

DICTÁMENES PENALES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Javier Martín López Zavaleta

Coordinación: Iván Coleff, Adriana Dellagiustina y Martín García Berro

Colaboración: Martina Kriegler, Paula Phatouros y Macarena Ubios



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



Javier Martín López Zavaleta

**Dictámenes penales del
Ministerio Público Fiscal ante
el Tribunal Superior de Justicia**

Coordinación

Iván Coleff, Adriana Dellagiustina y Martín García Berro

Colaboración

Martina Kriegler, Paula Phatouros y Macarena Ubios



www.editorial.jusbares.gob.ar
editorial@jusbares.gob.ar
fb: /editorialjusbares
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Dictámenes penales del Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia; Contribuciones de Martina Kriegler; Paula Phatouros; Macarena Ubios; Compilación de Iván Coleff; Adriana Dellagiustina; Director Javier Martín López Zavaleta. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbares, 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-480-3

1. Dictámenes. I. Kriegler, Martina, colab. II. Phatouros, Paula, colab. III. Ubios, Macarena, colab. IV. Coleff, Iván, comp. V. Dellagiustina, Adriana, comp. VI. López Zavaleta, Javier Martín, dir.
CDD 340.1

© Editorial Jusbares, 2025

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidente:

Horacio Corti

Miembros:

Karina Leguizamón

Manuel Izura

Javier Alejandro Buján

Mariana Díaz

Alejandra García

Editorial Jusbares

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta

Edición: Analía V. Córdoba y Martha Barsuglia

Corrección: Julieta Richiello

Diseño: Esteban J. González



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidenta

Karina Leguizamón

Vicepresidente 1º

Horacio Corti

Vicepresidente 2º

Manuel Izura

Consejeros

Luis Duacastella Arbizu

Martín Converset

Marcelo Meis

Jorge Rizzo

Lorena Clienti

Gabriela Zangaro

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

Presentación	
Javier Martín López Zavaleta	11

CONTIENDAS DE COMPETENCIA

Delitos contra las personas	15
Distinción entre homicidio tentado y lesiones	15
Intervención estética y consecuencias tóxicas y nocivas para la salud	21
Delitos contra la libertad	29
Delitos contra la libertad individual	29
Violación de secretos y de la privacidad	37
Delitos contra la propiedad	47
Estafas y otras defraudaciones	47
Artículo 172 del Código Penal. Supuestos de ingeniería social	47
Artículo 172 del Código Penal. Acceso indebido a perfiles de redes sociales como parte del <i>iter criminis</i>	55
Fraude en perjuicio de la administración pública local	63
Usurpación	70
Delitos contra la administración pública	83
Usurpación de autoridad, títulos u honores	84
Recursos patrimoniales correspondientes a la administración pública local	92
Malversación de caudales públicos	100

Delitos contra la fe pública	107
Falsificación y uso de documento público	108
Documento público falso expedido en apariencia por autoridades de la CABA y cuya utilización se verificó en el ámbito porteño	108
Documento público falso expedido en apariencia por un organismo de extraña jurisdicción y cuya utilización se verificó en el ámbito porteño.....	113
Falsificación y uso de documento privado	120
Violencia de género	125
Intervención de un único tribunal	129
Archivo o sobreseimiento respecto de algunos hechos y posterior declinatoria por otros	136
Conexidad invocada respecto de causa anterior archivada	145
Declinatoria de competencia en etapa de juicio	153
Competencia para dictar medidas de protección. Ley N° 26485	161

RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE QUEJA

Avenimiento	173
Constitucionalidad del reenvío (art. 299 del CPPCABA)	189
Desobediencia a la orden de la propia detención	209
Desobediencia a medidas restrictivas	223
Falta de legitimación de la Asesoría Tutelar	237
Interrupción del plazo de prescripción de la acción penal	257
La actuación en juicio penal de los auxiliares fiscales y fiscales subrogantes	273
Legitimación de la CABA para recurrir en el proceso penal	313

Plazo máximo de la prisión preventiva cuando la condena aún no está firme	331
Plazo procesal para constituirse en parte querellante	341
Reparación integral del perjuicio	353
Suspensión del proceso a prueba con oposición fiscal	371
Suspensión del proceso a prueba con oposición del querellante	409
Tribunal Superior de Justicia como última instancia judicial de la Ciudad	425
Vencimiento de la IPP	455

Presentación

Este libro tiene por objeto dar a conocer a los operadores judiciales, los profesionales del derecho y, principalmente, a los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la mirada de este Ministerio Público Fiscal en materia de política criminal en los últimos cuatro años. A tal fin, fueron seleccionados los temas que, ya sea por la mayor complejidad que revistieron al momento de su abordaje, o bien por el interés que despertaron en la sociedad, representaron un desafío a nivel institucional.

Como resultado, el lector encontrará en esta obra diversos dictámenes de este Ministerio Público Fiscal, con motivo de su intervención ante el Tribunal Superior de Justicia, en los que se trataron innovados temas de fondo en ocasión de la interposición de una vía recursiva o de la sustanciación de un conflicto de competencia entre tribunales no federales con asiento en esta Ciudad.

No puedo dejar de destacar que cerca del ochenta por ciento de los casos en los que intervino este Ministerio Público Fiscal en materia penal y contravencional su postura tuvo acogida favorable por parte del Tribunal Superior al dictar sus fallos, en los que resolvió la cuestión traída a su conocimiento de manera coincidente; extremo que contribuyó a satisfacer el mandato constitucional de velar por los intereses generales de la sociedad y la normal prestación del servicio de justicia.

La elaboración de este libro no hubiese sido posible sin el aporte de las personas que trabajan en la dependencia y cuya labor ha sido esencial para darle forma a este trabajo. En este sentido, me gustaría agradecer a Iván Coleff, Adriana Dellagiustina y Martín García Berro por su invaluable ayuda en la selección de las temáticas abordadas en esta obra, y a Paula Phatouros, Martina Kriegler y Macarena Ubios por su tarea de recopilación y sistematización del material relevante. Finalmente, extendiendo mi gratitud a todos los integrantes la Oficina Letrada en lo Penal y Contravencional por la calidad y la celeridad en la producción de los proyectos de dictámenes que, sin lugar a dudas, elevan el estándar de eficiencia en las intervenciones ante el Tribunal Superior de Justicia.

Javier Martín López Zavaleta

Fiscal General Adjunto del
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Justicia de la CABA

CONTIENDAS DE COMPETENCIA

Delitos contra las personas

Distinción entre homicidio tentado y lesiones

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° INC 195944/2021-1,
“Incidente de incompetencia en autos
‘V. G., J. D. s/ 89 - Lesiones leves’”

CABA, 14 de octubre de 2021

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 26 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 27.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo del hecho presuntamente cometido el día 26 de agosto de 2021, a las 03.00 horas, en el interior del domicilio ubicado en la calle [...] de esta Ciudad, ocasión en la cual J. D. V. G., previo discutir con su entonces pareja A. M. C., le habría dado varios golpes de puño en su rostro y cabeza, para luego tomarla del cabello y tirarla al suelo. Acto seguido, J. D. V. G. habría agarrado nuevamente del cabello a A. M. C. y la habría sentado en la cama de su dormitorio, donde le habría propinado diversas patadas en sus piernas y tomado del cuello con ambas manos, para posteriormente levantarla y asfixiarla hasta que la nombrada perdió la conciencia.

Como consecuencia de la agresión física descripta, la damnificada habría sufrido diferentes lesiones contusas de tipo excoriativas

y equimóticas en su cuello, brazo derecho, muslo derecho, pierna izquierda y muslo izquierdo que, según se determinó, en caso de no mediar complicaciones habrían de sanar en un lapso menor a un mes; asimismo, A. M. C. debió concurrir a la Clínica S. I., donde el Dr. Z. F. le prescribió diclofenac con pridinol –analgésico y relajante muscular– en atención a las heridas constatadas (v. informe médico de fs. 46/50 del legajo digital).

Arribado el caso al fuero local y a pedido de la auxiliar fiscal interviniente, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 26, interinamente a cargo del Dr. Rodolfo Ariza Clerici, declinó su competencia en favor de la Justicia Criminal y Correccional, con fundamento en que el hecho denunciado configuraría *prima facie* el delito de homicidio en grado de tentativa, agravado por el vínculo y por haber sido perpetrado contra una mujer mediando violencia de género (conf. arts. 42 y 80, incs. 1° y 11, del Código Penal), ilícito que aún se encuentra reservado a la órbita de la Justicia Nacional por no haber sido incluido en ninguno de los Convenios de Transferencia de Competencias Penales a la CABA.

En esta dirección, el magistrado local sostuvo que, de la denuncia efectuada por la Sra. A. M. C., surgía que la conducta del imputado habría tenido por fin atentar contra la vida de la nombrada, circunstancia que se evidenciaba en el desvanecimiento de la denunciante, que habría sido consecuencia de la asfixia provocada por J. D. V. G. al sujetarla de su cuello.

A su turno, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 27, a cargo del Dr. Alberto Baños, no aceptó la competencia atribuida, al entender que el suceso investigado encontraba adecuación típica en el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo (conf. arts. 89, en función de lo normado por los arts. 92 y 80, inc. 1°, del CP), para lo cual argumentó que la violencia y la mecánica del supuesto ataque no permitían inferir por sí solas que la voluntad del denunciado fuera dar muerte a su entonces pareja; al contrario, expresó que, de haber existido un dolo homicida, J. D. V. G. hubiese prolongado la sujeción del cuello hasta lograr tal objetivo.

Devuelto el legajo al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 26, el Dr. Ariza Clerici mantuvo su cri-

terio, tuvo por trabada la contienda de competencia y elevó las actuaciones al Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, corresponde considerar que, de una lectura pormenorizada de las constancias del legajo, surge que la conducta atribuida a J. D. V. G. resulta subsumible en el delito de homicidio en grado de tentativa, agravado por el vínculo y por haber sido perpetrado contra una mujer mediando violencia de género (conf. arts. 42 y 80, incisos 1° y 11, del CP), cuya investigación y juzgamiento se encuentra reservada a la Justicia Nacional por no haber sido incluida hasta la fecha en ninguno de los Convenios de Traspaso de la Competencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrados.

Con relación al contexto de violencia referido, cabe recordar la necesidad de que los/las operadores/as judiciales realicen un abordaje integral del conflicto y con perspectiva de género, de conformidad con los compromisos asumidos por la República Argentina para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, a través de instrumentos como la Convención de “Belém do Pará”, la Ley de Protección Integral a las Mujeres y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Leyes N° 24632, 26485 y 24417, respectivamente).

Sentado lo precedente, de conformidad con lo expuesto por el magistrado declinante, la maniobra presuntamente desplegada por V. G., consistente en agarrar con ambas manos y ejercer presión sobre el cuello de la Sra. A. M. C., al extremo de provocar su desvanecimiento, no pudo haber tenido otro fin que interrumpir el proceso vital de respiración de la damnificada, circunstancia que revela inequívocamente el dolo directo que habría tenido el inculpatado de concretar un femicidio, dado que la maniobra empleada –estrangulación–, sumada a la vulnerabilidad y delicadeza de la zona agredida, sería razonablemente apta para causar el deceso.

Por otra parte, en orden a la postura que aquí propongo, no puedo dejar de recordar el criterio coincidente expuesto por el Sr. Fiscal General, Dr. Juan Bautista Mahiques, en la Resolución Fiscalía General N° 65/21, en la cual sostuvo que en las investigaciones por hechos caracterizados preliminarmente como lesiones, que luego dan lugar a imputaciones por tentativa de femicidio –como el presente–, deviene

imperativo que la pesquisa contemple desde el primer momento la hipótesis más amplia; “y que incluya aquellas diligencias conducentes para posibilitar la acusación del victimario por el delito más grave”.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que, en las circunstancias del caso, la versión brindada por la víctima resulta suficiente en orden a la delimitación del hecho y la determinación de su significación jurídica y, consecuentemente, del tribunal competente para continuar con la investigación, a cuyo respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho de manera inveterada que “[s]i las declaraciones de la víctima resultan verosímiles, pueden ser tenidas en cuenta para determinar la competencia en la medida en que no se encuentren desvirtuadas por otros elementos de la causa” (conf. dictamen del Procurador General al que remitió la Corte en Competencia CCC 9933/2014/1/CS1, “Ramírez Álvarez, Andrés y otros s/ Incidente de incompetencia”, resuelta el 23/6/15, con cita de Fallos: 329:4345), doctrina que resulta de aplicación al supuesto de autos.

IV.

Por los argumentos brindados en el acápite que antecede, opino que debe declararse la competencia del Poder Judicial de la Nación para continuar con la investigación del hecho que dio origen a este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 270-2021

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En numerosos casos de contiendas de competencia sometidos a decisión del Tribunal Superior de Justicia, conforme la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso “Bazán”, la controversia gira en torno a la determinación en hechos de violencia acerca de la confi-

guración del delito de homicidio en grado de tentativa –art. 79, en función del art. 42, del CP, de competencia de la justicia nacional– o bien del encuadramiento del suceso en la figura de lesiones –art. 89 y ss., de competencia de los tribunales de la CABA–.

El Ministerio Público Fiscal de la CABA ha adoptado como postura la necesidad de dirigir las investigaciones hacia la hipótesis más grave –lo que incluso ha sido establecido en carácter de criterio general de actuación–, y así posibilitar la reunión de la mayor cantidad de elementos para luego, sobre la base de su adecuado análisis, definir o delimitar la imputación y la forma en que habrá de solucionarse el conflicto que deriva de la comisión de un delito.

Esta postura fue reproducida tanto en los casos enmarcados en un contexto de violencia de género –el transcripto– como en otros en los que no se trataba de esa temática, lo que encuentra explicación en que el eje central del criterio no se define, exclusivamente, con relación a la especial situación de vulnerabilidad que se observa en ese tipo de casos, sino que deriva de una objetiva valoración de las características propias del hecho investigado.

Así, cuando estas particularidades impiden descartar el dolo homicida en el ataque atribuido al imputado, es imperativo dirigir la investigación bajo la figura de femicidio u homicidio simple, ambos en grado de tentativa.

Para la determinación de tal circunstancia resulta fundamental atender a la zona del cuerpo humano a la que se dirige el ataque. Así, si se trata de una zona vital del cuerpo de la víctima, no resulta procedente descartar *ab initio* la concurrencia del dolo exigido por la figura del artículo 79 del CP.

Por lo expuesto, el Dr. Juan Bautista Mahiques en la resolución de Fiscalía General N° 65/2021 estableció para los casos de violencia de género –aunque sentó una postura de aconsejable aplicación también a otros supuestos– que en las investigaciones por hechos caracterizados preliminarmente –como lesiones– es imperativo que la pesquisa contemple, desde el primer momento, la hipótesis más amplia y que incluya aquellas diligencias conducentes para posibilitar la acusación por el delito más grave.

En el caso aquí analizado, de manera concordante con la dirección indicada, se tuvo en cuenta que el ataque afectó una parte vital

del cuerpo de la víctima; razón por la cual limitar la imputación bajo el supuesto de lesiones implicaba recortar, de forma inadecuada, el análisis del hecho objeto de investigación.

Al respecto consideré, desde un punto de vista meramente objetivo, que cuando la agresión es seria y se dirige a zonas sensibles o vitales del cuerpo humano es posible inferir, sin mayores dificultades, la finalidad de atentar contra la vida de la víctima, es decir, la intención de concretar –según el caso– un femicidio u homicidio.

Los supuestos abarcados incluyen: ejercer presión sobre el cuello y cortar la respiración de la víctima –cfr. dictamen transcripto– o que pierda el conocimiento con ese accionar –cfr. Dictamen FGA N° 334/2022 emitido con fecha 19/09/2022 en marco del Expte. N° 195944/2021–1; y Dictamen N° 97/2024 emitido con fecha 08/04/2024 en el Expte. N° 22344/2024–, un disparo en una zona contigua a aquellas de sumo riesgo para la vida (ingle) –cfr. Dictamen FGA N° 281/2022 emitido con fecha 15/07/2022 en el marco del Expte. N° 183287/2020–, puñaladas con arma blanca en el abdomen –cfr. Dictamen N° 196/2022 emitido con fecha 16/05/2022 en el marco del Expte. N° 137572/2021–1, entre tantos otros.

En todos los casos mencionados sostuve que las circunstancias descriptas resultaban suficientes, cuanto menos en principio y en la etapa embrionaria en que se hallaban las respectivas investigaciones, para encuadrar el hecho en el delito de femicidio u homicidio en grado de tentativa, cuyo juzgamiento le corresponde al fuero nacional, al no haber sido esa figura penal incluida en ninguno de los convenios de transferencia de la competencia.

Finalmente, destaqué que la determinación precisa de las circunstancias en que el hecho tuvo lugar –entre ellas, la acreditación de la totalidad de los elementos típicos, tanto objetivos como subjetivos– debía ser objeto de sustanciación por parte de la justicia criminal y correccional que, asimismo, es la que podía –y puede– expedirse sobre el fondo del asunto, aun si el caso derivara hacia figuras penales transferidas al ámbito local (conf. Expte. N° 16368/19 “Giordano, Hugo Orlando”, sentencia del 25/10/19).

En todos los precedentes citados, el Tribunal Superior de la CABA adhirió a la postura aquí propiciada y resolvió la competencia de los tribunales nacionales, a partir de remitirse a los fundamentos vertidos

por el suscripto (sentencias de fecha 16/03/2022, 14/12/2022, 05/06/2024, 15/09/2022 y 24/08/2022, en Exptes. N° 19544/2021-1, 292208/2022-1, 22344/2024, 183287/2022 y 137572/2021, respectivamente).

Intervención estética y consecuencias tóxicas y nocivas para la salud

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 276198/2023-0 “Incidente de Competencia en autos ‘Lotocki, Aníbal Rubén s/ 94. Lesiones culposas y otros s/ conflicto de competencia”

CABA, 2 de marzo de 2024

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 9.

II.

Estas actuaciones han tenido su origen como consecuencia de la recepción en la Oficina de Sorteos de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de un correo electrónico con una presentación encabezada por la Sra. A. R., cuyo objeto era denunciar a Aníbal Rubén Lotocki “por la comisión (o comisión por omisión) del delito previsto y tipificado en el art. 80 inc. 2 del Código Penal [...] de tentativa de homicidio agravado

con dolo eventual... sin perjuicio de otras calificaciones u otras personas que del devenir de la investigación puedan surgir”.

Indicó la denunciante que, durante el año 2009, el Dr. Aníbal Lotocki le realizó una intervención quirúrgica en sus glúteos. Para ese entonces, la Sra. R. residía en los Estados Unidos de América y viajó a la Argentina para que el médico le realizara dicha intervención; específicamente arribó al país el 19 de agosto del 2009 y regresó a EE. UU. el 15 de septiembre 2009. Según el relato de la víctima, el Dr. Lotocki introdujo en su cuerpo el producto metacril o metacrilato, sin informarle al respecto y por ende sin su consentimiento. Esto le trajo diversos problemas de salud hasta que en febrero del 2016 fue internada en el Hospital Mount Sinaí. Allí fue donde descubrieron que sus trastornos de salud eran generados por el producto tóxico que estaba dentro de su cuerpo el cual le produjo granulomas y piedras en los riñones. Los médicos tomaron la decisión de operarla de emergencia, pero le advirtieron que debían volver a hacerlo ya que en una sola intervención no iba a ser posible quitarle todas las piedras formadas en sus riñones.

Nuevamente la intervinieron quirúrgicamente el 19 abril 2016, oportunidad en la que le realizaron un reemplazo de catéteres en los dos riñones y láser para disolver las piedras. Luego, el día 12 de mayo de 2016, le realizaron una tercera operación en la que observaron que salía de su cuerpo una especie de polvillo que no era normal. El 23 de mayo del 2016, fue operada nuevamente por el Dr. Fabián Pérez Rivera para intentar retirarle el producto tóxico de su cuerpo, logrando solo hacerlo en aproximadamente entre un 20% y un 30% del mismo.

La denunciante refirió que las consecuencias directas de la intervención de Lotocki sobre su cuerpo son: 1) problemas de angustia y de salud mental; 2) sensación de muerte, en particular después del deceso de Silvina Luna; 3) granulomas; y 4) piedras en los riñones.

Originalmente intervino en el caso la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional N° 37, donde se circunscribió el objeto procesal conforme lo manifestado por la denunciante, pero sin calificar jurídicamente la conducta. Asimismo, la fiscal requirió al titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 9 que remitiera el caso al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60, por conexidad, lo que así ocurrió. Por su parte, el titular de este último, Dr. Luis Schelgel, aceptó la competencia.

En estas condiciones, la defensa de Lotocki planteó tanto la prescripción de la acción penal como la incompetencia del fuero nacional para continuar con la tramitación del caso. El Sr. Fiscal coincidió con la postura de la defensa en cuanto a la declinatoria de competencia, pero, respecto de la eventual prescripción de la acción, sostuvo que correspondía que ello fuera resuelto por el juez natural de la causa.

En oportunidad de resolver, el Dr. Schelgel decidió “Declinar la competencia de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60, en la causa N° 58646/23, en relación a la intervención médica que A. R. endilgó a Aníbal Rubén Lotocki, a favor de la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Para así decidir, el magistrado nacional descartó que la conducta reprochada pudiera subsumirse, como lo pretendía la denunciante, bajo el tipo penal de homicidio calificado por envenenamiento en grado de tentativa (arts. 42, 79 y 80 inciso 2° del Código Penal), a la vez que entendió que la hipótesis criminal investigativa estaba constituida por “[...] los efectos que el material colocado habría provocado en la salud de R., los cuales solamente podrían encuadrar dentro del Capítulo II, Título I de los Delitos contra las Personas del Libro Segundo del CP, es decir, constituir el delito de lesiones en cualquiera de sus formas (arts. 89 a 94 del CP), conforme se establezca”. En tal sentido y de conformidad con los diferentes convenios de transferencia de competencias penales, se sostuvo que correspondía a este fuero local continuar con la tramitación del caso.

Por otra parte, respecto del planteo de prescripción de la acción penal introducido por la defensa, el Dr. Schelgel entendió, al igual que el fiscal, que la cuestión debía ser resuelta por quien resulte materialmente competente a fin de que su decisión no adolezca de vicios que la tornen nula.

Arribado el caso a este fuero local, el Dr. Federico Tropea, titular de la Fiscalía en lo Penal Contravencional y de Faltas N° 15, postuló el rechazo de la competencia asignada, pues entendió que la declinatoria resultaba prematura. Esta postura fue receptada por la Dra. María Laura Martínez Vega, jueza a cargo del Juzgado en lo Penal Contravencional y de Faltas N° 9, quien decidió rechazar la competencia atribuida por el juez nacional.

Devueltas las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60, su titular mantuvo la postura, dio por trabada la

contienda de competencia negativa y elevó el caso al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III.

Analizadas las circunstancias del caso, adelanto mi postura en cuanto a que le asiste razón a los magistrados locales respecto de que el caso debe continuar tramitando ante la justicia nacional.

En primer lugar, es cierto que la investigación aún se encuentra en un estado incipiente, circunstancia que dificulta la realización de un análisis de subsunción típica de acuerdo a los tipos penales en pugna. Nótese que para ello resultaría necesario profundizar no solo en cuestiones que hacen a la tipicidad objetiva de la conducta, sino también en el aspecto subjetivo vinculado a los conocimientos especiales que pudo haber tenido el imputado respecto de las eventuales consecuencias dañosas del elemento introducido tanto en el cuerpo de la víctima como en el de otras pacientes en similares condiciones.

Por cierto, es aquí donde adquiere especial relevancia un segundo aspecto que inclina definitivamente mi postura. Recibidas las actuaciones en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 9, su titular remitió el caso al Juzgado Criminal y Correccional N° 60, pues entendió que entre esta causa y aquellas seguidas contra Aníbal Lotocki ante el mismo tribunal, se configuraba la hipótesis de conexidad prevista en el artículo 41, inc. 3°, del Código Procesal Penal –Ley N° 23984–, y que correspondía la aplicación del art. 42, inc. 1 del mencionado Código, por lo que la competencia fue asumida por el último tribunal referido.

A su vez, consta en el legajo, una certificación del secretario ad hoc del juzgado hoy declinante, en el que se da cuenta de los diversos procesos seguidos contra el imputado Lotocki que, en su gran mayoría, tramitan o han tramitado por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60 –cfr. pp. 278 a 282 de las copias acompañadas–.

La intervención de la justicia nacional en casos similares al presente, independientemente de la calificación legal que en definitiva se le asigne a este hecho como consecuencia de la profundización de la pesquisa, tiene como eje no solo la circunstancia de tratarse del mismo imputado –identidad subjetiva–, sino también la existencia de una clara comunidad probatoria entre todos ellos. Por lo demás, resulta innegable el grado de conocimiento ya adquirido por aquella sede respecto

de los hechos conexos, lo que torna necesario, conforme criterios de buena administración de justicia, la continuación del proceso en aquella jurisdicción.

Sin perjuicio de lo expuesto y, más allá de que la investigación del hecho habilite su imputación en tipos penales transferidos a este fuero local, tampoco existiría impedimento para que la justicia nacional se expida sobre el fondo del asunto, en tanto, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “[...]órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”, debiendo tenerse en cuenta que “[r]azones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” –conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60 para continuar con la investigación de los hechos que dieron origen a este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 29–2024

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Como ya se dijo, la Ley N° 26702 establece la aplicación obligatoria del CPPN para dirimir conflictos de jurisdicción, competencia y conexidad entre los tribunales nacionales y los de esta Ciudad.

Así, tras verificarse alguna de las hipótesis de conexidad, razones de mejor y más eficiente administración de justicia indican la conveniencia de unificar ante un mismo tribunal la investigación de los delitos conexos, por lo que debe asignarse competencia de acuerdo con las reglas del citado ordenamiento procesal; parámetros a los que hace excepción los supuestos de violencia de género, en que es conveniente la atribución del conocimiento del caso al tribunal que primero tomó contacto con el conflicto de violencia en el que se enmarcan los distintos hechos.

