencia judicial- que justamente tienen como finalidad la prevención de episodios de violencia contra las mujeres, como es el caso de autos (conf. P. 128.468, punto. 4. d. del voto doctor Soria).

En suma, el Tribunal de Casación revocó la decisión de la Cámara y estuvo al otorgamiento de la suspensión del juicio dispuesta oportunamente por el órgano de la instancia, sin demostrar que la oposición del Fiscal careciera de motivación adecuada y suficiente, lo cual evidencia un severo apartamiento de las constancias comprobadas de la causa. Pues, el antecedente de la desobediencia se encuentra ineludiblemente ligado a la conflictiva de base que remite al referido contexto de violencia de género. Y, como se sabe, es doctrina de la Corte federal (in re “Góngora”) que todo comportamiento portador de un significado de violencia ejercida contra la mujer se encuentra excluido de la posibilidad de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba.”

II. Pena de inhabilitación y oposición fiscal

SCBA P. 125.430 sentencia del 7 de septiembre de 2016 (“Divito”)

“Como es sabido, la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 299:167; 304:1820; 314:1849, entre muchos) de modo que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos 313:1007; 320:61; 322:385, entre muchos otros); más aún cuando la

prescripción es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía que integran el ordenamiento jurídico ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales (Fallos 327:5614).

En este orden, no parece razonable diferenciar por vía interpretativa los delitos según que la sanción de inhabilitación que prevén sea única, conjunta o alternativa para establecer que sólo los primeros quedasen alcanzados por la prescripción legal. Ello implicaría tanto como sustituir al legislador en su tarea, aspecto vedado a los tribunales (Fallos 273:418), que deben observar las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, tal como éstos las concibieron (Fallos 300:700). De lo contrario, el tribunal distinguiría donde el precepto no lo hace, lo cual, se sabe, no es pertinente (Fallos 304:226 y 330:971, entre muchos), y que de haberse así concebido por el legislador habría sido especificado.

Pues bien, en nuestro caso la finalidad del legislador de impedir el acceso al beneficio de la suspensión del proceso a prueba para el imputado por un delito de homicidio culposo agravado (art. 84, C.P., t.o., ley 25.189) que prevé junto con la pena de prisión de hasta cinco años la de inhabilitación especial por cinco a diez años (art. 76 bis, último párrafo, según texto cit.), ha sido clara.

La Corte federal ha dicho que la exposición de motivos de las normas legales constituye un valioso criterio interpretativo acerca de la intención de sus autores (v. del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema en Fallos 327:5295; 330:1610 y 2192), como lo es también el examen de la discusión parlamentaria que precedió a su sanción (Fallos 329:1480; 327:1848 y 322:2701; e/o).

Pues bien, en la especie, junto con el criterio literal, el sentido histórico de la interpretación conduce a la misma solución...

...Para la concesión del beneficio, la norma exige además de la posibilidad de condena

condicional si las circunstancias del hecho lo ameritan, el aludido consentimiento. Ante la oposición constatada en las actuaciones, luce incontrovertible que aquella situación no se presenta en el caso.

Abona todo lo expuesto, el propósito que ha animado a la disposición legal en examen, en cuyo trámite parlamentario se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de tal beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el Agente Fiscal sin cuya aprobación no podrá concederse la suspensión del juicio a prueba (ver Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 8ª reunión, del 16 de junio de 1993, Inserción solicitada por el señor Diputado Sodero Nieves ya citada, pág. 1448).

Nótese que mientras el proyecto del Poder Ejecutivo requería sólo de un “previo dictamen fiscal”, el del dip. Hernández prescribía que “no podrá disponerse sin el consentimiento del fiscal”, y el del dip. Manny establecía que “el fiscal estuviera de acuerdo con lo solicitado”.

El texto finalmente aprobado (que consensuó los cuatro en danza) fue girado para su tratamiento a la cámara alta. Allí, el miembro informante de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios aconsejó a ese cuerpo la aprobación del proyecto de ley tal como había sido sancionado por la Cámara de Diputados, y respecto del punto en cuestión señaló que “el juez deberá también recurrir al consentimiento del Fiscal, dado que la negativa de este último enerva la posibilidad de aplicar este instituto” (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 2ª reunión, 1ª sesión ordinaria, del 4 de mayo de 1994, págs. 382 y 384). En los delitos de acción pública el recaudo en cuestión tiene su razón de ser; por más que deban ser los jueces quienes decidan otorgar o no el beneficio, sin que quepa privilegiar la decisión de las partes por sobre la de los tribunales.

*Pero la atribución de controlar la motivación y la razonabilidad de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no autoriza al juez a sustituirla por la suya, tal como ocurrió en el **sub lite** al omitir analizar y demostrar que la oposición*

en el caso hubiese sido irrazonable o infundada.

A la par, el Fiscal puso de resalto la razonabilidad de su disconformidad con la suspensión del juicio a prueba respecto del aquí encartado con sustento en razones de política criminal vinculadas con la gravedad del hecho en su realización, la extensión del daño causado y la conducta procesal de aquél, por lo que postularía de recaer condena la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento.

En suma, el Tribunal de Casación dispuso dar andamio a la suspensión del juicio sin demostrar que la oposición del Fiscal careciera de motivación, ignorando además los argumentos que dieron pábulo para negar su consentimiento, según surge del acta de la audiencia del art. 404 del Código Procesal Penal celebrada en el expediente, todo lo cual evidencia un severo apartamiento de las constancias comprobadas de la causa.”

III. Violencia de género

SCBA P. 124.615 sentencia del 20 de septiembre del 2017

“En efecto, se advierte que contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Casación Penal, uno de los impedimentos legales para otorgar la suspensión del juicio a prueba está expresamente previsto en el art. 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal: la falta de consentimiento fiscal, punto sobre el cual el sentenciante no realizó ninguna consideración directa.

Asimismo, el a quo omitió efectuar una exégesis sistemática y armónica del art. 76 bis citado y de los tratados internacionales ratificados por el Estado, algunos de ellos con jerarquía constitucional, que exigen desarrollar la actividad jurisdiccional con perspectiva de género (arts. 33 y 75 inc. 22, Const. nac.; 3 de la CEDAW y su Recomendación 19; cfe. mutatis mutandi causa C. 118.472, sent. de 4-11-2015), lo que derivó en la errónea afirmación de que el presente caso no se encontraba comprendido en la Convención de Belem do Pará.”

I. CUESTIONES PROCESALES

I. Hábeas Corpus

SCBA P. 133.682 sentencia del 11 de junio de 2020 (HABEAS CORPUS COLECTIVO - PANDEMIA COVID 19)

“Las características de la comisión del hecho, el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, al igual que otros elementos relacionados con la pena en expectativa o la ya establecida y, en general, el nivel de avance del proceso, así como la ponderación del arraigo junto con la de no entorpecimiento de la investigación en la reevaluación de los peligros procesales del posible beneficiario de alguna medida de excepción destinada a mitigar su riesgo agravado de contagio ante la pandemia; entre tantos otros de realce, no pueden estar ausentes de la labor valorativa del juez. Cada situación personal ha de ser respaldada en un examen circunstanciado, enfocado también en la posible situación de vulnerabilidad de la víctima -v.gr: en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual intrafamiliar o de persona allegada, etc.

Para decidir sobre las morigeraciones impugnadas se impone un adecuado ejercicio de razonabilidad, ponderando la grave urgencia de la situación comprometida. La evaluación a cargo de cada órgano competente, de aquellas que hubiesen sido recurridas, ha de corresponderse con un estudio circunstanciado, dentro de la urgencia del asunto, a tenor de las pautas y directrices que más adelante serán enunciadas en esta sentencia, considerando la situación y en su caso con audiencia de la víctima (cfr. art. 57, Reglas de Brasilia), sin mengua de todo otro elemento que se estimare de realce.

Entre otros factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, cobran relevancia los siguientes:

- los bienes jurídicos afectados, - las condiciones personales del procesado o condenado (arg. art. 163, CPP),
- el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito,
- las modalidades de la comisión del delito (v.gr. la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas; arg. art. 163, CPP),
- el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, - la pena en expectativa o la ya establecida,
- el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales, - la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante.
- la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado,
- todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.

En el supuesto de las víctimas de delitos de violencia de género, debe tenerse en cuenta el estándar de protección para su seguridad y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias.”

Hábeas corpus originario en casación

SCBA P. 128.850 sentencia del 5 de julio de 2017

SCBA P. 128.958 sentencia del 14 de julio de 2017

“En efecto, la decisión adoptada por el a quo deviene arbitraria y no resulta derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa.

En primer lugar, cabe recordar que el sistema pergeñado por el digesto procesal penal, luego de la reforma de la ley 13.252 (B.O. 3/XII/2004), prevé al habeas corpus como acción y como recurso. Con tal cuadro de situación cabe señalar que el hábeas corpus “como recurso” ha sido ideado por el legislador bonaerense como una opción para cuestionar la prisión preventiva y si bien es cierto que determinada doctrina ha posibilitado que sea utilizado como mecanismo paralelo al recurso de casación, su objeto se circunscribe al cuestionamiento del auto de prisión preventiva (cfe. P. 105.925, sent. 2/XII/2009; P. 105.104, sent. 5/V/2010; P. 113.947, res. 12/X/2011; P. 114.468, res. 9/XI/2011; P. 115.335, res. 21/III/2012; P. 115.532, res. 18/IV/2012; etc.).

De allí que su utilización para censurar los efectos que provoca la denegación de la eximición de prisión y la posibilidad de que se disponga la detención una vez confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías la primera de las medidas, esto es el contenido preceptivo del art. 431 del C.P.P., no emerge del texto de los arts. 405, 406, 417 y conc. del C.P.P., máxime cuando las decisiones previas adoptadas en la causa han sido recurridas o estaban en vías de ello por conducto del recurso de casación y el órgano tenía expedita la vía del art. 450 del mismo cuerpo normativo.”

II. Concepto de allanamiento – prueba independiente

SCBA P. 122.022 sentencia del 13 de diciembre de 2017

J. FUERO PENAL JUVENIL

35 36 SCBA P. 132.328 sentencia del 7 de julio de 2020 Legitimación recursiva del MPF. Unificación de penas.

K. JUICIO POR JURADOS

SCBA P. 128.761 sentencia del 4 de julio de 2018. Jurado estancado.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

ANEXO III

ANEXO III

ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ANTE RECURSOS PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

A. POTESTAD RECURSIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

I. Límites – Facultad Legal

“El recuso reconocido al Ministerio Público Fiscal no tiene rango de garantía, sino que constituye sólo una facultad legal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Arce”, explicando 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”, de lo que se concluyó que “el derecho de recurrir ha sido consagrado sólo en beneficio del inculpado.

En consecuencia, y en tanto el Ministerio Público es un órgano del estado y no el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por normas de rango constitucional”.

En el caso del recurso del acusador, la revisión no debe estar signada por la teoría del máximo rendimiento, emanada del fallo “Casal” con el fin de determinar las características que debía tener la revisión de un fallo condenatorio para que pueda considerarse satisfecha la garantía de la doble instancia que, reitero, no ampara al Ministerio Público Fiscal; sino que su recurso sólo exige, en esta sede, el control del

cumplimiento normativo que, en materia probatoria, no es ni más ni menos que lo normado en el art. 210 del C.P.P. en cuanto exige la convicción sincera sobre la verdad de los con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción.

Ahora bien, este alcance ciertamente más limitado no inhibe la posibilidad de que en determinados casos sea necesario realizar un análisis de las cuestiones fácticas y del material probatorio ponderado en el fallo, cuando ello resulte ineludible para determinar la logicidad de la construcción del razonamiento sentencial en esta materia.” Sala II, causa Número 92.376, revocación de absolucón en delito sexual, sentencia del 3 de septiembre de 2019.

II. Doctrina Casal

“Si la doctrina sentada en “Casal” resulta explicativa del alcance o la extensión que debe poseer la garantía de la doble instancia, y dicha “garantía” sólo es predicable a favor del imputado (fallos “Arce” y “Gorriarán”), entonces la doctrina emanada del fallo en cuestión no resulta aplicable a los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal.” Sala III, causa número 89.540, sentencia del 2 de julio de 2020.

III. Doctrina Carrascosa

“No encuentro configurada la alegada violación a la garantía de revisión de la sentencia condenatoria por la circunstancia de que dicha revisión es efectuada por otra Sala de este mismo Tribunal.

Si bien el derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h C.A.D.H. establece que lo sea por un “tribunal superior”, lo cierto es que, en el caso al haberse dictado por este tribunal la condena impugnada, el tribunal superior es la Suprema Corte provincial. Dicho tribunal en su ámbito de competencia carece de un “recurso ordinario, accesible y eficaz” “que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas”. El recurso de casación, en cambio, permite una fiscalización amplia e integral de modo de

satisfacer la garantía de la doble instancia. Frente a la particularidad de este caso, la exigencia del “tribunal superior” debe ceder ante la necesidad de asegurar la posibilidad de una revisión amplia de la sentencia de condena.

Por otra parte, la imparcialidad del tribunal revisor se garantiza mediante su integración con jueces hábiles, distintos de los que dictaron la condena que aquí se impugna y por tanto que no intervinieron en períodos anteriores del proceso.

Que no sea “tribunal superior” no afecta de manera directa ni la imparcialidad ni la garantía del juez natural. Ello toda vez que la primera se asegura como ya dije con la selección de otros magistrados distintos a los que dictaron la condena a revisar y la segunda viene dada por el hecho de que este tribunal no es un tribunal de excepción, sino el tribunal ordinario que debe intervenir para revisar en segunda instancia las sentencias de condena dictadas por primera vez.” Sala V, causa número 77.277, sentencia del 15 de octubre de 2019.

IV. El recurso fiscal no viola la garantía del non bis in idem

“Es doctrina de Sala que la facultad de recurrir la sentencia condenatoria o absolutoria por el acusador no quebranta la prohibición de doble valoración.

El Código Procesal Penal dice exactamente eso, nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

¿Acaso que el fiscal disconforme reclame mayor pena lo es? De ninguna manera, el proceso es el mismo, está abierto a una instancia superior por su recurso.

La operatividad de la garantía se encuentra supeditada a la existencia de una sentencia firme, circunstancia que no es justamente la del caso.

Mientras se trate de un mismo proceso donde la sentencia absolutoria no se encuentre firme, las reglas que admiten la posibilidad de su revocación no importan un doble

juzgamiento, sino la reedición de una etapa en el cauce de un mismo proceso.

No debe confundirse la “doble persecución penal” prohibida por los instrumentos internacionales, con el “doble conocimiento” en un mismo proceso. La instancia recursiva no hace nacer un proceso autónomo o distinto en el que se renueve la acusación, sino que se trata de la continuación del mismo proceso, ahora en una instancia de control, prevista por el legislador a fin de que un órgano superior controle la razonabilidad de un acto de gobierno como es la sentencia. Se trata de una manifestación propia del sistema republicano consagrado en nuestro régimen constitucional.

En este aspecto, entiendo que la regulación del recurso fiscal consagrada en el art. 452 del C.P.P., es una forma razonable de compatibilizar esos intereses en juego, pues habilita el recurso del acusador en situaciones de considerable desproporción entre su pretensión y lo decidido en el fallo (absoluciones o penas ostensiblemente inferiores a las requeridas), constituyéndose de ese modo en un mecanismo útil para satisfacer una obligación convencional del estado para con la víctima en particular y sus ciudadanos en general. Ello no vulnera per se garantía constitucional alguna, sino que, por el contrario, resguarda la legitimidad de un acto de gobierno emanado de uno de los poderes del estado, lo que también constituye una garantía para los habitantes.” Sala III, causa número 59.617, sentencia del 7 de mayo de 2019.

“El Código Procesal Penal dice exactamente eso, nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

¿Acaso que el fiscal, disconforme, reclame condena ante un veredicto absolutorio que considera absurdo lo es? De ninguna manera, el proceso es el mismo, está abierto a una instancia superior por su recurso.

Desde la mira del interés comunitario, los del acusado no son absolutos y deben ser contrapesados con los que tiene el Estado para aplicar sus leyes penales, y esa necesidad social se satisface garantizando a la comunidad el derecho a contar con

una oportunidad para demostrar la culpabilidad del acusado, mediante un proceso único, completo e inmaculado, garantizando al acusado que no será procesado nuevamente cuando se haya completado un proceso libre de vicios, pero, cuando estos últimos privan a la sociedad de su derecho a intentar demostrar la culpa, se aplican ciertas reglas bien arraigadas del double jeopardy conforme a las cuales casi siempre se puede reiterar el proceso.”

Sala III, causa número 86.100, sentencia del 26 de marzo de 2019.

“Conforme la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arce”, el derecho al recurso del Ministerio Público Fiscal no es asimilable al del imputado, no obstante reconocer que la facultad recursiva puesta en cabeza del acusador no quebranta la prohibición del “non bis in idem.”

Sala I, causa número 98.308, sentencia del 28 de diciembre de 2020.

“Entonces, mientras no exista sentencia firme, la posibilidad de revocar y en consecuencia repetir el debate estriba en una reedición de actos en el mismo proceso, no en la realización de uno nuevo por el mismo hecho.”

Sala II, causa número 93.645, sentencia del 4 de febrero de 2020.

“Que el Ministerio Público -como órgano del Estado- no se encuentre amparado por la misma norma constitucional que consagra el derecho a recurrir al imputado, no obsta a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho. Tampoco ha sido prohibida en la Constitución ni en los Tratados que ella contiene.

Mientras no exista sentencia firme, la revocación y la consecuente repetición del debate, estriba en una reedición de actos en el mismo proceso, no en la realización de uno nuevo por el mismo hecho. Si la sentencia absolutoria no está firme.”

Sala II, causa número 100.692, sentencia del 11 de agosto de 2020.

Sala II, causa número 100.970, sentencia del 14 de diciembre de 2020.

V. Éxito de los planteos. Fundamento

“El éxito en materia casatoria consiste en demostrar que en el fallo impugnado se incurrió en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal -o de la doctrina jurisprudencial correspondiente-, cuando ello constituya un defecto grave del procedimiento o un quebrantamiento de las formas esenciales del proceso o de la resolución.”

Sala I, causa número 92.975, sentencia del 6 de junio de 2019

B. CUESTIONES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD

I. Solicitud de pena perpetua y posibilidad de recurso

“El representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que el recurso es admisible en tanto el mismo se encuentra legitimado para hacerlo, dado que oportunamente requirió la imposición de prisión perpetua para el encausado, quien finalmente resultó condenado a la pena de veintiún años de prisión, de manera que el escenario planteado habilita a esa parte a recurrir la sentencia condenatoria.

Se controvierte sentencia definitiva en los términos del art. 450, se han cumplimentado los pasos a que se refiere el art. 451 y se invocan motivos de los contenidos en el art. 448, todos del ceremonial penal, encontrándose legitimados a interponer los mentados recursos, tanto la representante del Ministerio Público

Fiscal en los términos del art. 452 inc. 2 del Ceremonial.”

Sala IV, causa número 92.322, sentencia del 5 de febrero de 2019.

II. Recursos contra sentencias correccionales – denegatorias

“La sentencia de condena fue dictada por un Juez Correccional, cuya revisión no le compete a esta Sede.

Es la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal quien agota la vía recursiva ordinaria en los procesos correccionales, quedando expedita la vía extraordinaria.”

Sala IV, causa número 91.053, sentencia del 5 de febrero de 2019.

C. JUICIO POR JURADOS

I. Rechazo de planteo de inconstitucionalidad referido a la imposibilidad del MPF de recurrir la absolución

“La regulación legislativa que no le concede legitimidad al Ministerio Público Fiscal para impugnar la absolución del acusado por parte del tribunal de jurados, se enmarca en la reforma integral que reglamentó esa forma de enjuiciamiento en el ordenamiento procesal de la provincia de Buenos Aires, sin que exista norma constitucional alguna que se encuentre en pugna con esta pauta.”

Sala I, causa número 75.466, sentencia del 11 de abril de 2016.

II.- El MPF no tiene recurso contra la absolución

“El Ministerio Público Fiscal es un órgano del Estado, en consecuencia, no es titular de la garantía del derecho a recurrir, encontrándose esa posibilidad supeditada al diseño procesal que el legislador local instituya. Al estructurar el juicio por jurados ha decidido, precisamente, a través del mencionado art. 452 “in fine” del CPP, negarle legitimación para impugnar, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario.”

Sala I, causa número 87.231, sentencia del 7 de febrero de 2019.

“La Constitución Nacional establece que el Ministerio Público “... 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...” (art. 120, CN).

Queda claro que el Ministerio Público Fiscal no tiene como cometido defender un interés privado como puede ser el de la víctima, sino –en tanto órgano del Estado– el de representar los intereses generales de la sociedad.”

Sala VI, causa número 71.912, sentencia del 2 de febrero de 2016. *“La representación de los derechos de la víctima a los que alude el recurrente, a los fines de la pretendida procedencia de la vía impugnativa intentada, no encuentra respaldo en el diseño del ordenamiento procesal vigente, dada la falta de homogeneidad entre los intereses y fines que persiguen uno y otro.*

A modo de ejemplo, la posibilidad del órgano acusador privado de continuar con el ejercicio de la acción penal aún en contra de la opinión del Ministerio Público Fiscal (arts. 326, 334, 334 bis y 368 último párrafo del CPP), o la facultad del fiscal de impugnar en favor del imputado (art. 422 segundo párrafo del CPP), permiten

apreciar que la actuación de la fiscalía no se circunscribe a defender los “intereses de la víctima”, en los términos planteados por el recurrente para sortear la aplicación de la norma que establece la improcedencia de su pretensión.”

III. El particular damnificado no tiene recurso contra la absolución (caso de violencia institucional)

“Los derechos al acceso a la justicia y a la protección judicial, garantizados en las cláusulas convencionales a favor de toda persona, y por tanto de la víctima, no deben confundirse con el derecho al recurso, pues se trata de dos cuestiones que, si bien se vinculan estrechamente entre sí, no son lo mismo.

El acceso a la jurisdicción, y consecuentemente a obtener una sentencia útil, no implica necesariamente el derecho a ejercer la vía recursiva. El derecho al recurso, o más correctamente al doble conforme, sólo está reconocido convencionalmente contra una sentencia condenatoria y únicamente a favor del inculpado de un delito.”

Sala V, causa número 78.302, sentencia del 12 de septiembre de 2017.

IV. Posibilidad recursiva del fiscal contra la calificación en un juicio por jurados

“El recurso que ahora se analiza ha sido articulado por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia dictada por el juez técnico, una vez concluida la actuación del jurado.

Este tipo de procesos se dividen en dos etapas (o “procedimientos”) bien marcadas y diferenciables: por un lado, aquella propia del juicio oral donde se produce la prueba e interviene el jurado, culminando con su veredicto; y por el otro, la fase del proceso donde la actuación es exclusiva y excluyente del juez técnico, encargado de dictar la sentencia.

Lo irrecurrible para el Ministerio Público es el veredicto del jurado, no así la decisión técnica-jurídica del magistrado profesional que interviene en la segunda fase del proceso.

Estimo que la interpretación que debe darse a la ley procesal, en este caso, es aquella que apunta a la preeminencia del significado técnico del vocablo empleado: el “procedimiento de juicio por jurados” contenido en el art. 452 in fine del rito, que consagra su irrecurribilidad, a no dudarlo, apunta solamente a la fase donde interviene el jurado popular.

El MPF se encargó de aclarar que la decisión que le genera agravio es la adoptada por el Juez técnico, pues se vincula a la magnitud de la pena impuesta -inferior a la mitad de la que oportunamente solicitara la parte-, sin tener objeción alguna respecto del veredicto emanado del jurado popular.”

Sala II, causa número 101.081, sentencia del 14 de agosto del 2020.

“La intervención del jurado se agota con el pronunciamiento del veredicto, es allí donde culmina el procedimiento analizado para luego -como ya dijera- en caso de recaer un pronunciamiento de culpabilidad continuar el proceso con la realización de una instancia exclusivamente a cargo del juez profesional.

La imposibilidad de impugnación por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, se limita solamente en lo que atañe al veredicto absolutorio dictado por el jurado.

Esta decisión emana de un magistrado profesional que, en definitiva, en nada se diferencia de una resolución que se dicte en el marco de cualquier otro procedimiento, en los cuales -en los términos y con las limitaciones establecidas en el artículo 452 del C.P.P.- resulta incuestionable la posibilidad que tiene el fiscal de interponer recursos.” Sala IV, causa número 94.872, sentencia del 18 de febrero de 2020.

V. Posibilidad recursiva del fiscal contra la pena fijada en un juicio por

jurados

“El recurso que ahora se analiza ha sido articulado por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia dictada por el juez técnico, una vez concluida la actuación del jurado.

Lo irrecurrible para el Ministerio Público es el veredicto del jurado, no así la decisión técnica-jurídica del magistrado profesional que interviene en la segunda fase del proceso.

El agravio fiscal vinculado con el monto de pena merece ser atendido, toda vez que, si bien el magistrado que dictó sentencia aludió a algunas de las agravantes mencionadas por el recurrente, lo cierto es que al tiempo de atribuirle intensidad aumentativa no guardó racional proporcionalidad entre los datos que mencionaba como creando riesgos mayores y el monto de la pena impuesta, con lo cual los parámetros de culpabilidad y magnitud del injusto, en el caso, no aparecen bien retribuidos.”

Sala V, causa número 95.464, sentencia del 20 de julio de 2020.