El caso transcripto presenta algunas particularidades que abordaré.

En el marco de las diversas denuncias efectuadas contra el imputado Lotocki por la comisión (o comisión por omisión) del delito previsto y tipificado en el art. 80, inc. 2, del CP de tentativa de homicidio agravado con dolo eventual, la justicia nacional procedió a su acumulación ante el juzgado N° 60.

Dicho tribunal aceptó tomar conocimiento en todos los casos en los que las damnificadas acusaban al aquí imputado de provocarles trastornos de salud por la introducción en sus cuerpos del producto metracril –o metracrilato–, determinó el objeto de investigación –sin subsumirlo en ninguna calificación jurídica– y luego remitió uno de esos procesos a la órbita de la CABA, ya que, a su criterio, el hecho denunciado no configuraba el ilícito propuesto por la víctima –tentativa de homicidio calificado por envenenamiento–, sino que correspondía encuadrarlo bajo alguna de las formas de lesiones, cuyo investigación y juzgamiento le correspondía al ámbito capitalino.

No obstante indicar que la declinatoria efectuada resultaba prematura, toda vez que de las constancias del caso no era posible definir la calificación legal que cabía asignarle al hecho, lo que de por sí determinaba la continuidad de la intervención de la justicia nacional, se hizo hincapié en que el juzgado interviniente de ese fuero había aceptado –con anterioridad a la contienda suscitada– que la identidad subjetiva y la comunidad probatoria existente entre los distintos casos que tramitaban en ese tribunal reclamaban una sustanciación conjunta.

Así, haber aceptado el conocimiento de todos los procesos seguidos contra Lotocki por denuncias vinculadas con hechos similares exigía la continuación del caso ante el magistrado nacional interviniente, con independencia de la calificación legal que le fuera asignada al su-

ceso, ya que ese fuero podría igualmente expedirse sobre el fondo del asunto –conf. doctrina del TSJ en el caso “Giordano”–.

En resumidas cuentas, sostuve que el reconocimiento de la conexión y de la conveniencia de la acumulación de las causas existentes en contra del mismo imputado ante el juzgado declinante tornaba inconveniente la escisión de las investigaciones, a la vez que afectaba el criterio de buena administración de justicia, en razón del grado de conocimiento adquirido en el fuero criminal y correccional.

El Tribunal Superior compartió los argumentos esbozados por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, y declaró la competencia del tribunal nacional (conf. Expte. TSJ N° 276198/2023, sentencia del 17/04/2024).

Delitos contra la libertad

Delitos contra la libertad individual

En estos años que estoy cargo de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional se han suscitado numerosos conflictos de competencia entre la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, y la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, a partir de la discrepancia en la calificación jurídica otorgada a ciertas intimidaciones, susceptibles de ser enmarcadas dentro de los delitos contra la libertad, que conformaban el objeto del proceso penal.

En la mayoría de estos casos, la discusión pasaba por establecer si las frases proferidas por la persona denunciada configuraban el delito de amenazas simples (art. 149 bis, 1° párr., CP), cuyo conocimiento fue transferido mediante la Ley N° 26357 a los órganos jurisdiccionales locales, o bien constituían el delito de coacción (art. 149 bis, 2° párr., CP), aún reservado al ámbito de competencia de los tribunales nacionales.

Como se podrá apreciar a continuación, para diferenciar una figura de la otra, y así proponer una solución a las controversias en las que debía expedirme, elaboré un criterio de distinción sobre la base de las consideraciones efectuadas en la materia por reconocidos doctrinarios.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 371631/2022-1, “Incidente de incompetencia en autos”

CABA, 29 de junio de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 18 y el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 31.

II.

Se inician las presentes actuaciones con la denuncia efectuada el día 1° de diciembre de 2022, por L. A. C., ante el Centro de Justicia de la Mujer, desde donde se estableció contacto con la Oficina Central Receptora de Denuncias del Ministerio Público Fiscal, a los fines de que se procediera a asentarla.

En dicha oportunidad, L. A. C. expuso que el día anterior –30 de noviembre de 2022–, a las 14.00 hs. aproximadamente, recibió una llamada desde el abonado N° [...] perteneciente a P. de los Á. V., hija de D. A. V., esposo fallecido de la denunciante, quien reside en la provincia de Neuquén, refiriéndole “ya sabes lo que hay que hacer con vos”, “no te voy a dejar en paz, te vamos a mandar a matar, la casa no es tuya”.

La denunciante hizo saber que, desde el 20 de diciembre de 2021, cuando murió su cónyuge, los hijos de él –P. de los Á. V., C. V., N. V., E. V., D. V. y S. V.– comenzaron a amenazarla y hostigarla a través de WhatsApp y llamados telefónicos, a fin de que haga entrega de la casa de su esposo fallecido, como así también para que tramite la anulación del matrimonio contraído. Asimismo, relató haber denunciado esos

hechos en la provincia de Neuquén, jurisdicción donde acontecieron, y que, a raíz de esta situación se vio obligada a mudarse a esta Ciudad en febrero del corriente año, donde recibió nuevamente amenazas, entre ellas, la que diera origen a estas actuaciones.

Con fecha 14 de diciembre de 2022, el Dr. Walter E. López, Fiscal a cargo de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 17 subsumió la conducta en las previsiones de amenazas coactivas, del art. 149 bis, segundo párrafo, del CP.

Con fecha 7 de febrero de 2023, la titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 31, Dra. Susana Beatriz Parada, a pedido del representante del Ministerio Público Fiscal y, por coincidir con la calificación legal escogida, declaró la incompetencia en razón de la materia, para lo cual señaló “... que surge que la encausada presuntamente habría coaccionado a la víctima al referirle que ‘... ya sabes lo que hay que hacer con vos’, ‘no te voy a dejar en paz, te vamos a mandar a matar, la casa no es tuya’, con la finalidad de que la denunciante le entregara la casa en la que habría vivido con su esposo ya fallecido y para que la Sra. C. anulara el matrimonio contraído con el padre de la imputada y así, resulta evidente que la intención de la denunciada habría sido generar alarma o amedrentar a la víctima con el fin de que aquella realice algo contra su voluntad, por lo que constituye el delito comprendido en el artículo 149 bis segundo párrafo del Código Penal”.

Arribado el caso al fuero Nacional en lo Criminal y Correccional, la magistrada a cargo del Juzgado N° 18 rechazó la competencia atribuida. Principalmente, argumentó que la declinatoria intentada resultaba prematura, dado que no se había producido ninguna medida de prueba, como la declaración testimonial de la Sra. L. A. C. Al mismo tiempo, sostuvo que “... de acuerdo a las valoraciones efectuadas (...) en consonancia con la vasta jurisprudencia del más Alto Tribunal (...) por carecer la presente de una investigación –mínima– previa que determine las circunstancias antes mencionadas”, correspondía devolver las actuaciones al fuero local.

Devuelto el legajo al Juzgado PCyF N° 31, la Dra. Parada insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y, elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

Adelanto que, en mi opinión, el caso debe continuar tramitando ante la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Así, tal como fueron descriptos los hechos por la denunciante y, sin perjuicio de lo señalado por la magistrada Nacional en lo referente al trámite impreso al legajo, considero que estos encuentran adecuación en la figura de amenazas simples –art. 149 bis primer párrafo del CP–, cuya investigación y juzgamiento corresponde a la competencia de la Justicia de la Ciudad.

Cabe remarcar, que de las constancias del caso no es dable advertir en las frases expresadas por P. de los Á. V. a la Sra. L. A. C. la concurrencia de los elementos requeridos por el tipo de coacción, debido a que la nombrada no habría efectuado una exigencia dirigida a la damnificada para que adopte una conducta que se concrete en un hacer o dejar de hacer o no hacer algo.

En ese sentido, resulta fundamental recordar que, para que se configure el tipo penal de las amenazas coactivas, la amenaza tiene que constituir para el agente el medio de obtener una determinada conducta de la víctima: hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

En cuanto a la diferencia entre las amenazas y las coacciones, la doctrina ha indicado que en las amenazas simples “[...] el mal amenazado es un fin en sí mismo; en cambio, en la coacción, la exigencia modifica los elementos de manera esencial, más allá de los elementos comunes que ambos delitos tienen. Las amenazas resultan ser un medio para el logro de un fin, a las amenazas en sí mismas, que se trasluce en una obligación ilegal de hacer o no hacer algo, por parte de la víctima. En las amenazas se atenta contra la libertad o la tranquilidad espiritual del sujeto pasivo (víctima). En las coacciones, la libertad de determinación del individuo se anula, toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo [...]” (conf. Donna, Edgardo, *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II A, Santa-Fe, Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 254).

Sobre estas premisas y, sin perjuicio de los argumentos esbozados por la jueza local, advierto que el tenor de las amenazas proferidas consistentes en: “ya sabes lo que hay que hacer con vos” y “no te voy a dejar en paz, te vamos a mandar a matar, la casa no es tuya”, carecen

del contenido coactivo exigido para la declinatoria, más allá de que la denunciante haya expuesto un conflicto con los hijos de su esposo fallecido relativo a los derechos sobre un inmueble y puntualizado que las amenazas vertidas se vinculan con tal cuestión.

Es decir que, las frases aludidas carecen de la entidad suficiente para generar el efecto determinante al punto de anular la voluntad de la Sra. L. A. C., como lo exige la doctrina citada, de modo tal que, entonces, cabe concluir que habrían sido empleadas con el único propósito de “alarmar y amedrentar”, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 bis, 1º párr., del Código Penal.

En efecto, y toda vez que el delito de amenazas simples fue trasladado al ámbito de la Justicia de la Ciudad (mediante el Segundo Convenio de Transferencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por Ley nacional N° 26357 y Ley local N° 2257), corresponde darle intervención al Poder Judicial de la Ciudad en estas actuaciones.

Finalmente, deviene pertinente recordar que en el supuesto de que el curso de la investigación pudiera derivar hacia figuras no incluidas en el marco de la transferencia de competencia a los tribunales de la Ciudad, ello no constituiría un impedimento para que la justicia local se expida sobre el fondo del asunto en tanto, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “[...] órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia [...]”, pudiendo el tribunal al que se hubiera atribuido competencia decidir “[...] con independencia de la delimitación trazada por los convenios”, debiendo tenerse en cuenta que “Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” –conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos ‘Giordano, Hugo Orlando y otros s/ Infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I’, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

IV.

En razón de lo expuesto, corresponde disponer que continúe entendiendo en el caso el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 31 que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 183-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Preliminarmente, a efecto de distinguir la amenaza simple de la coacción, cabe recordar que, en el primer caso, la intimidación tiene por objeto alarmar y amedrentar al sujeto pasivo (art. 149 bis, 1° párr., CP), mientras que, en el segundo supuesto, la amenaza constituye para el agente el medio empleado para obtener una determinada conducta de la víctima: hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad (art. 149 bis, 2° párr., CP).

Dicho de otra forma, en las amenazas simples el mal amenazado es un fin en sí mismo; en cambio, en la coacción, las amenazas son un medio para el logro de un propósito, que se traduce en la obligación ilegalmente impuesta a la víctima, de hacer o no hacer algo.

Sobre tales aspectos, la doctrina tiene dicho que

... en las amenazas se atenta contra la libertad o la tranquilidad espiritual del sujeto pasivo (víctima). En las coacciones, la libertad de determinación del individuo se anula, toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo.¹

Así pues, en función de lo expuesto, es posible concluir que para que se configure el tipo de la coacción los dichos intimidatorios deben revestir entidad suficiente para provocar en la víctima la evidente

1. Donna, Edgardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. II A, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 254.

sensación de que su voluntad se encuentra anulada en virtud del contenido de las manifestaciones del sujeto activo. Consecuentemente, la intención de anular la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo es lo que distingue a la amenaza coactiva de la simple.

Este mayor grado de ataque en la voluntad de la víctima explica también la tan diversa escala punitiva prevista en el Código de fondo para ambas figuras penales. En efecto, el mínimo de la sanción penal establecida para la coacción es cuatro veces mayor a aquella contemplada para las amenazas simples. Así pues, si bien en ciertas ocasiones el límite entre sendos tipos penales es difuso, deviene necesario ser prudente al momento de calificar la intimidación acontecida, pues tal significación jurídica tiene obvias consecuencias jurídicas en la mensuración de la pena a aplicar.

A partir de tales premisas, en el caso de referencia, concluí que las frases presuntamente proferidas por la denunciada carecían del contenido coactivo exigido por la figura penal agravada, pues en ellas no se advertía una exigencia dirigida a la damnificada a efecto de que adopte una conducta que se concrete en un hacer o no hacer algo.

Por tal motivo, en el entendimiento de que el suceso denunciado encuadraba en el delito de amenazas simples, cuyo conocimiento fue traspasado al ámbito local, postulé la asignación del caso al Poder Judicial de la CABA.

A su turno, el Tribunal Superior de Justicia declaró la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas contendiente, para lo cual se remitió a los argumentos esbozados por la Fiscalía General Adjunta.

El señalado criterio de distinción fue empleado por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, al dictaminar –entre otras ocasiones– en el expediente TSJ N° 43824/2023–O “T.B., E. J.” (Dictamen FGA N° 143–2023, emitido con fecha 30/05/2023), en cuya ocasión postuló la competencia de los tribunales locales. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia dirimió la controversia en el sentido propiciado por el suscripto (sentencia del 12/07/2023).

Para finalizar con este tema quiero destacar que, en determinados conflictos de competencia como los anteriormente citados, advertí que las frases intimidantes objeto de investigación penal –en principio– habían sido empleadas con el propósito de compeler a la

víctima “a hacer abandono de los lugares de su residencia habitual”, supuesto que fue contemplado como circunstancia agravante de la figura coactiva (conf. art. 149 ter, inciso 2° b, del CP).

Uno de estos casos es el Expte. TSJ N° 14288/2020-1 “Bonono”. Allí, se denunció a G.B. por haber amenazado a quien revestía el carácter de inquilina en un inmueble de su propiedad. Según lo declarado por la denunciante, la propietaria le habría expresado “paga lo que debes, porque de lo contrario voy a entrar a la casa y los voy a sacar a la fuerza” (sic), para luego presentarse en el domicilio locado junto con otras cuatro personas “para apretarla”, frente a lo cual la damnificada –por temor– habría pagado una suma de dinero y abandonado la vivienda.

En tal ocasión, previo recordar las disposiciones del referido art. 149 ter, inciso 2 “b”, del Código Penal, señalé que “por residencia habitual” debía entenderse el asiento geográfico donde se desarrolla la vida personal o familiar del sujeto pasivo² mientras que, para la consumación de la hipótesis calificante, no era necesario que la víctima haga un efectivo abandono de su morada, más allá de que tal propósito había sido alcanzado en el caso citado.

Sin perjuicio de lo expuesto, fuera que la denunciada persiguiera la entrega de dinero –para saldar una supuesta deuda–, el abandono por parte de la inquilina del inmueble locado, o bien buscara satisfacer ambos propósitos, concluí que era claro el designio de imponer a la damnificada que lleve a cabo una acción en contra de su voluntad; circunstancia que situaba al hecho en delitos no transferidos al ámbito local, por lo que propicié la atribución del conocimiento del caso a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional (Dictamen FGA N° 134/2020, 04/11/2020).

A su turno, dos de los jueces del Tribunal Superior de Justicia –Luis F. Lozano y Alicia E. Ruiz– remitieron al emitir su voto a los fundamentos expuestos por el suscripto, mientras que la mayoría conformada por el voto conjunto de los jueces Inés M. Weinberg, Marcela De Langhe y Santiago Otamendi declaró la competencia del tribunal nacional contendiente, en función de “la probabilidad de progreso del encuadre legal de los hechos en el delito de amenazas coactivas” (sentencia del 19/05/2021).

2. Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia*, 2ª Ed. actualizada, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 745.

Violación de secretos y de la privacidad

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 282152/2023-0, “Incidente de competencia en autos NN, sobre 153 bis. Acceso sin autorización a un sistema o dato informático de acceso restringido s/ conflicto de competencia”

CABA, 2 de marzo de 2024

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 9 y el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron el 10 de octubre de 2023 a resultas de la denuncia efectuada por Sergio Javier De Polo ante la Oficina Receptora del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad.

En dicha ocasión, y al momento de ratificar y ampliar sus dichos ante la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional N° 37 –cfr. 196 bis CPPN–, el denunciante expuso que era responsable de la seguridad de la información de la empresa Garantizar SGR y que, a principios del mes de octubre de 2023, tres áreas de la compañía (RRII, Área de Procesos de Gerencia de Sistemas, y Gerencia de Nuevos Proyectos) informaron acerca de la existencia de un sitio llamado “Encuesta ONLINE” vinculado con la empresa, pero que no fue creado por ellos.

Al advertir esa circunstancia, iniciaron un proceso de investigación interna, que concluyó en la formación de incidentes de reclamo a Microsoft –que fueron registrados bajo el número Report SIR16665150 y #2310050040014522– mediante la casilla *abuse@microsoft.com*, el día 6 de octubre de 2023, de los cuales se obtuvo como resultado la determinación de que el formulario “Encuesta ONLINE” fue creado mediante el usuario de la compañía *info@garantizar.com.ar*.

Finalmente expresó que dicho incidente no generó perjuicios económicos y que el formulario que había sido creado sin autorización, no solicitaba datos bancarios ni personales.

La Fiscal del fuero nacional, Dra. Romina Monteleone, postuló la incompetencia en razón de la materia, al considerar que las conductas en las que podrían enmarcarse los hechos denunciados configurarían el delito de acceso a un sistema o dato informático restringido sin autorización o en exceso de la otorgada, previsto en el artículo 153 bis del Código Penal, delito legislado con posterioridad a la Ley N° 24588, cuya competencia corresponde a la órbita de la justicia local.

Dicho planteo tuvo favorable acogida por parte del titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 9, Dr. Martín Sebastián Peluso, quien con fecha 18 de diciembre de 2023 se declaró incompetente, para lo cual entendió que haber accedido a la cuenta de la empresa –*info@garantizar.com.ar*– para desde allí generar una encuesta y enviarla a los clientes de la misma, encuadraba en la figura propuesta, ya que no se habían generado perjuicios económicos ni se habían “... recabado por ese medio datos sensibles que pudieran ajustarlo a otro tipo de delito”.

Por su parte, el titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18, Dr. Ricardo Félix Baldomar, no aceptó la competencia asignada, por entender que el hecho denunciado fue correctamente calificado por la Fiscal Daniela Dupuy, a cargo de la Fiscalía Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas, como constitutivo del delito previsto en el artículo 153 del CP. Al respecto, el magistrado local se refirió al criterio del Procurador General de la Nación en el marco del caso caratulado “NN s/violación sist. informático art. 153 bis 1° párrafo” FMP 95/2018/1/CS1 –enunciado por la Fiscal interviniente– en el que se sostuvo que “resultaba adecuada la intervención del fuero de excepción, determinando así que, cuando de las circunstancias del

hecho no se advierta una motivación que trascienda a particulares y no se vea afectada la seguridad del Estado Nacional, no tenía lugar la misma, sino que correspondía que así lo haga la Justicia ordinaria”.

Devuelto el caso al Juzgado Nacional, su titular decidió mantener su postura, por lo que dio así por trabada la contienda negativa de competencia y remitió el presente incidente al Tribunal Superior de Justicia.

III.

Analizadas las circunstancias del caso, adelanto mi opinión en cuanto a que el presente debe continuar tramitando ante la justicia local.

Inicialmente corresponde destacar la discrepancia de los jueces contendientes en cuanto a la significación jurídica que cabe asignar a los hechos denunciados, en tanto para el magistrado nacional la conducta investigada constituiría el delito previsto en el art. 153 bis del CP –acceso no autorizado a un sistema informático de acceso restringido–, mientras que para su colega del fuero local encuadraría en el delito previsto en el art. 153 del CP.

Al respecto, no puede perderse de vista que, de la denuncia efectuada y su ampliación, se desprende que la conducta a investigar está constituida por la determinación acerca de si una persona ajena a la empresa, mediante un acceso a sus sistemas ha utilizado la cuenta *info@garantizar.com.ar* sin contar con autorización, o bien personal de la firma, mediante un exceso respecto de los permisos otorgados generó una encuesta cuya creación no estaba autorizada y le fue enviada a los clientes, sin generar perjuicios económicos ni solicitar en ella datos bancarios y/o personales.

En tal situación, de los elementos incorporados hasta el momento se desprende que, el objeto de pesquisa versa sobre las circunstancias que rodearon el acceso ilegítimo al sistema de acceso restringido de la empresa –sin haber menoscabado intereses económicos–, sin contar con autorización o en exceso de la misma y crear desde allí, utilizando para ello una cuenta de la compañía, una encuesta sin el consentimiento de sus autoridades, conducta que encuadraría en el delito previsto en el artículo 153 bis del Código Penal.

Así definidos los hechos y, como bien señala el magistrado nacional, el objetivo del acceso no autorizado a dicha cuenta no radicó en conocer el contenido de los intercambios electrónicos que allí

pudieran existir, sino exclusivamente en la utilización de ese usuario para crear la página aludida, simulando tratarse de una encuesta “oficial” de la empresa, pues se generaba desde una casilla de su propiedad, circunstancia esta que me permite tener por descartada la posible configuración del delito previsto en el artículo 153 del Código Penal de la Nación.

Por otra parte, sin perjuicio de la discusión relativa al encuadre legal de los hechos denunciados y de la circunstancia que, por relación de especialidad, corresponde subsumirlos en la figura aquí propuesta, en lo que se refiere a la intervención del fuero de excepción en la investigación de los delitos contenidos en los arts. 153 y 153 bis, la Corte Suprema tenía adoptada la postura de que “(c)orresponde al fuero federal investigar la denuncia por violación del sistema informático a través del acceso del usuario a una red social y a una cuenta de correo electrónico toda vez que ambos constituyen una “comunicación electrónica” o “dato informático de acceso restringido”, en los términos de los artículos 153 y 153 bis del Código Penal, según la Ley N° 26388, cuyo acceso solo es posible a través de un medio que por sus características propias se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación (artículos 2° y 3° de la Ley N° 19798)” (Fallos: 339:1579).

Sin embargo, con el progreso de la ciencia informática y la tecnología respectiva, dicho criterio ha tenido una importante modificación, habiéndose decidido recientemente que “más allá de que se podrían encontrar comprometidas las comunicaciones electrónicas de la denunciante, tampoco se advierte ninguna circunstancia análoga a la afectación del servicio público de correos (arg. Fallos: 313:506; 344:1353) que suscite la competencia federal” (Fallos: 346:1248, voto del Dr. Rosenkrantz).

Asimismo, del precedente señalado surge que no corresponde la competencia federal cuando no se “...vislumbra cómo la conducta denunciada afectaría su normal desarrollo (en referencia al servicio de telecomunicaciones) [...] además de que tampoco existe constancia alguna respecto del uso de medios informáticos susceptibles de afectar tales servicios a nivel general. Asimismo, cabe destacar que el relato de los hechos efectuado en la denuncia –a la que como regla cabe atenerse al efecto de dirimir la contienda– evidencia una estricta-

ta motivación particular, lo que obsta a la competencia federal (arg. Fallos: 340:797; 342:667)”.

Por lo expuesto, el reciente pronunciamiento pone de manifiesto la doctrina actual que, sobre el tema, tiene el Máximo Tribunal, al establecer la competencia federal en los delitos señalados exclusivamente cuando la actividad infractora determina, por sus características, una afectación a la prestación regular de los servicios de tecnología de la información y las comunicaciones, lo que no ocurre en supuestos en que el acceso indebido se habría producido por abuso de confianza, descuido o una configuración de seguridad débil atribuible al usuario –tal como parecería, en principio, en el caso de autos–, sin afectación de la prestación del servicio de telecomunicaciones de interés nacional.

Sentado ello, cabe precisar que el delito previsto en el artículo 153 bis, fue incorporado al Código Penal a través de la Ley Nacional N° 26388, publicada en el Boletín Oficial el día 25 de junio de 2008, es decir, se trata de un delito creado con posterioridad a la sanción de la Ley Nacional N° 24588 (conocida como “Ley Cafiero”), por lo que corresponde a los tribunales de la Ciudad conocer en su investigación y juzgamiento, tal como fuera resuelto desde hace más de una década por el Tribunal Superior de Justicia en los Expedientes N° 6397/09 “NN s/ inf. art. 00”, del 27/08/09 y N° 7312/10 “Neves Canepa”, del 21/12/10.

Sin perjuicio de lo expuesto y más allá de que la investigación pudiera concluir en la configuración de delitos de competencia de la justicia nacional, no existiría impedimento para que la justicia local se expida sobre el fondo del asunto en tanto, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “[...] órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”, debiendo tenerse en cuenta que “[r]azones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” –conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18 para continuar interviniendo en el caso que dio origen a este incidente que, ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 30-2024

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Para una mayor comprensión de la tesis expuesta en el dictamen transcripto, estimo prudente efectuar ciertas precisiones vinculadas al ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional por el Poder Judicial de la CABA.

En esta dirección cabe recordar que, a partir de 1994, el artículo 129 de la reformada Constitución Nacional reconoce a la Ciudad facultades jurisdiccionales propias –en los mismos términos que a las provincias–. No obstante, a continuación, dicha manda supralegal determina que “una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

Por eso, en 1995 se sancionó la Ley N° 24588, usualmente denominada “Ley Cafiero” o “Ley de Garantías”, que estableció, en lo que aquí interesa, que el Estado Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrarían convenios relativos a la transferencia de competencias (conf. art. 6), y que “la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires *mantendrá su actual jurisdicción y competencia* continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”.³

De la manda transcripta se infiere que las disposiciones legales que estipulan sanciones para conductas que, con anterioridad a la sanción de la Ley N° 24588, no eran objeto de persecución penal, son competencia del Poder Judicial de la Ciudad –sin que sea necesaria

3. Ley N° 24588, art. 8 (el destacado es del autor).

la celebración de un convenio que contemple el traspaso de dicha figura–, a excepción de aquellos casos en que el Gobierno federal, mediante una declaración del Congreso Nacional en la ley respectiva, identifique un interés federal y, en función de ello, adjudique expresamente su persecución y juzgamiento a los tribunales que integran el fuero de excepción.