VI. Posibilidad recursiva del fiscal contra la prescripción declarada en un juicio por jurado

“Una primera aclaración, en tanto se trata de un supuesto novedoso dentro del sistema de jurados, es que el recurso es admisible inicialmente porque se dirige contra la sentencia de un juez técnico que decretó la prescripción de la acción dado que, la atribución de responsabilidad penal emanada del veredicto popular, recibió encaje en un delito menor incluido correctamente informado en el panel de instrucciones pluralmente conformadas.

Cuando el jurado popular establece la culpabilidad por determinado hecho, lo está haciendo en función de un suceso que ya ha desvalorado normativamente y que por lo tanto queda subsumido en una infracción a la ley de fondo, calificación legal que

no podrá ser alterada por el juez técnico en la audiencia de cesura de juicio.”

Sala I, causa número 100.840, sentencia del 1ro de diciembre de 2020.

D. CUESTIONES DE CALIFICACIÓN

I. Emoción violenta

“Resulta insuficiente para que se configure la eximente la mera constatación del estado emocional alterado -que impida el control de las acciones- sino que es necesaria la comprobación de las circunstancias que hicieran excusable ese cuadro.

Las expectativas, proyecciones y frustraciones, en definitiva, la historia de vida que se mencionan en el sufragio que obtuvo la mayoría, si bien han tenido implicancia en el ámbito de su esfera personal y en la manera de relacionarse afectivamente con terceros, no adquieren el estándar que se requiere objetivamente, en nuestro contexto cultural, para ser catalogadas como las circunstancias excusables aludidas en el texto legal.”

Sala I, causa número 94.460, sentencia del 20 de febrero de 2020.

II. Robo. Consumación

“La acción típica del delito de robo consiste en apoderarse de una cosa total o parcialmente ajena.

Dicho apoderamiento no exige ultraintención o tendencia interna trascendente, como puede ser el ánimo de lucro o, como parece opinar el sentenciante, el animus jocandi.

Bastan breves instantes para que el desapoderamiento pueda considerarse consumado, siendo necesario en todo caso acreditar la existencia de una “fractura” en la relación jurídica del tenedor con la cosa, y la asunción de un poder real de disposición por parte del autor.”

Sala III, causa número 87.095, sentencia del 26 de marzo de 2019.

III. Robo en banda

“Aclaro que a los fines del art. 167 inc. 2 CP considero suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de la que describe el artículo 210.

La actuación de cada uno de los intervinientes se integró con la de los otros, extremo que requiere, consecuentemente, un mínimo grado de organización que supere la mera confluencia no programada de voluntades. En el caso, se tuvo por probado que el aquí imputado y al menos otras dos personas más, actuaron de modo organizado para llevar a cabo el plan común de efectuar el robo. Por lo tanto, tuvieron el dominio del hecho, lo que los convierte en coautores, en los términos del artículo 45 del Código Penal, sin que importe, habiéndose acreditado la actuación grupal, que en el caso haya existido una específica distribución de tareas o que cada uno de los integrantes haya efectuado la totalidad de la conducta descripta en el tipo penal.”

Sala IV, causa número 90.478, sentencia del 30 de mayo de 2019.

IV. Tenencia de arma

“Resultando un delito de peligro abstracto, la mera tenencia se configura por el solo hecho de tener, poseer el arma de guerra, en cualquier lugar, e independientemente de su capacidad ofensiva real.

No es por lo tanto aceptable que el arma de guerra sin proyectiles, es decir,

descargada o no cargada, pierda su condición esencial de ser arma, ya que el legislador ha entendido que continúa siendo tal aun cuando carezca de proyectiles, pues de lo contrario no sería admisible la penalización paralela de la tenencia o el acopio de varios objetos, estén juntos o separados. Que el arma esté ‘cargada’ con los proyectiles es indiferente.”

Sala V, causa número 101.942, sentencia del 29 de octubre de 2020.

“En lo que hace al vencimiento de las autorizaciones, ello torna aplicable la figura en trato, toda vez que la autorización a la que hace referencia el art. 189 bis del digesto sustantivo, una vez conferida por la autoridad de aplicación (esto es, el Registro Nacional de Armas), no tiene carácter declarativo, sino que es constitutiva de derecho. El permiso de las tenencias depende de su condición de legítimo usuario, el que al vencer provoca la caducidad de aquéllas.

No puede alegarse una infracción administrativa consistente en no renovar la vigencia de la credencial habilitante sino, por el contrario, constituye una infracción a la ley penal traducida en la eventual comisión de un delito permanente y de peligro abstracto, que vulnera el bien jurídico “seguridad pública” por ella tutelado.”

Sala IV, causa número 90.976, sentencia del 4 de julio de 2019.

V. Lesiones gravísimas agravadas. Delitos de deber

“El Tribunal, de manera contundente descarta la hipótesis de la Fiscalía, porque, entre otras razones, no pudo establecer en qué consistió la división funcional de tareas, cuál de los dos sería el autor y cual el que la habría asentido.

De todos modos, me preguntó hasta qué punto podría sostenerse y/o tolerarse, que exista un estado de duda cuando ello se reduce a solamente dos personas, que, por si fuera poco, tienen el mismo grado de obligaciones y responsabilidades respecto

de la víctima.

El viejo caso de la madre que teje mientras su hijo se ahoga, podría traspolarse al extremo de que uno de los padres observa impávidamente mientras el otro sacude a su hijo de seis meses de vida.

En los delitos de infracción al deber, lo relevante para la descripción típica del delito no es –como en los delitos de dominio– la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión del deber extrapenal.

De esto se deduciría que solo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber, cumple por ello con la descripción típica y es por tanto autor.

Es suficiente, pues, todo “ocasionamiento” del delito en posición de infracción del deber, para que pueda ser afirmado que el especialmente obligado es autor.

En esos términos, no puede hablarse de un estado de duda, cuando reitero, el universo de personas se reduce a dos que se encuentran bajo el mismo techo, y con los mismos deberes respecto a la víctima, dada su condición de padres.”

Sala III, causa número 87.683, sentencia del 11 de agosto del 2020.

VI. Abuso sexual gravemente ultrajante

“Si, conforme se desprende de la base fáctica del veredicto, el acusado interceptó a la víctima de doce años de edad, la tomó del brazo, le desprendió el cinto y desabrochó el pantalón tocándola en vagina y pechos por debajo de la remera, mientras la besaba en la boca y amenazaba con matarla a ella y a su familia, los actos constituyeron un verdadero ultraje a la dignidad de la niña y, por las circunstancias de su realización, exceden el tipo del abuso sexual simple para ubicarse en la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, conforme lo

sostiene el fiscal recurrente.”

Sala III, causa número 92.782, sentencia del 14 de junio de 2020.

“Lo degradante del abuso que califica el tipo básico es una consecuencia del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, por producir sufrimientos y humillaciones, menoscabando de manera grave la integridad de la víctima, tanto por la intensidad como por la duración temporal o repetición.

Literalmente “degradante” viene de degradado, que significa rebajado a grado o rango inferior. Rebaja en el plano de la estimación, reputación o dignidad.

Hacer despreciar, envilecer o humillar.

Dar un trato degradante es humillar, deshorrar, despreciar o envilecer a una persona, afectando a su dignidad humana, como es el caso, atendiendo a la naturaleza objetiva del acto y su calidad (aprovecharse de una sobrina para tocarle, debajo de sus ropas, su partes íntimas, meterle sus dedos en vagina, y luego besarla allí y en la cola), siendo reducida a la condición de objeto sexual menoscabando su condición de persona, deja de ser un huero abuso sexual simple para convertirse en un abuso sexual gravemente ultrajante (argumento del artículo 119, párrafo segundo, del Código Penal).”

Sala III, causa número 93.002, sentencia del 22 de octubre de 2019.

“Cabe destacar que no es la mera repetición de conductas en el tiempo lo que configura el abuso sexual gravemente ultrajante.

Dicho de otro modo, si el agente todos los días le efectúa tocamientos inverecundos a la víctima, estaríamos ante múltiples abusos sexuales simples, y no uno gravemente ultrajante.

En ese sentido, advierto que el Tribunal sostiene que no hubo una escalada en la conducta del agresor, sino que siempre fueron sucesos similares, pero lo real es que la intensidad y gravedad de los mismos, excedieron la figura básica desde el primer día en el que se le apareció por atrás le metió la mano por debajo del corpiño y le frotó la vagina por encima de la ropa.”

Sala III, causa número 95.590, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

“Le asiste razón a la recurrente. En efecto, en sintonía con lo manifestado por la impugnante, resulta notaria la incompatibilidad existente entre la significación legal atribuida por el tribunal sentenciante con relación a los hechos que fueran juzgados.

Vale resaltar que el reproche hacia el encartado abarca distintas y reiteradas conductas abusivas, objetivamente degradantes, perpetradas en perjuicio de la menor víctima de autos –al menos tres– durante un lapso que va desde el año 2010 al 2014, siendo que los referidos actos inverecundos, consistían en “tocamientos en su vagina”, “besos en la boca” y “práctica de sexo oral”, configurándose así intromisiones que por su propia naturaleza, modo y circunstancias de realización implican un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, en los términos del art. 119 segundo párrafo del C.P.

El concepto de “gravemente ultrajante” comprende tanto la duración de abuso como las circunstancias de su realización.”

Sala IV, causa número 93.848, sentencia del 9 de abril de 2019.

VII. Corrupción de menores

“El Tribunal de origen descarta la aplicación de la figura de la promoción de la corrupción, pues entiende que, a pesar de que todo acto intrusivo en la intimidad

sexual de niños de entre 7 y 10 años puede desviar su normal desarrollo, dicha circunstancia debe acreditarse con prueba psicológica-psiquiátrica, que en el caso no hay.

No coincido.

Tengo dicho que el delito en trato no requiere la precisa verificación del estado de corrupción, sino que éste se promueva o facilite a través de la conducta del agente, con independencia de que aquélla se logre o no.

Además, este tipo de delitos se consuma al amparo de la intimidad, no requiere un dolo directo de corromper, ya que es formal, de simple actividad y atiende al peligro que para las víctimas entraña el acto corruptor con independencia de sus resultados, siendo típicos los actos idóneos, como lo fueron, para tales fines.”

Sala III, causa número 95.698, sentencia del 5 de diciembre de 2019.

VIII. Abuso sexual: concurso real y no delito continuado

“Si de la descripción de la materialidad infraccionaria que el Tribunal tuvo por acreditada, y que aparece inalterada en esta instancia, surge que el aquí imputado abusó reiteradamente de la niña, sometiéndola a sus tocamientos al menos una vez por semana durante el plazo de un año, entonces nos hallamos frente a un número determinable de hechos independientes y diferenciables en tiempo y espacio, que al estar munidos individualmente de los recaudos típicos, deben estimarse como una multiplicidad de delitos que concursan materialmente entre sí.

Es que, como esta Sala lo ha venido sosteniendo desde antiguo, la existencia de una continuidad delictiva solo puede sostenerse en los casos de reiteración inmediata del acto, dentro del mismo contexto de acción, y bajo lo que el Tribunal Supremo Español ha dado en llamar un mismo “furor erótico”, esto es, cuando el autor, insatisfecho

con el primer acto y movido con el mismo dolo, continúa la agresión sexual; casos que, se puede apreciar, no guardan vinculación con la realidad relatada en los presentes actuados.”

Sala III, causa número 94.124, sentencia del 1ro de noviembre de 2019.

IX. Agravante “edad de la víctima”

“No se verificaba vulneración al principio “non bis in idem” pues la prohibición de doble valoración no encuentra operatividad en los casos en que el juzgador valora como agravantes circunstancias que, más allá de estar contenidas en el tipo penal, a su vez, admiten una gradación indicadora de una mayor o menor gravedad del contenido injusto de la conducta.

La corta edad de la víctima al momento de los hechos la colocó en una situación de mayor vulnerabilidad, pues su grado de madurez, comprensión y mínima posibilidad de oponerse a los ataques sexuales, son pautas que aumentaron el contenido del injusto de la conducta del autor. Es que no obstante la previsión de la ley, la edad de la víctima tiene trascendencia como una pauta más que puede incidir en el grado de disvalor del suceso y de culpabilidad del autor.”

Sala II, causa número 90.763, sentencia del 6 de noviembre de 2018.

X. Estupefacientes. Concepto y bien jurídico tutelado

“El Tribunal de grado absolvió a los acusados por considerar que la conducta atribuida era atípica, argumentando que la sustancia incautada carece de capacidad tóxica suficiente para afectar el bien tutelado por la norma, esto es, la salud pública.

Exigir la comprobación del poder psicoactivo y concreta nocividad de la sustancia no es un requisito contemplado por la normativa aplicable. Cuando nos referimos a la tutela del “bien jurídico” salud pública en el marco de las infracciones que prevé la

ley de estupefacientes, la orientación normativa de los comportamientos prohibidos no está dirigida a la preservación de la salud de una persona en particular (esas reglas se encuentran articuladas en los ilícitos de lesiones) como tampoco se trata de la preservación de determinado nivel de tasas de salubridad de la población en general, sino de garantizarle a la población determinadas prestaciones básicas en el contexto de los servicios de salud.

Se trata de una conducta de carácter “público” (para emparentar esto con la no cobertura del art. 19 de la Constitución Nacional), es decir aquella de la cual deriva una aptitud para lesionar no ya un objeto material sino aquello que, precisamente, el derecho se encuentra orientado a preservar: “las condiciones de vida en sociedad”.

Que los inculpados hayan diseminado y mezclado la sustancia estupefaciente con otras de “corte” a punto tal de que, una vez confeccionada para su venta, la resultante obtenida para cada envoltorio no sea apta para producir el efecto propio de la droga, salvo el consumo de al menos 24 envoltorios juntos, no torna atípica la conducta.”

Sala IV, causa número 90.958, sentencia del 16 de abril de 2019.

“No presenta discusión alguna el tipo de droga hallado: “cocaína”, sustancia capaz de crear dependencia física o psíquica.

Considero que la sustancia secuestrada, puede ingresar a la categoría de estupefaciente, como lo indica el art. 77 del fondoal, con aptitud para producir efectos psicotrópicos y dependencia física o psíquica, encontrando afectado el bien jurídico tutelado por la Ley N° 23.737 “la salud pública”.

Es sabido que la venta fraccionada de este tipo de sustancia, no se da en un grado de pureza absoluta, sino por el contrario en la mayoría de los casos se encuentra mezclada con otros componentes, como es el caso, obteniendo igualmente la tenencia de una sustancia que se prohíbe.

Un compuesto químico es considerado mezcla cuando las sustancias que lo componen mantienen sus características, y por lo tanto, al no haber perdido sus propiedades, se las puede identificar en el conjunto y también separarlas entre sí.

La cocaína se encuentra comprendida dentro de las 6 sustancias que integran la lista del art. 77 del C.P., cuya dosis para generar el estado de dependencia psíquica o física en el sujeto que la consume oscila entre 0,05 y 0,1 gramos.”

Sala IV, causa número 96.487, sentencia del 29 de agosto de 2019.

XI. Cantidad de estupefacientes incautados. No es consumo personal

“Se trata de una resolución que no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso.

Además de encontrarse en juego en el presente una clara cuestión federal cuando se pone en tela de juicio la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737 en relación con el artículo 19 de la Constitución Nacional.

El peso total de sustancia ilícita obtenida según los datos que surgen de la valorada pericia química (7,62 gramos), no resulta por sí misma indicativa del cuestionado consumo personal, dado que dista de significar una cantidad irrelevante.”

Sala III, causa número 95.130, sentencia del 12 de mayo de 2020.

XII. Dolo de homicidio

“A mi modo de ver, la conclusión del tribunal de primera instancia acerca de la existencia de duda sobre la intención dolosa del acusado de causar la muerte a la víctima (que no pudo concretar como consecuencia de la atención médica recibida por ésta) no es razonable ni está debidamente razonada, además de no

ser convincente, lo que descalifica al pronunciamiento como un acto jurisdiccional válido, ya que encierra un fundamento aparente que resiente la motivación lógica del fallo y desatiende el mandato de los artículos 18 de la Constitución Nacional y 171 de la Provincial, que exigen que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, en atención a las circunstancias comprobadas de la causa. Según se desprende de la prueba evaluada en el veredicto que recrea el primer voto, la conducta del imputado consistió en golpear con un ladrillo la cabeza de la víctima a quien luego hirió en la zona lumbar con un cuchillo tipo “asador”, ocasionándole una herida que comprometió los pulmones y estómago, que requirió su internación en terapia intensiva, con riesgo cierto de muerte.

La propia utilización de un instrumento de alto poder vulnerante dirigido a una zona vital del cuerpo de la víctima, y claramente idóneo para causar la muerte, no sólo conduce a afirmar que el acusado se representó las consecuencias de su accionar sino que, además, procuró con el medio utilizado que el fin perseguido se produjera.

Si el acometimiento en la forma relatada fue tan contundente que causó a la víctima una herida que afectó pulmones y estómago y la obligó a permanecer en terapia intensiva, mal puede afirmarse que el acusado desconociera que, con su accionar, la ponía al borde la muerte, pues para ello no se requiere un saber específico, sino la propia experiencia de vida; ni concluir que la intención de este último fuese otra que terminar con la vida de la primera.”

Sala V, causa número 96.661, sentencia del 11 de febrero de 2021.

XIII. Dolo de femicidio

“Respecto al punto de la cuestionada calificación, considero que asiste razón al Fiscal y cae lo decidido por la Cámara al sostener que se tratan de lesiones leves en los términos de los artículos 89 y 92 en relación al 80 inciso 11 del Código de

Fondo, pues - con los datos que surgen hasta el momento y en esta primera etapa del expediente - existió dolo de homicidio en el accionar del imputado.

Consideró acertadamente la Juez de Garantías que, a todo evento, el imputado se habría representado la producción del resultado lesivo derivado de su accionar y no obstante esa situación, habría proseguido su conducta a sabiendas de que la muerte podría llegar a concretarse, desinteresándose del resultado.

Y ello no sólo por su supuesta conducta dirigida a abordarlas mientras circulaban a bordo de un ciclomotor habiéndose colocado a la par, intimidándolas con un destornillador y amenazándolas de muerte, lo que habría llevado a las mujeres a cambiar de carril y circular a contramano hasta que por la aparición de un rodado debieron detenerse, aprovechando de ello el imputado para seguir con su objetivo; sino con las múltiples heridas en zonas sensibles de sobrevivida (rostro, tórax, zona del hígado; y párpado derecho de su ex - pareja), mientras les iba diciendo “Las voy a matar hijas de...”.. “la mato hija de mil puta, la mato...”, denotando ello la representación de tal resultado, más allá de que no habría llegado a lograr su cometido por razones ajenas a su voluntad.

También se agregó desde la primera instancia, y lo comparto, que el elemento utilizado para el ataque - destornillador - si bien tiene otro fin distinto al que fue utilizado (según la Cámara no tiene las características idóneas para causar el daño que se sostiene desde la parte acusadora), “su incruste con violencia en zonas sensibles del cuerpo humano” puede tener consecuencias lesivas de importancia que pueden llevar hasta la muerte de la persona atacada, principalmente en lo que hace a la zona del cuello.

Luego, la objetiva valoración y gravedad de los hechos imputados, la utilización de un elemento potencialmente agresivo con el cual atacó en la vía pública ante terceros a las víctimas, las plurales lesiones ocasionadas en las zonas del cuerpo que fueran señaladas, denotando con ello, como lo resalta la juez, el total desprecio a la

vida de terceros, dentro de un contexto de violencia de género, y los antecedentes de violencia de los que nada dice la Cámara y que no solo dan cuenta las víctimas de autos sino también las constancias que surgen de los registros informáticos, entre ellos, las cuatro causas en trámite que se le sigue al imputado por los delitos de desobediencia, lesiones leves y amenazas contra aquéllas), las que se encuentran acumuladas y con fecha de debate designada, que llevan que en el caso de dictarse una sentencia de condena, la pena sea de efectivo cumplimiento, abren paso claramente a la existencia de los peligros procesales.”

Sala III, causa número 100.218, sentencia del 16 de julio de 2020.

XIV. Femicidio. Violencia de género y de odio

“Del repaso que se hiciera del veredicto cuestionado puede advertirse el mérito del sentenciante respecto de diferentes elementos probatorios que exhibieron que, en el caso, no medió violencia de género.

La profesional enseñó las diferencias entre la violencia simétrica –allí los dos integrantes de la pareja tienden a la agresión– y la violencia asimétrica –allí prevalece la figura de una víctima y un victimario–. Luego, concluyó que la violencia percibida en la pareja de autos era una violencia simétrica, puesto que no había un ‘arriba y abajo’, sino que ambos tenían una relación patológica, con desprecio recíproco. No toda violencia configura violencia de género. De igual modo, es necesario distinguir la idea de ‘violencia de género’ con la de ‘odio de género’. Esta última, configura uno de los elementos normativos estipulados en el inc. 4º del art. 80 del código sustantivo.

Entonces, el concepto de ‘violencia de género’ a diferencia de la idea de ‘odio de género’ no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles derivadas de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre

una 'identidad masculina' y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a 'lo femenino.

Ahora bien, ingresando al concepto de la violencia de género instaurado en el inc. 11 del art. 80 del C.P., es dable expresar que la razón de la agravante no es la violencia en sí misma, sino que el basamento radica en la idea de resistir una discriminación que viene de antaño y cuyo origen no es otro que el de una estructura social de naturaleza patriarcal. Dicho todo lo anterior, y a la luz de los elementos de prueba sopesados por el órgano 'a quo' considero que en el caso no pudo demostrarse acabadamente esa relación desigual de poder entre el victimario hombre y la víctima-mujer derivada de una construcción de roles de estructuras sociales con naturaleza patriarcal."

Sala IV, causa número 101.384, sentencia del 14 de agosto de 2020.

XV. Dolo en homicidio calificado por el vínculo

"A mi ver la calificación de homicidio preterintencional es incorrecta, no solo porque cuando el medio empleado es idóneo para causar la muerte –como es el caso– no hay cabida para esa figura que requiere que el resultado muerte se produzca empleando uno que racionalmente no debía provocarla sino porque, además, no encuentro la duda que detecta la mayoría del tribunal y el primer voto para desplazar la voluntariedad en el obrar del imputado.

Por el contrario, entiendo que la conducta desplegada por el imputado resultó racionalmente idónea para cubrir el tipo subjetivo requerido, provocando el resultado fatal eventual, con una actitud absolutamente voluntaria y con –al menos– indiferencia ante la representación de que el tipo se produzca. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en la construcción clásica del mismo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización.

Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida

al conocimiento de lapotencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico vida.

Lo expuesto permite afirmar, entonces, que el riesgo de muerte era previsible para el acusado y cuya acción abarcó la posibilidad de su producción. Hay dolo de homicidio por sometimiento de la víctima a una peligrosa situación –como la de someterla al brutal tratamiento relatado– aunque no persiga matarla.

El dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que la occisión no se producirá o porqué no haya sido deseada por el autor. Por otras palabras, hay aceptación del resultado por parte del acusado al optar por realizar la acción ya detallada, conociendo los peligros de la misma.

Por lo tanto, debe responder por homicidio calificado por el vínculo.”

Sala V, causa número 93.424, sentencia del 11 de febrero de 2020.

F. VALORACIÓN PROBATORIA Y CUESTIONES DE ARBITRARIEDAD

I.- Concepto de duda

“Recuerdo que para legitimar una absolución se requiere la duda que dicte una inteligencia esclarecida, tras un examen reflexivo de todo el cuadro probatorio y no puede ser el resultado de un examen superficial que fraccione la prueba.

La hipótesis enarbolada por el a quo no deriva de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, sino de una arbitraria valoración de los elementos de juicio, evidenciada por el apartamiento de las constancias antes mencionadas, lo que conduce a descalificar el pronunciamiento -con los alcances señalados- como un acto jurisdiccional válido.”

Tribunal de Casación, Sala I, causa número 93.310, sentencia del 16 de abril del 2019.

“La duda es un estado de ánimo que puede o no embargar el espíritu del Juzgador al momento de fallar, representado por una indecisión del intelecto puesto a decidir sobre la existencia o inexistencia de un estado de cosas determinado, indecisión que se deriva del contraste y compensación existente entre los elementos que llevan a afirmarla y aquellos que conducen a negarla, sin que ninguno de ellos logre, en definitiva, desequilibrar dicha paridad.”

Sala II, causa número 97.510, sentencia del 12 de marzo de 2020.

“Coincido con el recurrente en que el juez fragmentó la prueba y la analizó por separado, arribando a una situación de duda que no fue tal, es decir, fundada en razones verosímiles, incurriendo en arbitrariedad. En efecto, el magistrado no explica razonablemente, frente al cúmulo de proposiciones fácticas que da por comprobadas, por qué descarta la hipótesis acusatoria que podía -en principio- explicar los datos disponibles e integrarlos en forma coherente, mientras que no se invocó, en el fallo, ninguna prueba fundamental en contrario, que la refute.”

Sala I, causa Número 93.310, sentencia del 16 de abril de 2019.

“Los jueces en todo momento resaltaron la coherencia y persistencia de su relato, en el cual la joven fue concreta al explicar que el acusado había introducido su pene en su boca, dando cuenta de sus dichos con detalles, y encontrándose profundamente conmovida por la situación vivenciada, pero -en la primera cuestión de la sentencia-, sorpresivamente, los jueces decidieron subsumir los hechos en la figura de abuso sexual simple.

Para así decidirlo, sostuvieron: “Nos hallamos frente a un masculino adulto, el cual con su pene penetra, en un único hecho -dos oportunidades-, la cavidad bucal de una infante de 4/5 años.” Pero luego de esa afirmación, indicaron los jueces que “Si tomamos la dimensión que puede tener la boca de una niña de tal edad, resulta extraño que el miembro viril de un masculino -tamaño promedioingrese sin dificultad alguna, debiendo solapar que la femenina se encontraba cegada, por lo que difícilmente pueda haber advertido con grado máximo de certeza que lo que le introdujo el sometido a proceso fue su pene, no obstante, la ulterior descripción.

En realidad, cuando el juzgador explica que sería extraño que un miembro viril de características ordinarias ingresara sin dificultad en la cavidad bucal de una niña de cuatro o cinco años, está exhibiendo su dubitación sobre una premisa en abstracto. De la duda sobre un dato general (que no apoya en elemento alguno, más allá de su propia definición), se lanza luego a proclamar una duda sobre el hecho investigado. Está claro entonces que no explicó debidamente su no saber.

Dicho en otras palabras, se advierte que el a quo le asignó una trascendencia determinante a su duda abstracta, pero en lo que atañe al hecho puntual sometido a juicio, se desprende del fallo que no dudó del relato de la víctima. Todo lo contrario.

Tal como fue expuesto, le resultó plenamente sincero, resaltando lo que en forma conteste afirmaron los profesionales de la psicología que intervinieron y que validaron, desde la óptica de su saber, cabalmente su versión. En todo caso, dudaron los magistrados vagamente de su percepción, pero en base a abstracciones sin

apoyatura científica ni en elementos concretos de la causa, lo cual muestra el déficit de fundamentación.

Esas consideraciones pecan de excesiva generalidad si no se encuentran respaldadas por opinión alguna de profesionales de la materia, o bibliografía médica al respecto, ni mucho menos un estudio concreto de las características de las personas involucradas en el caso puntual.”

Sala II, causa número 100.753, sentencia del 11 de junio de 2020.

“Las eventualidades no del todo inimaginables, pero si tan rebuscadas que, según criterio práctico, no poseen ningún valor de verdad, no deben ser contempladas, ni pueden poner en duda la exactitud de la hipótesis acusatoria que en parte confirman las circunstancias comprobadas del juicio que se vienen de analizar.

Sobreabundando, la duda es algo diverso a cuanto se menciona en el veredicto, debe ser concreta, tras un examen reflexivo de las pruebas.” Sala III, causa número 97.271, sentencia del 10 de septiembre de 2020.

II. Apartamiento de las constancias de la causa

“Las circunstancias expresadas en el apartado anterior revelan que una de las premisas en la que se apoyó el razonamiento del juez que dictó el veredicto absolutorio, no se corresponde con las constancias de la causa.

La importancia del error en la evaluación probatoria desarrollada en el fallo en crisis no puede ser minimizada, pues se ha omitido examinar una filmación que, según los de la acusación, contiene las imágenes del momento en que se produjo el robo en las que habría sido posible identificar al acusado como uno de los sujetos activos del ilícito.

Lo anterior revela que una de las conclusiones probatorias en las que se sostuvo el veredicto absolutorio en crisis, resulta inconciliable con las constancias de la causa, y dada la gravedad del error para la correcta solución del caso, se configura en el caso un supuesto de arbitrariedad que descalifica al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.”

Sala I, causa número 96.642, sentencia del 26 de septiembre de 2019.

III. Fragmentación de la prueba

“La pluralidad de elementos convictivos aportados por el recurrente al proceso demandaba del a quo un escrutinio de las pruebas apegado a una visión integral para poder escuchar, en su conjunto, lo que aquellas individualmente no llegaban a decir.

Es mi parecer que el plexo probatorio resultó examinado de manera fragmentaria, desmembrando cada uno de los elementos arrimados como si fueran compartimentos estancos, lo cual resulta inaceptable desde la lógica más elemental en cuanto al análisis de la prueba. Desde una lógica cuestionable se prescindió de reparar en la totalidad de las constancias de la causa para su correcto mérito y correlación, quebrantando el régimen legal de valoración de la prueba al que debió someterse para dar una respuesta jurisdiccionalmente válida.

La parte recurrente ha logrado demostrar una desviación lógica en el razonamiento del a quo que descalifica la validez de su decisión, pues ésta se basa en elementos que fueron valorados en forma fragmentaria o aislada, sin armonizarlos en su conjunto, para de esta forma no desvirtuar la eficacia que hubieren podido adquirir de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”

Sala II, causa número 104.352, 22 de diciembre de 2020.

“Es que, sin que pase desapercibido que no resulta imprescindible para la configuración del acceso carnal que exista una penetración completa ni la desfloración, el tribunal incurre en contradicción cuando, luego de tener por acreditado que la víctima no tenía motivos para mentir y no hay indicios de que lo hiciera, mientras que elementos periféricos confirman el relato que mantuvo durante todo el trámite del proceso, divide indebidamente sus dichos, asignándole credibilidad a todo cuanto dijo respecto a haber sido agredida sexualmente por el acusado, pero negándosela en cuanto afirma que existió penetración por vía anal.”

Sala III, causa número 89.540, sentencia del 2 de julio de 2020.

IV. Omisión de valorar prueba

“Corresponde señalar que el a quo incurrió en arbitrariedad al omitir evaluar prueba que fuera apuntada al alegar tanto por el Fiscal como por el representante de los particulares damnificados.

Con independencia del valor convictivo que pueda otorgársele a las referidas fuentes de datos probatorios, lo cierto es que si bien el tribunal de juicio no está obligado a considerar absolutamente todas las pruebas introducidas y producidas, habiendo sido precisada la necesidad de tenerla en cuenta por los acusadores, cuando se procede a la exclusión arbitraria de una prueba esencial o decisiva, el juez de mérito prescinde inadecuadamente en su motivación de elementos que tiene el deber de valorar -sea acogiéndolo o no-, y la sentencia entonces deviene nula.

Dicho defecto se traduce -además- en la ausencia de motivación de la decisión, pues las razones jurídicas invocadas para determinar la solución normativa del caso no se verificarían (arts. 1, 18, 75 inc. 22 y ccdtes. de la CN, 15, 168, 171 y ccdtes. de la

Constitución provincial, 1, 106, 210, 371, 373 y ccdtes. del CPP).”

Sala V, causa número 92.200, sentencia del 4 de febrero del 2020.

V. Sentencia contradictoria

“La fundamentación del Tribunal no explica de manera suficiente por qué no resultó idóneo el testimonio para acreditar la autoría, cuando no fue tenido por mendaz, sino que su testimonio fue, en palabras del a quo “sólido”, “armonioso” y amalgamado con otros elementos.

Las contradicciones surgen de la propia sentencia, en tanto para resolver la acreditación de los hechos se ponderan los testimonios como sólidos, armonios y lógicamente interrelacionados entre sí, para luego descreer o descartar las mismas.”

Sala II, causa número 92.878, sentencia del 31 de octubre de 2019.

VI. Prueba de indicios

“El razonamiento del veredicto evita un análisis del conjunto de los elementos de prueba, mientras descansa en la ausencia de testigos directos del hecho, y estimas equívocas algunas señales de culpabilidad relacionadas con el mismo.

Frente a este panorama, -como adelantara- estimo que el fallo no se ocupó de la estructura compleja del cuadro convictivo, sino únicamente del valor individual de indicios que analizó de forma aislada y no como un elemento del complejo probatorio que integra.

A falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.
- b) Que los hechos constitutivos del delito o la intervención de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria, abonando la certeza que reclama la ley.
- c) Asimismo, aunque se trate de cuestiones distintas en el análisis de la vulneración de la presunción de inocencia es fundamental la comprobación de la motivación sobre los hechos.”

Sala III, causa número 93.050, sentencia del 3 de octubre de 2019.

VII. Cómo demostrar el absurdo

“Es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración, de modo tal que, en el caso que nos ocupa, los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, y dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.” Sala III, causa número 85.724, sentencia de junio de 2019.

“El vicio de absurdo que el impugnante denuncia para argumentar la invalidación del pronunciamiento dictado por el órgano de grado, no se consuma por el mero hecho de que el Tribunal prefiera o atribuya trascendencia a un medio probatorio respecto de otro, o se incline por la verosimilitud de alguna prueba en particular en desmedro de otra.

El vicio de absurdidad supone un error grave, manifiesto y fundamental en el razonamiento discurrido en la sentencia que conduce a conclusiones inconciliables

con las constancias objetivas de la causa; por lo que su denuncia no se abastece con meras discrepancias o divergencias intelectivas.”

Sala III, causa número 86.100, sentencia del 26 de marzo de 2019.

“En materia penal no es posible elaborar una verdad solamente formal o ficticia, sino que los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de manera que resulten evidentes.

Esto quiere decir que de la prueba que se obtiene debe derivar una conclusión unívoca en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan ocurrido de una manera diferente.

En consecuencia, la duda sobre los extremos de la acusación impone entonces una decisión absolutoria.”

Sala V, causa número 95.160, sentencia del 23 de abril de 2020.

VIII. Posibilidad de revisar los dichos de testigos en casación

“Los reparos sobre la credibilidad del testigo no se asientan en la comunicación directa y en cuestiones singulares de percepción que permite la intermediación, de manera tal que resulta posible abordar los planteos traídos por los impugnantes en cuanto a la razonabilidad de los argumentos dados en la sentencia sobre el punto.”

Sala III, causa número 93.256, sentencia del 13 de noviembre de 2019.

IX. Dichos espontáneos brindados a los policas de actuación. Validez probatoria

“Surge de la lectura del veredicto con palmaria nitidez que las manifestaciones efectuadas por los sujetos aludidos fueron en un todo espontáneas.

Los uniformados que intervinieron en el procedimiento dieron cuenta de dichas referencias en el curso del debate al deponer testimonialmente, las cuales no pueden ser objeto de cuestionamiento alguno. No existe constancia alguna de haber sido obligados los aludidos individuos a manifestar su responsabilidad penal por el hecho en trato. En consecuencia, el personal policial se limita a transmitir lo que el imputado manifestó en forma espontánea, sin que se le haya recibido ninguna declaración.

La declaración testimonial del policía preventor interviniente en la detención del imputado que alude a la autoincriminación efectuada por éste, es válida, al igual que el procedimiento concretado a raíz de tal manifestación, pues no se trata de una declaración prohibida.

Nada existe para cuestionar respecto de las aseveraciones lanzadas en los testimonios de los uniformados, los cuales se encuentran imbuidos de todas las formalidades previstas para la producción de tal prueba, lo que conlleva a tomar como plenamente válidas dichas declaraciones y a ponderar libremente el contenido de las mismas.”

Sala IV, causa número 90.163, sentencia del 1ro de octubre de 2019.

X. Casación negativa frente a la revocación por absurdo

“De allí que corresponda declarar la nulidad del pronunciamiento por la ausencia de suficiente justificación de la conclusión probatoria en la que se asentó el veredicto absolutorio, no pudiendo sin embargo adoptarse competencia positiva y pronunciarse en el sentido requerido por los impugnantes (condena), pues la arbitraria valoración efectuada se refiere a prueba que es producto de la inmediatez.”

Sala III, causa número 93.256, sentencia del 13 de noviembre de 2019.

G. VIOLENCIA DE GÉNERO

I. Concepto

“No es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas y, en particular, frente a la violencia de género, la revisión de la valoración probatoria debe efectuarse con especial cautela.

En esta instancia, resulta imperioso poner en evidencia que el estado argentino se ha comprometido a erradicar las concepciones estereotipadas. En consecuencia, en las presentes actuaciones se ha acreditado y no ha sido cuestionado que estamos frente a un episodio de violencia.

Por lo demás, considero de interés aclarar que la cuestión trata sobre una persona que murió como consecuencia del accionar de funcionarios policiales, lo que implica extremar recaudos en el análisis del contexto, y las posibles conductas ejercidas por quien representa a la autoridad estatal en el ejercicio del monopolio del uso de la fuerza hacia la mujer.”

Sala III, causa número 93.256, sentencia del 13 de noviembre de 2019.

II. Revocación de sobreseimiento en violencia de género

“Entiendo que la conclusión de la Cámara no se ajusta a derecho pues, en respuesta al planteo que gira en torno a los dichos de la víctima, esta Sala viene sosteniendo que mediando razones de seguridad e interés público, el ejercicio de la acción penal queda en manos del Ministerio Público, encontrándose -en este caso- en juego la responsabilidad del Estado Argentino frente a los compromisos asumidos a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer de Belém Do Pará, en caso de incumplir la legislación interna

dictada en consecuencia.

En este carril, es doctrina de la Sala que la adopción de alternativas distintas a la definición en la instancia del debate oral de los casos de violencia de género no sólo es incompatible con la efectivización del acceso al proceso de la víctima en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, con la necesidad de establecer un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer, sino que a la vez, compromete la responsabilidad del Estado Argentino frente a la comunidad internacional (conf. Convención de Belem do Pará, ley 24.632). Es tarea de la judicatura no desviar la mirada con fundamento en meras formalidades, frente a una víctima que ha necesitado del derecho internacional para proteger sus bienes jurídicos más elementales.”

Sala III, causa número 96.005, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

III. Habilitación de allanamiento en contexto de violencia de género

“Si como se dice, y en atención a lo que surge de la denuncia de la víctima, podría encontrarse en el domicilio que se pretende llevar adelante el allanamiento y secuestro solicitado, el arma con la que supuestamente el imputado amenazó de muerte a su ex pareja, existe sin dudas gravamen irreparable para el Ministerio Público Fiscal a partir del rechazo del pedido de tales medidas, que se mantiene con la decisión de la Cámara al declarar inadmisibile el recurso de apelación con apego a un excesivo rigor formal incompatible con esa vía de impugnación y que, a su vez, habilita la revisión de esta Sala por excepción.”

Sala III, causa número 90.173, sentencia del 4 de julio de 2019.

H. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

I.- Investigación con perspectiva de género

“Del texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género en el análisis de casos como el que aquí nos ocupa; perspectiva que ha sido normativamente patentizada en nuestra legislación nacional a través de su incorporación expresa en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Ignorar las manifestaciones sobre violencia de género y pretender invertir la carga de la prueba sobre ésta, resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos. La indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género, originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos.”

Sala II, causa número 92.376, sentencia del 3 de septiembre de 2019.

“No olvidemos que en esta instancia no se está juzgando a la víctima (como pareciera estar ocurriendo) sino a los eventuales victimarios. El control de la razonabilidad de una sentencia debe recaer en reafirmar los fundamentos objetivos que basamentan el fallo, y advertir, destacar y conculcar todo ingrediente de subjetividad, en especial referido a las víctimas en este particular contexto de género, desde que la libre convicción que se exterioriza en la misma debe acercarse en cuanto más sea posible a la realidad objetiva.

Sabido es que todo toque de subjetividad se asemeja más a un juicio de valor que a un fundamento jurídico – legal, y más aún si su destinatario es la víctima.”

Sala IV, causa número 95.425, sentencia del 12 de agosto de 2020.

II. Testimonio de la Víctima

“Siendo conocidos los tres requisitos tradicionalmente exigidos por esta Sala para valorar la prueba testifical de la víctima -de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud por corroboración a través de elementos periféricos y persistencia en la incriminación-, en el caso de los delitos contra la integridad sexual y dado el ámbito de clandestinidad en el que suelen producirse, en muchas ocasiones convierte a dicha declaración testimonial en prueba dirimente.”

Sala III, causa número 89.540, sentencia del 2 de julio de 2020.

“Para verificar la estructura racional de dicho proceso valorativo se establecen notas o parámetros que coadyuvan a su valoración, y que consisten, en síntesis, en el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. La falta de credibilidad de las víctimas puede derivar de la existencia de móviles espurios o abyectos, en función de las relaciones anteriores con los acusados, pues pueden concurrir razones vinculadas a las previas relaciones acusado-víctima, indicadoras de móviles de odio, resentimiento, venganza o enemistad.

El segundo parámetro de consideración de la declaración testimonial de las víctimas consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud de la testifical, que según las pautas jurisprudenciales, debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

El tercer parámetro de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

Sala III, causa número 93.555, sentencia del 21 de mayo de 2020.

“Puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aun cuando fuera la única prueba disponible, como es frecuente que acaezca en casos de delitos de esta especie, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.”

Sala I, causa número 97.084, sentencia del 13 de febrero de 2020.

“Lo anterior demuestra una arbitrariedad del fallo, pues en escasas palabras afirma que la narración de la niña “careció de cierta coherencia al determinar cómo se habría llevado a cabo el ilícito” (fs. 6), sin explicitar cuál es la circunstancia concreta que debió estar necesariamente presente en el relato, y las razones por las que se concluyó que la ausencia de esa descripción debería conducir a una disminución del peso convictivo del testimonio.”

Sala I, causa número 98.308, sentencia del 28 de diciembre de 2020.

“Es dable destacar, que en este tipo de delitos sexuales de menores, reclamar un expreso, concreto y claro relato de cada uno de los sucesos, no sería más que vulnerar el derecho del niño a ser oído, agregando además que solicitarle a una niña traumatizada que precise de manera concreta un ataque sexual, no implica más que esforzar aquellos matices que por mecanismo de defensa personal han quedado sumergidos en el subconsciente.”

Sala I, causa número 79.808, sentencia del 21 de noviembre de 2019.

“Lo que expuso el a quo respecto a los dichos de la víctima no resulta fiel a lo que ésta afirmó según surge de la transcripción del testimonio efectuada en el propio fallo.”

La resolución impugnada no puede ser considerada como acto jurisdiccional válido en tanto presenta una fundamentación aparente ya que –como vimos– se basa en afirmaciones que tergiversaron los dichos de la víctima y, además, no se explicó por qué el resto del material probatorio reunido, especialmente lo expuesto por las peritos psicólogas cuyos aportes se limitó a mencionar pero no a valorar en sentido estricto, no alcanzaban como corroboración de la ocurrencia de los hechos, especialmente lo referido a la persistencia del relato y al correlato anímico que detectaron las psicólogas.”

Sala II, causa número 99.675, sentencia del 16 de octubre de 2020.

“Ahora bien, en el caso el Tribunal, teniendo acreditada la relación sexual, termina descreyendo de la declaración de la víctima, tomando como punto de referencia la denuncia original y las declaraciones posteriores, en las que aparecen contradicciones, a su criterio, de una entidad tal que la tornan como no fiable. Aparece un tanto absurdo pretender leer la primera denuncia, radicada a unas escasas horas de sucedido un hecho de por sí traumático y pudoroso, como si fuera una declaración normal, o una charla con un conocido en el que se relata tranquilamente un suceso reciente y cotidiano.

En el entendimiento de que las contradicciones no desmerecen en absoluto el relato de la creíble víctima, que además se encuentra acompañado de los elementos antes mencionados –personas que se vieron con ella inmediatamente después, pericia que halló componente genético del acusado, entrevista psicológica donde mantiene el discurso de manera clara y coherente–, es que estimo que corresponde recoger los agravios traídos.”

Sala III, causa número 87.760, sentencia del 4 de julio de 2019.

“Iniciado el análisis de autos, se desprende que el “a quo” sostuvo la absolución indicando que la víctima no mantuvo la misma versión de los hechos de manera uniforme a lo largo del proceso.

Entiendo que los magistrados integrantes de la mayoría yerran en su apreciación en tanto que no analizan las declaraciones de la víctima realizando un confronte con su declaración anterior, sino que las aprecian a partir de versiones mediatizadas.

En cuanto a las contradicciones que remarcan los magistrados del voto de la mayoría, corresponde señalar que las mismas se revelan nimias, siendo en lo esencial el mismo relato y las diferencias señaladas responden solo a la individual apreciación realizada por los diversos interlocutores.”

Sala III, causa número 92.786, sentencia del 16 de agosto de 2019.

“En el caso el Tribunal optó por descreer la versión de la damnificada, pero no exclusivamente al amparo de la inmediación, sino en una serie de incongruencias en su relato que coincido con la Fiscal, no debilitan, de ninguna manera, su sólida sindicación dirigida contra el imputado.

Cuestionar la ausencia de detalles brindados a sus padres o su hermana, aparece como una exigencia sin sentido. Recuérdese que la joven se guardó para sí, algo tan doloroso como traumático, y a nadie debería asombrar que una vez que pudiera revelarlo, le costara entrar en detalles. Uno reacciona como puede y no como quiere, pero la víctima dijo que el imputado abusó sexualmente de ella, accediéndola carnalmente, y ello se mantuvo inalterable desde la denuncia que dio origen a la causa.

En consecuencia, entiendo que las contradicciones no desmerecen en absoluto el relato de la creíble víctima. Esta Sala tiene dicho que la declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pues de otra manera se crearían espacios de impunidad inaceptables.”

Sala III, causa número 94.190, sentencia del 31 de octubre de 2019.

“Claramente... se vulneraron los derechos de la víctima, sometida tal como se visualiza en el video a un fuerte hostigamiento, frente a tres personas presentes en la entrevista (Fiscal, Asesora de Menores y Asistente Social del instituto donde se encontraba internada), quienes no respetaron sus silencios como exige el protocolo, observándose como la asistente social llegó a decirle a la joven “que había que sacarle la lengua para que hablara”, mediante amenazas veladas de que tendría que volver a someterse a dicho interrogatorio si no colaboraba o preguntas absolutamente indicativas del Fiscal, cuando le dijo que él ya sabía lo que había pasado y necesitaba que ella lo dijera.

Analizar el caso con perspectiva de género obligaba a los magistrados y funcionarios que intervinieron en la declaración de la víctima a velar por que la misma pudiera expresar y verbalizar lo ocurrido, en un ambiente calmo, adecuado y sin hostigamientos indebidos ni conductas propias de una suerte de objetivación, de cosificación de la víctima al punto de convertirla en una fuente de datos para el proceso.

Reconocer a la niña o adolescente, víctima de autos, como un sujeto de derecho, implica el respeto a su personalidad y dignidad, velando por permitirle, conforme a su condición de mujer y de víctima, sin coerciones, expresar su experiencia con relevancia jurídico penal.”

Sala V, causa número 87.668, sentencia del 6 de junio de 2019.

III. Evaluación de la credibilidad del testimonio del menor víctima de abuso

“La doctrina especializada en el tema, ha dicho que dependiendo de la edad de los niños, resulta descabellado pretender que a través de su relato puedan aportar detalles pormenorizados y sumamente precisos, relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; por lo que reclamar un expreso, concreto y claro relato de cada uno de los sucesos, como parece pretender el órgano de origen, no sería más que vulnerar el derecho del niño a ser oído, agregando además que solicitarle a una

niña traumatizada que precise de manera concreta un ataque sexual, no implica más que esforzar aquellos matices que por mecanismo de defensa personal han quedado sumergidos en el subconsciente.

Sobreabundando, los hechos abusivos como los descriptos implicaban representar en la mente la imagen de algo, incorporarle una serie de detalles y contextos que necesariamente deben ser conocidos por las menores.

En este sentido, la doctrina también señala que los niños no suelen fantasear sobre algo que está por fuera de su campo de experiencia; por eso, cuando un niño describe detalles íntimos y realistas sobre una actividad sexual, no hay justificación para atribuirlo a su imaginación.”

Sala III, causa número 99.701, sentencia del 27 de octubre de 2020.

IV. Ausencia de lesiones en la Víctima

“No comparto la postura que pretende asociar la falta de lesiones visibles de determinada entidad con la inexistencia de abuso sexual. Las secuelas físicas de un episodio de abuso sexual, si existieran, varían según distintos factores tales como la contextura física y características de la víctima, su edad, la violencia o no con que se perpetró el hecho, entre otras cuestiones.”

Sala II, causa número 92.376, sentencia del 3 de septiembre de 2019.

V. Prueba pericial

“El sentenciaste debe dar adecuada explicación para justificar la prescindencia de las experticias, siendo los peritos los que se encuentran en mejores condiciones para ayudar al niño o niña víctima a expresar lo sucedido, lo que no sucede en el caso.”

Sala I, causa número 79.808, sentencia del 21 de noviembre de 2019.

“El fallo no se encuentra debidamente motivado pues los magistrados que formaron la mayoría, si bien han mencionado la prueba reunida, no la han valorado y analizado críticamente en su totalidad, especialmente en aspectos que resultaban, en función de la características del caso, de esencial análisis y evaluación como el caso de la prueba pericial psicológica, lo que los llevo a exponer razones meramente aparentes para descartar la veracidad de lo declarado por la víctima; como así también se malinterpretaron y descontextualizaron ciertos aspectos del relato de la víctima -por cierto tangenciales- para fundar la duda sobre la credibilidad cuando, como vimos, no tenían esa entidad.”

Sala II, causa número 98.391, sentencia del 5 de octubre de 2020.

“Si bien comparto la idea de que el Juez puede apartarse de un informe pericial, es indispensable que exprese concretamente las razones por las cuales entiende que aquello dictaminado por un experto en la materia convocado oportunamente a expedirse sobre el conflicto, deviene insustancial, situación que no ocurrió en autos.”

Sala IV, causa número 92.149, sentencia del 19 de marzo de 2019.

“Si bien debo señalar que ningún órgano jurisdiccional tiene la obligación de tratar todos los elementos traídos por las partes cuando los mismos no sean dirimientes para el desenlace de la cuestión que se discute, estimo que las pericias psicológicas efectuadas tanto al padre como a la madre de la menor resultan de vital importancia en el caso. Máxime cuando en el sub lite se practicó una investigación de un delito contra la integridad sexual, injusto que se caracteriza por el desarrollo en un marco de privacidad que conspira para la recolección de elementos probatorios.