Este criterio ha sido establecido, de manera inveterada, hace más de una década por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en los precedentes “Abriata” (Expte. N° 5407/07, sentencia del 14/09/2007), “NN” (Expte. N° 6397/09, sentencia del 27/08/2009), y “Neves Canepa” (Expte. N° 7312/10, sentencia del 27/12/2010), en cuya oportunidad expresó que, en lo que respecta a las facultades que por regla les asisten a las jurisdicciones locales, el artículo 8 de la Ley Cafiero únicamente conservó bajo la órbita del Poder Judicial de la Nación la justicia nacional ordinaria de la Ciudad, pues solo garantizó que se mantendrían las competencias que se tenían en aquel momento (al dictarse la referida norma), pero que en modo alguno pudo pretender abarcar las nuevas figuras penales.

Estas consideraciones vienen a colación del conflicto de competencia que motivó el dictamen de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional previamente transcripto, en cuanto allí los jueces contendientes discrepaban acerca del encuadre jurídico del hecho denunciado –si se subsumía en un delito creado con posterioridad a la Ley Cafiero, o bien se trataba de una conducta pasible de reproche penal antes de su sanción– y, de acuerdo con tal determinación, respecto del órgano jurisdiccional al que le incumbía intervenir en el caso.

Así pues, para el magistrado nacional, la conducta denunciada se subsumía en el delito previsto en el art. 153 bis del CP –acceso a un sistema o dato informático restringido sin la debida autorización o en exceso de la otorgada–, cuyo conocimiento correspondía a los tribunales locales al tratarse de un tipo penal creado con posterioridad a la vigencia de la citada Ley N° 24588.

Por su parte, el juez de la CABA consideró que el hecho encontraba adecuación típica en la figura penal del artículo 153 del CP –acceso o apoderamiento indebido de una comunicación electrónica–, aún reservada a la justicia nacional en lo Criminal y Correccional, por no

haber sido incluida en ninguno de los convenios de traspaso de competencias hasta la fecha celebrados.

Al momento de opinar sobre el asunto traído a estudio, resalté que, de acuerdo con las constancias de la incidencia, el aparente acceso ilegítimo no tuvo por objeto conocer el contenido de los correos electrónicos que pudieran haber intercambiado los integrantes de la empresa denunciante, sino antes bien utilizar una cuenta de la compañía para difundir una encuesta entre sus clientes, bajo la pretendida simulación de ser una de carácter “oficial”; circunstancias estas que permitían descartar la posible configuración del delito contemplado en el art. 153 del CP.

En efecto, el objeto de investigación penal versaba sobre las circunstancias que rodearon el presunto ingreso ilegítimo al sistema informático de acceso restringido de la empresa G. SGR –sin menoscabar sus intereses económicos–, a partir del cual se creó una encuesta sin el consentimiento de sus autoridades, que fue enviada a los clientes a través de un correo electrónico de la compañía.

Desde mi perspectiva, la conducta descripta –en el ámbito de la especialidad– configuraba el delito de acceso indebido a un sistema o dato informático restringido (art. 153 bis del CP), tipificado como tal en el año 2008 mediante la sanción de la Ley N° 26388; es decir, luego de la entrada en vigencia de la denominada Ley Cafiero, lo que determinaba que la causa continúe su tramitación por ante el fuero penal, contravencional y de faltas.

Sin perjuicio de lo expuesto, el caso analizado permitió a la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional establecer una postura en torno a la posible intervención de la justicia federal en la investigación y el juzgamiento de los delitos contenidos en los artículos 153 y 153 bis del CP.

Al respecto, indiqué que el criterio inicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la denuncia por acceso indebido a un usuario de una red social o a una cuenta de correo electrónico provocaba la competencia del fuero federal (Fallos: 339:1579), sufrió importantes modificaciones en función del progreso de la ciencia informática y la tecnología. Así pues, según surge de sus más recientes fallos vinculados con la investigación de los delitos previstos en los artículos 153 y 153 bis del CP, no corresponde la actuación del fuero de

excepción en aquellos casos en que la conducta denunciada evidencia una estricta motivación particular; esto es, cuando no es posible vislumbrar de qué forma afectaría el normal desarrollo del servicio de las telecomunicaciones, ni tampoco existe constancia alguna respecto del uso de medios informáticos susceptibles de afectar tales servicios a nivel general (Fallos: 346:1248 –voto del ministro C. F. Rosenkrantz–; 340:797; 342:667)

Los referidos pronunciamientos ponen de manifiesto la postura actual del Alto Tribunal Nacional, según la cual el conocimiento de la Justicia Federal en los delitos señalados exige que la actividad ilícita, bien sea por sus características o alcances, determine una afectación general a la prestación regular de los servicios de TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones) de interés nacional; extremos que no concurren cuando el acceso indebido se produce por abuso de confianza, descuido o una configuración de seguridad débil atribuible al usuario –tal como aparentaba ocurrir en el caso aquí comentado– y exclusivamente en relación con una persona en particular.

A su turno, en el caso comentado, el Tribunal Superior de Justicia declaró la competencia de la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (Expte. N° 282152/2023, sentencia del 25/09/2024), al compartir en un todo los argumentos expuestos desde la Fiscalía General Adjunta.

Delitos contra la propiedad

Estafas y otras defraudaciones

Artículo 172 del Código Penal. Supuestos de ingeniería social

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expte. N° TSJ 19143/2022-0 “Incidente de competencia en autos ‘A., Z. I. y otros s/ 172 Estafa s/ conflicto de competencia’”

CABA, 5 de abril de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 48 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 14.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron el día 7 de junio de 2021 a raíz de la denuncia efectuada por M. N. D. ante la División Investigación de Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina, ocasión en la cual expresó que, con fecha 3 de junio de 2021, se encontraba en la estación de servicio YPF ubicada en las calles Arenales y Córdoba del partido bonaerense de Morón cuando le fue rechazado el pago mediante la *app* de ese comercio, por lo que debió abonar la carga de combustible con otra tarjeta.

Asimismo, la denunciante expresó que más tarde no pudo ingresar al sistema de *Home Banking* del Banco Galicia debido a que poseía su usuario bloqueado, por lo que, el día 6 de junio de 2021, se dirigió al cajero automático de la sucursal N° [...] de la entidad mencionada –emplazada en la calle [...] del partido bonaerense de Morón–, en donde, previo gestionar un cambio de clave, advirtió el faltante del saldo que poseía en su caja de ahorro en pesos N° [...] (\$214.000).

En virtud de lo expuesto, M. N. D. solicitó un detalle de los últimos movimientos de su caja de ahorros, del que surgieron los siguientes registros que no se correspondían con operaciones efectuadas por la nombrada: 1) el día 1° de junio de 2021 se efectuó una transferencia de \$214.000 (doscientos catorce mil pesos) a una cuenta a nombre de Z. I. A.; 2) el día 2 de junio de 2021 se acreditó un préstamo (N° [...]) por la suma de \$1.055.810 (un millón cincuenta y cinco mil ochocientos pesos); 3) el día 2 de junio de 2021 se realizaron dos transferencias, la primera de \$1.000.000 (un millón de pesos) a una cuenta a nombre de W. E. A. y la restante por \$55.000 (cincuenta y cinco mil pesos) a la cuenta de Z. I. A..

Cabe destacar que la damnificada manifestó desconocer a los destinatarios de las transferencias descriptas, como así también señaló que su cuenta estaba radicada en la sucursal N° [...] del Banco Galicia –ubicada en av. [...] de la CABA–.

Arribado el caso al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 48, su titular –Dr. Javier Sánchez Sarmiento– declinó la competencia en favor de la Justicia de la Ciudad, al entender que el hecho denunciado se subsumía en la figura penal del artículo 173, inciso 16, del Código Penal, que recoge el delito de defraudación mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos (resolutorio de fecha 15/6/2021).

En esta dirección, argumentó que, de acuerdo con la interpretación vigente de la Ley nacional N° 24588 –sancionada el 8 de noviembre de 1995, que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires– los sucesos encuadrados bajo tipos penales creados con posterioridad a la promulgación de la norma precitada –como el presente– son competencia de los tribunales locales.

A su turno, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 14, previo dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal, aceptó la competencia atribuida al compartir el criterio expuesto por el magistrado nacional y, consecuentemente, remitió el legajo a la Unidad Fiscal Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas para que prosiga con la investigación (auto de fecha 7/7/2021).

Con posterioridad, la fiscalía interviniente requirió a M. N. D. que amplíe sus dichos; oportunidad en la que declaró que, con fecha 5 de junio de 2021, recibió un correo electrónico en apariencia del Banco Galicia, en el cual se le informaba que “por motivos de seguridad” su usuario había sido bloqueado y se le adjuntaba un enlace con el objeto de gestionar su desbloqueo, al cual la denunciante manifestó acceder, para luego cambiar su clave.

Por otro lado, M. N. D. expresó que, tiempo atrás, pero sin poder aportar una fecha precisa, había sido contactada telefónicamente por una persona que simuló ser de esa entidad financiera, quien le solicitó ciertos datos para validar su identidad –con el supuesto fin de otorgarle un premio por ser clienta del Banco–, frente a lo cual corroboró su nombre completo, domicilio, número de DNI y los últimos cuatro dígitos de la tarjeta de débito, toda vez que, al requerírsele los dieciséis dígitos de su tarjeta, cortó la comunicación.

A continuación, el auxiliar fiscal local, Dr. Tomás Ignacio Vacarezza, postuló la declinatoria de competencia, con fundamento en que, en virtud del último testimonio brindado por la damnificada, surgía que el suceso a investigar encontraba adecuación típica en el delito de estafa, previsto en el art. 172 del Código Penal, el cual aún se encontraba reservado al fuero nacional.

Para así dictaminar, sostuvo que el perjuicio patrimonial sufrido por M. N. D. no era producto de una manipulación informática, sino del suministro por su parte de información relacionada con su clave bancaria a partir del e-mail fraudulento recibido –y ya mencionado–, de manera que resultaba una consecuencia del error al que habría sido llevada mediante el engaño realizado por autor o autores aún desconocidos, todo lo cual concluyó con las transferencias que generaron la lesión en el patrimonio de la víctima.

Por pronunciamiento de fecha 23 de diciembre de 2021, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 14, a cargo del Dr. Gonzalo Ezequiel Demián Viña, de conformidad con la solicitud del auxiliar fiscal, declinó la competencia material y remitió las actuaciones al Juzgado Nacional de origen.

Devuelto el legajo al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 48, su titular insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y, de conformidad con lo resuelto por la CSJN en el precedente “Bazán” (conf. Fallos: 342:509), elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

A fin de dirimir la cuestión de competencia suscitada, corresponde señalar que, del relato del hecho efectuado por la damnificada, surge que la significación jurídica que corresponde asignarle es la de estafa (conf. art. 172 del CP) y no la de defraudación informática (conf. art. 173, inc. 16, del CP).

Lo expuesto se debe a que, en el caso, no se habría llevado a cabo una “técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”; circunstancia esta que impide sostener la posible configuración de la hipótesis delictiva prevista en el inciso 16 del artículo 173 del Código Penal, como lo aseverara el juez nacional.

Por el contrario, la secuencia descripta por M. N. D. –al ampliar su testimonio– autorizaría, en principio, a afirmar que en el presente habría concurrido el despliegue de un ardid, que mueve a error a la víctima –al hacerle creer el autor que se comunicaba telefónicamente con un representante de su entidad financiera, a quien equivocadamente le proporcionaba datos confidenciales relacionados con su cuenta bancaria–, en virtud del cual fue posible la disposición patrimonial perjudicial –el efectivo acceso a su *Home Banking* por parte del sujeto activo, la obtención de un préstamo crediticio y las transferencias del dinero que poseía en su caja de ahorro en pesos–, elementos estos exigidos para la configuración del delito de estafa.

Cabe recordar que al precisarse los elementos del referido ilícito, la doctrina señaló, en palabras de Antón Oneca, que la estafa consiste “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que de-

terminando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero” (conf. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, parte especial*, tomo II-B, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2002, p. 272).

Por otra parte, tal como destacó el auxiliar fiscal Dr. Vaccarezza al postular la incompetencia, se ha afirmado acertadamente que no quedan incluidos dentro del supuesto de defraudación informática – art. 173, inc. 16, del CP– los casos de ingeniería social, en especial el de *phishing*, debido a que en los mismos no se verifica una manipulación informática destinada a alterar el sistema, sino un accionar sobre el punto más débil de la cadena de seguridad informática, que es el factor humano, lo que determinaba su resolución por remisión al art. 172 del Código Penal (conf. Palazzi, Pablo A., *Los Delitos Informáticos en el Código Penal – Análisis de la ley 26.388*, Abeledo Perrot, 2009, 182/184).

En función de lo expuesto y atento que el delito previsto en el art. 172 del Código de fondo no ha sido incluido en ninguno de los convenios de traspaso de competencias penales a la Ciudad celebrados hasta la fecha, corresponde que en estas actuaciones intervenga la Justicia Criminal y Correccional, sin perjuicio de que el trámite posterior de la investigación pudiera modificar el panorama relativo a la significación jurídica a asignar al evento.

Este último extremo en modo alguno impediría al fuero nacional continuar tramitando el caso y expedirse sobre el fondo del asunto en tanto, según lo sostenido por V.E., los “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”, a lo que debe agregarse que “[r]azones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por [ese Tribunal Superior], se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” (conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos G., H. O. y otros s/ Infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ Conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019).

Finalmente, el supuesto traído a consideración presenta características similares a aquel otro tratado por ese Tribunal Superior con motivo de los tipos penales bajo análisis, ocasión en la que se pronunció de manera análoga a lo dictaminado por esta Fiscalía General Adjunta, remitiéndose a los fundamentos allí vertidos (conf. Expte.

N° 197121/2021-O “Incidente de competencia en autos NN, NN s/ 172 - Estafa s/ Conflicto de competencia”, sentencia del 1/12/2021) para determinar la competencia de los tribunales nacionales.

IV.

En virtud de las consideraciones que anteceden, opino que debe declararse la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 48 para continuar con la investigación del hecho que dio origen a este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 83-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En diversos casos de denuncias en las que las víctimas fueron objeto de maniobras defraudatorias vinculadas con cuentas bancarias o tarjetas de débito o crédito, se suscitaron contiendas de competencias entre los tribunales locales y nacionales frente a la controversia relativa al encuadramiento legal del hecho en la hipótesis delictiva del delito de estafa, previsto en el artículo 172 del CP –cuya competencia le corresponde al fuero criminal y correccional–, en la figura de defraudación informática, prevista en el inciso 16 del artículo 173 del CP, o en aquella que reprime la utilización no autorizada de los datos correspondientes a tarjetas de crédito del/la denunciante del inciso 15 del artículo 173 del CP, cuya investigación y juzgamiento le corresponde a la órbita de la CABA.

El conocimiento de los tribunales de la CABA en causas seguidas por las figuras penales de los incisos 15 y 16 del art. 173 del CP deriva de que dichos tipos fueron incorporados al Código Penal a través de la Ley Nacional N° 25930, publicada en el Boletín Oficial el día 21 de septiembre de 2004, por lo que, al tratarse de delitos creados con posterioridad a la sanción de la llamada “Ley de Garantías” N° 24588, promulgada en 1995,

corresponden a la competencia de la justicia local, tal como lo decidió el Tribunal Superior de Justicia en Expte. N° 6397/09, “NN s/ inf. art. 00”, del 27/08/09 y Expte. N° 7312/10 “Neves Canepa”, del 21/12/10.

La principal pauta para distinguir esos supuestos y los de estafa radica en la determinación acerca de la concurrencia de los elementos de los tipos penales en cuestión. En particular, a efectos de establecer el encuadramiento de los hechos en el delito del artículo 172 del CP, resulta fundamental establecer si se verificó el despliegue de un ardid por parte del autor, que mueve a error a la víctima, como consecuencia del cual sobreviene la disposición patrimonial perjudicial.

En el caso transcrito, del relato efectuado por la denunciante se desprendía la recepción de un mail que en apariencia provenía de su entidad bancaria, a través del cual se le informaba a la denunciante que “por motivos de seguridad” su usuario había sido bloqueado, que debía solucionar accediendo a un enlace que le fue enviado y en el que, según indicaciones allí existentes, procedió al cambio de su clave de acceso al *home banking*, a partir de lo cual el autor de la maniobra habría ingresado y obtenido un préstamo crediticio, para luego disponer de los fondos respectivos mediante transferencias del dinero que poseía la damnificada en su caja de ahorro en pesos.

La cuestión a dirimir se circunscribió a determinar si el hecho encuadraba en el ilícito de estafa o de defraudación mediante técnicas de manipulación informática que alteren el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

En ocasión de expedirme, sostuve que el requisito fundamental que exige el tipo penal de estafa consiste en la verificación de la conducta engañosa como parte del obrar delictivo –con ánimo de lucro injusto propio o ajeno–. Asimismo, destaqué que, en el caso, el suministro de la información de acceso a la cuenta bancaria tuvo lugar a partir de un correo electrónico fraudulento que generó el error de la víctima; maniobra que culminó con el suministro de datos necesarios para el acceso a su cuenta y las posteriores transferencias de dinero desconocidas por su titular, circunstancias que denotaban la concurrencia de los elementos típicos de la estafa sobre la base de lo cual postulé la competencia del fuero nacional.

En el mismo sentido, me expedí respecto de los casos de *phishing* en los que el engaño consistía en obtener la información personal

confidencial directamente de las víctimas a través de una técnica de ingeniería social, por lo que consideré que cabía su inclusión en el supuesto de estafa.

Así también lo ha entendido la doctrina, que ha sostenido que en:

... los casos de ingeniería social, donde el autor con cierta habilidad se hace dar la clave de acceso a un sistema informático, ya sea telefónicamente o mediante *phishing*. El caso de ingeniería social, en especial el de *phishing*, queda abarcado por la figura genérica del art. 172, CP, como ya ha concluido la doctrina. Ello es así porque aquí no hay manipulación informática destinada a alterar el sistema, sino un accionar sobre el punto más débil de la cadena de seguridad informática, que es el factor humano. En síntesis, estos casos se resuelven por remisión al art. 172 del Código Penal. A modo de ejemplo, recientemente se desbarató una banda que estafó a varios bancos con esta clase de accionar y fueron condenados por el delito de estafa. Los sujetos activos operaban del siguiente modo: llamaban a la víctima y se hacían pasar por representantes de auditoría de una tarjeta. Les decían que con su tarjeta de débito se estaba realizando una compra en un determinado local en ese momento y así se les hacía creer a los clientes que otra persona estaba usando su tarjeta. Una vez que la víctima aceptaba este hecho, le daban un número de reclamo, cortaban y el perjudicado llamaba a un 0800 en el que se le pedía el nombre completo, DNI y que ingresara su PIN si tenía un teléfono por tonos. Allí se concretaba la estafa, pues con esos datos podían realizar transferencias bancarias.⁴

La postura desarrollada fue reiterada en aquellos supuestos en que los perjuicios patrimoniales sobrevenían como resultado del error al que era llevada la víctima, quien, como consecuencia de evidentes ardides o engaños cometidos a través de distintas metodologías como llamados telefónicos, redes sociales, envíos de correos electrónicos o mediante el acceso a páginas de internet, realizaba acciones o proporcionaba datos –tokens, usuarios y claves de acceso de home banking– que posibilitaban el ingreso a sus cuentas y la consumación, sin su consentimiento, de operaciones perjudiciales a su patrimonio (conf. Dictamen FGA N° 112-2022, emitido con fecha 13/04/2022 en el marco del Expte. N° 28924/22-O, “Incidente de incompetencia en autos Gon-

4. Palazzi, Pablo A., *Los Delitos Informáticos en el Código Penal – Análisis de la Ley 26388*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pp. 182/184. Dictamen FGA N° 137-2022, 03/05/2022 en el marco del Expte. N° 27976/22-O, “N.N., Joaquín Ministerio de Salud sobre 173 inc. 16 - estafa informática s/ conflicto de competencia”

zález, Fanny Milagros del Valle s/ 173 inc. 16 defraudación informática s/ conflicto de competencia”, entre otros).

En todos los precedentes citados, el Tribunal Superior de la CABA resolvió declarar la competencia del tribunal nacional con remisión a los fundamentos del dictamen de la Fiscalía General Adjunta. Esto además, hasta la actualidad, constituye un criterio de asignación de competencia del Máximo Tribunal Local (sentencias según el orden en que fueron citados los expedientes, de fecha 26/05/2022 –caso trans-cripto–, 13/07/2022 y 26/05/2022).

Artículo 172 del Código Penal. Acceso indebido a perfiles de redes sociales como parte del *iter criminis*

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 254564/2021-2, “Incidente de incompetencia en autos”

CABA, 4 de marzo de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 17.

II.

El presente caso se inició a raíz de la denuncia efectuada por A. E. A. el día 10 de noviembre de 2021, ante la Comisaría Vecinal 11A de la Policía de esta Ciudad, ocasión en la que relató que, ese mismo día, a las 02:51 horas aproximadamente, recibió una notificación de la aplicación “Facebook” en su teléfono celular –marca Samsung, modelo A30S,

de color negro–, por lo que ingresó a su perfil –de nombre de usuario “[...]”, y advirtió que su cuenta había sido abierta en otro dispositivo.

Minutos después, recibió un código vía mensaje de texto, el cual autorizaba a reingresar a su cuenta de la red social “Instagram”, el cual no fue solicitado por ella. Ante esta situación, procedió a reportar la notificación de Facebook, logrando entrar a su perfil exitosamente. Acto seguido, intentó insistentemente ingresar a su usuario de Instagram “[...]” hasta lograr dicho fin, momento en el que se percató del faltante de dos o tres fotos en su perfil, las cuales refirió no haber eliminado de allí, motivo por el cual realizó un cambio de contraseñas de los usuarios de ambas redes.

La denunciante indicó, además, que recibió notificaciones de intento de ingreso a su cuenta de Home Banking del Banco Santander, su Hotmail y Gmail –no aportando constancia de ello, dado que eliminó los mensajes–. Luego, a las 11:06 horas aproximadamente, recibió un mensaje de WhatsApp proveniente del abonado N° [...] –quien poseía una foto de perfil que su madre tenía con ella en las redes sociales– el cual refería que había cambiado su número de WhatsApp al antes mencionado, mensaje que le fue, a su vez, enviado a varios de sus contactos.

Posteriormente, uno de sus amigos, J. M. M. –abonado N° [...]–, le informó que había recibido una llamada telefónica de parte de una persona que se hizo pasar por la denunciante, quien le solicitó un préstamo de dinero. Al sospechar de la situación, el Sr. M. desestimó este llamado, y procedió a informarle a la Sra. A. lo ocurrido.

Finalmente, la damnificada dejó constancia de que sus cuentas –tanto en pesos como en dólares– del Banco Santander no poseían faltante de dinero. A su vez, añadió que ni ella ni sus contactos habían sufrido un perjuicio económico producto de la maniobra descripta.

A pedido de la representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Ricardo Félix Baldomar, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18, declinó la competencia en razón de la materia, a favor del fuero nacional. Para así decidir, coincidió con la Sra. Fiscal, Dra. Genoveva Inés Cardinali, en cuanto a que la conducta investigada en el caso encuadraba “*prima facie*” en la figura de estafa –prevista y reprimida en el art. 172 del Código Penal–, en grado de tentativa.

Por otro lado, consideró que, de lo manifestado por la denunciante, surgía que los autores, para obtener sus contactos, podrían haberle hackeado su Facebook, Instagram o su WhatsApp, motivo por el cual

entendió que la conducta podía encuadrar en el delito de “violación de correspondencia” –previsto en el art. 153, primer párrafo, del Código Penal– y, en consecuencia, correspondía que fuera investigado por el fuero de excepción.

A su turno, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 17 resolvió rechazar la competencia atribuida, por entender que los hechos denunciados encuadraban, en principio, en el delito de defraudación informática, previsto en el art. 173, inciso 16, del Código Penal. Al respecto, sostuvo que el acceso no autorizado de terceros a las cuentas de redes sociales y contactos de la denunciante había sido perpetrado por una técnica de manipulación informática, y no realizado por la misma víctima.

A su vez, entendió que la figura contenida en el art. 153 del Código Penal –de competencia de la Justicia Criminal y Correccional Federal– no resultaba escindible del intento de defraudación por manipulación informática, por cuestiones de comunidad probatoria. No obstante, consideró que no correspondía al fuero nacional asignar tal competencia, dado que las figuras bajo análisis no se encontraban dentro de su órbita de juzgamiento.

Devuelto el legajo al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 18, su titular mantuvo su postura, tuvo por trabada la contienda de competencia negativa, formó incidente y lo elevó al Tribunal Superior de Justicia.

III.

En la presente disputa de competencia, importa dirimir si las conductas denunciadas podrían constituir el delito de estafa –art. 172 del CP– o, por el contrario, encontrarían recepción en el tipo penal previsto en el inc. 16 del art. 173 del CP.

Conforme la descripción de los hechos denunciados, la manobra habría tenido su génesis con el ingreso no autorizado de personas aún desconocidas, a los perfiles de Facebook e Instagram de A. E. A., para luego, haciéndose pasar por esta, solicitar a sus contactos una suma de dinero. Concretamente, uno de sus amigos, J. M. M. –abonado N° [...]–, le informó que había recibido una llamada telefónica de parte de una persona que se hizo pasar por la denunciante, quien le solicitó un préstamo de dinero, a lo que no accedió al advertir que

se trataba de un engaño, evitando de tal manera efectuar una disposición patrimonial perjudicial.

Esta descripción condice con los elementos que, tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia, señalan como constitutivos de los elementos del tipo objetivo del delito de estafa “[...] la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero [...]” (“Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II B” con cita de Antón Oneca “Las estafas y otros engaños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 272).