Lo cierto es que la ausencia del análisis de las probanzas anteriores configura una omisión de una cuestión esencial, máxime considerando -tal como se dijera ut supra- los ribetes del caso a decidir, motivo por el cual el pronunciamiento impugnado debe ser casado. La anulación del fallo tiene incidencia respecto a la afectación del interés superior del niño (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño).”

Sala IV, causa número 102.834, sentencia del 2 de febrero de 2021.

“Las declaraciones relevadas, como fuente generadora y prueba basal de la acusación fiscal, sumadas al informe médico, no permite concluir que se decante en un estado de duda tal que lleve a la aplicación de aquéllos principios superiores.

Para ser más claro aún: no puede homologarse el discurso absolutorio, en base a no tener por comprobada la exteriorización material de los hechos, cuando se cuenta, entre otros elementos, con un informe médico practicado sobre una niña de ocho años que presenta un “aumento del orificio [...] compatible con la introducción de un pene u otro elemento”

Sala V, causa número 92.469, sentencia del 27 de agosto de 2019.

VI. Ausencia de Cámara Gésell

“La realización de la Cámara Gessell es una medida por demás reveladora en supuestos como el aquí analizado, mas en modo alguno resulta excluyente a la hora de dilucidar el entuerto, mucho menos es un acto irreproducible que bien pudo haberse cumplido más allá de cualquier recomendación en contrario.

Es decir, si bien es cierto que en el “sub examine” no se formalizó tal diligencia, no es menos cierto que la declaración de los niños ultrajados -así lo digo porque efectivamente se comprobaron los abusos- fue reproducida íntegramente por los profesionales que los entrevistaron oportunamente, como así también por su padre y su abuela, siendo categórica la imputación que las víctimas dirigieron contra el imputado.”

Sala IV, causa número 92.149, sentencia del 19 de marzo de 2019.

VII. Interés superior del niño

“El interés superior del niño se erige como prisma medular para decidir todo conflicto o situación en el que se lo involucre, conforme lo establece el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones al respecto y lo que vienen considerando, hace tiempo y en numerosos precedentes, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y el Superior Tribunal Nacional.

Frente a ello, y teniendo presente la existencia de una cuestión federal al apartarse la Cámara de la solución legal prevista para supuestos como el presente, pues lo decidido conduce sin más a frustrar los derechos de la menor amparados por la Constitución Nacional, los que aparecen en conflicto con otros de igual jerarquía.

Nos encontramos ante una causa que se elevó a juicio por delitos contra la integridad sexual donde la víctima -en principio- resulta ser una niña, y que, por ello, todo lo que se decida en el caso tiene un claro límite que no es otro que evitar la revictimización que se generaría en ella, si además de sufrir un ultraje a su intimidad se la obligara a ventilarlo ante extraños en reiteradas ocasiones -en el supuesto en trato, no sólo con la nueva declaración que se pretende obtener de ello, sino también con la realización de una pericia psicológica requerida por la defensa, previa entrevista con profesionales de dicha área- (doctrina de los artículos 3.1, 16, 19.1 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Considero que lo resuelto por la Cámara no resulta derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso.

El juez de garantías notificó debidamente a las partes de la fecha de la audiencia para la recepción de la declaración testimonial de la menor víctima, bajo la modalidad de Cámara Gesell, como anticipo extraordinario de prueba, junto al pliego de preguntas que serviría de base a la misma.

Luego, ante la imposibilidad de concurrir la defensa por cuestiones de “agenda” y con el fin de evitar dilaciones indebidas y permitir que la misma pueda estar

presente, se difirió el horario de su inicio.

La obtención de los dichos de la menor víctima bajo la modalidad prevista en el artículo 102 bis del ritual es válida y efectiva en el presente caso, desde la óptica constitucional pues la defensa tuvo la oportunidad procesal correspondiente para ejercer su derecho y claramente el mismo fue omitido, por lo que no se encuentra configurada violación legal alguna por parte del juez, sino todo lo contrario.

En otras palabras, si la mismísima defensa y pese a las consideraciones del juez garante no concurrió a dicha diligencia, resulta incompatible que luego se agravie por ello, ya que conforme al principio derivado de la denominada teoría de los actos propios (la que vela por la coherencia de la conducta de los intervinientes en el proceso y sostiene nuestro Superior Tribunal Nacional desde antiguo), nadie puede ponerse en contradicción con sus propias acciones, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Si bien no se declaró la nulidad de dicho medio de prueba por las instancias anteriores, sí se consideró que la misma carecía de “efectividad” para ser incorporada por lectura al debate, disponiéndose directamente su reiteración, previa entrevista de la menor con un profesional perito psicólogo para que evalúe y determine si es posible o no la realización de la misma, y con esto solo basta para enfrentarnos a una situación de revictimización de la menor.

Por ello es erróneo haber estimado por sobre el interés superior de la niña, víctima de esta clase de delitos, el derecho del imputado a ejercer una defensa que ha estado dentro de sus posibilidades, y no lo hizo por propia decisión, como bien lo resalta la parte acusadora en su presentación.

Por todo lo dicho corresponde casar la resolución impugnada e incorporar dicha declaración por lectura al debate, como adelanto extraordinario de prueba, dejándose sin efecto la orden de realización de una nueva y de la pericia psicológica, pues de lo contrario se estaría revictimizando a la nombrada y desconociendo sus derechos

constitucionalmente reconocidos.”

Sala III, causa número 98.548, sentencia del 10 de diciembre de 2019.

VIII. Estereotipos

“Estos pueden definirse como construcciones sociales y culturales, o un grupo estructurado de creencias, sobre los atributos de varones y mujeres, que se fundan en diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales; y en tanto asignan jerarquías de género y categorizaciones peyorativas, son discriminatorios.

Entiendo que el Tribunal se basó en prejuicios de sexo, guiando su razonamiento en base a estereotipos e ideas preconcebidas. Se infirió el eventual consentimiento, aludiendo a la personalidad de la víctima, a la poca diferencia de edad con el agresor y a su pasado sexual. La existencia de patrones socioculturales discriminatorios, impidieron que el caso fuera tratado con perspectiva de género. Toma el historial sexual, y conductas pasadas, para presumir el consentimiento en este hecho, violando su derecho a la intimidad que debe quedar en su esfera privada (art. 19 Constitución Nacional).

La influencia de los estereotipos de género discriminatorios demuestra su parcialidad y es una expresión de violencia institucional.

Lo precedente representa el altísimo costo que la víctima debió pagar al ser juzgada más ella y su pasado que la conducta reprochada a los acusados.”

Sala IV, causa número 95.425, sentencia del 12 de agosto de 2020.

“Volviendo al caso que nos ocupa, el sentenciante, luego de ponderar la totalidad de

la prueba reunida en el debate y la incorporada por lectura al mismo, concluyó que se ha tenido por probado, sin dudas, que la denunciante y el imputado, “mantenían una relación de pareja plagada de desavenencias que se habrían visto agravadas luego o con motivo del embarazo de la mujer.”

A partir de aquí comienzan mis discrepancias con el proceso valorativo desplegado por el a quo cuyas conclusiones –como dijera– no se exhiben como una derivación razonada de las constancias de la causa.

La primera afirmación esgrimida por el juzgador es consecuencia de una inferencia vinculada con las características físicas de las personas involucradas en el hecho y las supuestas posibilidades de repeler el ataque contra su integridad sexual.

No hay prueba ni directa, ni indirecta, ni inferencia válida, que autorice a sostener que la víctima estaba en condiciones de neutralizar la denunciada agresión sexual.

Seguidamente, mi colega de la instancia, tras esbozar una consideración de corte moral y muy poco afortunada respecto de la vida íntima de la víctima (“...luego de escuchar a los testigos, no se advierte que fuera su pareja más fiel...”), dijo: “...también valoro que una circunstancia de tal calibre en cuanto a la gravedad de la afectación del bien jurídico, implique verosímelmente lógico que compartan el momento dentro de una habitación de tres metros por tres metros durante casi tres o cuatro horas, sin que la presunta damnificada hubiese realizado acciones que la reivindiquen como mujer afectada por actos tan gravosos.

Esta es una lógica, pero errónea conclusión sentencial derivada de la infundada premisa de que la víctima estaba en condiciones de defenderse del presunto ataque y echar al imputado de la habitación o salir ella por sus propios medios.

Otros pilares sobre los que el sentenciante edificó su temperamento desincriminatorio respecto de la conducta desplegada por el imputado aquella

noche, han sido, por un lado, el tenor de las lesiones o “marcas” que presentaba la víctima en su cuerpo las que, a su entender, bien podrían estar relacionados con otras secuencias de golpes relatados por la nombrada y no necesariamente con una situación de abuso y, por el otro, un dato indiciario emergente de la falta de logicidad en cuanto a la mecánica con la que el imputado habría despojado a aquélla de su ropa interior.

En primer lugar, no comparto la postura que pretende asociar la falta de lesiones visibles de determinada entidad con la inexistencia de abuso sexual. Las secuelas físicas de un episodio de abuso sexual, si existieran, varían según distintos factores tales como la contextura física y características de la víctima, su edad, la violencia o no con que se perpetró el hecho, entre otras cuestiones.

Similares argumentos pueden ser válidamente empleados para cuestionar la inferencia de que la integridad de la ropa interior pueda servir para descartar – aunque sea como dato indiciario– la existencia de un ataque sexual.

No quiero dejar pasar desapercibidas ciertas consideraciones efectuadas por mi colega de la instancia respecto de determinadas condiciones personales de la víctima, no ya alejadas del material convictivo meritado, sino estrechamente atadas a claros prejuicios de tinte moral, lo cual deviene inadmisibles si se pretende encarar rigurosamente y bajo los estándares probatorios legalmente establecidos, en este caso, el análisis del testimonio prestado por quien se considera víctima de un abuso sexual.

Ya hice alguna mención, párrafos más arriba, a la muy poco feliz referencia del a quo en torno a la supuesta escasa fidelidad de la víctima para con el imputado. En primer término, no pareciera estar de más decir aquí que, de estimarse cierta o acreditada aquella circunstancia, ello no podría desembocar, bajo ningún punto de vista, en ninguna conclusión sentencial en torno al acaecimiento o no del hecho investigado en los términos en que fuera denunciado.

Por otra parte, los demás encuentros sexuales que tuvieron en hoteles de la Capital Federal y que, según la víctima, se habrían producido para que ella pudiera ver al hijo en común de ambos cuya tenencia de hecho mantenía el imputado, no parecen aportar mayor luz respecto de lo que aquí interesa que no es otra cosa que aquello acontecido la noche del 15 de abril de 2015 en la habitación de la nombrada tras el ingreso de su ex pareja.

Este criterio valorativo que guió todo el proceso de ponderación de la prueba llevado a cabo por el Tribunal de juicio queda expuesto en la conclusión final de la sentencia que paso a transcribir: “De todo lo expuesto y pasadas las pruebas por el tamiz de la lógica y sana crítica, entiendo que la Fiscalía no ha logrado demostrar que la relación sexual mantenida con el imputado fuese consecuencia de un acto desprovisto del consentimiento de la denunciante, y añado que no debe excluirse del análisis la condición de promiscuidad en que se colocó la mujer al reunir a tres hombres de manera simultánea en el mismo lugar y para el mismo objetivo...”

Para la desafortunada referencia vinculada con la condición de promiscuidad de quien ha denunciado haber sido víctima de un abuso sexual, valen las mismas consideraciones ya esbozadas párrafos atrás. Por último, no puedo (ni debo) pasar por alto la relativización por parte de mi colega de la instancia respecto de las consideraciones hechas por la denunciante y destacadas por la Psicóloga, al caracterizar la relación que unía a la víctima y al imputado, la que fuera descripta en la sentencia como “plagada de desavenencias”.

Entiéndase, a esta altura, que mi discrepancia con lo resuelto en la instancia departamental no radica en la respuesta jurisdiccional que en definitiva se dio en estos autos, sino en los fundamentos que la motivaron y que, a mi criterio, terminan por descalificarla como un acto jurisdiccional válido.”

Sala V, causa número 92.376, sentencia del 3 de septiembre de 2019.

IX. Detención ante condena por abuso también resguarda a la víctima

“La inferencia de peligros procesales que encuentra apoyo en la condena -por sentencia no firme - dictada por el Tribunal en lo Criminal, como autor responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado, no luce irrazonable, como así tampoco infundada y arbitraria la orden de detención solicitada por el Ministerio Público Fiscal, dispuesta por el tribunal y confirmada por la Cámara.

Lo decidido por este último organismo encuentra su fundamento no sólo en la necesidad de garantizar el cumplimiento de dicha pena impuesta y despejar cualquier riesgo de frustración a los fines del proceso, sino (y lo que no resulta un dato menor en los presentes autos), en la circunstancia de resguardar a la víctima frente a intimidaciones o represalias que pueda sufrir ella o quienes hayan declarado en su interés.”

Sala III, causa número 97.662, sentencia del 21 de mayo de 2020.

X. Prescripción en abusos sexuales. Ley penal más benigna. Principio de legalidad

“Tal como surge del presente expediente los hechos ocurrieron entre 1986 y 1993.

La prescripción de la acción penal, y también la de la pena, están alcanzadas por los preceptos del remanido art. 2 del digesto represivo: “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Dicha redacción resulta semejante a la prescripta en la legislación internacional. En efecto, el art. 9º 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. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”.

Ahora bien, se invoca por parte del recurrente la afectación a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, en las previsiones de tal normativa internacional no existe algún tipo de referencia al instituto de la prescripción, o bien al carácter imprescriptible de determinados delitos. Por tanto, la inexistencia de una ley previa no puede ser suplida acudiendo a la interpretación que del artículo 19 del mencionado instrumento del Niño se pretende por parte del quejoso.

Es que al analizar los alcances de las obligaciones que posee el Estado con relación al término “intervención judicial”, inserto en la normativa, el Comité de los Derechos del Niño, ha indicado que “la intervención judicial puede consistir en [...] procedimientos penales, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales” (Observación General n° 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 18 de abril de 2011, párr. 55, inciso “c”), sin efectuar ningún tipo de consideración acerca de obstáculos normativos de derecho interno que puedan ser considerados inadmisibles al llevar adelante esos procesos penales en general, ni sobre el instituto de la prescripción en particular.

Por tanto, entiendo equivocado interpretar que la sanción de las leyes 26.705 y 27.206 constituyó la reglamentación de aquello que exige la letra del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.” Sala IV, causa número 103.362, sentencia del 19 de agosto de 2020.

“Cabe resaltar que el A Quo no soslayó las reformas legislativas que avanzaron en

el sentido de salvaguardar los derechos de las víctimas en pos a una tutela judicial efectiva (Leyes 26.705 y 27.206 en cuanto modifican la regla general acerca del comienzo de la prescripción de la acción para ciertos casos específicos), sino que prescindió de su aplicación por acertadas razones jurídicas.

Esto al explicar que la acción penal se encuentra extinta pues corresponde en el caso dar operatividad al principio de legalidad, aplicando la ley penal más benigna (art. 2 del CP).

El delito investigado no constituye ninguno de los supuestos declarados imprescriptibles de conformidad a las Convenciones que así lo determinan; tampoco configura un caso especial en los que cabría realizar un análisis más pormenorizado.

De tal forma, está claro que el Estado tiene el deber de investigar hechos como los sucedidos en la presente, pero eso no implica que lo pueda hacer a cualquier costo; dicho con mayor precisión: el principio de legalidad -y así sus corolarios- tiene jerarquía Constitucional (art. 18, CN) y ninguna razón plausible autoriza la mirada acotada que se propicia en el caso.”

Sala V, causa número 97.937, sentencia del 9 de junio de 2020.

Sala V, causa número 98.341, sentencia del 31 de julio de 2020.

I. SOBRESEIMIENTOS

I. Sobreseimiento prematuro

“El razonamiento probatorio que debe validar el supuesto en trato -certeza negativa-, claramente no importa una ausencia total de duda; empero en el particular observo

que se justifica el progreso de una investigación preliminar al estadio del juicio, desde que la apreciación de los elementos de prueba permite corroborar -con un grado de probabilidad lógica- el hecho conforme la hipótesis acusatoria.”

Sala I, causa número 92.975, sentencia del 6 de junio de 2019.

“Del examen del legajo recursivo, encuentro que existen elementos probatorios que deben ser analizados en el debate; de modo tal que no resulta razonable cerrar el procedimiento anticipadamente, justamente porque esas dudas deberán ser disipadas en el transcurso de la contienda oral y pública, escenario que propicia inmediatez a los juzgadores y que por ello permite un mayor rendimiento de la prueba recolectada.”

Sala I, causa número 93.311, sentencia del 17 de noviembre de 2020.

“Como venimos diciendo, en el ámbito de un trámite procesal de naturaleza acusatoria, como el establecido por la ley 11.922, el eje se encuentra en el debate, respecto del cual la investigación es preparatoria de un complejo acreditante que, salvo medidas irreproducibles, recién adquirirá contornos definitivos durante la audiencia. No existen mayores discusiones en cuanto a que la ley procesal exige certeza para cualquiera de las declaraciones que reglamenta en los incisos 2 y 3 del artículo 323. Mientras que la elevación a juicio sólo tiene carácter de conclusión provisoria, respecto de la cual basta la razonada convicción de que existen elementos suficientes para el ejercicio de la acción en orden a la sustanciación del juicio.”

Sala III, causa número 89.789, sentencia del 4 de julio de 2019.

Sala III, causa número 80.724, sentencia del 4 de agosto de 2020.

“La Cámara cimentó su voto en que las relaciones sexuales entre la mujer y el menor no resultaban típicas. Para ello la Alzada ponderó que no se acreditó el elemento

subjetivo del tipo, pues la encartada no tuvo la voluntad de causar la depravación de la víctima y, por último, que la imputada no era ni más ni menos una persona que vio en el menor de 15 años a alguien de su gusto y en consecuencia actuó bajo su deseo de mantener relaciones sexuales con el mismo.

La Cámara agregó que no hubo afectación en la sexualidad del menor, pues de sus relatos no “se infería circunstancia alguna que lleve a demostrar, aún con un grado de mínima probabilidad, que ha sido afectado; y menos aún la voluntad corruptora de la mujer. En tal contexto, la Cámara resolvió sin tener presente o restándoles todo valor a datos centrales como la edad y la inexperiencia sexual del menor, la diferencia de edad entre la imputada y la víctima y la situación de preeminencia que existía entre ambos.

La resolución de la Cámara resulta arbitraria pues se basa en suposiciones dogmáticas que se apartan de las constancias de la causa. En tal contexto, reitero, la resolución de la Cámara que justificó la conducta del imputado por responder a su deseo, omite por completo ponderar que la integridad sexual de los menores es un bien jurídico protegido cuando existe prevalencia por parte de los adultos en dicha esfera, conforme lo normado por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 16, 19, 34 y ccdtes.). Cabe agregar que el consentimiento de la víctima, dada la corta edad, inexperiencia y falta de madurez, no torna en atípica las relaciones sexuales acreditadas en la causa.”

Sala VI, causa número 72.127, sentencia del 28 de agosto de 2020.

II. Ausencia de certeza negativa

“Considero que, a la luz de los elementos colectados en la presente investigación, en el caso no puede arribarse a la verificación de lo que se denominara “certeza negativa”.

La discusión propia para realizar una apreciación de los medios de prueba se realizará en el juicio establecido por la Constitución de la Nación asegurando así el principio de la contradicción. Es en ese estadio procesal donde la eventual existencia de duda tendrá un papel determinante para el dictado de un temperamento absolutorio, más ello no puede jugar en la etapa instructoria cuyo fin es solamente permitir la apertura del juicio.

No debe confundirse un acotado plexo probatorio a la ausencia del mismo. En efecto, un cuadro de prueba escaso, no puede equipararse a la existencia de certeza acerca de la no participación del imputado en el hecho.”

Sala IV, causa número 93.599, sentencia del 5 de febrero de 2019.

Sala IV, causa número 94.410, sentencia del 19 de marzo de 2019.

Sala IV, causa número 97.854, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

III. Supuesto de víctima que se retracta

“De relato que hiciera S. en la referida oportunidad no sólo resulta la violencia a la que era sometida en el marco de la convivencia de pareja, sino que la misma se mantenía en las oportunidades en que la mencionada se presentaba ante las autoridades de la investigación a reclamar el cierre del proceso. Así, mal podría sostenerse que actuó libre y voluntariamente en tales ocasiones, puesto que su vulnerabilidad resultaba manifiesta.

De allí que no puedan ser considerados actos válidos del proceso sobre los cuales soportar el sobreseimiento como lo hace la Cámara de Apelación y Garantías en el decisorio r De todo lo que vengo señalando no resulta que S. hubiera actuado libremente al presentarse en sede fiscal en busca de obturar el progreso de la investigación, puesto que ello sucedió mientras se hallaba inmersa en una situación de violencia a la que era sometida por su pareja, beneficiario de tales proceder.

Mal podría, entonces, sostenerse que el acto fue realizado con libertad, con lo que ningún efecto puede extraerse de los mismos (arts. 260 y 276 C.C.yC.) y menos aún el dictado de un sobreseimiento.

De modo que las lesiones leves agravadas por la relación de pareja que unía a víctima y victimario (arts. 80 inc. 1º, 89 y 92 C.P.) fueron correctamente instadas para dar inicio al ejercicio de la acción penal pública (arts. 71, 72 C.P. y 285 C.P.P.), no pudiendo interrumpirse el desarrollo de la investigación mediante presentaciones ajenas a las atribuidas legalmente al agente fiscal como su titular (arts. 71 C.P.; 6 y 56 bis C.P.P.).

La retractación por parte de las víctimas de delitos sexuales puede resultar frecuente y por lo general comprensible, puesto que las personas colocadas en ese estado de vulnerabilidad podrán tener muy buenas razones para retirar sus denuncias o modificar sus relatos iniciales. Sin embargo, a los efectos de las consecuencias jurídicas que esa rectificación tenga, se requiere que la misma sea sólida y que se encuentre corroborada por otras circunstancias.”

Sala I, causa número 100.922, sentencia del 28 de julio de 2020.

J. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

I. No se permite suspensión de juicio a prueba en delitos con pena de inhabilitación

“Cuando se trate de delitos reprimidos con pena de inhabilitación no procederá la suspensión del juicio a prueba. No hay aquí distinción relativa a que la especie de pena impeditiva esté fijada en forma exclusiva, alternativa o conjunta. El texto de la ley es claro: si el tipo legal tiene pena de inhabilitación está vedada la procedencia. Las modalidades que fueron llamadas como exclusiva, alternativa o conjunta,

comprenden, sin excepción, a la pena de inhabilitación, con lo cual predicar el impedimento es casi una obviedad.”

Sala II, causa número 92.084, sentencia del 11 de febrero de 2020.

Sala II, causa número 100.465, sentencia del 13 de julio de 2020. *“La nueva jurisprudencia imperante a nivel provincial sobre el punto en discusión no deja margen para la duda en cuanto a la improcedencia del instituto bajo análisis en los casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación.”*

Sala II, causa número 92.618, sentencia del 29 de octubre de 2019. *“Siendo que el presente se trata de un caso que prevé la pena de inhabilitación en forma conjunta con la de prisión, supuesto similar al analizado por el Máximo Tribunal provincial, acataré lo allí resuelto, por cuestiones de economía procesal, toda vez que lo dirimente es que tanto en aquél supuesto (se trataba de un ilícito previsto en el art. 84 del CP) como en el de autos (94 CP), insisto, la pena de inhabilitación se encuentra prevista en forma conjunta con la de prisión, y ello constituye un obstáculo para la procedencia del instituto, tal como fuera expuesto.*

Sala IV, causa número 92.082, sentencia del 5 de febrero de 2019.

Sala IV, causa número 98.014, sentencia del 6 de febrero de 2020.

Sala IV, causa número 98.802, sentencia del 3 de marzo de 2020.

II. No se puede conceder la suspensión del juicio a prueba si el fiscal se opuso fundadamente

“Frente a la suspensión del ejercicio de la acción penal, que de manera mediata puede, por esa vía, llegar a caducar, teniendo en cuenta el rol que institucionalmente tiene el Ministerio Público Fiscal en el sistema procesal vigente, la conformidad de quienes lo representan aparece como lógico requisito para su procedencia.”

Sala II, causa número 94.895, sentencia del 1ro de octubre de 2019.

“Es doctrina de Sala que la ley exige la conformidad del Fiscal para la concesión del beneficio en trato, y su opinión en contrario significa un valladar para su otorgamiento, ya que como encargado de la promoción y ejercicio de la acción, está diciendo, con su negativa, que es su voluntad de seguir adelante con la misma (doctrina de los artículos 71 y 76 bis del Código Penal; 404 del Código Procesal Penal), como sucede en el caso en que no ha dado su aquiescencia a la suspensión con fundadas razones, que no pueden ser derribadas con lo traído en el escrito impugnativo, además de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia -P. 125.430, del 7/11/16- que contra lo sostenido por el “a quo” impide suspender el trámite.”

Sala III, causa número 92.227, sentencia del 21 de marzo de 2019.

“La decisión impugnada no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa que en los mismos autos se describen y que relata en sus fundamentos el impugnante y su par ante estos Estrados. En el caso median razones de seguridad e interés público que ameritan la continuidad del trámite, y es por ello que debe mantenerse el rechazo decidido por aquél.”

Sala III, causa número 99.705, sentencia del 2 de julio de 2020.

“Desde esta perspectiva estimo que el Sr. Agente Fiscal ha dado razones suficientes para oponerse a la concesión de la suspensión del proceso a prueba, resultando necesaria la realización del juicio.