Pues bien, la cuestión a determinar entonces es si la existencia de algún tipo de maniobra informática en el desarrollo del suceso –en este caso la irrupción de desconocidos en los perfiles de Facebook e Instagram de la Sra. Abud–, tiene la capacidad de modificar la significación legal que recibe la conducta.

Ciertamente la respuesta es afirmativa para el Sr. juez nacional, para quien se habría configurado el delito previsto en el art. 173, inc. 16, del Código Penal.

Sin embargo, entiendo que esta postura, a la postre desacertada, equipara fraude informático a la utilización de algún medio, también informático, en el *iter criminis*, prescindiendo así de los verbos típicos específicamente contemplados por el inc. 16 del art. 173 del CP.

La inclusión en nuestra legislación de la “defraudación informática” –Ley N° 26388– no se trató de una mera ejemplificación de casos de estafas que utilizan algún medio informático; si ello hubiera sido así, la disposición del art. 173, inc. 16, habría sido absolutamente superflua por cuanto esas conductas ya se encontrarían receptadas por el tipo genérico del art. 172 del CP.

El objetivo legislativo fue completar una laguna de impunidad existente hasta ese momento, vinculada a los casos en los que la defraudación se provocaba como consecuencia de la manipulación de un sistema informático o de transmisión de datos –cfr. en este sentido Aboso, Gustavo Eduardo, Código Penal de la República Argentina, Segunda Edición, Ed. Bdef, CABA 2014, pág. 936–, diferenciándose así de los casos receptados por el art. 172 del CP.

En esta concepción, el art. 172 CP y el 173, inc. 16, CP receptan dos universos de casos diferenciados, independientemente de que en el *iter criminis* del primero, puedan efectuarse maniobras informáticas que, en caso de ser delictivas, concurrirán o no en cada caso específico, de conformidad con las reglas concursales.

En el presente caso, el ingreso indebido al perfil de Facebook e Instagram –del que se habría valido el autor a efectos de hacerse de los contactos de A.–, se encuentra más relacionado con las acciones típicas descriptas por el art. 153 bis del CP, en tanto hubo un acceso no autorizado a un sistema de comunicación electrónica de acceso restringido. Sin embargo, ese ingreso tiene una relación de medio a fin con la intención estafatoria.

El legislador ha concebido al art. 153 bis del CP como un delito subsidiario de otros tipos penales cuando establece que “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido” –el destacado me pertenece–. En esta concepción del tipo penal, la configuración de otro delito más severamente penado –más allá de la relación de medio a fin que se observa en el caso–, no da lugar a un caso de concurso delictual propiamente dicho; ello así, porque el reproche se basa en una sola infracción penal sancionada con la pena más grave, operando así el desplazado, como tipo de recogida o residual “[...] *Lex primaria derogat legi subsudiariae* la ley prioritaria (primaria) precede (deroga) a la subsidiaria; la ley subsidiaria retrocede tras la ley primaria. Desde puntos de vista lógicos representa por regla general un supuesto de interferencia (intersección) [...]” –cfr. Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo II, Ed Civitas 2015, pág. 998 y 1003–.

Consecuentemente, lo hasta aquí dicho habilita a sostener que en el caso concurren todos los elementos típicos del delito de estafa, contenidos en el art. 172 del CP, motivo por el cual y de acuerdo a la forma en la que actualmente se encuentra distribuida la competencia local en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional continuar con la investigación del presente.

A mayor abundamiento se ha afirmado que “[...] Los casos típicos de robo de identidad son claramente constitutivos del delito de estafa

[...]” excluyéndose además de las previsiones del art. 173, inc. 16, del CP “los casos de ingeniería social, donde el autor con cierta habilidad se hace dar la clave de acceso a un sistema informático, ya sea telefónicamente o mediante *phishing*. El caso de ingeniería social, en especial el de *phishing*, queda abarcado por la figura genérica del art. 172, CP, como ya ha concluido la doctrina. Ello es así porque aquí no hay manipulación informática destinada a alterar el sistema, sino un accionar sobre el punto más débil de la cadena de seguridad informática, que es el factor humano. En síntesis, estos casos se resuelven por remisión al art. 172 del Código Penal. [...]” (cfr. Pablo A. Palazzi, *Los Delitos Informáticos en el Código Penal – Análisis de la ley 26.388*, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pág. 176 y 182/184).

La solución que habré de proponer no implica que la investigación no pueda conducir a alguna variación en la calificación asignada, sin que ello implique que la justicia nacional se vea impedida de expedirse sobre el fondo del asunto, en tanto, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad” de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”, a lo que debe agregarse que “Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” –conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

IV.

En virtud de lo expuesto, considero que debe ser el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 17 el que investigue el hecho denunciado que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 37-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Durante el período en que me encuentro a cargo de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional –desde 2019 hasta la actualidad–, han llegado a mi conocimiento varios conflictos de competencia originados a partir de la discrepancia en la adecuación típica de la conducta de quien, con ánimo de lucro injusto, emplea de forma engañosa algún tipo de maniobra informática, que determina a error a una o varias personas, a partir del cual se produce una disposición patrimonial perjudicial.

Al igual que en el acápite anterior, en estos casos también se dirime si la conducta denunciada constituye el delito de estafa (art. 172 del Código Penal), de competencia de los tribunales nacionales o, por el contrario, el delito de fraude informático (art. 173, inc. 16, del CP), cuyo conocimiento incumbe al fuero penal, contravencional y de faltas.

En otras palabras, la cuestión pasa por determinar si la existencia de alguna especie de maniobra informática en el desarrollo de la acción defraudatoria antes descripta tiene incidencia en la calificación legal del hecho jurídicamente relevante.

A criterio del suscripto, la respuesta es negativa, en cuanto en esta clase de sucesos en principio concurren todos los elementos que tradicionalmente se señalan como constitutivos del tipo objetivo del delito de estafa, independientemente del medio, informático o no, utilizado en el proceso del *iter criminis*.

La postura opuesta incurre en el error de equiparar el empleo de algún medio informático en el desarrollo del suceso ilícito con el delito de fraude informático, lo que importa prescindir de los verbos típicos contemplados específicamente en el inciso 16 del art. 173 del Código Penal.

En esta dirección, tal como se explicó en el dictamen, la inclusión en nuestra legislación del delito de “defraudación informática” (mediante la sanción de la Ley N° 26388) no se trató de una mera ejemplificación de casos de estafas en la que se verifica la utilización de un medio informático, pues estas conductas ya se encontraban receptadas por el tipo penal del artículo 172 del CP.

El propósito del legislador nacional fue completar una laguna de impunidad existente hasta ese momento, vinculada a los supuestos en que la defraudación se provocaba como consecuencia de la manipulación de un sistema informático o de transmisión de datos. Así pues, las

figuras de los artículos 172 y 173, inciso 16 del Código de fondo representan dos universos de casos diferentes.

Ahora bien, en el caso aquí comentado, dado el “robo” de identidad denunciado por el presunto ingreso indebido al perfil de Facebook e Instagram de la damnificada –con el fin de obtener sus contactos–, en ocasión de emitir el dictamen transcripto sostuve que este accionar –unido mediante una relación de medio a fin con la maniobra estafatoria– se encontraba relacionado con las conductas típicas descriptas en el artículo 153 bis del Código Penal, en cuanto habría existido un acceso no autorizado a un sistema de comunicación electrónica de acceso restringido.

A este respecto, recordé que el legislador nacional concibió al art. 153 bis del CP como un delito subsidiario de otros tipos penales, al conminar con pena de prisión “si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido”.

Bajo esta concepción, la configuración de otro delito más severamente penado –más allá de la relación de medio a fin que se observaba en el caso comentado– no dio lugar a un concurso delictual propiamente dicho, dado que el reproche se basa en una sola infracción penal sancionada con la pena más grave, por lo que opera así el tipo desplazado como uno de recogida o residual.

Por los argumentos reseñados, en el dictamen sostuve que en el caso se presentaban todos los elementos típicos del delito de estafa; motivo por el cual correspondía la asignación de la causa a los tribunales nacionales, en atención a que se trataba de una figura penal pendiente de traspaso. El Tribunal Superior de Justicia de la CABA dirimió la contienda en el sentido propiciado por la Fiscalía General Adjunta al coincidir todos sus integrantes con el criterio adoptado por el suscripto (sentencia del 04/05/2022).

Para finalizar con este tema, estimo prudente señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo un criterio similar, al dirimir el conflicto de competencia suscitado entre la justicia de excepción y la justicia nacional ordinaria en la causa “Calero, Mauro” (conf. Competencia CCC 39956/2021/1/CS1, sentencia del 03/10/2023).

Allí, la denunciante refirió haber recibido un mensaje desde la aplicación Instagram a efecto de cambiar su clave de acceso, que mo-

dificó tras haber tomado conocimiento de que alguien utilizó su perfil en la red social y asumió su identidad para estafar a sus contactos.

Mientras que el magistrado nacional consideró que la estafa denunciada se había cometido mediante el acceso ilegítimo a un sistema informático de acceso restringido, cuya investigación incumbía –según su opinión– al fuero de excepción, la justicia federal sostuvo que en la conducta desplegada solo se habían afectado intereses particulares, sin que se viera comprometida la seguridad del Estado nacional o la de sus instituciones, por lo que rechazó el conocimiento atribuido.

La Corte Suprema declaró la competencia de la justicia nacional en lo criminal y correccional para intervenir en el caso, por remisión a los argumentos expresados por el Procurador General de la Nación interino, quien indicó que los hechos investigados encuadraban, *prima facie*, en la figura de la defraudación o, eventualmente, en alguna de sus formas especiales que desplaza al tipo penal del artículo 153 bis por la regla de subsidiariedad expresa, en razón de su pena mayor.

Fraude en perjuicio de la administración pública local

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expte. N° INC 14044/2023-1, “Incidente de incompetencia en autos ‘V., H. N. s/ 296 Uso de documento o certificado falso o adulterado’”

CABA, 3 de mayo de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado de

Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 57.

II.

Conforme fue definido por el representante del Ministerio Público Fiscal de la CABA, esta investigación tiene por objeto “... determinar si el día 19 de diciembre de 2022 el Oficial H. N. V. –de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires– presentó ante esa institución un (1) certificado médico de la empresa OSDE, el cual sería presuntamente apócrifo”. Esta conducta fue calificada por el fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 6 –Dr. Federico Taramelli–, como constitutiva del delito previsto y reprimido en el art. 296 del Código Penal, en función del art. 292 del mismo cuerpo normativo.

Recibido el caso en el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23 y conforme petitionó el Ministerio Público Fiscal, el Dr. Norberto Luis Circo declinó la competencia para entender respecto de la conducta atribuida a H. N. V. A tal fin, compartió la calificación escogida por la acusación, entendió que el documento objeto de este caso se trata de uno privado, por lo que justificó su decisión indicando que “... si bien el Anexo de la Ley N° 26072 (Tercer Convenio de Transferencia de Competencias Penales al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) incluye el traspaso de los delitos contra la fe pública, lo cierto es que solo intervendrá la Justicia local ‘siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’”. Adicionalmente, señaló que su postura se encontraba en concordancia con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en los casos “Gatti” (Expte. N° 16729/19 TSJ “Incidente de competencia en autos Gatti, Patricio Ignacio s/ Falsificación de documentos públicos s/ Conflicto de competencia I) y “Petrucci” (Expte. N° TSJ 17897/2020-o “Incidente de incompetencia en autos Petrucci, Matías Nicolás s/ 292 1° párr. - Falsificación de documento público y privado s/ Conflicto de competencia I”).

A su turno, la titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 57, Dra. María Fabiana Galetti, rechazó la competencia atribuida. Para así decidir, se refirió al supuesto de utilización de documento falsificado enunciado en el art. 296 CP, y señaló que –en estos casos y respecto a la afectación a la fe pública– que “... la fe vulnerada es la de quien

se ve engañado por tal falsedad documental”. En el mismo orden de ideas, argumentó que “Cuando, como en el caso, dicha persona es la Administración es la condición de la víctima del engaño la que constituye el factor natural de atribución de la jurisdicción para juzgar en la materia y si, como en el caso, tal víctima es una autoridad de la CABA, en este caso la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son sus jueces quienes habrán de ser competentes para entender al respecto”.

Una vez devueltas las actuaciones a este fuero local, el titular del Juzgado N° 23 mantuvo su criterio, dio por trabada la contienda y elevó el legajo al Tribunal Superior de Justicia de la CABA para su consideración.

III.

Conforme las constancias obrantes en autos, se advierte el carácter prematuro de la declinatoria de competencia, al no haberse despejado la posible configuración de un delito de competencia local, extremo que aconseja asignar la prosecución de este caso al tribunal que previno.

Corresponde en primer lugar señalar que los jueces contendientes no han discrepado en torno a la significación jurídica que le cabe al hecho consistente en la presentación del certificado médico presuntamente apócrifo, en tanto ambos han tenido por configurado el delito previsto en el artículo 296, en función del artículo 292 del Código Penal.

Sin embargo, dado que este documento privado fue presentado por un miembro de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires para justificar una inasistencia laboral, entiendo que no es dable descartar, de momento, la posibilidad de investigar una eventual conducta defraudatoria por parte de H. N. V., quien mediante la presentación de este certificado, pudo haber tenido por finalidad la percepción de los haberes correspondientes a un día de trabajo pese a no haber ejercido funciones. Este hecho permitiría inferir la comisión de una defraudación contra una administración pública, al menos en grado de tentativa, la que encuadraría en el art. 174, inciso 5°, del Código Penal.

Y, tratándose en el caso de la presentación del certificado ante la Policía de la Ciudad, entraría en juego la transferencia de competencia relativa a dicha figura penal –que vendría a concursar idealmente con el uso del documento falso–, según lo dispuesto en el apartado cuarto, “Delitos vinculados a materia de competencia pública local” del Anexo a la Ley nacional N° 26702, inciso d), que se refiere a la “Defraudación (artículo 174

inciso 5, Código Penal), siempre que el hecho se cometiere contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Cabe mencionar que esta no es la primera oportunidad en la que he postulado que la presentación de un certificado médico apócrifo para justificar una inasistencia laboral podría importar una maniobra defraudatoria que excede los contornos de los arts. 292 y 296 del Código Penal. Precisamente, en el dictamen 420/2022 de fecha 6 de diciembre de 2022, me expedí en ese sentido, habiendo el Tribunal Superior de Justicia resuelto la cuestión por los fundamentos expuestos por esta Fiscalía General Adjunta (conf. Expte. N° 303035/2022-1 “Incidente de incompetencia en autos ‘D., G. s/ 247 - Usurpación de grados / títulos y honores’”).

En función de lo expuesto, considero que resta desplegar una actividad investigativa suficiente para delimitar adecuadamente los hechos que constituirían el objeto de la investigación y, por consiguiente, no es posible descartar la configuración de un delito de competencia local.

Por ello, resulta de aplicación la doctrina establecida por el Máximo Tribunal en cuanto a que la declinatoria de competencia debe estar precedida de una investigación suficiente para delimitar los hechos sobre los cuales versa el conflicto y la calificación legal que les puede ser atribuida, extremos que resultan indispensables para el correcto planteamiento de la contienda, pues sólo con relación a delitos en concreto cabe pronunciarse acerca de su comisión y, sobre tal base, respecto del órgano judicial al que compete investigarlo y/o juzgarlo (conf. Fallos: 308:558).

Como corolario cabe mencionar que, si el avance de la investigación indicare el posible encuadramiento del hecho en un delito no transferido al ámbito de los tribunales de la CABA, en modo alguno ello le impediría al magistrado local expedirse sobre el fondo de la cuestión. Según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”. Se ha dicho también que “Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” (conf.

Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos G., H. O. y otros s/ Infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ Conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019).

IV.

En virtud de lo desarrollado en el acápite que antecede, opino que debe declararse la competencia del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 23 para continuar entendiendo en el presente caso que,
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 104-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Se han iniciado en el ámbito de la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas ciertos procesos penales a partir de la presentación, por parte de un policía de la Ciudad o de quien aspiraba a convertirse en uno, de documentos que aparentaban ser falsos para la justificación de determinadas condiciones exigidas en diversos trámites.

Tales sucesos llegaron a conocimiento de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional en virtud de las contiendas de competencia trabadas entre los juzgados locales y los tribunales nacionales. En esas ocasiones, sostuve que los hechos objeto de investigación podrían exceder los contornos de las figuras penales previstas en los artículos 292 y 296 del Código Penal –falsificación y uso de documentos–.

En el caso previamente transcrito, se había denunciado a un policía de la Ciudad por haber presentado ante dicho organismo un certificado médico presuntamente apócrifo, con la finalidad de justificar una inasistencia laboral.

Si bien los jueces de la contienda no discrepaban acerca de la significación jurídica otorgada a la conducta adjudicada –que subsumieron en el delito de uso de documento privado falso–, consideré que, en

función de las constancias arrimadas al legajo, de momento no podía descartarse la posible configuración de un delito de competencia local; circunstancia que revelaba el carácter prematuro de la declaración de incompetencia dispuesta.

En esta dirección, dado que el documento privado en cuestión había sido empleado ante la Policía de la CABA por uno de sus miembros para justificar una inasistencia laboral, entendí que tal maniobra podría haber tenido en miras la percepción de los haberes correspondientes a un día de trabajo, a pesar de no haberse prestado servicios. Esto impedía descartar la necesidad de dirigir la investigación hacia un posible fraude a la administración pública local al menos en grado de tentativa (conf. art. 174, inc. 5°, del Código Penal).

Así pues, frente a la presunta existencia de una defraudación en perjuicio de la administración pública de la CABA, se verificaba en el caso la concurrencia de la condición a la que se sujetó la transferencia de la competencia para investigar y juzgar el delito previsto en el artículo 174, inc. 5, del Código Penal.

En efecto, la cláusula cuarta del anexo de la Ley de Traspaso N° 26702, relativa a los “delitos vinculados a materia de competencia pública local”, transfirió a la CABA la defraudación contemplada en el art. 174, inciso 5, del CP “siempre que el hecho se cometiere contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (inciso ‘d’).

Por esas razones, concluí que el caso de referencia debía continuar tramitando ante el Poder Judicial de la Ciudad. El Tribunal Superior de Justicia de la CABA dirimió la controversia en el sentido propiciado por la Fiscalía General Adjunta, ya que la mayoría de sus integrantes compartió el criterio precedentemente expuesto (sentencia del 12/07/2023).

La postura asentada en el dictamen comentado fue sostenida también en aquellos supuestos en que el documento presentado revestía carácter público (conf. dictámenes FGA N° 324–2023 y N° 323–2023, emitidos con fecha 20/10/2023). En ambos casos, se había denunciado a un aspirante a cadete de la Policía de la Ciudad por haber presentado ante el Instituto Superior de Seguridad Pública un título secundario presuntamente apócrifo, expedido a su nombre y emitido en apariencia en extraña jurisdicción.

Previo adentrarme al análisis de estos dos casos, estimo prudente realizar ciertas precisiones. En primer lugar, el citado Instituto –dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA– tiene a su cargo la formación y capacitación del personal que se postula para ingresar a la Policía de la Ciudad. Por su parte, los postulantes –denominados aspirantes a cadetes– deben acreditar determinado grado de instrucción –educación media– y transitar un período de adaptación y evaluación que, una vez superado, permite su incorporación como alumnos del Ciclo de Formación Inicial para Aspirantes a Oficial de la Policía de la CABA, que dicta el instituto.

Ahora bien, más allá de la obvia capacitación, se pone a disposición de los aspirantes a cadetes una cantidad de recursos materiales y humanos, entre los que cabe resaltar la entrega mensual de dinero de carácter no remunerativo (beca), a la que tienen derecho los candidatos a Agentes de Prevención (conf. arts. 3 y 12 del Reglamento de la Tecnicatura Superior en Seguridad Pública – Oficial de Policía – ISSP – Anexo a la Resolución N° 129/ISSP/22, publicada en el Boletín Oficial de la CABA el 16/06/2022).

Va de suyo que la percepción de la beca depende de la previa acreditación de las exigencias formales establecidas en el Reglamento Académico del Instituto Superior de Seguridad Pública, entre las que se encuentra haber cumplido con la educación media, para lo cual el aspirante debe presentar el respectivo título o certificado analítico debidamente legalizado o una certificación de que este se encuentra tramitando (conf. art. 4° del Reglamento Académico del ISSP –Anexo II de la Resolución N° 14/ISSP/13, publicada en el Boletín Oficial de la CABA el 13/2/2013– y art. 128, inc. 3°, de la Ley local N° 5688 –referente al Sistema Integral de Seguridad Pública de esta Ciudad–).

Estas circunstancias, a criterio del suscripto, impedían descartar en los casos citados la posible existencia de una conducta defraudatoria en perjuicio del Instituto Superior de Seguridad Pública al menos en grado de tentativa, en cuanto era factible que, mediante la presentación de un título secundario presuntamente apócrifo, el denunciado haya tenido por objeto –entre otros beneficios– la percepción de la beca mensual no remunerativa a la que tienen derecho los postulantes a Oficiales de la Policía de la Ciudad.

Dado que la conducta descripta, en principio, encontraba adecuación típica en el delito previsto en el art. 174, inc. 5° del Código Penal, se cumplía con la condición de traspaso establecida al respecto en la Ley N° 26702 (ya transcripta), pues el hecho en cuestión se habría cometido contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Una vez más, en ambas causas, el Tribunal Superior compartió los argumentos de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, y declaró la competencia de los tribunales locales.⁵

Usurpación

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expte. N° TSJ 69295/2023-0, “Incidente de competencia en autos ‘T., W. y otros s/ 181 inc. 3 - Usurpación (turbación de la posesión) s/ conflicto de competencia’”

CABA, 30 de junio de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 14 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23.

5. TSJ, Expte. N° 46082/2023-1, “Choque”; Expte. N° 87481/2023-1 “Domínguez”, ambas sentencias del 20/12/2023.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la denuncia efectuada el día 19 de abril de 2023, por la Sra. R. M. S., ante la División de Investigación Penal de la Prefectura Naval Argentina, ocasión en la que manifestó poseer la concesión de la explotación comercial del local gastronómico “E. D. Resto” del primer piso de la sede de la A. A. de P. A. C. (de ahora en adelante AAP), ubicada en avenida [...] de esta Ciudad; ello, en función del contrato suscripto con la referida asociación con fecha 21 de abril de 2021 y por una duración de tres años.

Con relación al hecho que motivara esta incidencia, la denunciante expresó que, el día 19 de abril de 2023, F. M., W. T. y G. P. H. (presidente, gerente general y abogado de la AAP, respectivamente) y/o demás responsables de la entidad, la despojaron de la tenencia del inmueble, al impedir su ingreso mediante la colocación de un candado en una de las rejas de acceso a las instalaciones del comercio.

A lo expuesto agregó que, el día anterior, el gerente general W. T. se había presentado en el local gastronómico, oportunidad en la que le manifestó “vamos a tomar posesión del restaurante, tus empleados y vos no van a ingresar mañana”; mientras que, en noviembre del año 2022, previo informarle de la existencia de una orden de restitución dispuesta por la Administración General de Puertos S.E. en relación con el predio que ocupaba la AAP y en el que está emplazado el inmueble en cuestión, varios miembros de la mencionada Asociación Civil comenzaron a hostigarla, al prohibirle realizar diversos eventos en el lugar concesionado y/o comunicarle a los clientes que el restaurante estaba cerrado pese a que ello no era cierto, entre otros actos.

Con posterioridad, la Sra. R. M. S. amplió los términos de la denuncia antes descripta, aportó documentación relativa al conflicto y refirió que los imputados se apoderaron de la totalidad de los bienes de su propiedad existentes dentro del restaurante.

El caso fue girado a la justicia nacional y, a pedido del representante del Ministerio Público Fiscal, el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 14, a cargo del Dr. Carlos Manuel Bruniard, resolvió –en lo que aquí interesa– tener por querellante a R. M. S. y declinar materialmente la competencia en favor de la Justicia de la Ciudad.

Con relación a la declinatoria dispuesta, el magistrado argumentó que los hechos a investigar encuadraban en el delito de usurpación

(conf. art. 181 del Código Penal), transferido al ámbito local, como así también en la contravención de hostigamiento (conf. art. 52 del Código Contravencional), esta última “ya sea como figura autónoma o medio de turbación de la posesión”.

Asimismo, en atención a la secuencia y documentación presentada por la Sra. R. M. S., en lo referente al denunciado desapoderamiento de los bienes que se hallaban en el interior del inmueble, descartó la posible comisión del delito de robo.

Arribado el caso a este fuero, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal, Sebastián Fedullo, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23, Dr. Norberto L. Circo, rechazó la competencia atribuida, al considerar prematura la declaración de incompetencia dispuesta por su colega, dado que no estuvo precedida de una investigación mínima que permitiera esclarecer determinados aspectos de la denuncia y, de tal forma, “efectuar una adecuación normativa más certera”.

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, el Dr. Bruniard insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y, de conformidad con lo resuelto por la CSJN en el precedente “Bazán” (conf. *Fallos*: 342:509), elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, entiendo que el caso debe tramitar ante la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas.

En primer lugar, de las constancias adjuntadas al legajo surge que, la conducta que –de momento– viene descripta con mayor grado de concreción es aquella subsumible en el delito de usurpación, en tanto que, de acuerdo con el relato efectuado por la querellante, hallándose vigente un contrato de concesión de restaurante que le otorgaba la tenencia de un inmueble, los responsables de la AAP habrían colocado un candado en las rejas de acceso al local, con la evidente finalidad de excluir a su legítima tenedora.

Sentado ello, la competencia para investigar la figura del art. 181 del Código Penal ha sido atribuida a los tribunales de la CABA mediante la Ley nacional N° 26357 y la Ley local N° 2257.

En segundo lugar, en lo que se refiere al presunto desapoderamiento denunciado también por la damnificada en relación con aque-

llos bienes muebles que se encontraban en el interior del comercio gastronómico, sin perjuicio de no contarse aún con elementos que permitan establecer los pormenores de tal evento, no puede soslayarse que la eventual configuración de un delito a su respecto no modificaría la solución que aquí se promueve.