En efecto, los motivos expresados por el fiscal, conforme surge de las actuaciones que fueran requeridas a la instancia y de la resolución en crisis, estuvieron especialmente vinculados a la imposibilidad de acceder al beneficio quienes se hallen imputados de delitos como las lesiones culposas, el cual se encuentra reprimido con pena de

inhabilitación, acudiendo para sustentarlo a la normativa aplicable y la doctrina legal de la SCBA, y también a las circunstancias de hecho.”

Sala IV, causa número 92.082, sentencia del 5 de febrero de 2019.

Sala IV, causa número 96.759, sentencia del 10 de octubre de 2019.

Sala IV, causa número 96.433, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

“Es doctrina de este Tribunal que la ley exige la conformidad del Fiscal para la concesión del beneficio en trato, y su opinión en contrario significa un valladar para su otorgamiento, ya que, como encargado de la promoción y ejercicio de la acción, está diciendo, con su negativa, que es su voluntad de seguir adelante con la misma.

Sumado a ello, la resolución de la Cámara de Apelación no refuta en forma suficiente las razones que sostienen dicha oposición.”

Sala V, causa número 94.064, sentencia del 23 de abril de 2019.

“No abrigo dudas de que el referido dictamen fiscal, que consideró que debía tenerse en cuenta la gravedad del caso en estudio y las severas consecuencias ocasionadas por el accionar del imputado, ha traducido su postura en el análisis concreto del caso y se encuentra plenamente sustentado.”

Sala I, causa número 95.430, sentencia del 16 de abril de 2019.

III. Supuestos de ausencia de fundamentación en la oposición fiscal

“La oposición expresada por la Fiscalía en la instancia correspondiente no logró superar la exigencia motivacional, al manifestar su posición en forma genérica sin referencia alguna a las singularidades del caso en tratamiento, lo que no permitió

al órgano jurisdiccional la evaluación pertinente.

La posible asociación de un determinado hecho a la categoría de violencia de género, exige en todos los casos un análisis detallado, motivado y vinculado con las contingencias del evento puntual, cuya ausencia reemplazada mediante una exposición meramente dogmática, no abastece la responsabilidad de la fiscalía de fundar su postura.”

Sala IV, causa número 92.571, sentencia del 19 de marzo de 2019.

“Si bien esa aquiescencia -que implica la resignación por el fiscal del ejercicio de la acción en aras de la resolución del conflicto que la generó-, resulta ser indispensable y necesaria para su procedencia, soy de la idea que su oposición debe estar revestida de ciertos requisitos. Así, no puede el fiscal oponerse alegando simplemente que su deseo es proseguir con el ejercicio de la acción penal”.

Si el Fiscal no presta conformidad alegando oponerse “...en defensa de los intereses sociales que representa respecto de ambos imputados, pues es deseo del fiscal proseguir con el ejercicio de la acción penal...”, esa oposición devendría infundada. Sería una afirmación dogmática y desprovista de toda fundamentación: no explicaría por qué debe proseguir el proceso puesto que ello no puede ser fruto del capricho del acusador sino de ese ejercicio que el Estado ha dejado a su cargo.

Los requerimientos que formule el M.P.F. deben bastarse a sí mismos, es decir, no pueden consistir en una mera referencia a determinadas fojas de la causa o a las resoluciones de otro órgano.”

Sala IV, causa número 93.963, sentencia del 10 de octubre de 2019.

Inadecuada fundamentación de la oposición en base a violencia de género

“Tras el análisis de la oposición fiscal advierto que el encasillamiento del caso en un

contexto de violencia de género no vino acompañado de una adecuada y suficiente explicación vinculada a los hechos, lo cual se desentiende de la idea de que no cualquier hecho contra la mujer puede incluirse, así sin más, en dichas categorías.

Para hablar de “violencia de género”, y más aún en un pronunciamiento judicial en el que se restringen derechos del inculpado, es necesaria cierta precisión conceptual que no se observa a partir de la escasa explicación que, en este supuesto, el dictamen fiscal ha dado al respecto.

Es que, habida cuenta la complejidad de esta problemática, se impone en todos los casos un análisis exhaustivo del supuesto de hecho, en orden a la existencia de una IPP en trámite, el marco fáctico en que se circunscribió el comportamiento o la existencia de alguna situación verificable más allá de la alegada –recién en esta instancia existencia de una causa en el fuero de familia, que permita vincular el delito con el ámbito de la violencia de género.

Así, la posible asociación técnica jurídica de un determinado hecho a la categoría de violencia de género, merece en todos los casos un análisis detallado, motivado y vinculado con las contingencias del suceso puntual sometido a estudio, cuya ausencia suplida mediante una formulación meramente dogmática no abastece el deber de la fiscalía de fundar su opinión.”

Sala V, causa número 94.295, sentencia del 10 de julio de 2019.

“Tal como emerge de estas actuaciones el acusador se rehúsa a prestar su consentimiento para la procedencia de la probation invocando que se estaba frente a un supuesto de violencia de genero.

Si bien el Código Penal no brinda una definición de violencia de género, queda claro que a partir de la Convención de Belem do Pará y en especial la sanción de la Ley N° 26.485 (de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones

interpersonales) ya no alcanza la presencia de una víctima perteneciente a determinado grupo familiar, sino que es necesario que la misma haya sufrido el hecho violento por su pertenencia al género femenino, aun cuando – como dijera violencia se hubiera ejercido en el seno de su familia.

Entonces, debe aceptarse que, aunque en muchos casos se hable de modo indistinto de “violencia de género”, “violencia doméstica”, “violencia contra las mujeres” o “violencia intrafamiliar”, esos términos, en sentido técnico y estricto como el que se requiere en los pronunciamientos judiciales, no poseen el mismo contenido. Si bien se detalló el hecho endilgado, no se explicó el modo en que el mismo resultaría atrapado por las categorías jurídicas afirmados, lo que da muestra de la presencia de una fundamentación aparente sobre el punto, que impide se case la decisión del a quo en esta instancia revisora.

Es que esa clase de casos etiquetables bajo el rótulo “violencia de género”, más allá de poder compartir una misma estructura, merecen en cada oportunidad un tratamiento específico, dirigido a la protección de la víctima y la resolución del conflicto personal y social. En esta faena es inexcusable tener en cuenta, entre otros factores, las características del hecho (las cuales deben ser detalladas pormenorizadamente), y particularmente su gravedad, la situación personal de la víctima, el riesgo de reiteración de la violencia, si las partes se encuentran o no bajo algún tratamiento terapéutico, entidad y calidad de los daños producidos –por ejemplo, si estos son físicos, psíquicos, o ambos-, el estado actual de la relación de la víctima y el imputado, etc. No sobra apuntar que también debe prestarse atención al delito imputado y su bien jurídico protegido, puesto que más allá de que puedan haber elucubraciones acerca de la relación directa o indirecta del injusto con la protección del género, lo cierto es que deben criticarse extensiones indebidas al respecto.”

Sala V, causa número 96.243, sentencia del 12 de mayo de 2020.

IV. No se permite suspensión de juicio a prueba en delitos de violencia de género

“Es óbice para el otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba la oposición fundada del Fiscal (artículos 76 bis del Código Penal y 404 del Código Procesal penal), como es el caso, en que sostiene que el hecho por el que pretende llevar a juicio al imputado –lesiones leves calificadas en concurso real con amenazas–, es de los llamados de violencia de género.

La adopción de alternativas distintas a la definición en la instancia del debate oral en los casos de violencia de género, conforme la Convención de Belem do Pará (Ley 24.632), no sólo es incompatible con la efectivización del acceso al proceso de la víctima en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria y con la necesidad de establecer un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer, sino que a la vez, compromete la responsabilidad del Estado Argentino frente a la comunidad internacional.”

Sala III, causa número 89.949, sentencia del 21 de marzo de 2019.

“Como bien se sostiene desde el auto del Juez en lo Correccional actuante y la parte recurrente, en el caso median razones de seguridad e interés público que ameritan la continuidad del trámite, y es por ello que debe mantenerse el rechazo decidido por aquél, pues el argumento de la Cámara respecto a que “no se vislumbra el cuadro de violencia de género que postula” resulta erróneo e infundado, pues se aparta de las constancias de la causa.”

Sala III, causa número 104.182, sentencia del 10 de diciembre de 2020.

V. Delito cometido durante la suspensión de juicio a prueba no requiere sentencia firme

“El art. 76 ter, 4º párr., del Código Penal, al fijarle al sujeto sometido a prueba la obligación de no cometer delitos durante el plazo de la suspensión, no hace más que establecer una pauta de conducta genérica para todos los casos en los cuales se

aplique el instituto, pero para su acreditación, en oportunidad de evaluar el acabado cumplimiento de las reglas impuestas, no exige un auto de culpabilidad firme como se pretende.

La comisión de un delito durante la vigencia del plazo de prueba no hace más que dejar de manifiesto el incumplimiento de la obligación asumida y la correlativa asunción de sus consecuencias. Disidencia del doctor Carral,

Sala I, causa número 92.228, sentencia del 14 de marzo de 2019.

VI. El imputado no puede desistir de la suspensión de juicio a prueba

“Habiéndose otorgado el instituto de la suspensión del juicio a prueba al imputado de autos, las causales de revocación están específicamente enumeradas en la ley.”

Sala I, causa número 92.918, sentencia del 7 de febrero de 2019.

K. POTESTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

I.- Resolución alternativa de conflictos

“En esta ocasión se ha planteado con suficiencia una cuestión de naturaleza federal, originada en la denunciada arbitrariedad del pronunciamiento recurrido, fundada en la inobservancia del principio de legalidad, particularmente en lo que atañe a las facultades legalmente conferidas al Ministerio Público Fiscal en cuanto al eventual impulso de una acción penal de naturaleza pública.

Incluso había doble conforme, la Cámara había dicho que: si el delito endilgado al acusado no está inmerso dentro del catálogo que la ley expresamente excluye para este régimen (a saber, conciliación, ley 13.433, en un caso de violencia de género), y si

la víctima no se opone expresamente a la mediación, la eventual oposición por parte de la fiscalía para el instituto regulado en la Ley 13.433, ningún valor vinculante tendría para los jueces.

Al tratarse de acciones públicas (las que emergen de la gran mayoría de los delitos y, concretamente, de los involucrados en esta ocasión), la iniciativa procesal, su desarrollo y desenlace corresponden a un órgano estatal, que en nuestro actual sistema procesal provincial se trata del Ministerio Público Fiscal (conf. art. 6 del CPP -texto según Ley 13943).

El ejercicio de la acción penal pública se encuentra bajo el ámbito de incumbencia y responsabilidad del Ministerio Público Fiscal como órgano estatal encargado de impulsarla, al margen de la actitud mostrada por la víctima (en este caso puntual, posterior a haber manifestado su voluntad de instar la acción, como fue visto) e inclusive de su falta de interés o renuncia a la investigación y al eventual castigo de su agresor. Este mecanismo legalmente predispuesto, se ha dado en llamar “principio de oficiosidad.

Se ha otorgado al catálogo de delitos contenido en el art. 6 de la Ley 13.433 y a la eventual ausencia de oposición de la víctima a la conciliación, un valor expropiatorio de las facultades del Ministerio Público Fiscal que no posee. Esa interpretación no surge de la letra expresa de la ley.

Surge claro del análisis efectuado, un posicionamiento inadecuado por parte de los jueces que, sin prerrogativa legal que así lo disponga, se han ubicado en un lugar de toma de decisión respecto del devenir de la acción penal que no les pertenecía, al no resultar titulares legales de la misma, como sí ocurre en el caso del Ministerio Público Fiscal. El marco legal analizado -como se dijo- pone en evidencia que el a quo, a la hora de adoptar la decisión recurrida, ha incurrido en un exceso de jurisdicción que impide tenerla como un pronunciamiento judicial válido, pues ningún pasaje de la Ley 13.433 autoriza a los jueces a suplantar la iniciativa del fiscal para que el proceso continúe bajo el amparo de sus previsiones.”

Sala II, causa número 102.518, sentencia del 5 de octubre de 2020.

Sala II, causa número 102.373, sentencia del 5 de octubre de 2020.

“La resolución que aplicó al proceso el régimen establecido por la ley 13.433 de Resolución alternativa de Conflictos, resulta equiparable a sentencia definitiva (art. 450, 2º párrafo, cód. cit.) porque aun en forma mediata conlleva la posibilidad de poner fin a la acción y en consecuencia resulta impugnabile mediante recurso de casación.

Entiendo que el a quo se excedió en sus atribuciones toda vez que, como se explicó, es el Agente Fiscal quien de oficio o a pedido de parte dispone la aplicación de la resolución alternativa de conflictos penales. Así como el Juez no puede archivar una investigación en virtud del art. 56 bis del CPP, porque dicha prerrogativa está en manos del Agente Fiscal, no surge de la ley 13433 que los magistrados puedan suplir al Agente Fiscal en la aplicación de la misma.”

Sala IV, causa número 103.626, sentencia del 18 de febrero de 2021.

II. Archivo de las actuaciones

“Vale recordar que en el actual sistema acusatorio se permite al denunciante, en su calidad de víctima, impugnar los archivos de las investigaciones preparatorias solo ante el Ministerio Público Fiscal, en el que pesa la responsabilidad funcional de investigar en forma idónea los casos connotados penalmente, y eventualmente concurrir ante el Fiscal General con la misma finalidad, puesto que no resulta posible disponer de un recurso de apelación respecto de un decisorio ajeno a la jurisdicción (artículo 21 del Código Procesal Penal), y ello es en definitiva, lo que ha acontecido en este caso, al aceptar la Cámara el recurso de apelación interpuesto por el particular damnificado por el que cuestiona la decisión fiscal que no hizo lugar a la revisión del archivo dispuesto, apartándose de lo establecido por los artículos 79 inc. 7mo., 83 inc. 8 y 268 y conchs. del CPP.

Por otras palabras, tales normas procesales impiden que la jurisdicción (Juez y Cámara de Garantías) pueda revisar el archivo dispuesto por el titular de la acción pública, pues se trata de decisiones excluyentes del Ministerio Público Fiscal, sujetas a control jerárquico interno, esto es, el Fiscal General y/o eventualmente el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, ello según supuestos expresamente previstos.”

Sala V, causa número 97.808, sentencia del 16 de junio de 2019.

III. Imposibilidad De Ampliar Fundamentos De Motivos De Casación

“Sobre este punto el recurso de casación presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal no contiene embate alguno, y este déficit en su origen no puede ser subsanado posteriormente con la presentación acompañada por la Fiscal Adjunta de Casación. Cabe señalar que fuera del plazo de interposición del recurso de casación, se posibilita la ampliación de los fundamentos de los motivos, pero no los motivos mismos, los cuales quedan limitados con el vencimiento del término para recurrir.

Las razones o argumentos que los sustentan sí pueden ser completados, ampliados, y aun reemplazados por otros, si se considera oportuno, siempre que no se altere el motivo por el cual se impugnó, no consagrándose la facultad de introducir nuevos puntos de casación, los cuales quedan fijados en el escrito de interposición, y resultan inadmisibles.”

Sala I, causa número 93.463, sentencia del 15 de diciembre de 2020.

L. PRESCRIPCIÓN

I. Aplicación de doctrina Farina (CSJN)

“Razones de economía procesal me llevan a sostener la doctrina emanada de la Corte de la Nación en el precedente “Farina” (causa 2148 del 26/12/2019) que establece

que el último acto interruptivo de la prescripción al que alude el art. 67, inc. e, del Código Penal es “únicamente” el dictado de una sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.”

Sala II, causa número 99.054, sentencia del 13 de julio de 2020.

II. Sentencia de casación interrumpe. Sentencias emitidas antes del fallo Farina

“La Sala que integro se ha expresado en distintos pronunciamientos en el sentido de que la sentencia dictada por el Tribunal de Casación interrumpe el curso de la prescripción de la acción, toda vez que tal resolución integra el pronunciamiento condenatorio cuya revisión se solicita.

En la etapa de los recursos puede tener lugar el supuesto contenido en el inc. e) del art. 67 del CP, desde que, ante el contenido condenatorio del fallo dictado, el ejercicio de la jurisdicción por parte de este Órgano tiene el mentado efecto interruptor.

En efecto, durante la sustanciación del recurso de casación se cumplió con la tarea fiscalizadora que abarcó los embates contra la materialidad ilícita y la autoría de fijadas por el Tribunal de instancia, y la alegación referida a la existencia de una eximente, no obstante, el rechazo del recurso impetrado y la consecuente confirmación del fallo.”

Sala II, causa número 93.618, sentencia del 9 de abril de 2019.

“Es doctrina de esta Sala que tanto la sentencia de este Tribunal como las de la Suprema Corte rechazando por inadmisibles el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley local y el extraordinario federal, poseen carácter interruptivo del término de prescripción de la acción pues, el artículo 67, sexto párrafo letra “e” del Código Penal se limita a atribuir tal efecto al “dictado de sentencia condenatoria” sin especificar

si se trata de la de primera o ulterior instancia (de lo que cabe deducir que incluye a cualquiera de ellas).”

Sala III, causa número 88.019, sentencia del 21 de febrero de 2019.

Sala III, causa número 94.615, sentencia del 18 de julio de 2019.

“Cuando el art. 67 inc. e del C.P. alude al “dictado de sentencia condenatoria” como supuesto de interrupción de la prescripción de la acción penal, sin especificar si se trata de la de primera o ulterior instancia, es claro que incluye a cualquiera de ellas, puesto que cuando el legislador quiso referirse a un caso concreto dentro de una pluralidad de actos procesales de igual naturaleza lo hizo expresamente, como lo es en el supuesto del primer llamado efectuado a una persona en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria.”

Sala IV, causa número 95.572, sentencia del 24 de septiembre de 2019.

III. Todas las citaciones a juicio interrumpen

“Poseen carácter interruptivo del curso de la prescripción no sólo la primera citación a juicio, sino también las subsiguientes, y en función de ello, la resolución impugnada no se encuentra ajustada a derecho.

El único supuesto en el que el legislador toma en cuenta varios actos iguales es en el inciso b) del citado artículo, reformado por la ley 25.990, en el que determina que interrumpe el primer llamado a indagatoria y no los sucesivos. En cambio, nada aclaró el legislador respecto del inciso d), esto es, el auto de citación a juicio.

En el mismo sentido, en la causa P 130.249, “Martínez, Gastón Alberto s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N°65674 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, resuelta el 13 de marzo de 2019, la Suprema Corte de Justicia explicó

que la ley 25990, “cuando quiso asignarle efecto interruptor con carácter exclusivo a sólo uno de los diversos actos de la misma especie que podrían replicarse en el trámite procesal, expresamente así lo consignó” (como lo hizo respecto del inciso b) del artículo 67 del Código de fondo..)”

Sala III, causa número 92.589, sentencia del 5 de diciembre de 2019.

IV. Prescripción y reenvío: ya es sentencia recurrible

“No modifica la decisión la circunstancia que la Cámara haya dispuesto la remisión de la causa al Juzgado de la anterior instancia, en tanto, la resolución abarca aspectos esenciales de manera definitiva, al otorgar una calificación legal a los hechos y resolver la prescripción de la acción, quedando el Juez Garante únicamente circunscripto a comprobar si la comisión de otro delito interrumpió la prescripción, siendo una circunstancia autónoma de lo resuelto.”

Sala II, causa número 99.864, sentencia del 28 de agosto de 2020.

V. Exceso de plazo razonable no es causal de extinción de la acción

“El exceso en el plazo razonable de duración del proceso no aparece en nuestro ordenamiento jurídico como causal de extinción de la acción penal.

No obstante ello, el “a quo” estimó que la acción penal seguida contra el imputado se encontraba extinguida por haberse excedido el plazo razonable para el ejercicio de la potestad punitiva estatal, sorteando de ese modo el régimen legal aludido al establecer una nueva causal de extinción de la acción.

Por fuera de las buenas intenciones que guiaron la resolución, lo cierto es que no se advierten en el caso razones de jerarquía superior a las que surgen del propio Código Penal.

Máxime si tenemos en cuenta que los motivos esgrimidos por el “a quo” –derecho a ser juzgado en un plazo razonable – encuentran cobijo justamente en la existencia del instituto de la prescripción, entendido éste como un adecuado instrumento limitador del ius puniendi estatal, consistente en aplicar un valladar temporal a la persecución penal estatal contra las personas.

En efecto, la regulación del instituto de la prescripción de la acción penal tiene fundamento en razones de utilidad pública tendientes a otorgar estabilidad y seguridad jurídica a los justiciables, alejando la idea de incertidumbre generada por la prolongación de los procesos a que se encuentran sometidos, y también, en el deterioro pensable en el interés estatal por la persecución.

Así entonces, a fin de resguardar los intereses antes mencionados, la ley dispone que transcurrido el lapso legalmente previsto, se extingue la acción penal, haciendo desaparecer, de tal modo, la incertidumbre que pesa sobre quien se encuentra a la espera de un pronunciamiento judicial.

En el caso que se analiza, se ha configurado ninguno de los supuestos contemplados en el art. 59 del C.P., resultando entonces injustificada legalmente la decisión adoptada por la Cámara de Apelación interviniente.”

Sala V, causa número 96.223, sentencia del 12 de marzo de 2020.

M. PENA

I. Cómputo de pena. Sentencia equiparable a definitiva

“La aprobación de un cómputo de pena, en tanto fija sus alcances concretos y constituye una parte accesoria del fallo de condena, poniendo fin a la discusión sobre el modo de contabilizar el tiempo que insumirá la ejecución de la sanción

impuesta, resulta complementaria de una sentencia condenatoria y conforme lo sostiene la SCBA “es equiparable a sentencia definitiva”.

Sala I, causa número 94.337, sentencia del 28 de marzo de 2019.

Sala IV, causa número 92.742, sentencia del 12 de septiembre de 2019.

II. Declaración de reincidencia

“El instituto de la reincidencia configura un estado que puede ser constatado en cualquier etapa o faz del proceso. En consecuencia, si se llegaran a verificarse los extremos del artículo 50 del Código Penal, la reincidencia constituye un aditamento que acompaña a la persona que la ha merecido. Así constituye el mero reconocimiento de un estado que se da en la realidad fenoménica, por lo que un sujeto no deja de ser reincidente porque el Juez no lo diga así en la sentencia, bastando que se den los parámetros requeridos por el artículo 50 del Código Penal.

No corresponde hacer lugar a la libertad anticipada de un reincidente, aun cuando su condición de tal no haya sido objeto de tratamiento ni de declaración en la sentencia.”

Sala IV, causa número 97.813, sentencia del 27 de diciembre de 2019.

III. Pena por debajo del mínimo legal

“La sentencia puesta en crisis será declarada nula respecto de la determinación de la pena, al aplicar una sanción inferior al mínimo de la escala del delito imputado.

Cabe recordar que en nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1 C.N) es competencia exclusiva del Poder Legislativo de la Nación la determinación de los tipos penales y el establecimiento de la escala punitiva con topes mínimos y máximos (art. 75 inc. 12 CN) siendo una de las manifestaciones del conocido principio de legalidad (art. 18 C.N),

vedándose a los magistrados, en principio, examinar el acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en ese ámbito exclusivo de sus facultades.

En tal contexto resulta que la sentencia quebrantó el principio de legalidad al aplicar una pena no prevista para el delito por el cual se condenó a los imputados, violándose además el principio de igualdad (artículo 16 C.N) al conceder a los imputados un tratamiento diferente al del resto de habitantes de la Nación, pues en las mismas condiciones y circunstancias se le aplicó una pena diferente a quien incurrieran en el delito analizado.

Cabe resaltar que la tipificación de conductas y los mínimos y máximos establecidos en las escalas penales emergentes resultan topes vinculantes para el juzgador que puede ser excepcionado en los casos en que se encuentre comprometida su constitucionalidad.”

Sala II, causa número 99.425, sentencia del 3 de marzo de 2020.

IV. Omisión de tratamiento de agravantes. Cuestión esencial

“Entre las cuestiones sometidas por las partes a la consideración del Tribunal, las vinculadas con la determinación de la pena tienen carácter esencial y la omisión de su tratamiento es causal de casación por inobservancia de un precepto legal aplicable, en el caso el art. 168 de la Constitución Provincial.

Tal como surge del acta de debate, la Sra. Fiscal solicitó en oportunidad de formular los alegatos que se computara como circunstancias agravantes de la pena la pluralidad de intervinientes y el empleo de un medio motorizado.

El Tribunal de juicio al meritar las pautas agravantes consideró los antecedentes penales y la extensión del daño (también requeridas) pero nada dijo en relación a la pluralidad de intervinientes ni al empleo de un medio motorizado, dejando así sin

responder una porción del planteo de la parte.

No dio ningún fundamento para su exclusión, vulnerándose, en consecuencia, lo normado en el art. 168 de la Constitución Provincial en cuanto establece que los juzgadores deberán resolver todas las cuestiones que le fueran sometidas por las partes. La casación de un fallo por omitir el tratamiento de una cuestión esencial provoca la nulidad del pronunciamiento en aquellas cuestiones que resulten la consecuencia de dicha omisión.”

Sala V, causa número 98.663, sentencia del 6 de octubre de 2020.

V. Vencimiento de pena perpetua

“La imposibilidad de fijar de antemano el vencimiento de la pena de prisión perpetua, resultó avalado recientemente en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 22 de agosto de 2019, en causa 70.150/2006/T01/1/2/RH1 caratulada: “Álvarez, Guillermo Antonio y otros s/ robo con armas”.

Como corolario, en el cómputo de pena que se practique respecto de una pena perpetua, lo único que debe establecerse es el tiempo en el cual el condenado se encuentre en condiciones temporales de acceder a la libertad condicional.”

Sala IV, causa número 92.742, sentencia del 12 de septiembre de 2019.

“Viene en casación el Fiscal General Adjunto Departamental cuestionando la interpretación de los artículos 13 y 16 del Código Penal que efectúa la Cámara y que conduce a fijar el límite de las penas perpetuas en cuarenta años de reclusión o prisión.

El recurso procede.

Ante la falta de una disposición expresa del Código Penal respecto al tope de las

penas perpetuas de prisión y reclusión, es necesario acudir a una interpretación sistemática de sus normas y que, a partir de la reforma introducida por la ley 25928, resulta del juego de los artículos 13, 55 y 80 del Código Penal que ese límite máximo debe establecerse en cincuenta años.”

Sala III, causa número 95.590, sentencia del 4 de junio de 2020.

VI. Vencimiento de pena perpetua con declaración de reincidencia

“En este caso particular el Máximo Tribunal de la Provincia fijó su postura al respecto, como así también abordó el fondo de la cuestión planteada. (SCBA P. 131.026).

Allí, mediante mayoría de fundamentos, se resolvió que, si bien no corresponde fijar una determinación numérica de la pena a perpetuidad, sí es necesario proporcionar un hito temporal que habilite al condenado a esa sanción -que no se encuentra en condiciones de acceder al instituto regulado en el art. 13 del Código Penal- su acceso paulatino hacia la libertad.

Para ello, se tuvo en cuenta que al imputado se lo condenó a reclusión perpetua a raíz de un concurso real de delitos abarcados por la vigencia del art. 55 del Código Penal, previo a la sanción de la ley 25.928. En ese contexto, la delimitación del tope máximo previsto para las penas privativas de libertad remite a las escalas penales contempladas, sin excepción, a los delitos de la parte especial del Código Penal.

En ese sentido, cobra relevancia la sanción prevista en el art. 227 ter del Código Penal en relación con el monto de pena que establece el art. 79 del mismo cuerpo legal. Ello mucho más cuando, con la posterior sanción de la ley 25928, se fijó para las penas divisibles un término máximo de cincuenta años de prisión; por lo tanto, la postura que señala el límite de punibilidad en treinta y siete años y seis meses de prisión no configura una vulneración al contenido constitucional.”

Sala III, causa número 80.272, sentencia del 17 de febrero de 2021.

“Los condenados a penas perpetuas y contemplados en el art. 14 del CP, pueden obtener el beneficio de la libertad condicional al cumplir treinta o cuarenta y cinco años de reclusión o prisión y, a partir de ello, transcurrido el plazo de cinco años sin que la libertad haya sido revocada, extinguir la pena por aplicación de lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16 y 53 del Código Penal”. Sala IV, causa número 98.170, sentencia del 28 de mayo de 2020.

Sala IV, causa número 98.584, sentencia del 24 de julio de 2020.

VII. Aplicación restrictiva de la Ley 24.390

“No existe conflicto en el análisis de la aplicabilidad de las normas del Código Penal en los términos del art. 2 del mismo, desde que los preceptos de la ley 27.362 brindan precisión a los alcances de la 24.390 y la 25.430, constituyendo una verdadera norma interpretativa formulada por el mismo órgano que oportunamente dictara las segundas. Vale decir que la primera de las legislaciones mencionadas constituye una suerte de “reglamentación” de las últimas, la cual, aunque tardíamente sancionada, debe imperar en la determinación del ámbito de aplicación de las referidas leyes 24.390 y 25.430, toda vez que resulta que ambos textos se complementan entre sí, acotando en consecuencia el margen interpretativo que de las mismas puede hacer el Poder Judicial.

Por tanto, el cómputo privilegiado establecido por las referidas legislaciones queda circunscripto a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley exclusivamente (Ley 24.390 -B.O. 22/11/94-derogada por Ley 25.430 -B.O. 1/06/01-).”

Sala V, causa número 90.252, sentencia del 11 de julio de 2019.

VIII. Aplicación de medida de seguridad. Obligación de realizar juicio

“El Fiscal denuncia la errónea interpretación de la ley, sosteniendo que la imposición de medidas de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal requiere la previa observancia de las normas relativas al juicio, previstas en el libro III del Código Procesal Penal.

En lo atinente, la ley 14.296 modificó los artículos 1 y 323 inciso 5° del Código Procesal Penal, incorporando como requisito previo a la imposición de una medida de seguridad, en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, la observancia de las normas relativas al procedimiento del juicio, explicando, en la exposición de motivos, que para fortalecer la jurisdiccionalidad y el derecho de defensa, así como la garantía del juicio previo, se excluía expresamente la posibilidad de imponer medidas de seguridad sin previamente cumplir con los recaudas de juicio. Si la imposición de una medida de seguridad es consecuencia de un proceso en el cual rigen los principios de la etapa del juicio (oralidad, contradicción, inmediatez y publicidad), se impone –sin más el tránsito de la causa por la etapa de juicio.”

Sala III, causa número 91.505, sentencia del 31 de octubre de 2019.

N. ARTÍCULO 41 BIS LEY N.º 12.256

I. Salas que sostienen la inconstitucionalidad

“Comparto la tacha constitucional del precepto normativo contenido en el art. 41 bis de la ley 12.256. En mi opinión la raíz de la inconstitucionalidad de dicho artículo radica en que éste legisla sobre materia que la Provincia ha delegado en la Nación y en consecuencia tiene vedada.

Se ha consagrado una causal de reducción de la pena, que no se encuentra establecida ni en la Ley de Ejecución Penal ni en el Código Penal de la Nación.

Se advierte sin esfuerzo que se ha pretendido legislar en el orden provincial, materia sustancial que ha sido delegada por la Provincia en la Nación, que por lo tanto se encuentra vedada para legislar al respecto.

La ley local establece una desigualdad entre los penados en la Provincia de Buenos Aires y los penados en distinta jurisdicción; excede las facultades propias de la legislatura provincial y pretende legislar en materia que ha sido delegada a la Nación, afectando seriamente la igualdad ante la ley de los habitantes de la Nación, corresponde declarar su inconstitucionalidad.”

Sala II, causa número 95.262, sentencia del 21 de mayo de 2019.

“Lo regulado por el artículo 41 bis de la Ley de Ejecución Penal Provincial n° 12.256 resulta inconstitucional por implicar una reducción de pena, en tanto el legislador provincial no está autorizado para ello de conformidad con el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.”

Sala IV, causa número 96.398, sentencia del 15 de agosto de 2019.

Sala IV, causa número 93.054, sentencia del 10 de octubre de 2019.

Sala IV, causa número 99.681, sentencia del 13 de julio de 2020.

“Considero que lo regulado por el artículo 41 bis de la Ley de Ejecución Penal Provincial n° 12.256 resulta inconstitucional por implicar una reducción de pena, en tanto el legislador provincial no está autorizado para ello de conformidad con el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.”

Sala V, causa número 99.526, sentencia del 15 de octubre de 2020.

II. Salas que sostienen la constitucionalidad

“El agravio constitucional esgrimido respecto del art. 41 bis de la Ley 12.256 se limita a genéricas afirmaciones que se basan, centralmente, en identificar al instituto de la “recompensa” previsto en dicha norma local con una conmutación de penas.

El estímulo educativo y/o laboral en la ley provincial permitirá al condenado, no la rebaja de la pena, sino que una disminución o reducción de los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y periodos de la progresividad del sistema penitenciario.

Al constituir una herramienta esencial del tratamiento resocializador, no contradice postulados constitucionales ni convencionales, al contrario, resulta totalmente compatible al concretar de modo singular los principios generales y rectores que definen un sistema penitenciario basado en la prevención especial positiva.”

Sala I, causa número 91.541, sentencia del 5 de febrero de 2019.

Ñ. ARREPENTIDO

“Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, asiste razón al órgano de primera instancia y la Cámara en punto a que la falta de dictado por parte de la Legislatura Provincial de las normas reglamentarias a las que se refiere el artículo 18 de la ley 27.304, se erige como un obstáculo insalvable para la aplicación del reformado artículo 41 ter del Código Penal en esta jurisdicción.

Vale igualmente sostener, a propósito de los argumentos traídos en la presentación, que no basta la incorporación de una norma al Código Penal para que la misma

deba ser considerada una materia delegada por las Provincias a la Nación, pues las competencias legislativas no son establecidas por el Congreso sino por la Constitución Nacional.

El artículo 18, de la citada ley, invita a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes, lo que muestra con claridad que las normas instrumentales de aplicación no pueden ser impuestas a las competencias constitucionalmente no delegadas de las provincias. (artículos 121, 126 de la Constitución Nacional).

En este mismo sentido (mutatis mutandi) se ha expedido recientemente nuestro Superior Tribunal de Provincia en el acuerdo P.133682-Q, de fecha 11 de mayo de 2020, en oportunidad de concluir que la ley nacional de víctimas no era aplicable en el ámbito provincial e instar al poder legislativo local a hacer efectiva la invitación del Congreso Nacional a que las provincias instauren sus propios regímenes.

Entre otras cuestiones, ya de orden infra constitucional, debe tenerse presente que las características de las reglas procesales incorporadas en la ley 27.304 tuvo en miras un procedimiento penal vigente, aun por aquella época en el ámbito federal, de naturaleza marcadamente distintiva al que rige en nuestra provincia donde la investigación está a cargo del Ministerio Público Fiscal.”

Sala V, causa número 96.486, sentencia del 2 de julio de 2020.

O. PELIGROS PROCESALES

I. Admisibilidad de recursos fiscales contra concesión de libertades

“Si bien es cierto lo que afirma la defensa en cuanto a que la decisión de la alzada departamental no encuadra en ninguno de los supuestos taxativamente enumerados

en el artículo 450 del C.P.P., pues el objeto materia de impugnación resulta ser la concesión de una medida morigeradora a la medida de coerción, se observa que la resolución deviene arbitraria pues ha vulnerado los principios de legalidad, debido proceso legal y bilateralidad, lo cual constituye una situación de excepción que habilita la competencia de este Tribunal.

Si bien por sus efectos la resolución recurrida no resulta una sentencia definitiva o equiparable a ella, lo cierto es que se advierte la arbitrariedad de la decisión en razón de su fundamentación aparente que torna imperioso excepcionar el principio de taxatividad antes mencionado, en tanto lo resuelto por el “a quo” compromete la regular administración de justicia al afectar la forma de aplicación de la ley penal.”

Sala II, causa número 94.463, sentencia del 30 de abril de 2019.

“En el caso, la atacada, esto es la decisión de la Cámara de Apelación y Garantías que declaró inadmisibile la apelación deducida contra el arresto domiciliario concedido al encartado.

En el caso existe una situación de excepción al advertir el correcto planteo de una cuestión federal y la verificación de un supuesto de arbitrariedad.

Existe una afectación al debido proceso -arts. 1 y 18 de la CN-, habida cuenta que, conforme surge de la Apelación impetrada por el fiscal, la funcionaria expresó detalladamente el agravio que le causó la decisión que impugnó. Por tanto, se requiere en el caso que el auto en crisis dictado por el Juez de Ejecución actuante, sea revisado por el órgano superior correspondiente.

En el presente ello no ha sucedido ya que el resolutorio del Juzgado de Ejecución Penal en cuanto dispuso conceder la detención domiciliaria, no fue revisado en sede judicial por la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la citada Departamental, siendo que la misma, como quedara reseñado, se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso.

En efecto, el pronunciamiento de la Excma. Cámara de que declaró inadmisibile el recurso de apelación articulado por el Ministerio Público Fiscal, debe ser dejado sin efecto dado que obstaculizó el derecho a la revisión judicial y el debido proceso, circunstancia que lo vuelve arbitrario.”

Sala IV, causa número 93.854, sentencia del 19 de marzo de 2019.

Planteo de arbitrariedad como cuestión federal en otorgamiento de libertad

“Si bien la impugnación intentada debería rechazarse pues la resolución atacada no se encuentra comprendida en el elenco del artículo 450 del Código Procesal Penal, corresponde hacer excepción a dicha regla de taxatividad cuando media cuestión federal, como en el presente caso, que habilita la apertura de la instancia casatoria, pues como se denuncia la decisión en crisis no resulta un acto jurisdiccional válido por resultar la misma arbitraria, al apartarse de la debida valoración de las circunstancias del caso, además de carecer de la fundamentación necesaria, inobservando principios y normativas de raigambre constitucional enmarcadas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15 y 171 de la Constitución Provincial, además de las normas contenidas en los artículos 106 y 210 del Código Procesal Penal, lo que así resalta el recurrente en su presentación.”

Sala III, causa número 99.622, sentencia del 26 de noviembre de 2019.

II. Recursos fiscales contra sentencias de hábeas corpus

“La actual redacción del art. 417, según ley 13.943, modificó la versión original de la ley 13.812, en cuanto ya no alude a la “...resolución que deniegue el hábeas corpus...” sino a “...la resolución que recaiga en el hábeas corpus...”. Tal modificación posee claros efectos respecto a la legitimación de las partes para recurrir. Además, el art. 418 del Rito dispone que “El Ministerio Público Fiscal tendrá todos los derechos otorgados a los demás intervinientes...”, de lo que se

infiere la facultad del mismo de recurrir la resolución que recaiga en el marco del hábeas corpus.

Lo expuesto se deduce no sólo de la mentada modificación, sino que también al relacionar la misma con el artículo 421, tercer párrafo “in fine” del Código de forma –también en su versión conforme la ley 13.943– al prescribir que “...cuando este código no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir.”

Sala II, causa número 99.776, sentencia del 23 de julio de 2020.

III. Ausencia de fundamentación del auto de soltura

“El recurrente demostró la existencia de circunstancias que puedan dejar a un lado la taxatividad que surge de la norma citada (artículos 18 de la Constitución Nacional; 171 de la Constitución Provincial; 450, 452 y 465 del Código Procesal Penal), en efecto, los argumentos con los que el Fiscal pretende alcanzar se revoque lo decidido en primera instancia resultan suficientes para demostrar que dicho auto causa un gravamen irreparable en los términos del artículo 439 del Código Procesal Penal, esto es un perjuicio actual y concreto.

En otras palabras, existe gravamen irreparable para el Ministerio Público Fiscal en la rechazada apelación, con apego a un excesivo rigor formal incompatible con esa vía de impugnación y que, a su vez, habilita la revisión de esta Sala.

Además, se sancionó al recurso con la inadmisibilidad, cuando de la propia resolución cuestionada surge el motivo de la impugnación, que no es otro que la prematura soltura de quien a su entender no reúne los requisitos que exige la ley para la obtención del beneficio concedido, como así los fundamentos que respaldan su postura, válidos para el análisis y decisión sobre los mismos.”

Sala V, causa número 96.368, sentencia del 21 de agosto de 2020.

IV. Imposibilidad de recurrir la denegatoria de la orden de detención

“La decisión legislativa es clara en cuanto veda la posibilidad de interponer recursos frente a la denegatoria de una orden de detención, lo cual se explica razonablemente en función del carácter esencialmente reeditable de la cuestión, pues la aparición de nuevas circunstancias, que acrediten la existencia de los parámetros del art. 151 justificarán, en todo caso, una nueva petición en igual sentido.”

Sala II, causa número 97.072, sentencia del 29 de octubre de 2019.

“Utilizo la voz ‘preveía’ del tiempo pasado porque justamente en la actualidad la disposición que permitía al Agente Fiscal interponer recurso de apelación contra este tipo de resoluciones no encuentra asistencia legitimante en el vigente Código Procesal, toda vez que la normativa en cuestión fue observada por el Decreto n° 2793/04 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires.

De esta forma, la norma del art. 151 “in fine” del Código Procesal Penal, con motivo de haber sido vetada por el Poder Ejecutivo, no tuvo vigencia dentro del ordenamiento jurídico actual, lo que hace indiscutible que la denegatoria de un pedido de detención no pueda ser apelable por el titular de la acción penal.

En el caso de autos, la imposibilidad del Agente Fiscal de recurrir la resolución dictada por el Juzgado de Garantías que denegó la detención del encartado no causa gravamen irreparable, por cuanto el pedido fiscal es esencialmente reeditable en el tiempo, desde que la aparición de nuevas circunstancias, que acrediten la existencia de los parámetros del art. 151, justificaran en todo caso una nueva petición en igual sentido.”

Sala IV, causa número 102.328, sentencia del 24 de julio de 2020.

“Se está ante uno de los supuestos para los cuales el ordenamiento procesal vigente

no tiene previsto recurso de casación.

Si nos remitimos al pronunciamiento traído a nuestro control casatorio puede advertirse que, si bien el a quo ordeno la falta de mérito del imputado, ello “sin perjuicio de la prosecución de la investigación”, de modo que, al posibilitar la prosecución de la causa, lo resuelto no provoca un agravio de insusceptible o muy dificultosa reparación ulterior.”

Sala II, causa número 98.513, sentencia del 3 de diciembre de 2019.

V. Nuevos lineamientos para evaluar la prisión preventiva

“Sobre el particular estimo pertinente dejar sentado que en el Documento emitido con fecha 10/10/2019 por este Tribunal sobre las condiciones de detención en la provincia de Bs. As. (RC. 2301/18) se propuso en el punto 4) titulado “Reforzar el uso racional de la prisión preventiva”, revitalizar el uso de medidas morigeradoras y alternativas de la prisión preventiva, y pongo de relieve que la resolución en crisis resulta acorde a los parámetros establecidos por la Corte IDH en el Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C N°. 391, en el Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C N°. 397, y en los pronunciamientos allí citados.”

Sala IV causa número 99.676, sentencia del 18 de febrero de 2020.

VI. Revocación de libertad condicional

“El recurso del Fiscal General es procedente, pues además de los fundamentos traídos por éste en su presentación, a saber, la existencia de un informe criminológico desfavorable donde se destaca el registro de siete expedientes disciplinarios que dan cuenta de la falta de observación regular del condenado a los reglamentos carcelarios, la circunstancia de mantener una actitud

exculpatoria frente al delito que lo llevó a la condena, con nula implicancia subjetiva, la ausencia de un grupo familiar contenedor y la falta de datos certeros sobre una determinada proyección laboral, se le suman los adversos informes remitidos por el Juez de Ejecución, donde se constata la ausencia del imputado en el domicilio denunciado luego de reiterados llamados al mismo, siendo atendidos por familiares que no pudieron aportar datos concretos de su paradero y que no compareció a la citación a dicho organismo.

Por todo ello es que no puede mantenerse el beneficio concedido y corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, sin costas y casar la resolución de la Cámara por no resultar la misma derivación razonada del derecho vigente con arreglo de las circunstancias que figuran en el expediente, devolviendo jurisdicción a dicho organismo a fin de que actúe en consecuencia a lo aquí considerado.”

Sala III, causa número 92.617, sentencia del 26 de marzo de 2019.

VII. REVOCACIÓN DE LIBERTAD ASISTIDA

“Si bien la impugnación intentada debería rechazarse pues la resolución atacada no se encuentra comprendida en el elenco del artículo 450 del Código Procesal Penal, corresponde hacer excepción a dicha regla de taxatividad cuando media cuestión federal, como en el presente caso, que habilita la apertura de la instancia casatoria, pues como se denuncia la decisión en crisis no resulta un acto jurisdiccional válido por resultar la misma arbitraria, al apartarse de la debida valoración de las circunstancias del caso, inobservando principios y normativas de raigambre constitucional enmarcadas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15 y 171 de la Constitución Provincial, además de las normas contenidos en los artículos 106 y 210 del Código Procesal Penal; 104 de la ley 12.256; como así también diversos instrumentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional a partir del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo que demanda una tutela judicial efectiva e inmediata ya que podría comprometerse la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional.

La resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo de las circunstancias que figuran en el expediente.

Los elementos de reserva detallados en el informe criminológico desfavorable y que aconsejan se continúe con los tratamientos intramuros que se encuentra desarrollando el imputado y los items negativos que surgen en las conclusiones de los profesionales del área psicológica obtenidos respecto de quien llega condenado por sentencia no firme a cinco años y cuatro meses de prisión, por el delito de asociación ilícita, alojado en un régimen cerrado de modalidad moderada (siendo necesario su paso por uno de mayor autogestión a fin de evaluar su desempeño en el mismo) y que registra dos sanciones disciplinarias, demostrativas de su desobediencia a los reglamentos carcelarios llevan sin más a mantener la decisión de primera instancia, esto es la denegatoria de la excarcelación en términos de libertad asistida (artículos 104 de la ley 12.256 , en relación al 169 inciso 10 del Código Procesal Penal).”

Sala III, causa número 96.245, sentencia del 6 de noviembre de 2019.

“La resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias que figuran en el expediente y trae en su presentación el Ministerio Público Fiscal.

De la propia resolución impugnada y de lo expuesto por la recurrente, asiste razón al Juez Garante al rechazar el pedido de soltura, pues no sólo tuvo en cuenta para ello la gravedad del delito por el que llegó condenada (secuestro extorsivo agravado por la obtención del rescate, con la participación de tres o más personas y por resultar dos víctimas menores de edad) y la magnitud de la pena que se le impuso oportunamente (once años de prisión), sino también el considerado tiempo que le resta por cumplir (ello en relación a la condena recibida), el entorno familiar que no resulta ser una verdadera barrera de contención, lo que deviene necesario que así lo sea para obtener un buen acompañamiento y control en el medio libre que la recibe(además de agregarse

que dicho grupo es el mismo con el que se encontraba conviviendo al momento de cometer el delito en cuestión) y las reservas efectuadas desde el área psicológica donde se expone la postura victimizante de la imputada quien había minimizado el hecho justificando su accionar.”

Sala V, causa número 96.393, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

VIII. Revocación de prisión domiciliaria

“Se advierte en el sub lite una situación de arbitrariedad que amerita sortear el valladar apuntado, toda vez que en el caso en análisis ha existido inobservancia de lo normado por el artículo 148 del C.P.P. y errónea aplicación del artículo 163 del C.P.P.

Ninguno de aquellos supuestos se espeja en el sub-lite, dado que la patología (esteatosis grasa en grado severo) que padece la imputada puede ser tratada adecuadamente en el ámbito penitenciario, otorgándole un plan alimentario acorde a su enfermedad y la medicación correspondiente, máxime cuando no surge de las constancias de autos un informe del Área de Salud del Servicio penitenciario que afirme no poder cubrir tales necesidades.

Asimismo, no dejo de ponderar la gravedad del delito que se le imputa (homicidio agravado por el vínculo, por precio o promesa remuneratoria y por el concurso premeditado de dos o más personas), la pena en expectativa y la pluralidad de intervinientes en el hecho, circunstancias que en su conjunto son creadoras del riesgo procesal y constituyen datos objetivos que convalidan la continuidad de la medida de coerción en un establecimiento carcelario.

Advierto que ha existido por parte de la Alzada una errónea aplicación del artículo 163 del C.P.P. e inobservancia del normado por el artículo 148 del citado cuerpo legal.”

Sala IV, causa número 96.045, sentencia del 18 de julio de 2019.

“Si bien la impugnación intentada debería rechazarse pues la resolución atacada no se encuentra comprendida en el elenco del artículo 450 del Código Procesal Penal, corresponde hacer excepción a dicha regla de taxatividad cuando media cuestión federal, como en el presente caso, que habilita la apertura de la instancia casatoria, pues como se denuncia la decisión en crisis no resulta un acto jurisdiccional válido por resultar la misma arbitraria, al apartarse de la debida valoración de las circunstancias del caso, inobservando principios y normativas de raigambre constitucional enmarcadas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15 y 171 de la Constitución Provincial, además de las normas contenidos en los artículos 106 y 210 del Código Procesal Penal.

La resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo de las circunstancias que figuran en el expediente.

La situación en que se encuentra el imputado no se adecua a ninguno de los supuestos que se detallan en el artículo 159, por reenvío del 163 segundo párrafo, ambos del Código Procesal Penal y, en segundo lugar, no se advierte que los fundamentos dados por la Cámara al revocar la decisión de primera instancia, alcancen para morigerar la cautelar del imputado, en los términos de la última de las normas mencionadas.

Pues, el contenido de los informes socio ambientales que hablan de la contención familiar existente, la ausencia de antecedentes penales y la posibilidad de implementar el sistema de monitoreo en el domicilio ofrecido, no son circunstancias suficientes que hagan presumir que el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio pueda evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa, todo ello en relación a lo establecido en el artículo 148 del mismo Cuerpo.

Como bien se aprecia de la resolución de primera instancia glosada, las características, modalidades, gravedad y el número de hechos que se dicen cometidos - en principio - por el imputado, junto a una pluralidad de intervinientes, que integraban una “empresa criminal”, la extensión del daño causado, el número de víctimas afectadas, y la pena en expectativa que se espera en el supuesto de que se dicte sentencia

condenatoria, en relación a la calificación asignada a esta altura, con la provisoriedad propia de esta etapa (asociación ilícita y estafas reiteradas -veintiocho hechos-), la que sumado a las demás circunstancias sería de cumplimiento efectivo, alcanzan para respaldar la existencia de peligros procesales en los términos del artículo arriba mencionado y revocar el beneficio concedido oportunamente.”

Sala III, causa número 96.742, sentencia del 13 de noviembre de 2019.

“Como se denuncia, la decisión en crisis no es un acto jurisdiccional válido, pues la misma resulta infundada y arbitraria al apartarse de la debida valoración de las circunstancias de la causa, inobservando principios y normativas de raigambre constitucional enmarcadas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15 y 171 de la Constitución Provincial, además de las normas contenidas en los artículos 106 y 210 del Código Procesal Penal.