En efecto, en un precedente con similares características al presente, en el que se declaró la competencia de este fuero, ese Tribunal Superior señaló que “en cuanto a la sustracción de los elementos del interior de la vivienda, su eventual imputación también podrá ser abordada por el fuero local, tal como se ha afirmado en el precedente ‘Giordano’ (conf. Expte. N° 16824/19 “Elgorriaga, Jorge Patricio s/ Infr. art. 181, inc. 1, CP”, sentencia del 14/5/2020)”.

Es que, justamente, de acuerdo a la doctrina establecida por V.E. en el fallo “Giordano” (conf. Expte. N° 16368/19, sentencia del 25/10/19), no existe obstáculo para que el fuero local intervenga en un caso que involucre delitos aún reservados a la justicia criminal y correccional, dado que ambas jurisdicciones tienen potencialmente la misma competencia y, en el supuesto de atribuirse el conocimiento del caso a un solo magistrado, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados, con independencia de la delimitación trazada por los convenios de traspaso celebrados entre la Justicia Nacional y la CABA.

Por último, en torno al carácter prematuro atribuido por el juez local a la declinatoria de competencia dispuesta, cabe poner de resalto que las declaraciones de la denunciante, como los instrumentos por ella presentados, resultan suficientes para determinar la competencia, aunque no estén plenamente corroborados, puesto que –por ahora– no se encuentran desvirtuados por otros elementos del expediente (conf. CSJN “Fallos”: 319:245; 323:785; 329:4345; entre otros).

En suma, considerando que, en este estadio incipiente de la investigación, los hechos denunciados presentan una perspectiva mayor en el encuadre legal del art. 181 del Código Penal, corresponde que sea la Justicia de la Ciudad la que continúe con el trámite de las presentes actuaciones.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas para continuar entendiendo en el caso que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 193-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Según surge del dictamen transcrito, quien revestía el carácter de damnificada en el caso denunció, en primer lugar, haber sido despojada de la tenencia del local gastronómico cuya explotación comercial poseía por contrato vigente, y luego amplió que había sido desapoderada de la totalidad de los bienes de su propiedad existentes en el restaurante.

Dado que no se contaban en el legajo con elementos que permitieran establecer los pormenores del presunto apoderamiento ilegítimo de los bienes que se encontraban en el interior del comercio gastronómico, consideré que la conducta que venía descripta con mayor grado de concreción era aquella subsumible en el delito de usurpación (Código Penal, art. 181), cuyo conocimiento había sido traspasado al Poder Judicial de la Ciudad, mediante la Ley N° 26357 y la Ley CABA N° 2257.

En efecto, de acuerdo con el relato efectuado por la denunciante, se podía apreciar durante la vigencia de un contrato de concesión que le otorgaba la tenencia de un inmueble ubicado en el interior de la A. A. P., los responsables de esta entidad habrían colocado un candado a las rejas de acceso al local, con la evidente intención de excluirla de su tenencia.

Sin perjuicio de ello, señalé que la eventual configuración de un delito vinculado con la sustracción denunciada no impedía a los tribunales locales conocer en el caso y, por consiguiente, abordar esta

imputación en función de la doctrina establecida por el Tribunal Superior de la CABA en el reconocido precedente “Giordano” (Expte. N° 16368/19, sentencia del 25/10/19).

Sobre este último punto, corresponde recordar que, según lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias penales ordinarias, mientras que la justicia nacional solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas (Fallos: 342:509, 339:1342 y 338:1517).

Así fue que, sobre tales premisas, el Tribunal Superior de Justicia expresó, en el caso “Giordano”, que “estos ‘órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en [esta] ciudad’ de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia, pero coyunturalmente esta se halla dividida en función de los convenios vigentes de transferencias”. Por este motivo, ese Tribunal concluyó que no existe obstáculo alguno para que un juez local intervenga en un caso que involucre delitos pendientes de tras-paso; de modo que, una vez establecida su competencia, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados, con independencia de la delimitación trazada por los convenios de transferencia progresiva de delitos.

En ocasión de dirimir el conflicto de competencia suscitado, el Tribunal Superior de Justicia compartió los argumentos expuestos por el suscripto, que se correspondían con lo resuelto por ese Tribunal en el caso “Elgorriaga” (Expte. N° 16824/19, sentencia del 14/05/20), y, en consecuencia, asignó el conocimiento de la causa al Poder Judicial de la CABA (sentencia del 13/09/2023).

Vinculado con el tópico en trato, creo necesario abordar otro caso en el que, en el marco de una posible turbación de la tenencia de un inmueble, también se denunció un desapoderamiento de bienes.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 355343/2022-O, “Incidente de competencia en autos ‘S., H. G. s/ 181 Inc. 1 - Usurpación (despojo) s/ conflicto de competencia’”

CABA, 18 de noviembre de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, para dictaminar sobre la contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 19 y el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 13.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron el día 11 de agosto de 2022 a partir de la denuncia realizada por J. E. S. G. por ante la Comisaría Vecinal 3 A de la Policía de la Ciudad, oportunidad en la que manifestó haber tenido conflictos con la propietaria del departamento que alquila, G. H. S.

Al momento de radicar la denuncia, J. E. S. G. indicó que alquilaba un departamento en el edificio sito en la calle [...] de esta ciudad, propiedad de G. H. S.

En particular, manifestó que el día 3 de agosto de 2022 recibió un mensaje de teléfono mediante la aplicación WhatsApp por parte de G. H. S., en el cual esta le hacía saber que había cambiado la cerradura del departamento y que no podía ingresar porque el contrato había vencido. A pesar de ello, al momento de dirigirse a su domicilio, la denunciante logró ingresar sin inconvenientes.

Posteriormente, la denunciante se retiró de su domicilio el día 5 de agosto de 2022 para retornar el 10 de ese mes y año, momento en

el que notó que la cerradura había sido cambiada, por lo que no podía ingresar y todas sus pertenencias se hallaban en el interior.

Así, sin dar previo aviso a G. H. S, ya que el contrato se encontraba vigente hasta el 31 de agosto, J. E. S. G cambió nuevamente la cerradura y noto al ingresar que algunas de sus pertenencias no se encontraban más allí, en particular una plancha marca “Phillips”, de color celeste, una licuadora marca “Oster”, de color gris, una pava eléctrica marca “Phillips”, color negro; un secador de pelo marca “Parlux”, color negro y pares de zapatillas de distintas marcas y colores.

Finalmente, manifestó que previo al incidente, había discutido con G. H. S, ya que esta pretendía que se retirase del departamento, a lo que la denunciante respondió que permanecería hasta el vencimiento del contrato de alquiler.

Arribado el caso al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 19, su titular, Dr. Diego Javier Slupski, entendió que los hechos descriptos se enmarcaban en una posible usurpación (artículo 181 – inc. 1° – del Código Penal), por lo que se declaró incompetente y remitió la investigación a la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, en atención al Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, dispuesto a través de las Leyes nacional N° 26357 y de la CABA N° 2257.

Asimismo, en lo que respecta a los bienes cuyo faltante mencionó la damnificada, citó fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, según cuya doctrina correspondía que la investigación fuera llevada adelante por el juez a cargo de la pesquisa relativa a la usurpación, para luego adoptar el temperamento correspondiente.

A su turno la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de faltas N° 13, Dra. María Lorena Tula del Moral, sostuvo que “J. E. S. G. no habría sido despojada del inmueble, sino que se habría retirado por sus propios medios y por motivos de salud el 5 de agosto y el 10 de agosto cuando regresó y notó que la cerradura había sido modificada, ingresó y volvió a cambiarla. En función de ello, de momento, no advierto que en el caso se haya dado despojo alguno en el uso y goce del inmueble, del cual nunca fue privada”.

Agregó “que esa situación que se vincula con el inmueble no fue el motivo de la denuncia, sino que la propia J. E. S. G. fue a la Comisaría el 11 de agosto de 2022 a denunciar” el desapoderamiento de diversos bienes muebles.

Finalmente, el magistrado del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional insistió con su postura, dio por trabada la contienda de competencia, formó incidente y lo remitió al Tribunal Superior de Justicia.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto que comparto el criterio expuesto por el Sr. Juez Nacional, puesto que, del relato de los hechos descriptos en la denuncia, surgen claramente dos conductas atribuidas a G. H. S.: por un lado, la usurpación del inmueble, en tanto hallándose en curso un contrato de alquiler vigente, habría procedido al cambio de la cerradura de acceso, con la evidente finalidad de excluir a su legítimo tenedor; por otro, el desapoderamiento indebido de diversos bienes muebles que se encontraban en el mismo hasta ese momento.

La circunstancia de que la inquilina hubiera logrado sortear la exclusión recurriendo a un nuevo cambio de cerradura no hace desaparecer la acción ilícita ni torna atípica la conducta denunciada; en todo caso, al menos se trataría de una evidente turbación de la tenencia, prevista en el inciso 3° del artículo 181 del CP.

En tal sentido, la afirmación que realiza la magistrada local en cuanto a que “no advierto que en el caso se haya dado despojo alguno en el uso y goce del inmueble, del cual nunca fue privada” no se ajusta a las constancias del caso, pues ello existió, aunque el obstáculo fue sorteado por la víctima.

Y en lo que se refiere a la aseveración de que la situación “que se vincula con el inmueble no fue el motivo de la denuncia”, debe decirse que no pasa de ser una mera inferencia que carece de aval en los elementos colectados, que no puede conllevar un caprichoso recorte de la plataforma fáctica de los hechos denunciados por J. E. S. G.

En función de lo expuesto, la denuncia alude tanto a un hecho de usurpación o turbación de la tenencia, como a un desapoderamiento indebido de bienes muebles –para el que se aprovechó la conducta anterior–, es decir, un delito de competencia de los tribunales de la

Ciudad –por haber sido incluido en los convenios de transferencia, por vía de las Leyes nacional N° 26357 y de la CABA N° 2257– y el restante, de competencia de los tribunales nacionales.

Ahora bien, las circunstancias de los hechos evidencian una conexidad subjetiva y objetiva, que determina la concurrencia de una comunidad probatoria, extremos que se ajustan a las pautas establecidas en el art. 41 del Código Procesal Penal de la Nación –Ley N° 23984–, de aplicación al caso en razón de lo dispuesto por el art. 3 de la Ley N° 26702.

Ello reclama la intervención de un único tribunal y, a efectos de decidir ante cuál de los juzgados intervinientes en la contienda debe quedar radicada la única investigación, cabe aplicar la regla establecida en el art. 42, inciso 1°, en cuanto a que corresponde asignar la competencia al tribunal competente en orden al delito más grave –las figuras del art. 181 del CP–, es decir, el juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

En línea con el criterio de otorgar intervención a la justicia local, se ha expedido recientemente V.E. en un precedente análogo, donde señaló que “en cuanto a la sustracción de los elementos del interior de la vivienda, su eventual imputación también podrá ser abordada por el fuero local, tal como se ha afirmado en el precedente ‘Giordano’, Expte. N° 16368, resolución del 25/10/19”. (Cfr. Expte. N° 16824/19 “Incidente de competencia en autos ‘Elgorriaga, Jorge Patricio s/ Infr. art. 181, inc. 1, CP - Usurpación s/ Conflicto de competencia I’” del 14 de mayo de 2020).

IV.

En razón de lo expuesto, corresponde declarar la competencia de la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para continuar entendiendo en la investigación que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 400-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Si bien en principio podría parecer que el caso presenta características similares al anteriormente transcrito (“T. W.”, Dictamen FGA N° 193–2023), lo cierto es que, en este supuesto, del relato de la denunciante se advertía con claridad la posible comisión de dos conductas delictivas: la turbación de la tenencia del inmueble alquilado y el desapoderamiento indebido de los bienes existentes en su interior.

En atención a que en el legajo existían elementos que permitían vislumbrar las circunstancias que habrían rodeado a los dos sucesos delictivos denunciados por la damnificada, propuse desde la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional –al igual que en el caso anterior– la declaración de la competencia de los tribunales locales, aunque por otros fundamentos.

Así pues, tal como se adelantó, la denuncia aludía tanto a un hecho de usurpación o turbación de la tenencia, cuyo conocimiento incumbe a los magistrados de la CABA (Ley N° 26357 y Ley CABA N° 2257), como a un suceso de desapoderamiento ilegítimo de bienes muebles, encuadrable en un delito aún reservado a los tribunales nacionales por no haber sido incluido en ninguno de los convenios de traspaso de competencias penales.

En concreto, la turbación de la tenencia habría sido aprovechada por la imputada –dueña de un inmueble alquilado– para apoderarse, a su vez, de los bienes existentes en la vivienda al momento de despojar de la tenencia a la locadora; extremo que revelaba la existencia de una conexidad subjetiva y objetiva entre tales acontecimientos, y, por ende, la concurrencia de una comunidad probatoria.

Esta situación se ajustaba a las pautas establecidas en el artículo 41 del Código Procesal Penal de la Nación; circunstancia que reclamaba la intervención de un único tribunal en la investigación de sendos eventos. Vale aclarar que el empleo del mencionado Código instrumental en la resolución de los conflictos de competencia entre los tribunales nacionales y los de la Ciudad viene impuesto por el artículo 3 de la Ley de Traspaso N° 26702.

Para determinar a cuál de los juzgados contendientes correspondía el conocimiento de la causa, señalé que debía estarse a las reglas del artículo 42 del CPPN, cuyo inciso 1 establece que, en caso de sustanciarse

causas conexas por delitos de acción pública, estas se acumularán y será tribunal competente “aquel a quien corresponda el delito más grave”.

La manda transcrita llevó a postular la competencia del juzgado de la CABA para intervenir en el caso comentado, en función de la escala penal contemplada para la figura penal del artículo 181 del Código Penal, superior a la prevista para el delito del artículo 162 del CP.

Finalmente, invoqué el precedente “Elgorriaga” con aristas similares al caso aquí comentado en el que, al declararse la competencia de los tribunales locales, se afirmó que la eventual imputación de la sustracción de los elementos existentes en el interior de la vivienda usurpada también podía ser abordada por el fuero local, tal como se había afirmado en el conocido caso “Giordano”, ambos ya citados anteriormente.

Por su parte, la mayoría de los jueces del Tribunal Superior resolvió la contienda en el sentido propiciado por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, quienes compartieron sus fundamentos (sentencia del 01/03/2023).

Delitos contra la administración pública

La transferencia de la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos contra la administración pública de los tribunales nacionales al fuero local dependió de que los hechos ocurrieran exclusivamente en el ámbito de la CABA, y trataran de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, o contra el funcionamiento de los poderes públicos u ocurrieran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales (Anexo de la Ley Nacional N° 26702, apartado segundo, y Ley CABA N° 5935).

En diversas ocasiones en las que se suscitaron conflictos negativos de competencia, los jueces contendientes no discrepaban respecto a la calificación legal del suceso objeto de proceso, sino que discutían el cumplimiento de las condiciones del traspaso de competencia dispuesto respecto de los delitos en cuestión, de acuerdo a las previsiones *ut supra* mencionadas.

En lo que aquí interesa, en los dictámenes transcritos a continuación postulé que, aunque no se trate de actos cometidos por o contra sus funcionarios públicos o verificados en un proceso judicial tramitado ante el fuero local, otras consideraciones determinaban que los hechos respectivos atentaban contra el funcionamiento del poder público local; aspecto relevante para establecer el tribunal competente para su investigación.

Usurpación de autoridad, títulos u honores

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 276781/2022-0, “Incidente de competencia en autos ‘I. L., N. y otros s/ 247 - usurpación de grados / títulos y honores’”

CABA, 11 de septiembre de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 39 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 28.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la presentación efectuada el 25 de marzo de 2022, por V. M. V., en representación del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocasión en la que radicó una denuncia contra N. I. L., quien estaría ejerciendo actos propios de la profesión de contador sin poseer la debida habilitación.

Concretamente, refirió que el 13 de enero de 2021, la Gerencia de Vigilancia Profesional del Consejo recibió en su casilla un correo electrónico por parte de la Dra. M. D. C. C. C., quien manifestó que, en febrero de 2020, había comenzado a trabajar en un estudio contable llamado “C. C.”, presuntamente a cargo de la Sra. L., quien se presentaba como contadora.

La nombrada M. D. C. C. C. refirió que, con el correr del tiempo, comenzaron a hacerse evidentes ciertas irregularidades que la hicieron sospechar de la idoneidad profesional de N. I. L. y de que poseyera matrícula habilitante.

En este sentido, relató que la imputada le había solicitado que firmara los balances y que, luego de que la denunciante le consultara por qué no podía hacerlo ella misma, le refirió que trabajaba en la AFIP. A su vez, la Sra. M. D. C. C. C. manifestó que M. L. B., profesional matriculada, era quien finalmente refrendaba los documentos.

A raíz de los hechos relatados, la Gerencia de Vigilancia Profesional del CPCECBA inició una investigación en la que se detectó que la Sra. L., junto con K. Y. D. C. y J. A. P. M., habían constituido la firma “C. G. SAS”, en cuya página *web* se ofrecían prestaciones reservadas a los profesionales inscriptos en el Consejo, como por ejemplo el alta y seguimiento a monotributistas y autónomos, creación de sociedades, liquidaciones, confección y firma de balances. En relación con ello, se puntualizó que el objeto social declarado ante la AFIP por esta sociedad discrepaba de los servicios ofrecidos en la página *web*, siendo esta circunstancia otro elemento irregular.

La Fiscal a cargo de la Fiscalía Criminal y Correccional N° 17, Dra. Cinthia Oberlander, promovió la declaración de incompetencia en razón de la materia, al entender que la conducta investigada resultaba subsumible en la figura prevista en el artículo 247, primer párrafo, del Código Penal –correspondiente al delito de usurpación de autoridad, títulos u honores–, la cual resulta ser de competencia de la justicia local.

A ello agregó que el organismo denunciante en el presente caso resultaba ser uno de injerencia local, por lo que se observaban las condiciones estipuladas en el segundo apartado del anexo de la Ley nacional N° 26702.

Conforme lo solicitado y por coincidir con el criterio expuesto por la Sra. Fiscal, la Dra. Alejandra Mercedes Alliaud, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 39, declinó la competencia en razón de la materia.

Arribado el caso al Ministerio Público Fiscal de la CABA, la Dra. Genoveva Inés Cardinali, entendió que, si bien la Ley nacional N° 26702 había transferido a la órbita de juzgamiento local el delito previsto en el

artículo 247 del CP, lo cierto era que, conforme se desprendía del anexo segundo de la mentada ley –referido a los delitos contra la administración pública– la figura en cuestión resultaba ser competencia del fuero local siempre y cuando se tratase de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atentaran contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurrieran en el marco de un proceso judicial que tramitase ante los tribunales locales.

Por este motivo, consideró que, más allá de que los hechos se verificaban en el ámbito local y que el organismo de contralor –que regulaba el ejercicio de la profesión contable y había formulado la denuncia a través de su representante legal– tenía jurisdicción en esta Ciudad, la conducta a investigar no afectaba la administración local, sumado a que el Consejo Profesional de Ciencias Económicas resultaba ser una entidad de derecho público, no estatal, con independencia de los poderes del Estado, por lo que entendió que correspondía que el caso continuara tramitando ante la Justicia nacional, criterio con el que coincidió la Dra. María Julia Correa, Jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 28 al rechazar la competencia atribuida.

Devuelto el legajo al fuero nacional, la Dra. Alliaud mantuvo su postura, tuvo por trabada la contienda negativa de competencia y elevó los testimonios al Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto que comparto el criterio adoptado por las magistradas nacionales en cuanto a que corresponde a la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas continuar con la tramitación del presente caso.

En primer lugar, corresponde aclarar que no hay discrepancia entre las magistradas entre las que se trabó la contienda respecto a la calificación legal del suceso objeto del presente proceso, el cual encuadra en la figura de usurpación de autoridad, títulos u honores –prevista y reprimida en el artículo 247 del Código Penal–, por lo que, en esta oportunidad, la controversia se limita a determinar a qué fuero le compete llevar adelante su investigación y juzgamiento.

A tal fin, cabe señalar que la Ley nacional N° 26702 establece la transferencia de la competencia a favor de la Justicia de la Ciudad

para la investigación y el juzgamiento de delitos contra la administración pública –entre los cuales se encuentra el delito del art. 247 del CP– siempre que se tratare de hechos “ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales”.

Ahora bien, es fundamental considerar que los hechos denunciados en el presente caso ocurrieron en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y si bien no se trata de actos cometidos por o contra sus funcionarios públicos o verificados en un proceso judicial tramitado ante el fuero local, por las consideraciones que habrán de efectuarse corresponde admitir que atentan contra el funcionamiento del poder público local.

En esa dirección, debe tenerse presente que el delito del art. 247 del CP daña a la administración pública, aspecto definido por el legislador nacional al incluirlo dentro del Título XI “Delitos contra la Administración Pública” del Libro Segundo del código de fondo.

En el caso, se trata del posible ejercicio de una profesión liberal sin poseer la autorización correspondiente para ello, a cuyo respecto cabe señalar que la regulación de las profesiones liberales constituye materia reservada a las provincias, atento que no ha sido objeto de delegación en el gobierno federal.

No impide tal afirmación la facultad atribuida al Congreso Nacional para dictar normas generales relativas a las profesiones cuyo ejercicio es consecuencia de los títulos habilitantes otorgados por las universidades nacionales, conforme lo dispuesto por el art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional, en tanto según lo ha reconocido la Corte Suprema, tal facultad “no es exclusiva ni excluyente de las potestades de reglamentación y policía locales, en tanto no enerven el valor del título...” (conf. Fallos: 308:987, considerando 7° y sus citas).

Es precisamente por ello que las legislaturas provinciales reglamentan la creación y funcionamiento de los distintos colegios profesionales que, a nivel local, regulan el ejercicio de las profesiones liberales y en ese marco tienen a su cargo el gobierno de la matrícula y ejercen un poder de policía delegado por los diversos Estados

provinciales en virtud del cual, bajo determinadas condiciones, habilitan a quienes acrediten poseer el título universitario respectivo, al ejercicio de la profesión liberal de que se trate en el ámbito territorial de su competencia, a la vez que tienen funciones disciplinarias en relación con la actividad de los matriculados.

Al respecto, el Máximo Tribunal ha reconocido que es atribución de las provincias reglamentar la práctica de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, en la medida en que con dicha reglamentación no se alteren sustancialmente los requisitos que al efecto exige la norma nacional, pues dentro de lo razonable, las provincias pueden establecer los requisitos complementarios que, en el ejercicio del poder de policía, les corresponde (conf. doctrina de Fallos: 320:89).

En este ámbito, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires atribuyó a la legislatura local la facultad de legislar “en materia del ejercicio profesional” (art. 80, inc. 2, d) y dispuso que “el control de la matrícula y el ejercicio del poder disciplinario de las profesiones liberales continuará siendo ejercido por los colegios y consejos creados por ley de la Nación hasta que la ciudad legisle sobre el particular” (cláusula transitoria décimo octava).

Fue en función de tal normativa constitucional que se ha dictado la Ley CABA N° 466 que regula la actuación del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al que caracteriza como una entidad de derecho público no estatal independiente de los poderes del Estado, entre cuyas funciones están las de reglamentar y ordenar el ejercicio de las profesiones de ciencias económicas –art. 2, inc. b)–; crear y llevar las matrículas correspondientes de ciencias económicas y un registro actualizado con los antecedentes respectivos de los profesionales matriculados, así como conceder, denegar, suspender, cancelar y rehabilitar la inscripción en las matrículas mediante resolución fundada, conforme a las reglamentaciones vigentes –art. 2, inc. d)–; aplicar las correcciones y sanciones disciplinarias –art. 2, inc. e)–; dictar las medidas y disposiciones de todo orden que estime necesarias o convenientes para el mejor ejercicio de las profesiones cuya matrícula controla –art. 2, inc. f)–.

En el marco del ejercicio de las potestades disciplinarias a su cargo, la Ley CABA N° 466 establece como mecanismo tendiente a asegu-

rar el control judicial suficiente de las decisiones que se adopten, la intervención de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, lo que constituye un claro indicio del carácter eminentemente local y público de la materia regulada.

En función de cuanto se viene exponiendo, en tanto el colegio profesional del que aquí se trata ejerce un poder de policía delegado por el Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el gobierno de la matrícula y la habilitación para el ejercicio de la profesión, entiendo que la conducta delictiva denunciada importa un evidente ataque a dicho poder local, que permite considerar cumplida la circunstancia tenida en cuenta en ocasión de la transferencia de la competencia en cuanto a que *el hecho atente contra el funcionamiento de sus poderes públicos*.

En este sentido, más allá de que, conforme la Ley CABA N° 466 el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una “entidad de derecho público no estatal, con independencia funcional de los poderes del Estado”, ello no resulta dirimente en orden a la determinación de la competencia para la investigación del hecho aquí denunciado, sino que lo que define la cuestión es que este afecta en forma directa el ejercicio de un poder de policía local, de lo que se deriva necesariamente que, entonces, en las circunstancias de autos el poder público involucrado o contra el que se dirige el ataque reviste carácter local.

La postura de marras importa una interpretación que se ajusta en debida forma a la letra de la ley, que respeta la voluntad del legislador nacional y local en cuanto a avanzar en la transferencia de la competencia en aquellos casos en que concurriesen las condiciones previstas en las normas respectivas, a la vez que viene impuesta por vía del mandato legal expreso, permanente e irrenunciable otorgado por el pueblo de la ciudad a las autoridades locales en cuanto a dirigir sus esfuerzos para preservar la autonomía, al que alude el art. 6 de la Constitución de la CABA.

Finalmente, entiendo de utilidad puntualizar que el criterio que propugno coincide con la solución adoptada por el Tribunal Superior en ocasión de resolver en el Expte. N° TSJ 16967/2019-O “Incidente de competencia en autos B., A. M. s/ Usurpación de título s/ Conflicto de competencia I”, sentencia del 11 de noviembre de 2020.

IV.