Considero que lo cuestionado no resulta derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa pues cabe resaltar que la situación del imputado no se adecua a ninguno de los supuestos que se detallan en el artículo 159, por reenvío del 163 segundo párrafo, ambos del Código Procesal Penal y, en segundo lugar, no se advierte que los fundamentos dados por la Cámara al revocar la decisión de primera instancia, alcancen para morigerar la cautelar, en los términos de la última de las normas mencionadas.

El tiempo que lleva detenido el interesado, el estado del proceso con una investigación terminada y elevada a juicio, la vivienda propia con la que se cuenta, el sufrimiento de su esposa por su situación, el arraigo y la buena contención familiar que posee, y la necesidad de lo solicitado en atención a realidad que se vive en los lugares de alojamiento (citando la resolución nro. 2301/18 de la Suprema Corte de Justicia), son circunstancias que además de no haberse analizado en su conjunto con el resto del expediente, resultan

insuficientes para afirmar que en este supuesto no existen peligros procesales y que por ello el nombrado puede gozar del beneficio otorgado, que en su caso fue un arresto domiciliario con tobillera electrónica.”

Sala III, causa número 100.394, sentencia del 26 de agosto de 2020.

IX. Revocación de salidas transitorias

“Al encontrarse el encartado inserto en un régimen cerrado modalidad moderada al momento de requerir el instituto en trato, ello constituía un óbice para la concesión del beneficio intentado.

En ese andarivel estimo que por encontrarse el imputado alojado en un régimen cerrado modalidad moderada, resulta –en función del principio de progresividad de la pena– prematura la concesión de las salidas transitorias peticionadas y, si bien el tránsito por los distintos regímenes no es necesariamente secuencial, conviene que el incuso vaya afianzando paulatinamente las herramientas que incorpore a través de los distintos espacios treatmentales en los que sea incluido, que se desarrolle en un régimen de mayor autogestión, del que se encuentra alojado (régimen cerrado) para luego con el tiempo pueda ponderarse si está en condiciones de acceder al beneficio peticionado, debiendo profundizar el tratamiento resocializador del que es objeto. El encartado ha sido condenado por sentencia no firme a la pena de seis años de prisión en orden al delito de abuso sexual agravado, motivo por el cual, en virtud de lo normado por los arts. 56 bis de la ley 24.660 y 100 de la ley 12.256 se encuentra vedada su incorporación en el régimen de las salidas transitorias.

En consecuencia, lo decidido por el “a quo” es un apartamiento al texto expreso de la ley, resultando insoslayable la estricta observancia de los requisitos contenidos en la misma.”

Sala IV, causa número 94.266 sentencia del 5 de noviembre de 2019.

“La expectativa acerca de la imposición de una condena grave de la que se deriva muchas veces la presunción de que el imputado se va a fugar no se refiere exclusivamente al monto de pena, sino que también atiende a las posibilidades de concreción de dicha amenaza punitiva. Desde la imputación inicial de un delito hasta que se pueda llegar a una sentencia existe todo un proceso de conocimiento cuyo resultado, en buena medida, es incierto; pero a medida que avanza el proceso y la acusación se consolida a través de sucesivos pronunciamientos jurisdiccionales de condena, la incertidumbre disminuye en forma proporcional a la superación de esas distintas etapas procesales.

En este caso, finalizado el debate recayó una sentencia condenatoria a una pena importante, que de prosperar lo que he de proponer respecto del rechazo del recurso de la defensa alcanzará mayor grado de confirmación en esta instancia.

Lo que en aquel primer momento consistía tan sólo en una acusación, pasa a convertirse en un pronunciamiento jurisdiccional condenatorio, revisado por una instancia superior.”

Sala II, causa número 97.666, sentencia del 31 de agosto de 2020.

“En el caso existe una situación de excepción al advertir el correcto planteo de una cuestión federal y la verificación de un supuesto de arbitrariedad, lo que amerita la apertura de las compuertas casatorias.

Cabe destacar que de la lectura del presente legajo se advierte que al encausado se le imputa el delito de abuso sexual agravado, y fue condenado por sentencia no firme a la pena de seis años de prisión. Si bien del informe técnico criminológico y del acta respectiva se advierte que registra conducta 10, concepto bueno, no ha presentado conflictos ni incurrió en actos de indisciplina, realizó actividades laborales, recreativas y deportivas, y ha recibido visitas mensuales de sus hijos, también surge del mismo que aportó el domicilio de su progenitora y los intentos telefónicos para corroborarlo fueron infructuosos, que la víctima se encuentra en la misma localidad

y se desconoce su actual paradero.

Asimismo, corresponde señalar que el dictamen técnico criminológico resultó inconveniente, y en el mismo se aconsejó como paso previo al beneficio, que el encausado transite por un régimen que implique mayor autogestión, ya que se encuentra en un régimen cerrado modalidad moderada.

Al encontrarse el encartado inserto en un régimen cerrado modalidad moderada al momento de requerir el instituto en trato, ello constituía un óbice para la concesión del beneficio intentado. Asimismo, el encartado ha sido condenado por sentencia no firme a la pena de seis años de prisión en orden al delito de abuso sexual agravado, motivo por el cual, en virtud de lo normado por los arts. 56 bis de la ley 24.660 y 100 de la ley 12.256 se encuentra vedada su incorporación en el régimen de las salidas transitorias.

En consecuencia, lo decidido por el “a quo” es un apartamiento al texto expreso de la ley, resultando insoslayable la estricta observancia de los requisitos contenidos en la misma.”

Sala IV, causa número 94.266, sentencia del 5 de noviembre de 2019.

“Se advierte en el sub lite una situación de arbitrariedad que amerita sortear el valladar apuntado, toda vez que la decisión en crisis no es derivación razonada del derecho vigente. En efecto en el caso, no resultan procedentes las salidas transitorias (arts. 16 y 17 de la Ley 24.660 y 146 sptes. y ccdtes. de la Ley 12.256), en función de poseer el encausado de autos un dictamen inconveniente emitido por el Departamento Técnico Criminológico, reparos que se desprenden del informe psicológico, no vislumbrándose en consecuencia el efecto beneficioso que las salidas puedan tener para la incorporación al medio libre del penado.”

Sala IV, causa número 95.993. sentencia del 15 de agosto de 2019.

“Las reservas que vienen señaladas desde el área psicológica, en el caso, resultan terminantes en atención al ilícito cometido y por el que recibió la condena de ocho años de prisión por el delito de abuso sexual que viene cumpliendo.

En este supuesto fáctico resulta imposible apartarse de ello para decidir la cuestión, en razón de su autosuficiencia y que, como tantos otros elementos pertinentes y útiles, permiten ver la evolución en busca de la finalidad de prevención especial que se persigue en la ejecución de la pena privativa de libertad y procurar alcanzar una adecuada reinserción social del condenado, no bastando en este contexto los parámetros señalados por los jueces para conceder el beneficio en trato, sumándose a ello un dato de importancia que surge del informe socio-ambiental, cual es que en el domicilio que se aporta a tales fines vive un menor, lo que de ningún modo puede ser dejado de lado a la hora de dilucidar la cuestión y decidir sobre el punto.”

Sala III, causa número 103.201, sentencia del 10 de diciembre de 2020.

X. Revocación de morigeración de la prisión preventiva

“El recurso del Fiscal General es procedente y la decisión de la Cámara en cuanto concede la morigeración de la prisión preventiva no es –a mi entender– derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa pues, la situación de quien llega imputado en principio y con la provisoriedad propia de esta etapa, del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, por el que se elevó la causa a juicio (fs. 31/34), no configura ninguno de los casos de excepción legislados en los artículos 148 y 163 del Código Procesal Penal para poder beneficiarse, como bien lo expone el titular de la acción.

Tampoco se advierte que con los fundamentos de los jueces se neutralice la existencia de peligros procesales los que se encuentran respaldados con la pena que se espera en relación a dicha calificación y las características del hecho,

donde se aprecia que de la incautación surge gran cantidad y diversidad de sustancias de estupefacientes fraccionadas que se encontraban en poder del encartado y la afectación a la salud pública que ello conlleva y que no hay que dejar de valorar a tales fines.”

Sala III, causa número 94.120, sentencia del 4 de julio de 2019.

XL. Revocación de excarcelación

“La resolución puesta en crisis no resulta derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa pues los delitos que -en principio- se le imputan a (quien gozaba de arresto domiciliario desde el 27 de febrero de 2018), esto es, asociación ilícita (hecho V) en calidad de miembro y secuestro coactivo agravado por la participación de tres o más personas (hecho IV), por los que no sólo fue llamado a declarar en los términos del artículo 308 del Código Procesal Penal, sino también requerida la elevación a juicio como puede observarse de las constancias del sistema informático referenciado, la gravedad de los hechos que se dicen acaecidos con pluralidad de intervinientes y víctimas, la magnitud de la organización de la cual formaba parte y los medios con lo que la misma contaba, la extensión de los daños causados y la pena que se espera en el caso de dictarse sentencia de condena la que sería de cumplimiento efectivo, además de registrar en trámite causas en su contra por amenazas que se dicen proferidas a testigos que declararon en la causa, llevan sin más a afirmar que hay fundados soportes para tener por acreditada la existencia de peligro de fuga y entorpecimiento de las investigaciones (artículo 148 primero, segundo y tercer párrafos del Código Procesal Penal) y a sostener que la situación del imputado no puede estar contenida en ninguno de los supuestos enumerados en el artículo 169 del ritual.”

Sala III, causa número 94.085, sentencia del 6 de agosto de 2019.

Sala III, causa número 94.086, sentencia del 17 de octubre de 2019.

Sala III, causa número 94.090, sentencia del 6 de agosto de 2019.

“Si bien la impugnación intentada debería rechazarse en atención a que la resolución atacada no se encuentra comprendida en el elenco del artículo 450 del Código Procesal Penal, en el caso corresponde hacer excepción a dicha regla de taxatividad cuando media cuestión federal, como en el presente caso, que habilita la apertura de la instancia casatoria, pues como se denuncia la decisión en crisis no es un acto jurisdiccional válido, pues la misma resulta infundada y arbitraria al apartarse de la debida valoración de las circunstancias de la causa, inobservando principios y normativas de raigambre constitucional enmarcadas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15 y 171 de la Constitución Provincial, además de las normas contenidas en los artículos 106 y 210 del Código Procesal Penal.

El auto en crisis no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias que surgen del expediente, pues los fundamentos que allí se exponen, en base a un análisis recortado del material probatorio referenciado por el Fiscal y que esta Sala valoró al momento de confirmar la cautelar, no permiten desvirtuar el plexo cargoso existente y valorado que diera sustento a la medida coercitiva dictada a esta altura del proceso contra el nombrado, por el delito de asociación ilícita en calidad de jefe u organizador.”

Sala III, causa número 96.853, sentencia del 2 de julio de 2020.

“Como adelantara, la resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo de las circunstancias que figuran en el expediente, las que se mencionan en el voto de la minoría y trae en su presentación el Ministerio Público Fiscal, esto es, la calificación asignada a los dos hechos por los que llega imputado el nombrado (robo con arma de utilería, uno de ellos en grado de tentativa y como coautor del mismo, y por el otro como partícipe necesario), la pena en expectativa que se espera en el supuesto de dictarse sentencia de condena, las circunstancias del caso descriptas en la resolución

de primera instancia (efectuar disparo con un arma, supuestamente del tipo aire comprimido, luego de logrado el desapoderamiento, traduciéndose ello en una conducta violenta), la reiteración de conductas transgresoras, el tiempo que llevaba en detención y la etapa inicial en la que se encuentra el proceso pudiendo verse entorpecida la investigación en el mismo.

En consecuencia, tales circunstancias resultan sobrado soporte para tener por acreditados los peligros procesales que impiden la soltura del imputado, no bastando la corta edad del mismo, la falta de antecedentes y el arraigo que se consideran desde la Cámara.”

Sala V, causa número 97.249, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

“La resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo de las circunstancias que figuran en el expediente, esto es, la calificación asignada a los hechos (al menos tres) de abuso sexual simple, por los que llega condenado el nombrado a tres años de prisión, por sentencia no firme (encontrándose en trámite el recurso Fiscal donde se peticiona se case la misma y se condene al imputado a una pena mayor -nueve años y cuatro meses de prisión por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante -reiterado, al menos tres ilícitos-), la gravedad de las circunstancias en las que se dice se cometieron los hechos, el informe criminológico desfavorable que posee (en el cual los profesionales coinciden en que la excarcelación deviene prematura), con conclusiones psicológicas adversas a sus intereses en relación al delito que se le imputa, el encontrarse alojado en un régimen cerrado de modalidad moderada y, lo que no es un dato menor en este caso, la circunstancia de que el domicilio ofrecido para el cumplimiento de la soltura resulta ser el mismo en el que habrían sucedido los hechos y encontrarse ubicado en las cercanías del que habita la víctima junto a su familia.”

Sala V, causa número 101.534, sentencia del 24 de agosto de 2020.

XII. Revocación de excarcelación extraordinaria

“Si bien la impugnación intentada debería rechazarse, pues la resolución atacada no se encuentra comprendida en el elenco del artículo 450 del Código Procesal Penal, corresponde hacer excepción a dicha regla de taxatividad cuando median circunstancias de gravedad institucional que exigen y justifican la intervención de este Tribunal, como en el caso, por lo que corresponde declarar admisible el remedio intentado.

La resolución de la Cámara que revoca el auto de primera instancia y concede la excarcelación extraordinaria no es derivación razonada del derecho vigente, en función de las circunstancias de la causa.

Por un lado, debe tenerse presente que en el caso no se dan ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 170 del Código Procesal Penal para abrir paso a este beneficio excepcional y, por el otro, la gravedad y características de los hechos que se le imputan al nombrado (abuso sexual gravemente ultrajante, doblemente agravado por aprovechar la situación de convivencia preexistente con una menor de 13 años y por su calidad de guardador de la víctima, reiterados, en concurso real entre sí), la circunstancia de que el imputado resulte ser la pareja de la madre, la mayor vulnerabilidad de la víctima, por su condición de mujer y niña (Convención de Belém Do Pará aprobada por ley 24.632 y Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), constituyen por sí mismo peligros procesales que obstan a la procedencia de la excarcelación extraordinaria.”

Sala III, causa número 90.583, sentencia del 21 de marzo de 2019.

“Los magistrados de la alzada consideraron que, si bien la situación del imputado no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 169 del CPP, en atención a la particularidad de la patología que el mismo presenta en su visión y ante la situación de urgencia que la existencia de una córnea en condiciones de ser trasplantada

requiere, correspondía hacer lugar a su excarcelación extraordinaria.

Ahora bien, tal como fuera expresado por el Ministerio Público Fiscal, considero que la medida dispuesta por la Cámara de Apelación no alcanza a neutralizar los peligros procesales presentes en la presente causa.

En efecto, en primer lugar debe tenerse en cuenta el peligro de fuga que surge la pena en expectativa en atención a la gravedad de los delitos que se imputan –asociación ilícita y explotación de la prostitución en concurso real entre sí-. Por otro lado, resulta de vital importancia el hecho de que el imputado residiría en el mismo edificio en el que viven algunas de las víctimas y donde se habrían desarrollado los hechos investigados, lo cual configura un riesgo cierto de entorpecimiento probatorio.”

Sala V, causa número 101.032, sentencia del 9 de noviembre de 2020.

XIII. Intervención de la víctima

“De la lectura de la decisión cuestionada se desprende que la Alzada para otorgar las salidas transitorias al nombrado, consideró inaplicables las disposiciones de la ley 27.375.

En materia de legislación procesal penal se ha establecido el precepto de la irretroactividad de la misma. Por lo tanto, las reglas procesales se aplican desde su lanzamiento.

Este es el criterio que ha sentado la doctrina de la corte suprema de justicia de la nación al entender que en materia del derecho procesal no rige la prohibición de retroactividad sino el principio “tempus regit actum”.

Con respecto a la intervención de la víctima solamente puede invocarse –en mi humilde entender– lo dispuesto en los artículos 11 bis y concordantes de la ley 24.660 conforme su redacción impuesta por la 27.375 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, a los institutos de libertad condicional y libertad asistida (que son

parte integrante del Código Penal según lo dispone el art. 229), pero por aquellos delitos cometidos luego del 28 de julio de 2017 (fecha de promulgación de la L. 27.375) por el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el art. 2 del digesto sustantivo...”.

Sala IV, causa número 103.237, sentencia del 24 de septiembre de 2020.

P. RECURSOS DE QUEJA

I. Rechazo por falta de copias

“Advierto que el impugnante no acompañó copia de las resoluciones de la Cámara cuestionadas.

En efecto, el rechazo del recurso de casación es el presupuesto legal de la queja del art. 433 CPP, al punto que de tener éxito este último se halla expedita la jurisdicción revisora contra los motivos de agravio del casacionista y este Cuerpo debe expedirse sobre los mismos. Eso explica que su colación al recurso de queja sea exigida (junto con el resto de las resoluciones y las notificaciones) por el mismo art. 433 segundo párrafo CPP, con la finalidad de que, superado el análisis formal (admisibilidad) y la procedencia de la queja (constatación de que el recurso de casación fue incorrectamente denegado) el Tribunal de Casación se aboque al tratamiento del recurso.

En otras palabras, nótese que ante el eventual caso de que se hiciera lugar a la queja, esta Sede se ve impedida de analizar los motivos de agravio plasmados en el recurso de casación, toda vez que, no es posible el conocimiento de la resolución cuestionada.”

Sala I, causa número 105.805, sentencia del 9 de febrero de 2021.

II. RECHAZO POR RECURSO EXTEMPORÁNEO

“El recurso de casación fue interpuesto de modo extemporáneo por el Sr. Agente Fiscal, toda vez que había transcurrido el plazo establecido en el art. 451 del CPP. El impugnante ha incumplido la manda contenida en el artículo 451 del Código Procesal Penal, según la cual el recurso debe interponerse dentro de los veinte días de notificada la resolución judicial.

La omisión de tal exigencia ritual provoca que la misma devenga inadmisibile.”

Sala II, causa número 96.518, sentencia del 20 de febrero de 2020.

Q. FUERO PENAL JUVENIL

I. Admisibilidad del recurso contra sentencia que rechaza aplicación de pena

“El Tribunal de Casación entenderá en la revisión de sentencias definitivas, o equiparables, en materia criminal, ya sea que la dicte el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil o el Juzgado de Garantías del Joven, mientras que las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal de todo departamento judicial tendrán competencia para revisar los mismos fallos en materia correccional -de conformidad con el art. 26 y 450 del C.P.P.-”

Sala I causa número 86.025, sentencia del 17 de abril del 2018.

II. Necesidad de aplicar pena

“Expuesta en lo fundamental la decisión del juez de origen, surge sin ambages que el mismo realizó una valoración superficial de la modalidad del hecho.

En ese sentido, cabe destacar que no se trata de confundir la gravedad de los hechos con la necesidad de la pena, sino de contemplar tal situación como punto de referencia no sólo para su procedencia en sí, sino también para su dosimetría.

Además, aunque parezca una obviedad, más allá de que el proceso penal juvenil otorgue al joven imputado un plus de derechos y garantías que lo distinguen del adulto, lógicamente no deja de ser un derecho penal de acto, por lo que la ponderación de su conducta, resulta absolutamente válida.

Por lo expuesto, en el entendimiento de que la pena se encuentra intrínsecamente relacionada con la legítima finalidad que con su imposición persigue el Estado, esto es, la reforma y readaptación social del condenado, considero que debe fijarse a Porta una sanción penal, a fin de que haga verdaderamente suyos esos cambios ya observados, internalizando lo disvalioso de su accionar y la forma en que este vulnera los derechos de terceros y afecta su propia vida.”

Sala III, causa número 92.178, sentencia del 5 de diciembre de 2019.

“Asiste razón al Fiscal recurrente en punto a que, sin perder de vista que pese a los positivos informes de concepto y conducta intramuros se le impuso una sanción por habersele incautado facas en su lugar de alojamiento, la propia conducta del joven, que desoyendo las advertencias de los dos procesos que tramitan aquí en forma conjunta y haber interactuado con profesionales en distintas áreas de tratamiento, ha sido detenido nuevamente, dictándosele prisión preventiva, la conclusión de que no resulta necesaria la imposición de pena no resulta razonable ni está debidamente razonada pues, más allá de la gravedad del delito, la misma se impone y resulta, en el caso, una respuesta proporcionada a las necesidades de resocialización del menor en su relación con las de la sociedad (argumento regla 17 de Beijing).”

Sala III, causa número 95.775, sentencia del 27 de mayo de 2020.

“Entre los factores a tener en cuenta para verificar la necesidad de imposición de pena, conforme al art. 4 de la ley 22.278 se encuentra “las modalidades del hecho”, debiendo tenerse presente, en este caso, que se atentó contra la integridad sexual de una niña. La gravedad del hecho juzgado impone, a mi criterio, que el joven sea merecedor de pena, teniendo en cuenta que la misma funciona también en una dirección simbólica, en el sentido de que resulta una respuesta social desaprobadora de la conducta realizada por el encausado, lo cual tiende a generar los resortes psicológicos necesarios para que el mismo tome conciencia del daño ocasionado y afronte su responsabilidad. Desde tal prisma, le necesidad de imponer pena se encuentra justificada.”

Sala V, causa número 88.378, sentencia del 20 de marzo de 2019.

III. Ausencia de motivación en la decisión de no aplicar pena

“La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por la Sala que revisa la resolución en vía de recurso.

Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho.

La invocación de los principios que rigen la materia penal juvenil y la facultad de reducir la sanción que el artículo 4° de la ley 22.278 otorga a los magistrados, no los exime de motivar su determinación, especialmente en el caso, en el que la fijada se aparta sustancialmente de la pactada por las partes en el acuerdo de juicio abreviado.

Por ello, si conforme se desprende del resumen efectuado precedentemente, la juez de primera instancia estima que debe fijarse la pena en cuatro años y seis meses de prisión, manteniendo la situación de privación de la libertad ambulatoria, pero no sólo no tiene en cuenta la permanente actitud del imputado de desapego a las normas, protagonizando fugas y manteniendo un pésimo comportamiento institucional, sino que tampoco menciona la escala penal aplicable al caso, ni analiza la cantidad y calidad de los plurales hechos que conforman el concurso material atribuido al reo (es más, soslaya expresamente la cuestión al decir que resuelve “sin perjuicio” de ello), ni las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, a mi ver asiste razón al fiscal cuando sostiene que la sentencia impugnada incumple el requisito de debida fundamentación y hasta resulta contradictoria, pues no agrega ninguna razón adicional por la que, pese a concluir que el tratamiento tutelar, y con ello el proceso de resocialización, ha fracasado hasta el momento, corresponde disminuir la sanción a imponer; déficits que impiden considerarla como un pronunciamiento jurisdiccional válido (argumento de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 171 de la Constitución de la Provincia y 106 del Código Procesal Penal y la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).”

Sala III, causa número 92.525, sentencia del 21 de octubre de 2020.

“En el campo de determinación del monto de pena a imponer en el caso concreto, en que se puede aplicar la pena prevista para la tentativa o no, su individualización dependerá que se analicen acabadamente dos momentos: uno es la gravedad del hecho cometido, el otro las circunstancias personales del joven en conflicto con la ley penal en aquellas circunstancias, como así también su evolución y respuesta al tratamiento tutelar, y su situación personal al dictarse la condena respectiva.

De la simple lectura de los presentes actuados, se advierte que la sentenciante no sólo omitió por completo referirse al análisis de las cuestiones mencionadas precedentemente, sino que, además, tampoco dio cumplimiento al año de tratamiento

tutelar, conforme la manda establecida en el art. 4 de la ley 22.278, luciendo los argumentos desarrollados insuficientes y meramente dogmáticos.

Lo reseñado constituye una franca violación al régimen penal juvenil, que establece, como primer eslabón, que los Magistrados del Fuero especializado determinen los alcances sobre la necesidad o no de imponer pena a un joven que transita por el proceso penal.”

Sala IV, causa número 99.326, sentencia del 27 de febrero de 2020.

“No es difícil apreciar que no se ha exteriorizado ninguna pauta concreta que permita controlar el pronunciamiento, toda vez que la magistrada no expuso los motivos en los que se basó su decisión, puesto que no especificó el más mínimo detalle en torno a qué surge de los informes citados, como así tampoco hizo referencia alguna a lo percibido en la audiencia de visu con el encausado, resultando su argumentación, nuevamente, puramente aparente.”

Sala V, causa número 91.605, sentencia del 21 de mayo de 2019.

“En el caso, advierto que, para resolver la necesidad de imponer pena, el a quo marginó de su análisis los requisitos establecidos en el art. 4 de la ley 22.278 que – como dije– estipula que debe estarse a “las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez”, no encontrándose en consecuencia abastecidos dichos recaudos legales.

En ese aspecto, el fallo cuestionado luce arbitrario en tanto la deficiencia apuntada impide revisar el proceso de mensuración de la pena o la innecesariedad de su imposición en virtud de los parámetros aplicables desde la prevención general que tiene particularmente anclaje en razones de resocialización e integración social.”

Sala V, causa número 95.415, sentencia del 22 de octubre de 2019.

IV. Unificación de penas

“Contra dicha resolución interpuso recurso de casación el agente fiscal, en el que sostuvo que el rechazo a la unificación de las penas impuestas al mencionado, implicaba la vulneración del artículo 58 del Código Penal, pues se imponía su aplicación con fundamento en la regla que establece que no puede coexistir en un mismo territorio penas impuestas en forma independiente en virtud del principio de unidad de la pena a ejecutarse.