En consecuencia, corresponde declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 28 para continuar entendiendo en la investigación que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 320-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En el presente, la discusión planteada entre los magistrados contendientes giró en torno a determinar qué fuero debía llevar adelante la investigación del delito del artículo 247 del Código Penal, de acuerdo al cumplimiento o no de las condiciones dispuestas en el marco del traspaso al fuero local de la competencia para la investigación de ese delito, ubicado dentro de aquellos cometidos en perjuicio de la administración pública.

El hecho denunciado involucraba la figura de usurpación de autoridad, títulos y honores y se vinculaba con el ejercicio de una profesión liberal sin poseer la autorización correspondiente para ello, a cuyo respecto señalé que la regulación de tal materia se hallaba reservada a las provincias, atento que no fue objeto de delegación en el Gobierno federal.

Por ello, la circunstancia de que el organismo que nuclea el ejercicio de la profesión en cuestión se encuentre regulado por una ley nacional no implica que no ejerza funciones eminentemente locales, tal como el gobierno de la matrícula, ni que los hechos delictivos que afecten tales funciones no atenten contra la administración pública de la CABA.

Lo relevante para determinar el tribunal competente para la investigación en aquellos sucesos en los que se ve involucrado el ejercicio

de facultades vinculadas a la actuación profesional por parte de entes no estatales –es decir, independientes de los poderes del Estado– radica en la afectación al ejercicio del poder de policía que cumple ese consejo profesional en el ámbito local.

La circunstancia de que la actividad de ese organismo no se encuentre regulada por medio de una ley local –dictada en función de la ulterior autonomía adquirida por la CABA– no puede contradecir lo dispuesto en la Constitución de la CABA –cuyo art. 80, inc. 2, apartado d, atribuye a la legislatura local la facultad de legislar en materia del ejercicio profesional– y la voluntad del legislador nacional de avanzar en la transferencia de la competencia de los delitos en lo que se infiera la transgresión al funcionamiento del poder público local.

Sobre la base de esas premisas sostuve que la condición de ente no estatal –tal es la naturaleza del Consejo Profesional de Ciencias Económicas– no impide la verificación de la condición del traspaso de la competencia en los casos de delitos contra la administración pública, en cuanto a que atenten “contra el funcionamiento de sus poderes públicos”, toda vez que las violaciones a las facultades enmarcadas en el poder de policía local encuadran en la exigencia prevista en la norma, lo que determina la necesidad de promover la competencia del fuero local.

La postura desarrollada fue reiterada en otros supuestos de hechos delictivos vinculados con la actuación de consejos profesionales, concretamente del Consejo Profesional de Ingeniería Civil (Dictámenes FGA N° 114–2024, emitido con fecha 18/04/2022 en el marco del Expte. N° 137852/2023–1 “Incidente de incompetencia en autos Fitte, Juan Carlos s/292 1° parr – falsificación de documento público y privado”; y Dictamen N° 246–2024, emitido con fecha 26/08/2024 en el marco del “Expte. N° INC 45013/2024–1 “Incidente de incompetencia en autos “Sotelo, Esther s/ 247 – Usurpación de grados, títulos y honores”).

En todos los casos citados, el Tribunal Superior de la CABA resolvió por mayoría, y con remisión a los fundamentos expuestos por el suscripto, declarar la competencia del fuero de la CABA para intervenir respecto de la investigación del delito previsto en el art. 247 del CP, cuando el organismo involucrado cumpla funciones correspondientes al poder de policía local vinculadas al ejercicio de una profesión liberal (sentencias de fecha 15/02/2023, 04/09/2024 y 10/12/2024).

Recursos patrimoniales correspondientes a la administración pública local

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 175185/2024-0 “Incidente de competencia en autos N.N. s/ encubrimiento art. 277 inc. 1 apartado C – Inc. 3 apartado B s/ conflicto de competencia”

CABA, 08 de noviembre de 2024

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 31 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4.

II.

Se iniciaron las presentes actuaciones el día 13 de mayo de 2024, con la presentación efectuada por Nicolás Alejandro Cura, apoderado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires –en la que solicitó se le otorgue el carácter de parte querellante–, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

De dicha denuncia surge que la Dirección General Sistemas de Gestión Escolar, dependiente de la Subsecretaría de Tecnología Educativa del Gobierno de la CABA, detectó diversas publicaciones en el sitio Market Place de la red social Facebook, en la que se ofrecía la venta de computadoras que fueron entregadas a docentes y/o alumnos de

establecimientos educativos en el marco del “Plan Sarmiento”, a fin de garantizar el acceso tecnológico en las escuelas de esta jurisdicción.

El mencionado apoderado expuso que, a fin de cumplir con el Programa “Plan Integral de Educación Digital”, mediante la Resolución N° 352/SSPLINED/17 se aprobó el procedimiento de entrega en comodato de los dispositivos tecnológicos, por el que se estableció que “el equipamiento se utilizará en el marco del Plan Sarmiento BA [...], encontrándose absolutamente prohibida su transferencia parcial o total, transitoria o permanente, gratuita u onerosa, y por cualquier título, a terceras personas”.

Finalmente, el Dr. Cura señaló que “numerosas Escuelas pertenecientes al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires han sido objeto de robos donde se han sustraído miles de netbooks del Plan Sarmiento, como las que se publican en los enlaces denunciados” y adjuntó los enlaces de las veintisiete (27) publicaciones efectuadas, las respectivas capturas de pantalla –de los links en cuestión–, de las cuales se desprendía que dichos ofrecimientos de venta fueron realizados por distintos usuarios de la plataforma digital “Market Place” de la red social “Facebook”.

Arribado el caso –identificado como Expediente N° CCC 26.060/2024– al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 31, su titular, la Dra. María Fabiana Galletti, por auto del 14 de mayo de 2024 aceptó la competencia para la investigación del hecho allí individualizado como 1, remitió las actuaciones para su investigación a la Fiscalía N° 11, y en lo atinente a las restantes publicaciones, identificadas como hechos 2 al 27, la magistrada nacional consideró que eran sucesos escindibles entre sí, por lo que extrajo testimonios por separado respecto de cada una de ellos y los remitió a la Oficina de Sorteos de la cámara del fuero, a fin de que desinsacule los juzgados correspondientes para llevar adelante su respectiva investigación.

Con fecha 1 de julio de 2024, el Auxiliar Fiscal a cargo de la Fiscalía en lo Criminal y Correccional N° 11, Dr. Fabián Patrao, postuló la declinatoria de competencia a favor del fuero local, al considerar que “no se [habían] aportado elementos de valor probatorio que permitan afirmar, con el mínimo de certeza requerido para este estado del proceso, que los equipos denunciados [habían] sido sustraídos”, y que era innegable que los hechos objeto de pesquisa tenían impacto directo en los recursos patrimoniales de la CABA, por lo que encontraban adecuación típica en los

delitos de malversación de caudales públicos –previstos en los arts. 260 a 264 del CP–, y fraude en perjuicio de la administración pública local –conf. art. 174 inc. 5 del CP–, transferidos al ámbito capitalino.

La jueza nacional interviniente, tras coincidir con el criterio del Representante del Ministerio Público Fiscal en lo relativo a la significación jurídica del hecho, declaró su incompetencia y las remitió a este fuero local para continuar con la pesquisa. En tal sentido, consideró que la maniobra investigada habría importado una violación de las pautas del comodato que fueron fijadas por el gobierno local con docentes y alumnos correspondientes a escuelas ubicadas en el territorio de la CABA, por lo que la finalidad con que se habría cometido el hecho investigado, fue la de perjudicar a la administración pública local.

Por otra parte, en esa oportunidad, la magistrada tuvo por parte querellante al Dr. Nicolás Alejandro Cura, en representación de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Arribado el caso a esta sede, la Dra. Rocío López Di Muro, titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4, corrió vista al Ministerio Público Fiscal, con motivo de lo cual tomó intervención el Dr. Sebastián María Fedullo, interinamente a cargo de la Fiscalía N° 12, quien se expidió por rechazar el conocimiento atribuido en estas actuaciones, en razón del estado incipiente de la investigación y la imposibilidad de descartar la posible comisión del delito de encubrimiento –art. 277 del CP–, al no existir elementos que permitan sostener que los autores de las publicaciones de las computadoras en el sitio *web* de la red social Facebook fueran los beneficiarios del Plan Sarmiento del GCBA, extremo que tornaba prematura la decisión adoptada por el fuero criminal y correccional.

Con fecha 2 de agosto de 2024, la magistrada local rechazó la competencia atribuida al entender que, más allá de la calificación que en definitiva corresponda asignarle al hecho denunciado, la resolución de su colega nacional no se encontraba precedida de una investigación suficiente para definir con precisión el objeto de la pesquisa. Sobre el punto, destacó que “solamente se procedió a recibirle declaración testimonial al denunciante, sin haberse llevado a cabo diligencias a fin de acreditar o descartar la posible comisión del delito de encubrimiento” ni “tampoco [...] recabar la identidad de los posibles imputados”.

Devueltas las actuaciones al fuero criminal y correccional, la Dra. Galletti insistió en la postura oportunamente adoptada sobre la com-

petencia, dio por trabada la contienda y elevó el legajo al Tribunal Superior de Justicia de la CABA para su consideración.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, habré de coincidir con la magistrada nacional, en cuanto a que corresponde a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas continuar con la tramitación del caso.

En primer lugar, a fin de delimitar adecuadamente la presente contienda, cabe señalar que si bien en el escrito inicial el apoderado de la Procuración General de la CABA hizo referencia a veintisiete (27) publicaciones de Market Place en donde se ofrecían a la venta las computadoras concedidas en comodato por el gobierno local a docentes y estudiantes de establecimientos educativos de esta ciudad, el juzgado nacional interviniente escindió su investigación, al extraer testimonios respecto de los hechos identificados con los números 2 al 27, de modo tal que esta incidencia solo se refiere al suceso individualizado como número 1.

Sentado ello, la magistrada nacional sostuvo que el hecho denunciado encuadraba en delitos de competencia local –malversación de caudales públicos, arts. 260 a 264 del CP, y fraude en perjuicio de la administración pública local, art. 174 inc. 5 del CP–, por concurrir las condiciones establecidas en los Anexos de la Ley N° 26702; por su parte, la jueza local entendió que la declinatoria resultaba prematura en tanto no se habían llevado a cabo diligencias tendientes a descartar la configuración del delito de encubrimiento, tipificado en el art. 277 del CP.

Ahora bien, más allá del estado incipiente de la investigación, de los términos del escrito de denuncia surge que el evento denunciado atenta contra el funcionamiento del poder público y la administración local.

Las conductas denunciadas por el Procurador General de la CABA se refieren a bienes que pertenecen al patrimonio del gobierno local y fueron entregados –en préstamo a través de un comodato– a las personas que conformaban la comunidad educativa de la CABA en su carácter de docentes y/o estudiantes, con la finalidad de reformular las prácticas institucionales escolares y fortalecer la innovación pedagógica.

En esa línea, el Ministerio de Educación de la Ciudad dispuso, a través de la Resolución N° 4271/MEGC/2017, la creación del Programa “Plan Integral de Educación Digital” (PIED) y el acceso irrestricto de docentes y alumnos de establecimientos públicos al equipamiento

tecnológico, de acuerdo con los objetivos propuestos en esa resolución, esto es, “Garantizar y promover la Educación Digital”, material que habría de ser “entregado a los beneficiarios mediante Acuerdo de Uso” –conf. punto 4 del Anexo II–.

Como señalé precedentemente, de los elementos probatorios incorporados hasta el momento y con independencia de la calificación legal que en definitiva se le asigne al hecho –extremo a cuyo respecto habrá de ser fundamental la individualización tanto de los equipos informáticos, como de los autores de la maniobra–, surge de manera ostensible que la netbook ofrecida a la venta en la publicación investigada conforma el patrimonio del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que es evidente la afectación a la administración pública local.

En relación con ello, asiste razón a la magistrada nacional, al señalar que en el acuerdo de uso entre las partes, esto es GCBA-docente/alumno, se consignó la particular finalidad para la que les fueron asignados los recursos tecnológicos en cuestión, por lo que la existencia de los anuncios de venta, más allá de la necesidad de establecer las conductas que los habrían precedido, afecta los recursos patrimoniales correspondientes a la administración pública local.

En tal situación, frente al mandato legal expreso, permanente e irrenunciable otorgado por el pueblo de la ciudad a las autoridades locales, entre ellas, a los integrantes del Poder Judicial de dirigir los esfuerzos para preservar la autonomía –art. 6 CCABA–, corresponde aceptar la competencia en estas actuaciones más allá de la calificación legal que en definitiva y, luego de la investigación a desarrollarse, habrá de asignarse al hecho objeto del proceso.

Un temperamento similar al que se propugna fue promovido por este Ministerio Público Fiscal en otro caso anterior en que, no obstante no hallarse definitivamente delimitados los contornos de la maniobra ilícita investigada, se hallaba establecido que el hecho afectaba el patrimonio de la administración pública local, ocasión en que V.E. se expidió con remisión a los fundamentos emitidos por esta Fiscalía General Adjunta en el Dictamen FGA N° 306/22 emitido el 23/08/22 –conf. Expte. N° Inc 137025/2021–1 “Incidente de incompetencia en autos “Obra Social de Bs AS s/ 173 7 – Defraudación por Administración Fraudulenta”, sentencia del 23/11/2022–.

Más allá de la necesidad de orientar la pesquisa en esa dirección, cabe señalar que si el avance de investigación indicare el encuadramiento del hecho en un delito no transferido al ámbito de los tribunales de la CABA, en modo alguno ello le impediría a la justicia local expedirse sobre el fondo de la cuestión, dado que, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “[...] órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia[...]”, por lo que puede asignarse la competencia con independencia de la delimitación trazada por los convenios, debiendo tenerse en cuenta que “Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso” –conf. Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

Finalmente, frente a la escisión de la investigación de los hechos objeto de denuncia, derivada del temperamento adoptado inicialmente por el Juzgado nacional N° 31, para el supuesto de que V.E. comparta la decisión que promuevo, el juzgado local deberá adoptar las medidas conducentes para reunir en ese tribunal la pesquisa en relación con la totalidad de los sucesos denunciados por la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires.

IV.

En razón de lo expuesto, corresponde declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4 para continuar con la tramitación del caso que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 340–2024

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En el caso transcripto, la cuestión discutida giraba en torno a determinar si las publicaciones de venta –a través de la red de comercialización de Facebook, denominada Market Place– de varias computadoras concedidas en comodato a docentes y/o estudiantes de la CABA resultaban ser elementos suficientes para configurar el encuadre legal del delito de malversación de caudales públicos y de fraude en perjuicio de la administración pública local.

Conviene aclarar que la investigación se hallaba en estado incipiente, pues solo se contaba con la denuncia efectuada en el fuero criminal y correccional por la Procuración General de la Ciudad; circunstancia que impedía a esa altura determinar la procedencia de esas publicaciones y, por lo tanto, descartar el encuadre de los hechos en la figura de encubrimiento –art. 277 del CP–, cuya competencia no fue traspasada al ámbito capitalino.

No se desconoce la doctrina pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que las declinatorias de competencia deben hallarse precedidas de la investigación necesaria para encuadrar el caso, *prima facie* en alguna figura determinada, pues solo en orden a un delito concreto cabe pronunciarse acerca del juez a quien compete investigarlo.⁶ Así, en el caso se hizo hincapié en que, más allá de la calificación legal que en definitiva pudiera asignarse al caso bajo análisis –aún en el estado embrionario del proceso y frente a la escasez de diligencias probatorias–, resultaba indudable que el hecho se traducía en una afectación del patrimonio del Gobierno local, en cuanto las computadoras concedidas a través del denominado “Plan Sarmiento” cuya venta se investigaba eran de propiedad del Gobierno de la CABA y habían sido entregadas a título de comodato, con la finalidad de reformular las prácticas institucionales escolares dentro del territorio de la ciudad.

Ello, sumado al mandato dispuesto por el artículo 6 de la CCABA por el cual los integrantes del Poder Judicial deben dirigir sus esfuerzos para preservar la autonomía de la ciudad, determinaba la necesidad de promover la intervención de este fuero, en razón de hallarse ostensiblemente afectado el patrimonio de la administración pública local.

6. CSJN, Fallos 318:53, “Gauna, Rosa Isabel s/malversación de fondos”, 07/02/1995.

En ocasión de expedirme en el caso transcripto, señalé que dicho criterio surgía de la postura adoptada en otro caso similar: el Dictamen FGA N° 306/2022, emitido el 23/08/2022, Expediente N° 137025/2021-1 “Incidente de incompetencia en autos Obra Social de Bs. As. s/173 7 Defraudación por administración fraudulenta”, en cuya ocasión sostuve que correspondía declarar la competencia de la justicia local porque, más allá de que las constancias del caso no permitían disipar las dudas respecto de la forma de producción y el alcance de los hechos denunciados, se encontraba allí involucrado el patrimonio de un ente público no estatal –Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires–, conformado con aportes realizados por el gobierno local, por lo que no podía descartarse “una potencial afectación a la administración pública local, más aún ante la falta de delimitación de los contornos de la manobra denunciada”.

La denuncia efectuada en el caso transcripto dio lugar a la formación de varios procesos independientes pero cuyo objeto resultaba coincidente; causas en las que, más allá de promover la intervención de los tribunales de la CABA –por los motivos señalados–, propuse adoptar las medidas conducentes para reunir en un mismo tribunal la totalidad de los casos vinculados con los sucesos denunciados por la Procuración General de la CABA respecto de las publicaciones de venta de las computadoras otorgadas en el marco del “Plan Sarmiento” (conf. Dictámenes FGA N° 343/2024, 345/2024, 354/2024, 369/2024, 370/2024, 385/2024 y 387/2024).

Tanto en el caso transcripto, como en el citado en esa oportunidad –Expte. N° 137025/2021-1–, el Tribunal Superior de Justicia declaró la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas interviniente en la contienda, con remisión a los fundamentos emitidos por la Fiscalía General Adjunta –sentencias de fecha 26/12/2024 y 23/11/2022, respectivamente–.

Malversación de caudales públicos

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 174601/2021-0, “Incidente de competencia en autos ‘NN, NN s/ 260 - Malversación de caudales públicos s/ conflicto de competencia’”

CABA, 26 de agosto de 2021

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 35 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 5.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron el día 23 de enero de 2020 a raíz de la denuncia efectuada por el Subcomisario Miguel A. Muñoz, a cargo de la Comisaría Vecinal N° 11A de esta Ciudad, ocasión en la cual expresó haber advertido que, en dicha sede policial, faltaba la pistola marca Bersa, modelo Thunder, calibre 9 mm, con número de registro institucional [...], la que se hallaba dentro de la caja de seguridad ubicada en la Oficina de Judiciales.

Sumado a ello, agregó que la referida arma de fuego había sido incautada al Oficial de Policía Cristian Navarro, en el marco del sumario policial N° [...] (causa N° [...] en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 5).

Radicadas las actuaciones ante el fuero nacional, el Auxiliar Fiscal interviniente, Dr. Fabián Patrao, subsumió el suceso descrito en el

delito de malversación de caudales públicos (conf. art. 160 del Código Penal) y postuló la incompetencia material del caso, debido a que el mencionado ilícito había sido transferido al ámbito de competencia de la Ciudad, a través de la Ley nacional N° 26702 y la Ley local N° 5935.

Consecuentemente, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 35, Dr. Osvaldo Daniel Rappa, resolvió declinar la competencia en favor de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas, para lo cual se remitió a los argumentos esbozados por el representante del Ministerio Público Fiscal.

A su turno, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 5, a cargo de la Dra. M. Fernanda Botana, no aceptó la competencia atribuida, con fundamento en que, de acuerdo al contenido de la cláusula segunda del anexo de la Ley nacional N° 26702, en el caso de autos no se verificaba el requisito de que el delito imputado hubiese ocurrido “en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales” por cuanto el arma de fuego, cuyo faltante fuera denunciado, había sido secuestrada en el Expte. N° [...] del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 5, órgano judicial este –según su criterio– ajeno a la órbita local.

Devuelto el legajo al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 35, su titular insistió en su criterio, tuvo por trabada la contienda de competencia y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por aplicación de la doctrina establecida en el precedente “Bazán” (conf. Fallos: 342:509), las remitió, a su vez, a ese Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto que habré de compartir el criterio expuesto por el juez nacional en cuanto a que debe ser la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas la que continúe con el trámite del caso.

En este sentido, la circunstancia de que la malversación de caudales públicos se vincule con un proceso judicial en trámite ante la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, en nada afecta la intervención del fuero local.

Ello así, en tanto que el hecho tuvo lugar en el ámbito territorial de esta ciudad, podría hallarse involucrado un funcionario público local y se vincula con la actuación de un Tribunal de su órbita judicial natural.

Ciertamente, como lo recuerdan ambos magistrados, tanto la investigación como el juzgamiento de la malversación de caudales públicos –sea cual fuere la figura penal concreta, incluida en el Capítulo VII, Título XI “Delitos contra la administración pública”, del Libro Segundo “De los delitos”, del Código Penal, en la que finalmente se encuadre el hecho denunciado– han sido objeto de transferencia en los siguientes términos “Segundo: Delitos contra la administración pública, ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales” (conf. cláusula segunda del anexo de la Ley nacional N° 26702).

De tal forma, más allá de la concurrencia de las dos primeras pautas legalmente establecidas, también concurre la última de ellas, en tanto que no puede dudarse respecto del carácter local que corresponde asignar a los tribunales nacionales que sucesivamente tuvieron a su cargo la investigación y juzgamiento del hecho ilícito que motivó la incautación del arma que habría sido objeto de malversación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la línea jurisprudencial iniciada con el precedente “Corrales” (conf. Fallos: 338:1517) y continuada luego en el fallo “Nisman” (conf. Fallos: 339:1342), viene reiterando que la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, le reconoce autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, por lo que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Ciudad es meramente transitorio.

En este mismo camino, el Alto Tribunal sostuvo, en el fallo “Bazán” (conf. Fallos: 342:509) que los conflictos de competencia entre el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad y el fuero nacional se producen “[...] entre dos órganos con competencia no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, estableciendo que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre aquellos.

Por lo demás, la cuestión que se analiza ha sido zanjada por V.E. en los precedentes “Novello”, “García” y “De Almeida” (conf. Exptes. N° 16293/19, 16329/19 y 17355/2019, resueltos el 18/12/2019, el 1/7/20 y el 23/9/20, respectivamente), entre otros, en cuyas oportunidades el

Dr. Luis Francisco Lozano se expidió respecto de los alcances de la cláusula segunda ya mencionada, donde sostuvo que se incluyen allí tres categorías que se refieren a: 1) hechos delictivos cometidos por sus funcionarios públicos; 2) delitos contra sus funcionarios públicos; 3) hechos que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos, con la particularidad de que se “[...] distinguen a los funcionarios y poderes por medio de un adjetivo posesivo, ‘sus’, es decir, según su pertenencia al sujeto GCBA”.

A continuación, la misma cláusula distingue una cuarta categoría de hechos –que “ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales”–, a cuyo respecto el magistrado de mención puntualizó que, “[l]a última cláusula pudo ser concebida como ocurridos ‘en el marco de un proceso judicial que tramite ante sus tribunales’. En su lugar, emplea la palabra ‘los’, que elimina precisamente la pertenencia al sujeto GCBA. Mientras tanto, la expresión ‘tribunales locales’, por sí misma, puede ser leída como denotando a los que ejercen competencias o jurisdicción local”, tal es el caso de los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional.

Para reforzar la postura sentada, el distinguido juez señaló que, si se interpretase la cuarta categoría como restringida a órganos instituidos por el GCBA sería redundante, puesto que los supuestos que quedarían abarcados también lo estarían por las tres anteriores; añadiendo, en consecuencia, que “[...] la regla interpretativa que debe seguirse es aquella que manda interpretar los textos de modo que den pleno efecto a la voluntad legislativa y no tornándolos estériles (Fallos: 330:4713, entre muchos otros), como así también aquella otra según la cual de existir varias interpretaciones posibles, corresponde acordar aquella que ponga a la norma en armonía con la Constitución (cf. Fallos: 335:2333)”.

En función de los argumentos reseñados y tal como reiteradamente se ha expedido esta Fiscalía General Adjunta en otros precedentes en relación con el delito de desobediencia a una orden impartida por un Juez Nacional (confr. Dictámenes FGA N° 11/2020 en Expte. N° “Ramírez, Fabian”, emitido el 31 de enero de 2020; N° 16/2020 en Expte. N° 17828/19 “Colombo, Norma Elena”, emitido el 12 de febrero de 2020; N° 49/2020 en Expte. N° 18039/20 “Rabaza, Luciano”, emitido el 18 de marzo de 2020, y N° 58/2020 en Expte. N° 18164/20 “Juárez, Hugo Leonardo”, emitido el 4 de junio de 2020; N° 144/2020 en Expte.

Nº 18355/2020 “Lastra” emitido el 26 de noviembre de 2020, entre muchos otros), el delito de malversación de caudales públicos –previsto en los art. 260 a 264 del CP– cometido en el ámbito territorial de esta Ciudad, cuando hubiese sido cometido en el marco de un proceso judicial que tramita ante la Justicia Nacional, que ejerce funciones como tribunal local de acuerdo con la competencia que tienen asignada, corresponde a los tribunales de la Ciudad.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas para continuar entendiendo en la pesquisa que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen Nº 201-2021

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En el caso transcripto, se investigaba la desaparición de un arma cuyo secuestro fue dispuesto en el marco de un proceso en trámite ante un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional. Este hecho fue considerado *prima facie* como infracción a la figura prevista en el art. 260 del CP –malversación de caudales públicos–.

En cuanto a las condiciones a las que se sujetó la transferencia de la competencia para investigar los delitos cometidos contra la administración pública en el dictamen se señaló que, en ocasión de efectuar una interpretación de los términos de la cláusula segunda del anexo a la Ley Nacional 26702, el Dr. Lozano definió, con meridiana claridad, cuatro categorías: 1) hechos delictivos atribuidos a funcionarios públicos de la CABA; 2) los cometidos contra sus funcionarios públicos; 3) sucesos que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos –un ejemplo de esta categoría vendría a estar constituido por el caso de usurpación

de títulos ya analizado más arriba–; y 4) los que ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales.

Respecto de este último supuesto, se sostuvo que el legislador utilizó la palabra “los” para no limitar el alcance de la cláusula a los tribunales de la CABA e incluir a todo tribunal que ejerciera competencias o jurisdicción local, lo que por supuesto incluye a la justicia nacional en lo criminal y correccional.

En ese escenario, sostuve que la cuestión vinculada con la naturaleza de las facultades jurisdiccionales desarrolladas en el ámbito territorial de la CABA por los distintos tribunales allí existentes fue zanjada tanto por la CSJN al expedirse en el caso “Bazán” –y definir que todos ellos ejercen una misma jurisdicción no federal–, como por el TSJ al declarar la competencia local para la investigación del delito de desobediencia a una orden emanada de un juez nacional en lo civil –Expte. N° 17828/19 “Colombo, Norma Elena”, sentencia de fecha 16/07/2020, entre otros–.

De modo tal que la única interpretación viable del término “tribunales locales” al que alude la cláusula de traspaso es incluir a la justicia de la CABA y a la justicia nacional, dado que ambas ejercen una competencia local.

Por ello, la desaparición de un arma cuyo secuestro fue dispuesto en el marco de un proceso en trámite ante un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional, que configura, *prima facie*, la figura prevista en el art. 260 del CP –malversación de caudales públicos– suscita la competencia del Poder Judicial de la CABA al verificarse el cumplimiento de la condición del traspaso de ese delito en cuanto se trata de un hecho ocurrido “en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales”.

En el precedente citado, el Tribunal Superior de Justicia resolvió, por mayoría, compuesta por el voto conjunto de los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe, Inés M. Weinberg y Luis Francisco Lozano, y con remisión a los fundamentos expresados por el suscripto, declarar la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas para intervenir en la pesquisa (sentencia de fecha 16/03/2022).

Finalmente, esta postura fue reiterada respecto del delito previsto en el art. 280 del CP, en un caso en que los detenidos cuya evasión se investigaba se hallaban a disposición de Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional –Dictamen FGA N° 42/2022 de fecha 09/03/2022

en Expte. N° 251004/2021-1 “Incidente de incompetencia en autos ‘Ferrando, Julián Floreal y otros s/280 – Evasión de pena’”.

En esa ocasión insistí en que los tribunales nacionales ejercen funciones jurisdiccionales locales, y agregué que la circunstancia de que la evasión se hubiera producido en una dependencia de la Policía Federal no invalidaba el criterio adoptado, ya que más allá de tratarse de un predio sometido a las autoridades federales, los detenidos cuya evasión se investigaba se hallaban a disposición de Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, que ejercían funciones jurisdiccionales locales; naturaleza que debía atribuirse también a las funciones ejercidas por los integrantes de la Policía Federal Argentina en lo que se refiere a la custodia de las personas privadas de libertad en una dependencia de esa fuerza de seguridad.

De igual forma, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia resolvió por mayoría –compuesta por el voto conjunto de los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe, Inés M. Weinberg y Luis Francisco Lozano–, y con remisión a los fundamentos expresados por el suscripto, declarar la competencia del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas interviniente.

Delitos contra la fe pública

Introducción

A modo de introducción, antes de abordar los diversos supuestos que componen este tópico, estimo necesario señalar que, de acuerdo con el tercer convenio de traspaso de competencias penales a la CABA (ratificado por la Ley nacional N° 26702 y la Ley CABA N° 5935), el Poder Judicial de la Ciudad conoce en los delitos contra la fe pública cometidos en su ámbito territorial –entre los que se enumeró la falsificación de documentos (artículos 292 al 298 del Código Penal)– “siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (cláusula tercera del anexo de la Ley N° 26702).

En ese sentido, corresponde también destacar que, según la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, en los casos en que se desconoce cuál fue la jurisdicción en la que se confeccionó el instrumento falso, debe estarse al sitio en el que fueron utilizados a fin de establecer la competencia territorial (el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 325:777; 326:1585; 329:3932; 334:468; entre otros).

Falsificación y uso de documento público

Documento público falso expedido en apariencia por autoridades de la CABA y cuya utilización se verificó en el ámbito porteño

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° INC 195626/2021-1,
“Incidente de incompetencia en autos
‘O. L., L. F. s/ 296 - Uso de documento o
certificado falso o adulterado’”

CABA, 25 de abril de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 27 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 56.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz del hecho presuntamente acaecido el día 10 de agosto de 2021, a las 20.30 horas aproximadamente, en la intersección de la avenida Scalabrini Ortiz y la calle Paraguay de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocasión en la que, en el marco de un control policial vehicular, L. F. O. L. habría exhibido una licencia de conducir apócrifa, cuya expedición se atribuía a “Buenos Aires – San Cristóbal” –según la leyenda incluida en ella–.

Concluida la investigación preparatoria, el titular de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 5,

Dr. Miguel Kessler, formuló el correspondiente requerimiento de juicio por el delito de falsificación de documento público, a continuación de lo cual el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 27, a cargo de la Dra. María Carolina De Paoli, decidió declinar la competencia en razón de la materia en favor de la Justicia Criminal y Correccional.

Para así decidir, la magistrada local sostuvo que el traspaso al Poder Judicial de la Ciudad de la facultad para investigar y juzgar las hipótesis delictivas de falsificación y uso de documentos públicos solo se relacionaba con aquellos “instrumentos emitidos o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. Ley N° 26702), extremo este que no concurría en el caso de autos por cuanto la cuestionada licencia de conducir habría sido otorgada por un organismo de extraña jurisdicción –Municipalidad de San Cristóbal, provincia de Buenos Aires–, de manera que correspondía mantener la competencia originaria del fuero nacional.

A su turno, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 56, a cargo del Dr. Alejandro Ariel Litvack, no aceptó la competencia atribuida, para lo cual destacó que San Cristóbal constituía uno de los barrios de la CABA y que no existía tal localidad en la provincia de Buenos Aires.

En función de ello, el juez nacional consideró que en el caso se verificaban las condiciones de traspaso establecidas en la cláusula tercera de la Ley nacional N° 26702, en tanto el uso del documento público falso habría ocurrido en el ámbito territorial de esta Ciudad y respecto a un instrumento cuya competencia para emitirlo correspondía al GCBA.

Devuelto el legajo al juzgado de origen, la Dra. De Paoli insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y, de conformidad con lo resuelto por la CSJN en el precedente “Bazán” (conf. Fallos: 342:509), elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

A fin de dirimir la cuestión de competencia suscitada, corresponde aclarar, en primer lugar, que no hay discusiones en torno a la calificación legal del suceso objeto del presente proceso, el cual encuadra en la figura de falsificación de documento público prevista en el artículo 292, párr. 2do., del Código Penal, por lo que la contro-

versia se limita a establecer a qué fuero le compete llevar adelante la investigación.

A tal fin, cabe señalar que la Ley nacional N° 26702 y la resolución conjunta DG N° 26/18, AG N° 17/18 y FG N° 32/18 establecen la transferencia de la competencia a favor de la Justicia de la Ciudad para la investigación y el juzgamiento de delitos contra la fe pública previstos en los artículos 292 a 298 del Código Penal “siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

En función de las particularidades del caso, resulta fundamental considerar que el otorgamiento de las licencias de conducir se encuentra delegado en las autoridades locales y es el domicilio registrado en el documento de identidad el que determina a cuál le corresponde expedirlo.

Sentado ello, no puede pasarse por alto que en el documento secuestrado en autos, se incluyó como lugar de expedición “Buenos Aires” y a continuación se consignó “San Cristóbal”.

Si se pretende que de tal manera se intentó identificar como lugar de expedición a la provincia de Buenos Aires –tal la postura de la magistrada de esta Ciudad–, ello choca con el hecho de que dicha localidad no existe como tal en el territorio bonaerense.

Contrariamente, la circunstancia de haberse hecho alusión a “San Cristobal”, es decir, el barrio porteño donde se encuentra ubicado el domicilio atribuido en la discutida licencia de conducir a su titular (situado en la calle [...]), dato que por otra parte coincide con el domicilio del imputado (conf. informe elevado por el RENAPER y el acta de intimación del hecho, págs. 37 y 77/80 del incidente digital), impide descartar que la intención del sujeto activo haya sido crear y utilizar un documento apócrifo similar a aquellos cuya emisión incumbe a las autoridades de la CABA.

De este modo y en atención a que, de las constancias del caso surge que el instrumento en cuestión, amén de haber sido exhibido en el ámbito geográfico local, se corresponde con un domicilio emplazado en un barrio porteño –al que se alude concretamente en el documento–, lo que determina la atribución del GCBA para su otorgamiento, entiendo que corresponde a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas continuar con la tramitación del presente caso.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 27 para continuar con la investigación del suceso que dio origen a este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.

Dictamen N° 125-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Tal como se indicó en el dictamen transcripto, el tercer convenio de traspaso de competencias penales a la CABA supedita la actuación del fuero Penal, Contravencional y de Faltas con motivo de la comisión en su territorio del delito de falsificación de documento público, a la circunstancia de que el instrumento apócrifo se trate de uno expedido por el GCBA o que su emisión corresponda a dicho Estado local (conf. cláusula tercera del anexo de la Ley N° 26702).

En el caso de referencia, el documento falso consistía en una licencia de conducir. A este respecto, el otorgamiento de tal permiso constituye una facultad delegada a las autoridades locales, mientras que el domicilio registrado en el documento de identidad del solicitante determina a cuál jurisdicción corresponde su expedición.

Ahora bien, este caso presentaba una particularidad: en la licencia objeto de la investigación penal se había incluido como lugar de expedición “Buenos Aires – San Cristóbal”. Sin embargo, la pretensa localidad “San Cristóbal” no existe como tal en el territorio bonaerense; en cambio, sí existe el barrio San Cristóbal en la CABA.

En ese sentido, una lectura pormenorizada de las constancias de la incidencia mostraba que el domicilio del imputado –de acuerdo con lo informado por el Registro Nacional de las Personas y lo declarado por aquél en la audiencia de intimación de los hechos– se encontraba

emplazado en el barrio porteño de San Cristóbal. Esta circunstancia, a criterio del suscripto, impedía descartar que la intención del sujeto activo hubiese sido crear y utilizar un instrumento apócrifo similar a aquellos cuya emisión incumbe a las autoridades de la CABA.

Frente a este escenario, concluí que el documento secuestrado, amén de haber sido exhibido en el ámbito geográfico local –aspecto no controvertido–, se correspondía con un domicilio ubicado en un barrio porteño, lo que determinaba la atribución del GCBA para su otorgamiento.

Por tales motivos, desde la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional se postuló la competencia del Poder Judicial de la Ciudad, en cuanto se verificaba la concurrencia de los requisitos a los que se condicionó el traspaso de la competencia para entender en el delito previsto por el artículo 292 del Código Penal.

Al momento de resolver, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA asignó el conocimiento del caso al tribunal local contendiente, para lo cual se remitió a los argumentos esbozados por el suscripto (sentencia de fecha 15/06/2022).

Finalmente, he de destacar que dentro de esta categoría también quedó abarcado el caso “Marchesi” (conf. expte. TSJ N° 265128/2021–O, sentencia 19/05/2022), en el que el imputado presentó ante un establecimiento de la Ciudad un certificado analítico presuntamente falso, emitido en apariencia por el Instituto Técnico Superior TECLAB –ubicado en la CABA–, mediante el cual pretendió hacer valer una tecnicatura superior en seguros dictada por dicha Institución y aprobada por el Ministerio de Educación de la CABA (conf. Resolución N° 4325/MEGC/17); órgano que además tiene a su cargo, con posterioridad a la expedición del referido título, la autenticación de las firmas allí atribuidas a las autoridades académicas.

En este supuesto, por las circunstancias del caso precedentemente expuestas –la presentación en este ámbito territorial de un título terciario que aparenta ser emitido en esta Ciudad–, estimé cumplidos los requisitos a los que se sujetó el traspaso a la CABA de las figuras previstas en los artículos 292 a 298 del Código Penal, por lo que postulé la competencia de los tribunales locales (conf. dictamen FGA N° 2–2022, emitido con fecha 03/0 2/2022).

El Tribunal Superior de Justicia compartió la postura de la Fiscalía General Adjunta y, en consecuencia, asignó el conocimiento de la causa al Poder Judicial de la CABA.

Documento público falso expedido en apariencia por un organismo de extraña jurisdicción y cuya utilización se verificó en el ámbito porteño

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 364520/2022-1 “Incidente de incompetencia en autos”

CABA, 9 de marzo de 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 18.

II.

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz del control de tránsito realizado por la Inspectora J. N. M., el día 7 de noviembre de 2022, en la intersección de Av. Pueyrredón y Av. Las Heras de esta Ciudad, más precisamente, sobre la Avenida Pueyrredón a la altura catastral 2200, ocasión en la que demoró a la conductora del rodado con dominio [...] (triplicado), marca Volkswagen, modelo “Voyage”, M. I. V., a quien solicitó una serie de documentos, entre ellos, su licencia de conducir.

Al momento de corroborar la documentación exhibida, J. N. M. advirtió que la licencia –supuestamente expedida por el Municipio de La Matanza, provincia de Buenos Aires– presentaba desperfectos en la tipografía y que algunas partes del holograma no podían apreciarse correctamente. Por este motivo, procedió a consultar la vigencia de la licencia y si la misma poseía algún impedimento, usando para ello la aplicación “Fiscalizar de Seguridad Vial”, obteniendo como resultado que el documento en cuestión no se encontraba en la mentada base de datos.

Así, la Inspectora realizó una consulta con personal del Área de Legales de Tránsito, quien le manifestó que la misma era inexistente. A raíz de ello, se solicitó la asistencia de personal policial, se procedió a la detención de la Sra. Vázquez y se secuestró la licencia supuestamente apócrifa.

A pedido de la Dra. Cardinali –Fiscal Coordinadora de la Unidad Fiscal Este del Ministerio Público Fiscal de la CABA–, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 23, Dr. Norberto Luis Circo, declinó la competencia en razón de la materia, a favor del fuero nacional. Para así decidir, coincidió con la calificación legal adoptada por la Sra. Fiscal –que encuadró la conducta investigada, en principio, en la figura de 296, en función del 292, del Código Penal– y entendió que el instrumento en discusión no había sido emitido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que tampoco tenía competencia para emitirlos.

A su turno, la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 18, Dra. Fabiana Palmaghini, no aceptó la competencia atribuida, al entender que la declinatoria de competencia dispuesta por el juzgado local había sido prematura, toda vez que solo se disponía de las declaraciones testimoniales del personal policial, pero no se contaba con ningún otro elemento de prueba que corroborara la imputación, ni el resultado del informe pericial del documento cuestionado, ni tampoco un informe o requerimiento por parte de la Municipalidad de la Matanza, provincia de Buenos Aires.

Una vez devuelto el legajo, el titular del juzgado local mantuvo su postura, tuvo por trabada la contienda negativa de competencia, formó incidente y lo elevó al Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto mi postura en cuanto a que considero que corresponde que el presente caso continúe tramitando ante la Justicia Nacional.

Contrariamente a lo postulado por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 18, entiendo que, más allá del incipiente estadio de la investigación, la declinatoria dispuesta por el juzgado local no es prematura.

Es que, si bien es doctrina de nuestro Máximo Tribunal que las declaraciones de incompetencia deben estar precedidas de una investigación previa que permita determinar el encuadre legal de los tipos penales en pugna –cfr. CSJN Fallos: 317:911, 318:53, entre muchos otros–, lo cierto es que en la presente causa resulta clara la significación jurídica del hecho reprochado.

En tal sentido, el magistrado local coincidió con la calificación legal propuesta por la Sra. Fiscal, quien consideró que el hecho denunciado encuadraba, en principio, en el delito previsto en el art. 296, en función del 292, del Código Penal de la Nación –uso de documento falso–, significación jurídica que no se encuentra discutida por la magistrada nacional y sobre la que, a mi criterio, no corresponde realizar objeción alguna.

Sentado ello, resulta necesario destacar que el Tercer Convenio de Traspaso de Competencias Penales a la C.A.B.A. (ratificado por la Ley Nacional N° 26.702 y la Ley local N° 5935) y la Resolución Conjunta DG N° 26/18, AG N° 17/18 y FG N° 32/18 circunscriben la competencia de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas a las falsificaciones de documentos (arts. 292 al 298 del Código Penal) que involucren “instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. punto tercero del Anexo de la Ley Nacional N° 26702).

La expresa previsión efectuada en la Ley Nacional N° 26702, que fuera aceptada en esos términos y sin realizarse observaciones en la resolución conjunta ya referida, pone en evidencia que la intención del legislador fue la de traspasar la competencia solo para aquellos casos en que concurriera la condición establecida, por lo que toda otra postura implicaría un irregular apartamiento de los términos de la normativa vigente.

En el caso traído a consideración, el documento supuestamente falso, que habría sido utilizado en el ámbito territorial de esta Ciudad, no

es de aquellos que suscitan la intervención del fuero local pues se trataría de uno en apariencia expedido por autoridades del Municipio de La Matanza, provincia de Buenos Aires, de modo tal que no concurren las condiciones establecidas en el convenio de transferencia citado.

Dicho esto, a los efectos de la determinación del tribunal competente corresponde estar al lugar en que fue utilizado el documento, tanto en el supuesto en que se atribuya su utilización en los términos del art. 296 del CP –tal como ocurre en este legajo–, como en caso en que se sostenga que la imputada intervino en su falsificación y se considere configurada la infracción al art. 292 del CP, en tanto no se encuentre establecido el lugar en que se llevó a cabo esta última conducta.

En efecto, según la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, en los casos en los que se desconoce cuál fue la jurisdicción en la que se confeccionó el instrumento falso, debe estarse al sitio en el que fueron utilizados (conf. el Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Fallos” 325:777; 326:1585; 329:3932; 334:468; entre otros); a ello debe agregarse que no existen dudas acerca de que la imputada pretendió hacer valer la licencia presuntamente apócrifa frente a la solicitud de entrega de documentación habilitante para conducir el vehículo en que se desplazaba, que le fuera efectuado por personal perteneciente al Gobierno de la Ciudad y en territorio bajo su jurisdicción.

Por ello, tratándose de un documento supuestamente falso respecto del que se desconoce el momento y lugar de su confección, pero que fue utilizado –de modo posterior– en el ámbito de esta ciudad, y que no corresponde a uno de aquellos “emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, es la justicia nacional la que posee la competencia material para su investigación y juzgamiento.

Por otra parte, difiero respecto al carácter prematuro otorgado por la Dra. Palmaghini a la declinatoria de competencia dispuesta por el magistrado local, toda vez que el hecho investigado en el presente resulta ser uno en flagrancia, y se cuenta en autos con los testimonios de la Inspectora J. N. M. –personal de tránsito del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, del Sr. J. L. G. –personal policial interviniente– y de los Sres. Á. G. D. y K. V. T. R. Sumado a ello, se ha incautado la licencia de conducir presuntamente apócrifa, por lo que únicamente resta realizar un peritaje a dicho documento y librar un

oficio al municipio de La Matanza, medidas que deberán ser llevadas a cabo por aquél juzgado que resulta competente.

Finalmente, cabe señalar que el supuesto de autos presenta características similares a aquellos otros tratados por ese Tribunal Superior con motivo de los tipos penales bajo análisis, ocasiones en las que declaró la competencia de los tribunales nacionales (conf. Expte. N° 16729/19 “Incidente de competencia en autos ‘Gatti, Patricio Ignacio s/ falsificación de documentos públicos s/ conflicto de competencia I’”, sentencia del 09/09/20; Expte N° 17383/19 “Incidente de competencia en autos ‘Sarabia, Rodrigo Alejandro s/ 292 1° párr., falsificación de documento público y privado s/ conflicto de competencia I’”, sentencia del 16/09/2020; Expte. N° 17373/19 “Incidente de competencia en autos ‘Farías, José Luis s/ 292 1° párr., falsificación de documento público y privado s/ conflicto de competencia I’”, sentencia del 30/09/20; N° 17531/2019–O “Incidente de incompetencia en autos ‘Jimenez, Ezequiel Eduardo s/ 292 1° párr. – Falsificación de documento público y privado s/ Conflicto de competencia I’”, sentencia del 16/12/20).

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional para proseguir con la investigación del hecho que dio origen a este incidente que,
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.
Dictamen N° 36–2023.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En este caso, a diferencia del anterior, el instrumento público falso –licencia de conducir exhibida en el marco de un control vehicular llevado a cabo en esta Ciudad– aparentaba haber sido otorgado por un organismo de extraña jurisdicción, es decir, por un sujeto distinto al

GCBA. Concretamente, en el documento se consignaba como autoridad de expedición a la Municipalidad de La Matanza.

Sobre este punto, no debe perderse de vista que, para saber a cuál organismo local incumbe la emisión del permiso de conducir, debe atenderse al domicilio registrado en el documento nacional de identidad, en cuanto determina la jurisdicción habilitante.

Así pues, teniendo en consideración, por un lado, las concretas condiciones a las que se sujetó la transferencia de competencia para entender en los delitos previstos en los artículos 292 a 298 del Código Penal –en cuanto circunscriben la competencia de los tribunales locales a las falsificaciones de documentos que involucren instrumentos emitidos o que le corresponda emitir a la CABA–, y por el otro, que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no está autorizado a otorgar licencias de conducir a los habitantes de la provincia de Buenos Aires, concluí que, en este caso, no se cumplía con la cláusula de traspaso estipulada en la Ley N° 26702, de modo que correspondía intervenir a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

En efecto, la expresa previsión efectuada en la Ley N° 26702 –que fuera aceptada en esos términos en la Ley CABA N° 5935 y sin realizarse observaciones en la Resolución conjunta DG N° 26/18, AG N° 17/18 y FG N° 32/18– pone en evidencia la intención del legislador nacional en traspasar la competencia penal solo en aquellos supuestos en los que concurriera la pauta establecida, por lo que toda otra postura implicaría un irregular apartamiento de los términos de la normativa vigente.

Ante estas circunstancias, desde la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional se postuló la asignación del conocimiento del caso al fuero nacional en lo Criminal y Correccional, que aún es materialmente competente para investigar y juzgar las falsificaciones de documentos ocurridas en el ámbito geográfico de la CABA cuando el instrumento en cuestión aparente ser emitido por un organismo distinto al GCBA.

El Tribunal Superior de Justicia dirimió la contienda de competencia suscitada en idéntico sentido al propuesto desde la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional (sentencia del 10/05/2023), para lo cual la mayoría de sus integrantes se remitió a los fundamentos expuestos en el dictamen aquí tratado.

Dentro de este grupo de casos se incluyen también las contiendas de competencia suscitadas entre los tribunales del Poder Judicial de la

CABA y los nacionales en lo Criminal y Correccional, a partir de la presentación ante un organismo de la Ciudad de un título secundario apócrifo que aparenta ser expedido por una autoridad de extraña jurisdicción.

Estos supuestos presentan características similares al caso antes comentado; su distinción está dada por la naturaleza de lo que el documento objeto de investigación pretende acreditar: en algunos, una autorización para conducir vehículos o, en otros, una constatación de haber alcanzado el nivel de educación superior.

Por ello, en ocasión de tales controversias, quien suscribe postuló la asignación de la competencia a los tribunales nacionales, al no cumplirse con la condición a la que se sujetó la transferencia del delito de falsificación y/o uso de documento.

En este sentido me pronuncié al dictaminar con motivo del expte. TSJ N° 204328/2021-1 “NN” (conf. Dictamen FGA N° 381-2021, emitido con fecha 21/12/2021). Allí, se denunció a R.M.R. por haber presentado ante la Gerencia Operativa de Títulos y Legalizaciones dependiente del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad un título secundario apócrifo, expedido a su nombre y emitido en apariencia en la ciudad de Monte Grande, toda vez que las firmas en él insertadas –correspondientes a autoridades de la provincia de Buenos Aires– diferían de aquellas obrantes en los registros de la entidad.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA compartió los argumentos esbozados por el suscripto y, asimismo, consideró que resultaba de aplicación la doctrina asentada en los precedentes “Gatti” (Expte. N° 16729/19, sentencia del 09/09/2020) y “Sarabia” (conf. Expte. N° 17383/19, sentencia del 16/09/2020), por lo que declaró la competencia de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional (sentencia del 06/04/2022).

Sobre este último punto cabe destacar que, según el criterio consolidado por el Máximo Tribunal local en los fallos antes citados –entre muchos otros–, los documentos empleados en el territorio de la Ciudad que son objeto de investigación penal por su presunta falsificación o uso –en los términos del artículo 292 y ss. del Código Penal– en los casos en que aparenten ser expedidos por una autoridad ajena a la jurisdiccional local, todavía suscitan la actuación de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

Falsificación y uso de documento privado

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 17897/20, “Incidente de incompetencia en autos ‘P., M. N. s/ 292 1° párr. -falsificación de documento público y privados- Conflicto de competencia I’”

CABA, marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional para dictaminar sobre la contienda de competencia suscitada entre la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas y el Fuero Nacional en lo Criminal y Correccional.

II.

El presente se inició como consecuencia de la denuncia formulada por el apoderado de E. Y. SA., Dr. H. E. B., quien relató que el día 3 de junio de 2018, el empleado M. N. P. no concurrió a trabajar y con posterioridad presentó un certificado médico que generó dudas en cuanto a su autenticidad, razón por la cual se pusieron en contacto con el profesional respectivo, quien desconoció la existencia de la constancia y la firma que allí se le atribuye, además de negar haber examinado al nombrado.

Arribado el caso al Juzgado en lo Penal, Correccional y de Faltas N° 9, a pedido del Ministerio Público Fiscal, la Sra. Jueza decidió declinar la competencia en favor de la Justicia Nacional. Para así decidir, sostuvo que, de acuerdo al contenido de la Ley nacional N° 26702 y la Resolución Conjunta DG N° 26/18, AG N° 17/18 y FG N° 32/18, los delitos

de falsificación de documento fueron transferidos a la Justicia de la Ciudad “... siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” por lo que, tratándose en el caso de un instrumento privado –una constancia de atención médica–, no podría ser de aquellos a los que aluden las disposiciones de la normativa señalada.