En función de la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia de esta provincia en la causa P. 128.886, “D. C., B. N.. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 76.848 del Tribunal de Casación Penal, Sala III, del día 16 de marzo de 2020, y a efectos de no privar de una instancia de revisión al justiciable –artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, corresponde declarar procedente el recurso fiscal, casar la sentencia impugnada y devolver jurisdicción al Tribunal de Responsabilidad Juvenil N° 1 mencionado a fin de que proceda a la unificación de penas peticionada.”

Sala III, causa número 89.012, sentencia del 2 de febrero de 2021.

V. Sometimiento de un mayor a las reglas del fuero penal juvenil. Violación a la garantía de juez natural

“La resolución de la Cámara no es derivación razonada del derecho vigente en función de las circunstancias del caso al sostener la aplicación del artículo 66 de la ley 13.634 en detrimento de lo normado por los artículos 2 y concordantes del código de rito y 18 de la Constitución Nacional, pues lo decidido, en tanto importa someter a la imputada mayor de edad a las especialísimas reglas del fuero penal juvenil, conlleva vulneración de los principios de juez natural y defensa en juicio.”

Sala III, causa número 95.467, sentencia del 17 de octubre de 2019.

VI. Supuesto de equivocación de vía recursiva. Recurso improcedente

“La elección de la senda del recurso de apelación por parte del Agente Fiscal del Fuero especializado, no solo resulta incorrecta, sino que debe imputársele a sus propios actos y, por consiguiente, cargar con sus consecuencias procesales.

Así, estimo que este Tribunal de Casación Penal no debe ingresar al conocimiento del recurso de apelación intentado por el Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil –enviado como uno de casación por la Cámara de Apelación–, por cuanto, debido a su propia acción en el proceso, los plazos legales para interponer el recurso de casación se hallan precluidos (arts. 111 y 451 CPP) y no es posible retrogradar las etapas procesales concluidas.

Sala I, causa número 100.818, sentencia del 5 de mayo de 2020.

VII. Rechazo al pedido de aplicación de pena

“La determinación de la necesidad o no de imponer una pena en el marco del Fuero Minoril resulta una función privativa de los jueces de mérito que han tenido contacto directo con el imputado. En la ley 22.278 existe un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del Juez de ponderar “la necesidad de la pena” y que tal circunstancia no puede ser equiparada a “gravedad del hecho” o a “peligrosidad.”

Sala IV, causa número 92.658, sentencia del 16 de abril de 2019.

“Resulta pertinente rechazar la solicitud de imposición de pena efectuada por el Ministerio Público, fundada esencialmente en que el hecho se trató de un delito contra la vida y en la ausencia de internacionalización por parte de S. Lo cierto es que, a esta altura y como ya fuera expuesto, la necesidad de aplicar una pena se fundamenta esencialmente en la evolución que ha tenido el encausado en

su tratamiento tutelar, de todo lo que se concluye, como expuesto, que aplicar la pena sería perjudicial para su rápida reinserción social, máxime cuando se ha acreditado que el joven ha cumplido con las normas de conducta, internalizado y tomado conciencia de las consecuencias negativas del hecho y asumido una actitud constructiva y responsable para insertarse social, tanto educacional como laboralmente.”

Sala I, causa número 86.025, sentencia del 17 de mayo de 2018.

VIII. Arbitrariedad basada en condena de mayores. Improcedencia

“Las críticas del recurrente no demuestran arbitrariedad ni quebrantamiento a las reglas de la lógica en la fundamentación jurisdiccional del veredicto absolutorio.

La mera comparación con el resultado de otro proceso penal que involucra a otras dos personas –adultas al momento de comisión del delito– que estuvieron en la escena de los hechos no alcanza para comprobar una fundamentación arbitraria en la sentencia que aquí se revisa. No sólo por falta de información sobre el nivel de intervención de los otros sujetos, sino antes bien porque la responsabilidad penal es exclusivamente personal. No puede trasladarse sin más los resultados de otro juicio para fundar una condena.”

Sala V, causa número 87.797, sentencia del 6 de agosto de 2019.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

ANEXO IV

ANEXO IV

A – PRECEDENTES ORDENADOS TEMÁTICAMENTE

I.- JUICIO POR JURADOS

a.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

- **Caso V. R. P, V. P. C y Otros vs. Nicaragua** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de marzo de 2018

b.- Corte Suprema de Justicia de la Nación

- **Caso Canales. Fallo 342:697** “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado

-impugnación extraordinaria-. 2 de mayo de 2019

c.- Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

- **P. 128.761** Altuve, carlos Arturo s Recurso de queja en causa 76.889 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, sehuída a Guerendiaim Néstor Marcelo -recurso fiscal- jurado estancado -

d.- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires

1.- Imposibilidad recursiva del fiscal y del particular damnificado de recurrir el veredicto absolutorio.

- **Causa 71.912** “López, Mauro Gabriel s/ recurso de queja (art. 433CPP) interpuesto por Agente Fiscal. 4 de febrero de 2016

- **Causa 75.466** “Antonacci, Kevin Gustavo s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por Agente Fiscal. 11 de mayo de 2016

- **Causa 73.254** “Nuñez, Vanesa Cintia s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por Agente Fiscal. 29 de marzo de 2016

- **Causa 84255** “Silva, Mariano Gustavo s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por particular damnificado. 23 de noviembre de 2017

- **Causa 78.302** “Bray, Juan Pablo y Paredes, Javier Maximiliano s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por particular damnificado. 12 de septiembre de 2017

2. a. Posibilidad recursiva del fiscal de recurrir calificación, pena y prescripción

- **Causa 101.081** “Sánchez, Pedro Marcelo s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal y defensa particular. 14 de agosto de 2020

- **Causa 94.872** “Gorordo, Ceferino Raúl o Gorordo, Raúl Ceferino s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal, defensor oficial y por particular damnificado. 18 de febrero de 2020

- **Causa 95.677** “Baumgaertner, Raquel Marta s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por agente fiscal. 14 de noviembre de 2019

- **Causa 100.840** “Cechi, Leonardo Gastón s/ recurso de casación interpuesto por fiscal de juicio y por particulares damnificados. 1 de diciembre de 2020

b. Inconstitucionalidad del artículo 22 bis

- **Causa 83.026** “ Díaz Villalba, Blanca Alicia s/ recurso de casación. 22 de junio de 2017

c. Recusación. Selección de jurados. Imparcialidad

- **Causa 75.937** “Aref, Vanesa Anahí; Bertolano, Braian Nicolás y Morales, Ives Nicolás s/ recurso de casación. 22 de diciembre de 2016

d. Jurados y agravantes

- **Causa 101.456** “Carli, Mauricio David s/ recurso de casación. Mayo de 2021

e. Instrucciones al jurado

- **Causa 71.910** “Ganduglia, César Nahuel s/ recurso de casación. 14 de julio de 2016

- **Causa 81.523** “Llanos Méndez Santos s/ recurso de casación. 15 de noviembre de 2017

- **Causa 97.120** “Alvarez, Lucas Eduardo y Telechea Ayelén Daiana s/ recursos de casación interpuestos por defensores particulares

f. Modelo constitucional argentino de juicio por jurados

- **Causa 81.504** “Ruppel, Néstor Fabián s/ recurso de casación. 11 de julio de 2017

g. Valoración probatoria

- **Causa 72.016** “Mazzon, Marcos Ezequiel s/ recurso de casación. 27 de octubre de 2015

- **Causa 75.197** “Castillo, Rodolfo Marcelo s/ recurso de casación. Duda razonable. 11 de agosto de 2016

- **Causa 81.206** “Monzón, Sandro Raúl Antonio s/ recurso de casación. Apreciación de la prueba, razonabilidad. 23 de mayo de 2017

- **Causa 73.740** “Recurso de casación interpuesto por el defensor oficial de Marcelo Alejandro, Ramírez. Revisión de la prueba, duda razonable. 8 de julio de 2017

- **Causa 73.121** “Fernández, Gustavo Martín s/ recurso de casación. Valoración de la prueba. 15 de junio de 2017

III. Prescripción de la acción penal

a. Corte Suprema de Justicia de la Nación

- **Fallo Farina. 342:2344** “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina s/ homicidio culposo”. 26 de diciembre de 2019

b. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

- **Causa P. 131.745** “Villafañe Antonio Ariel c/ Iturralde, Mario Oscar s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 27 de abril de 2021

- **Causa P. 132.525** “Godoy, Claudio Martín s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 23 de julio de 2020

IV. Comienzo de la acción penal. Art. 63. Delitos permanentes y continuos

- **Dictamen P. 132.978** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 5 de junio de 2020

V. Citación a juicio

- **Dictamen P. 133.664** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 27 de julio de 2020

VI. Precedente Suprema Corte de Justicia

- **Causa P. 125.100** “Gómez, Benicio Eusebio s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 16 de junio de 2020

VII. Concurso Ideal

Suprema Corte de Justicia

- **Causa P. 130.792** “Orkzynski, Uriel Alejandro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 14 de abril de 2021

VIII. Delito firme

a. Suprema Corte de Justicia

- **Causa P. 65.833** “C., O. A. s/ Abuso de autoridad”. Delitos firmes por no ser cuestionados en el trámite recursivo. 31 de mayo de 2006

- **Causa P. 107.713** “D., M. A. s/ recurso de casación”. Cuestinoamiento de las pautas de mensuración de la pena, impide firmeza. 19 de octubre de 2011

b. Tribunal de Casación

- **Causa 2958** “Recurso de casación interpuesto por el defensor de Gustavo Daniel, Prellezo. 17 de septiembre de 2009

c. Doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia

1) Alevosía

- **Causa P. 121.491** “Galán, Fernando Luis – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 56.677 del TCP, Sala IV seguida a Alegra, Gastón Ezequiel. 7 de junio de 2017

- **Causa P 128.709** “Altuve, Carlos Arturo -fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 49.083 del TCP, sala I seguida a Silva Gómez, Hugo Ernesto. 11 de julio de 2018

2) Ensañamiento

- **Causa P. 123.200** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 59.014 del TCP, sala II seguida a Quagliarello, Walter César. 26 de octubre de 2016

- **Causa P. 124.816** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 42.801 del TCP, sala I seguida a Ruiz Gómez, Damián Alberto. 15 de diciembre de 2017

3) Reincidencia

- **Causa P 123.898** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 62.073 del TCP, sala I. 3 de mayo de 2018

- **Causa P. 131.478** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 81.026 seguida a Acosta Tejada, Martín Alfredo y Sotomayor, Eduardo Andrés del TCP, sala III. 19 de diciembre de 2018

4) Homicidio *criminis causa*

- **Causa P. 124.905** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 60.797 del TCP, sala VI. 21 de junio de 2018

IX. Imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba

a. En delitos con pena de inhabilitación

- **Causa P 125.430** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 65.899 del TCP, sala VI. 7 de septiembre de 2016

b. En delitos con violencia de género

- **Causa P. 124.615** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 65.184 del TCP, sala II. 20 de septiembre de 2017

c. En delitos de desobediencia

- **Causa P. 130.377** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 77.717 del TCP, sala V. 30 de mayo de 2018

d. Alcances del artículo 41 Quárter del CP

- **Causa P. 123.961** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 59.626 del TCP, sala V. 18 de octubre de 2017

e. Aplicación del artículo 52 del CP a los homicidios calificados

- **Causa P. 122963** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 26.891 del TCP, sala I. 24 de febrero de 2016

f. Tenencia de arma – Arma descargada

- **Causa P. 123.960** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 61.219 del TCP, sala IV. 18 de octubre de 2017

g. Vínculo de parejas – Concepto

- **Causa P 132.456** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 79.641 del TCP, sala I. 20 de julio de 2020

- **Causa P. 133.731** “F., L. E s/ queja en causa 85.224 del TCP, sala III. 21 de mayo de 2021

h. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión

- **Causa P. 120.176** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 28.686 del TCP, sala II. 21 de septiembre de 2016

i. Corrupción de menores

- **Casua P. 117.524** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 75.094 del TCP, sala II. 1 de julio de 2015

j. Violencia de género. Estereotipos

- **Causa P. 118.217** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 48.755 del TCP, sala III. 6 de diciembre de 2017

- **Causa P. 132.936** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 87.316 del TCP, sala V. 18 de agosto de 2020

k. Valoración probatoria de la prueba de indicios

- **Causa P. 121.046** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 46.054 del TCP, sala III. 13 de junio de 2018

l. Constitucionalidad del artículo 14 del CP – Libertad condicional y delitos excluidos

- **Causa P. 133.372** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 82.158 del TCP, sala III. 20 de octubre de 2020

m. Circunstancias extraordinarias de atenuación y su improcedencia en delitos con violencia de género

- **Causa P. 126.186** “Altuve, Carlos Arturo – Fiscal – s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 65.657 y sus acumuladas del TCP, sala VI. 17 de agosto de 2016

X. Prisión perpetua. Límites máximos

a. Suprema Corte de Justicia

- **Causa P. 130.559** “Gómez, roque Jacinto s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 77.358 del TCP, sala I. 29 de abril de 2020

b. Procuración General

- **Dictamen P 132.179** “Arias, Carlos Ricardo s/ queja en causa 89.554 del TCP, sala IV. Prisión preventiva

XI. Medidas de seguridad. Límites máximos

a. Procuración General de la Nación

- Dictamen. Duración de las medidas de seguridad en causa 12434. Fecha: 26 de octubre de 2011

b. Corte Suprema de Justicia de la Nación

- **Fallo 331:211** “R., M. J. S/ insania”. Duración e instrumentación de las medidas de seguridad.

c. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

- **Causa P. 126.897** “G. J. F. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 69.983 del TCP, sala IV

- **Resolución 2974**. Protocolo de actuación para aquellas personas incapaces de culpabilidad en conflicto con la ley penal. 30 de octubre de 2019

d. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires

XII. Duración de las medidas de seguridad

- **Causa 77.898**, Sala I “Rodríguez Ocampo, Fernando Esteban s/ hábeas corpus. 4 de agosto de 2016

- **Causa 69.983**, Sala IV “Recurso de casación interpuesto a favor de González Jara”

- **Causa 104.982**, Sala IV “Pérez Andiarena, Darío Fabián s/ recurso de queja (art. 433 CPP)

XII. Obligatoriedad de celebrar juicio

- **Causa 77.093**, Sala I “Torbay, Manuel Eduardo s/ recurso de casación (art. 417 CPP). 27 de septiembre de 2016.

B- JUICIO POR JURADOS - ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA ORDENADA TEMÁTICAMENTE

CASO V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA – Corte Interamericana de Derechos Humanos- marzo de 2018.

CSJN caso “CANALE”

SENTENCIAS DE LA SCBA:

- a. **P. 130.555 BRAY Y PAREDES** -imposibilidad recursiva del particular damnificado-
- b. **P. 128.761 GUERENDIAIN** -recurso fiscal – jurado estancado-

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

C.-IMPOSIBILIDAD RECURSIVA DEL FISCAL Y DEL PARTICULAR DAMNIFICADO DE RECURRIR EL VEREDICTO ABSOLUTORIO.

- a. “**LÓPEZ MAURO GABRIEL**”, Sala VI, febrero 2016
- b. “**ANTONACCI KEVIN GUSTAVO**” Sala I, mayo 2016
- c. “**NUÑEZ VANESA CINTIA**” Sala I, marzo 2016
- d. “**SILVA MARIANO GUSTAVO**”, Sala I, febrero 2017 (particular damnificado)
- e. “**BRAY Y PAREDES**”, Sala V, septiembre 2017 (particular damnificado)

D. POSIBILIDAD RECURSIVA DEL FISCAL DE RECURRIR CALIFICACIÓN, PENA Y PRESCRIPCIÓN.

- a. 101.081**
- b. 94.872**
- c. 95.464**
- d. 95.677**
- e. 100.840**

E. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22 BIS “DÍAZ VILLALBA”, SALA IV, JUNIO 2017.

F. RECUSACIÓN. SELECCIÓN DE JURADOS. IMPARCIALIDAD, “AREF”, SALA I, DICIEMBRE 2016.

G. JURADOS Y AGRAVANTES. “CARLI”, SALA II, MAYO 2021

H. INSTRUCCIONES AL JURADO:

- a. “GANDUGLIA”, Sala I, julio de 2016**
- b. “LLANO MÉNDEZ”, Sala I, noviembre de 2017**
- c. “ALVAREZ Y TELECHEA”**

I.- MODELO CONSTITUCIONAL ARGENTINO DE JUICIO POR JURADOS.

- a. “RUPPEL”, Sala I, Julio de 2017**

J.- VALORACIÓN PROBATORIA:

- a. “MAZZON”, Sala I, octubre de 2015**
- b. “CASTILLO”, Sala IV, agosto de 2016 -duda razonable-**
- c. “MONZÓN”, Sala IV, mayo de 2017, apreciación de la prueba, razonabilidad-**

- d. “RAMÍREZ”, Sala V, junio de 2017 revisión de la prueba, duda razonable
- e. “FERNÁNDEZ”, Sala III, junio de 2017, valoración de la prueba

K. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

I. PRECEDENTE FARINA

- a. CSJN Farina
- b. SCBA

1. P. 131.745 (VILLAFANE)
2. P. 132.525 (GODOY)

II. COMIENZO DE LA ACCIÓN PENAL.

Art. 63. Delitos permanentes y continuos. Dictamen: 132.978

III. CITACIÓN A JUICIO.

Dictamen: 133.664. Precedente SCBA: P. 125.100.

IV. CONCURSO IDEAL.

SCBA P. 130.792 (Orkzynski)

V. DELITO FIRME

- a. SCBA: P. 65.833 (delitos firmes por no ser cuestionados en el trámite recursivo).
- b. SCBA: 107.713 (cuestionamiento de las pautas de mensuración de la pena, impide firmeza) TCP “Prellezo”, causa N° 2.958, sentencia del 17/9/2009

L. DOCTRINA LEGAL DE LA SCBA

- a. **ALEVOSÍA** P. 121.491, P. 128.709
- b. **ENSAÑAMIENTO** P. 123.200, P. 124.816
- c. **REINCIDENCIA** P. 123.898, P. 131.478
- d. **HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA** P. 124.905
- e. Imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba
 - 1. En delitos con pena de inhabilitación: P. 125.430
 - 2. En delitos con violencia de género: P. 124.615
 - 3. En del delito de desobediencia: P. 130.377
- f. Alcances del artículo 41 Quáter del CP: P. 123.961
- g. Aplicación del artículo 52 del cp a los homicidios calificados: P. 122.963
- h. Tenencia de arma -arma descargada-: P. 123.960
- i. Vínculo de parejas -concepto-: P. 132.456, 133731
- j. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión: p. 120.176
- k. Corrupción de menores: P. 117.524
- l. Violencia de género. Estereotipos: P. 118.217, 132936.
- m. Valoración probatoria de la prueba de indicios P. 121.046
- n. Constitucionalidad del artículo 14 del cp -libertad condicional y delitos excluidos-: P. 133.372
- o. Circunstancias extraordinarias de atenuación y su improcedencia en delitos con violencia de género: p. 126.186
- p. Prisión perpetua. Límites máximos
 - a. SCBA 130.559 “Gómez”
 - b. Prisión preventiva (2x1 y su necesidad de haber efectivamente estado en prisión preventiva durante el periodo de esa ley) Dictámenes: 132.179 (Arias)

M. MEDIDAS DE SEGURIDAD. LÍMITES MÁXIMOS

- a. **CSJN ANTUÑA** -dictamen del Procurador General- Duración de las medidas de seguridad-

b. CSJN “R.M.J. s/ insania” – duración e instrumentación de las medidas de seguridad-

c. G.J.F.A. S/ RIL” SCBA P. 126.897 -Duración de las medidas de seguridad-
Protocolo de Actuación para aquellas personas incapaces de culpabilidad en conflicto con la ley penal” SCBA – octubre 2019-

a. “RODRÍGUEZ OCAMPO S/ HC”, Tribunal de Casación Penal, Sala I, causa número 77.898 -Duración de las medidas de seguridad-

b. “GONZÁLEZ JARA S/ RECURSO DE CASACIÓN”, Tribunal de Casación Penal, Sala IV, causa número 69.983 -Duración de las medidas de seguridad-

c. “PÉREZ ANDIARENA S/ RECURSO DE QUEJA”, Tribunal de Casación Penal, Sala IV, causa número 104.982 -Duración de las medidas de seguridad-

d. “TORBAY MANUEL S/ RECURSO DE CASACIÓN”, Tribunal de Casación Penal, Sala I, causa número 77.093 -Obligatoriedad de celebrar juicio-



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

ANEXO V



ANEXO V

PRIMER MÓDULO - ENLACES

Abuso Sexual Infantil y Prescripción – Sigrid Elisabeth Kunath -

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/ABUSO_SEXUAL_INFANTIL_Y_PRESCRIPCION-KUNATH.pdf

Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC) – La prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil – febrero 2021.

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/PRESCRIPCION_DE_LA_ACCION_PENAL_EN_CASOS_DE_ABUSO_SEXUAL_INFANTIL-CNCC-2021-JURISPRUDENCIA.pdf

Boletín de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC) - Estándares de valoración probatoria en casos de violencia de género - mayo 2021

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/ESTANDARES_VALORACION_PROBATORIA_EN_VIOLENCIA_DE_GENERO_CASACION_NACIONAL.pdf

Corte interamericana de derechos humanos -cuadernillo de jurisprudencia - derechos humanos y mujeres.

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/CIDH_DERECHOS_HUMANOS_Y_MUJERES.pdf

Perspectiva de género en la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de CABA – junio 2021

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/DOSSIER_PERSPECTIVA_DE_GENERO_CAMARA_NACIONAL_CASACION.pdf

Herramientas Jurisprudenciales para el litigio con perspectiva de género -INECIP- junio 2021.

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/HERRAMIENTAS_JURISPRUDENCIALES-VIOLENCIA_DE_GENERO-INECIP-PRIMER_BOLETIN.pdf

Jurisprudencia y doctrina sobre violencia sexual -UFEM-

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/JURISPRUDENCIA_Y_DOCTRINA_SOBRE_VIOLENCIA_SEXUAL_MPF_NACION.pdf

Corte Interamericana de Derecho Humanos -Cuadernillo número 5- niños y adolescentes -2018.

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/CIDH_NINOS_Y_ADOLESCENTES-2018-.pdf

SENTENCIAS

Prescripción y Abusos Sexuales – CNCC – sala III- Voto de Jantus

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/PRESCRIPCION_Y_ABUSOS_SEXUALES-CNCC-SALA_III_VOTO_JANTUS-FUNICELLI.pdf

Prescripción y Abusos Sexuales – CNCC – sala IV- Voto de Hornos

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/PRESCRIPCION_Y_ABUSOS_SEXUALES-CNCC-SALA_IV-VOTO_DE_HORNOS.pdf

Prescripción y abusos sexuales – Tribunal de Casación penal- sala I – Rovituso

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/SENTENCIA_ROVITUSO-SALA_I-CASACION.pdf

Vulnerabilidad y Estereotipos – Tribunal de Casación penal- sala I- Sentencia Rosalía Reyes-

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/ROSALIA_REYES-SENTENCIA_CASACION-VULNERABILIDAD.pdf

SEGUNDO MÓDULO - ENLACES

1. Legitimación recursiva del MPF ante la doble conformidad judicial.

SCBA P. 117.199

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/117199-Fallo_Orlando-Colman.pdf

SCBA P. 132.280 Y 133.392

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/132280-rechazo_del_RIL_FISCAL-falta_de_legitimidad.pdf

2. Legitimación Recursiva en el FRPJ por parte del Ministerio Público Fiscal.

SCBA P. 119.843

<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fcapacitacion->

repo.mpba.gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2Fp119843.doc&wdOrigin=BROWSELINK

SCBA P. 126.187

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fcapacitacion-repo.mpba.gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2Fp126187.doc&wdOrigin=BROWSELINK

3. Unificación de penas del FRPJ Y FM y su legitimación para recurrir por parte el MPF.

SCBA P. 123.476

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fcapacitacion-repo.mpba.gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2Fp123476.doc&wdOrigin=BROWSELINK

SCBA P. 131.562

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/131562.pdf

SCBA P. 132.328

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/P13232_1.pdf

4. Legitimación Recursiva del Ministerio Publico Tutelar.

CSJN: “Arteaga Catalán” y “Larena”

https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/CSJN-Larena.pdf

SCBA: P. 118.953

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fcapacitacion-repo.mpba.gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2Fp118953.doc&wdOrigin=BROWSELINK

gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2FSCBA-118953-Scherman.doc&wdOrigin=BROWSELINK

TCP: 72.619 (“Capute”), 86.469 (“Romero”) y 94.121 (“Quintas”)

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fcapacitacion-repo.mpba.gov.ar%2Frecursos_de_casacion%2FModulo_1%2FJ.E%2F3er%2FTCP-72619-Capute.docx&wdOrigin=BROWSELINK

5. Técnica en el recurso de queja ante la SCBA:

SCBA P. 133.313

[https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/REQ-133313-Calonje_\(sierra\)-rechazo-absolucion_de_CAyG_homicidio_culposo.pdf](https://capacitacion-repo.mpba.gov.ar/recursos_de_casacion/Modulo_1/J.E/3er/REQ-133313-Calonje_(sierra)-rechazo-absolucion_de_CAyG_homicidio_culposo.pdf)