Por su parte, el Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 9 no aceptó la competencia, en tanto sostuvo que si bien “el documento en cuestión nunca puede ser emitido por dependencias de la Ciudad de Buenos Aires, pues se trata de un documento privado y fue presentado ante una entidad privada” y que el escenario no se modifica en función del encuadre típico en el art. 192 o 296 del Código Penal, la Sra. Jueza declinante se apartó de los fundamentos brindados por la Sra. Fiscal pero no ahondó en los motivos por los que consideraba que debía intervenir el fuero Nacional.

III.

Para dirimir la contienda suscitada cabe señalar que, tal como lo sostuvo la Magistrada del Fuero local, la Ley nacional N° 26702 y la Resolución Conjunta DG N° 26/18, AG N° 17/18 y FG N° 32/18, establece la transferencia de la competencia para la investigación y juzgamiento de delitos contra la fe pública previstos en los arts. 292 a 298 del Código Penal “... siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La expresa previsión efectuada en la Ley nacional N° 26702, que fuera aceptada en esos términos y sin realizarse observaciones en la resolución conjunta ya referida, pone en evidencia que la intención del legislador fue la de transferir la competencia solo para aquellos casos en que concurriera la condición establecida, por lo que toda otra postura implicaría un irregular apartamiento de los términos de la normativa vigente.

Atento que, en el caso de autos, se trata de la falsificación y uso de una constancia médica atribuida a un profesional independiente, que fue presentada por un empleado ante una entidad privada –su empleadora, E. Y. S.A.–, no es posible sostener que se trate de uno de los casos previstos en la normativa señalada, por lo que corresponde asignar la investigación a la Justicia Nacional.

Finalmente, la eventual discrepancia entre la Fiscal y la Jueza local en cuanto a la calificación que corresponde otorgar a la conducta aquí denunciada –falsificación y/o uso de documento falsificado, arts. 92 y 96 del Código Penal– carece de la relevancia que pretende asignarle el Magistrado Nacional, en tanto la transferencia de ambas figuras penales ha sido condicionada a la misma circunstancia antes referida, que no concurre en el caso de autos.

IV.

En razón de lo expuesto, corresponde declarar la competencia de la Justicia Nacional para continuar entendiendo en la investigación que originó este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen FGAPyC N° 32/2020

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Una vez más, debo recordar que el tercer convenio de traspaso de competencias penales a la CABA supeditó la transferencia de la facultad para investigar y juzgar los delitos contra la fe pública previstos en los artículos 292 a 298 del Código Penal a la circunstancia de que los instrumentos involucrados sean emitidos por órganos de la Ciudad, o bien que estos posean la competencia para expedirlos (conf. cláusula tercera del anexo de la Ley N° 26702).

Ante ello, dado que en el caso aquí analizado el documento presuntamente falso fue emitido por un profesional de la salud de manera independiente y luego presentado ante una entidad privada, no puede válidamente sostenerse que se trate de uno de los supuestos a los que aluden las disposiciones de la normativa citada.

Por tal motivo sostuve la asignación del conocimiento de la causa a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, que hasta la

fecha aún conserva la competencia para intervenir en casos como el que aquí se comenta.

El Tribunal Superior de Justicia dirimió la controversia originada en idéntico sentido al propuesto por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, porque consideró que el documento objeto de investigación penal se trataba de un instrumento de carácter privado; supuesto no contemplado en la cláusula de traspaso de los delitos de falsificación y uso de documentos (sentencia del 16/09/2020).

Violencia de género

Introducción

Los procesos enmarcados bajo este contexto requieren de una especial atención por parte de los operadores judiciales dados los compromisos asumidos por la República Argentina a través de instrumentos como la Convención de Belém do Pará (Ley N° 24632), la ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley N° 26485) y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley N° 24417), que exigen extremar los recaudos para la debida protección de las víctimas y así mitigar los niveles de revictimización a los que se encuentran expuestas por la sola tramitación de los procesos, que normalmente exigen de su parte recordar y relatar los sucesos de violencia padecidos.

Así, con la finalidad de atender a tales parámetros, la jurisprudencia de la CSJN y el TSJ definió algunas reglas que aplican a la determinación de la competencia, que son de aplicación a los casos de contiendas entre los tribunales nacionales y de la CABA y que fundamentalmente tienden a evitar la sucesiva intervención de diversos tribunales de sendos fueros.

En 2012, con remisión al dictamen de la Procuradora General de la Nación, la CSJN sostuvo que correspondía la intervención de un único tribunal

... teniendo en cuenta la estrecha vinculación de los hechos denunciados –amenazas y lesiones– en cuanto reflejan ser partes inescindibles de un mismo conjunto dentro un cuadro de violencia familiar, aunque sucedidos con diferencia de días [...] a los fines de ofrecer un mejor servicio de justicia y favorecer la eficacia de la investigación.⁷

Esa doctrina –la necesidad de intervención de un solo tribunal en relación con los diversos casos enmarcados en un mismo conflicto de violencia de género– fue reiterada por el Máximo Tribunal en 2016 ante una nueva contienda negativa de competencia entre un Juzgado Nacional en lo Correccional y un Juzgado de Garantías de la Provincia

7. CSJN, “Cazón, Adella Claudia s/art. 149 bis”, C. 475, XLVIII, COM, 27/12/12.

de Buenos Aires respecto de hechos signados por la violencia de género. Así, con remisión al dictamen de la Procuradora General de la Nación, la CSJN señaló que debían ser

... investigados y juzgados en forma conjunta a fin de cumplir, con determinación y eficacia, el deber del Estado de investigar, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género contra las mujeres, así como a fin de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas.⁸

En idéntico sentido, la Corte también afirmó que aun cuando los hechos

... habrían ocurrido en distintas jurisdicciones, en aras de procurar una respuesta judicial efectiva a la situación toda vez que su fragmentación obstaculiza la eficacia de la investigación al impedir que los operadores de justicia tomen en cuenta el contexto de la violencia, y revictimiza a la damnificada, que debería declarar en numerosas oportunidades y ante tribunales distintos sobre hechos que forman parte de un mismo conflicto”.⁹

Como puede observarse, la doctrina que surge de los fallos enunciados da cuenta de la necesaria intervención de una única jurisdicción para intervenir y juzgar todos los sucesos que ocurren dentro del mismo contexto de violencia.

En esa misma línea, el Máximo Tribunal local, luego de sentar las bases constitucionales de su competencia como órgano encargado de conocer en los conflictos entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad –de conformidad con el precedente “Bazán”–, se expidió en un caso iniciado en el ámbito capitalino respecto de hechos de amenazas coactivas, robo, lesiones leves agravadas por el vínculo y tentativa de homicidio (arts. 149 bis, 2º párrafo, 164, 89, 92 en función del 80, incisos 1 y 11 y 80, incisos 1 y 11 en función del 42 y 44, CP) y un suceso de violación de domicilio cometido en concurso real, subsumidos en un mismo conflicto de género. Estableció que el conocimiento de la totalidad de esos acontecimientos debía serle atribuido a un solo magistrado para que decida sobre la totalidad de los delitos imputados de competencia ordinaria, con

8. CSJN, Fallos: 339:652, “G., C. L. s/ lesiones agravadas y amenazas. Incidente N° 1”, 17/05/2016.

9. CSJN, Fallos: 339:652.

independencia de la delimitación trazada por los convenios de transferencia –de acuerdo a los precedentes de la CSJN reseñados–.

Sobre esa base, teniendo en cuenta que se trataba de un caso de violencia de género y en función de un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente, que atienda al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por uno de los órganos, consideré la probabilidad de progreso del encuadre legal discutido. Así, si bien en el caso se hallaba involucrada la figura de femicidio, cuya competencia resultaba ajena al fuero local, se sostuvo la conveniencia de mantener la radicación de las actuaciones en el Poder Judicial de la Ciudad.

El Tribunal Superior consideró que dado que los “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”; razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigían evitar que, una vez determinada la competencia del Tribunal, se suscitara nuevos conflictos de este tipo a medida que avanzara el proceso, por lo que correspondía que el caso continuara bajo la órbita local.

Por otra parte, señaló que la justicia nacional ordinaria ejerce solo de manera transitoria, en cuanto órgano remanente, aquellas competencias que aún no han sido transferidas, conforme Expte. N° 16368/19 “Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019.

Por su parte, en el precedente analizado, el Dr. Lozano agregó que ... los criterios que deben utilizarse para asignar competencias deben observar la doctrina que la CSJN fija como interpretación de la Suprema Ley de la Nación [...] los convenios celebrados entre Nación y CABA fijan las funciones jurisdiccionales de uno y otro estado, no las competencias de los jueces en que cada uno de esos estados las inviste, a cuyo fin cada estado emite normas propias.

Por otro lado, en ocasión de resolver un caso de similares características pero en el que las distintas infracciones penales imputadas habían dado lugar a la formación de sendos procesos, el Tribunal Superior resolvió que correspondía asignarle competencia a la justicia nacional en cuanto había sido el que intervino en la causa preexistente.

Por eso, como había tomado conocimiento primeramente del contexto de violencia en el que se enmarcaban todos los hechos, ese fuero debía continuar con el trámite de la totalidad de las actuaciones en cuanto la situación conflictiva se seguía suscitando (Expte. N° 16365/19, “Incidente de competencia en autos B., P. U. s/ art. 149 bis, amenazas, CP s/ conflicto de competencia”).

En la sentencia dictada en ese caso, el TSJ agregó que

... razones de mejor y más eficiente administración de justicia y la importancia de asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, tornan necesario que sea un único tribunal el que intervenga en todas las actuaciones (cf. CSJN “Competencia N° 475, L. XL VIII, Ca-zón, Adella, s/ art. 149 bis.”, resuelta el 27/12/12 y “Comp. CCC 666/2015/1/ CS1 ‘G. C. L. s/ lesiones agravadas, Dam: G. M. S., resuelta el 17/05/2016”).

Esta postura fue afirmada en diversas oportunidades como, por ejemplo, en Expediente N° 16489/19 “Incidente de incompetencia en autos ‘Puente, Lucas Ezequiel–amenazas s/conflicto de competencia I’”, del 13/11/19; Expte. N° 16488/19 “Adamoli, Fátima”; Expediente N° 16724/19 “Villanueva Tomás, Saúl Ángel”; Expediente N° 16471/19 “Díaz Harley, José Arturo”; Expediente N° 16681/19 “Puente, Lucas Ezequiel”; Expediente N° 16571/19 “La Rosa, Jeferson”; Expediente N° 16509/19 “La Rosa, Jeferson”, todas resueltas el 25/10/19.

En definitiva, tanto para los jueces locales respecto de los delitos aún no transferidos como para los jueces nacionales con relación a los ya traspasados, en los casos de hechos enmarcados en un contexto de violencia de género, un solo magistrado debe decidir sobre la totalidad de los delitos imputados de competencia ordinaria, con independencia de la delimitación trazada por los convenios. Así se prioriza la atribución de competencia al tribunal que previno, dado el grado de conocimiento adquirido respecto del conflicto único.

Intervención de un único tribunal

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° TSJ 204886/2021-0,
“Incidente de competencia en autos H. L.
P., M. s/ 239 - Resistencia o desobediencia
a la autoridad s/ conflicto de competencia”

CABA, 14 de octubre de 2021

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 20.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que con fecha 28 de enero de 2021 se presentó A. E. G. ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ocasión en la que denunció a su ex pareja, de nombre M.H.L.P., por la presunta comisión de diversos ilícitos contra su persona.

Como consecuencia de ello, se formó la causa N° [...] en orden al delito de privación ilegítima de la libertad, que tramita ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16, y, asimismo, se dio intervención al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25, cuyo titular, el día 29 de enero de 2021, en el marco del Expte. N° [...] resolvió decretar la prohibición de acercamiento del Sr. M.H.L.P. respecto a la persona de A. E. G. e intimarlo a cesar en los actos de perturbación hacia ella.

Con posterioridad, el 12 de mayo de 2021, la damnificada efectuó una nueva presentación, esta vez, ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional interviniente, en la que informó que el imputado no cumplía con la restricción de acercamiento impuesta por la Justicia Civil, motivo por el cual solicitó que se ordenaran nuevas medidas de protección.

Paralelamente, hizo saber que, con fecha 2 de mayo de 2021, había radicado una nueva denuncia contra M.H.L.P., ante la Comisaría Vecinal N° 14B, por hechos constitutivos de la contravención de hostigamiento.

A continuación, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16, a cargo del Dr. Mariano Iturralde, ordenó extraer testimonios del escrito de marras y remitirlos a la Oficina de Sorteos de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, a efectos de que se investigue la posible comisión del delito de desobediencia (conf. art. 239 del Código Penal), sin perjuicio de que, simultáneamente, dispuso una medida de prohibición de acercamiento y contacto para resguardar a la víctima.

Arribado el caso al fuero local, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 20, interinamente a cargo de la Dra. Rocío López Di Muro, luego de consignar que la denuncia por hostigamiento había sido archivada con fecha 13 de mayo de 2021, por aplicación de lo dispuesto por el art. 45, inc. “a”, de la Ley CABA N° 12, rechazó la competencia atribuida, para lo cual invocó cuestiones de conexidad con el Expte. N° [...] del registro del Juzgado Criminal y Correccional involucrado.

Para así decidir, argumentó que si bien la conducta a investigar había sido traspasada al ámbito local mediante el Tercer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencia Penales, no podía soslayarse el hecho de que, en autos, se observaba una estrecha vinculación entre el delito de desobediencia –por el incumplimiento de la orden de prohibición de acercamiento– y el caso de privación ilegítima de la libertad en trámite ante el fuero nacional, lo que tornaba necesario que fuera un único tribunal el que interviniera en todas las actuaciones, al observarse del análisis de ambas causas un contexto general de violencia de género.

En este sentido, sostuvo que debía ser la Justicia Criminal y Correccional la que continúe con el trámite de sendos procesos, por haber prevenido en el caso, a lo que añadió que la solución propiciada evitaba una posible revictimización por parte de la denunciante, a la vez que favorecía el derecho de defensa del imputado, quien evitaría así enfrentar dos procesos distintos.

Devuelto el legajo al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16, su titular señaló que los hechos denunciados en ambas causas eran escindibles y que las reglas contenidas en el artículo 41 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación, que regulan el instituto de la conexidad, se aplicaban exclusivamente entre causas de jurisdicción nacional, circunstancia ésta que no se verificaba en el presente, por encontrarse implicados diferentes ámbitos jurisdiccionales.

En estas condiciones, el Dr. Iturralde mantuvo su criterio, tuvo por trabada la contienda de competencia y elevó las actuaciones al Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto que comparto el criterio expuesto por la jueza local en cuanto a que debe ser la Justicia Criminal y Correccional la que continúe con el trámite de la totalidad de las actuaciones.

De las constancias acompañadas al legajo surge que el hecho que motivó la formación del caso, más allá de encuadrar en el delito de desobediencia (art. 239 del CP) cuya competencia fue traspasada a la órbita de juzgamiento de la Justicia de la Ciudad –mediante la Ley nacional N° 26702 y la Ley local N° 5935–, se enmarca dentro de un mismo contexto de violencia de género que aquel otro denunciado en la causa N° 3793/2021 radicada en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16, de manera que resulta innegable la necesidad de un tratamiento unificado, de conformidad con los criterios elaborados en la materia por V.E. en base a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. CSJN “Competencia N° 475, L. XL VIII, Cazón, Adella, s/ art. 149 bis”, resuelta el 27/12/12, y Comp. CCC 666/2015/1/CS1 “G. C. L. s/ lesiones agravadas, Dam: G. M. S.”, resuelta el 17/05/2016).

En este sentido, no debe perderse de vista que los casos de violencia contra las mujeres reclaman por parte de los/as operadores/as judiciales un abordaje integral del conflicto y con perspectiva de género, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado Argentino a través de la suscripción y ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención de Belém do Pará”–, como así también acorde a lo dispuesto por la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley N° 26485).

En efecto, ese Tribunal Superior tiene dicho que, “[e]ste tipo de ilícitos presentan características específicas en tanto se prolongan a lo largo del tiempo, en el marco de una situación conflictiva continua, muchas veces cíclica, por lo cual resulta ineludible conocer las circunstancias que rodean las conductas típicas” (conf. Expte. N° 16.365, “Incidente de competencia en autos ‘B., P. U. s/ art. 149 bis, amenazas, CP s/ Conflicto de competencia I’”, rta. de fecha 21/10/19); mientras que, “(...) razones de mejor y más eficiente administración de justicia y la importancia de asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, tornan necesario que sea un único tribunal el que intervenga en todas las actuaciones” (conf. Exptes. N° 16488/19, “Adamoli, Fátima”; N° 16724/19, “Villanueva Tomás, Saúl Ángel”; N° 16471/19, “Díaz Harley, José Arturo”; N° 16681/19, “Puente, Lucas Ezequiel”; N° 16571/19, “La Rosa, Jeferson”; N° 16509/19, “La Rosa, Jeferson”, todas sentencias del 25/10/19).

De lo contrario, si se continuaran tramitando los procesos como casos independientes no obstante el marco de violencia único, la damnificada debería verse obligada a comparecer, testificar y enfrentarse con su agresor en diferentes juzgados, provocando así un mayor grado de exposición, vulnerabilidad y revictimización, extremos estos que –por mandato legal– deben evitar los funcionarios judiciales intervinientes (conf. arts. 3°, inc. “k” y 16, inc. “h”, de la Ley N° 26485).

Sumado a ello, ambos sucesos resultan conexos, tanto por razones subjetivas como objetivas, dada la identidad de partes, la estrecha vinculación de los acontecimientos y la comunidad probatoria existentes, circunstancia que también aconseja su investigación en forma

conjunta en pos de lograr el ejercicio más eficaz y eficiente de la función jurisdiccional (conf. CSJN, Fallos: 328:867, entre muchos otros).

A dicho respecto, contra el criterio sostenido por el juez nacional, cabe señalar que la circunstancia de tratarse de casos tramitados ante los fueros nacional y de la Ciudad en nada obsta a la aplicación de las reglas de conexidad establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación.

Sobre este punto, cabe recordar el cambio normativo que trajo aparejado la sanción de la Ley N° 26702, ocurrida el 7 de septiembre de 2011, cuyo artículo 3° establece la aplicación obligatoria del CPPN para dirimir conflictos de jurisdicción, competencia y conexidad entre los tribunales nacionales y los de esta Ciudad (conf. TSJ Expte. N° 12485/2015, “Ministerio Público – Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Figueredo, Fernando Fabián s/ Infr. art.(s) 149 bis, CP’”, resuelto el 31/3/2016, voto de la Dra. Weinberg; y Expte. N° 5783/2020, “Incidente de incompetencia en autos ‘Reynoso, Gastón Alejandro y otros sobre 52 – Hostigar, intimidar’”, resuelto el 16/12/2020, voto de la Dra. Ruiz).

Ahora bien, verificada la sustanciación de casos conexos –enmarcados en un contexto de violencia de género que reclama un tratamiento unificado– y la ineludible aplicación de las normas contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación al respecto, deviene necesario determinar a qué jurisdicción le corresponde conocer, para lo cual resulta aplicable la regla prevista en el artículo 42, inciso 1°, de dicho Código, que establece –para estos supuestos– la competencia del tribunal que entiende en el delito más grave.

De esta manera, dado que la conducta más severamente penada está siendo investigada por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16 en el marco del Expte. N° [...] (privación ilegítima de la libertad), el que a su vez tomó conocimiento primeramente del cuadro de violencia en que se enmarcan ambos casos, corresponde disponer que el presente proceso continúe también tramitando ante dicho tribunal.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 16 para continuar con la investigación de los hechos que dieron origen a este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 266-2021

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Como ya expuse, la regla de tratamiento unificado de procesos enmarcados en la misma conflictiva de género es una pauta de asignación de competencia, que tiene por finalidad evitar la revictimización de quien fuera damnificada por delitos de esta naturaleza, y así permitir la realización de un enfoque integral del contexto, garantizar el derecho de acceso a la justicia por parte de la víctima y lograr el ejercicio eficiente de la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de ello, las reglas de conexidad también determinan, por razones de más eficiente administración de justicia, la intervención de un único tribunal.

En el caso aquí analizado, la justicia de la CABA declinó la competencia para la investigación de un hecho de desobediencia atribuido a un imputado, respecto del cual ya tramitaba ante los tribunales nacionales una causa anterior en orden al delito de privación ilegítima de libertad.

En ocasión de rechazar la competencia asignada, el magistrado nacional en lo criminal y correccional sostuvo que las disposiciones del artículo 41 y siguientes del CPPN –que contienen las reglas de conexidad y de atribución de competencia por esa causal– solo podían aplicarse entre casos de jurisdicción nacional.

Sin embargo, tal como emerge de la postura expuesta en el dictamen transcripto, la Ley N° 26702, promulgada el 07/09/2011, que

establece la transferencia de la competencia de una serie importante de delitos, a su vez determinó que el CPPN debía aplicarse de manera obligatoria para resolver disputas sobre jurisdicción, competencia y conexidad entre los tribunales nacionales y los de esta Ciudad, conforme el artículo 3 de la ley.

Así, una vez que se confirma la existencia de casos conexos, es decir comprobado alguno de los supuestos previstos en el art. 41 del CPPN –que determina cuando dos procesos están vinculados por una relación de conexidad objetiva o subjetiva–, son aplicables las normas de atribución de competencia incluidas en el artículo siguiente.

En función de ello, debe atenderse a la regla del tribunal competente en relación con el delito más grave, aquel al que corresponde el delito primeramente cometido, el que haya procedido a la detención del imputado, el que haya prevenido; y, si no pudieran aplicarse estas normas, corresponde resolver a partir de considerar la mejor y más pronta administración de justicia.

La aplicación efectuada de las pautas precedentemente señaladas al caso transcripto concluyó con la atribución de competencia para resolver respecto de todos los delitos de acuerdo con la regla del artículo 42, inciso 1, del CPPN. En el caso analizado, el tribunal competente en relación con el delito más grave coincidía a su vez con aquel magistrado que primero conoció la situación de violencia en que se encuadraban los hechos involucrados en ambas causas.

El criterio expuesto fue reiterado en otros casos de similares características en los que promoví la asignación del caso al tribunal que entendía en el delito más grave y que primero tomó conocimiento del cuadro de violencia en que se enmarcaban ambos casos –por intervenir en la causa preexistente– conforme Dictámenes FGA N° 256/2022, emitido con fecha 27/06/2022 en el marco del Expte. N° 46266/2022–1 “Incidente de Incompetencia en autos ‘Quentrequeo Benavides, Gerónimo Quimey s/239. Resistencia o Desobediencia a la autoridad’”; y Dictamen N° 82/2023, emitido con fecha 17/04/2023, en el marco del Expte. N° INC 382881/2022–1 “Incidente de incompetencia en autos ‘A.A.E.R. s/ 149 bis. Amenazas’”.

En dos de los tres casos citados, el Tribunal Superior se pronunció de conformidad con la postura propiciada por el Ministerio Público Fiscal –en el Expte. N° 46266/2022–1 “Incidente de Incompetencia en

autos ‘Quentrequeo Benavides, Gerónimo Quimey s/ 239. Resistencia o desobediencia a la autoridad’”, el Juzgado Nacional contendiente desistió del conflicto de competencia– y resolvió la competencia de los tribunales nacionales, remitiéndose a los fundamentos vertidos por el suscripto en sus respectivos dictámenes (conformes sentencias de fechas 16/03/2022 y 14/06/2023).

Archivo o sobreseimiento respecto de algunos hechos y posterior declinatoria por otros

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° TSJ 87326/2023-0
“Incidente de competencia en autos
‘N., T.J.C. y otros s/ 89 - Lesiones leves
s/ conflicto de competencia’”

CABA, 13 de septiembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 29 y el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 17.

II.

Según surge del relato efectuado por el magistrado nacional declinante, el presente caso se inició el día 25 de agosto de 2022 a raíz de la presentación realizada por C.B.M. ante el Centro de Acceso a la Justicia, en virtud de la cual denunció la posible comisión de los siguientes hechos delictivos:

1) Aquel ocurrido con fecha 24 de agosto de 2022, a las 11.30 horas aproximadamente, en el interior del domicilio ubicado en el módulo [...] de esta Ciudad, ocasión en la que T.J.C.N. –expareja conviviente de la denunciante–, previo discutir con C.M., la agarró del cuello, asfixiándola, ante lo cual la nombrada agarró un cuchillo con el que increpó a N., quien la tomó de los brazos, para luego tirarla al suelo y torcerle el brazo para quitarle el cuchillo.

En dicho contexto, la expareja de M. llamó al hijo que ambos poseen en común, F.N.M.N., el que se sumó al referido forcejeo y le torció el brazo a su progenitora, a quien, además, le ‘puso una rodilla’ en la espalda, hasta que logró con su padre sacarle el cuchillo que aquella tenía. No obstante ello, F.M. continuó sujetando del cuello a la víctima por otros veinte minutos más. Esta secuencia le produjo a la denunciante lesiones en ambos brazos y en su rostro.

Más tarde, C.M. se encontraba en su dormitorio cuando su hijo F. comenzó a patearle la puerta mientras le gritaba que le abriera y, ante la negativa de la damnificada, comenzó un nuevo forcejeo entre ambos puerta de por medio, que culminó cuando el nombrado pudo abrirla, accionar que le ocasionó a M. una lesión en el rostro.

2) Aquel ocurrido en el mes de enero de 2022, en los alrededores del domicilio de M., ocasión en la que su ex pareja la interceptó y tomó del cuello, a la par que le refería “venís de ver a tu macho, la concha de tu madre, ¿con quién estuviste?” (sic). Dicha agresión, por parte de N., le provocó a la denunciante ‘marcas’ en el cuello, pese a lo cual no concurrió a ningún nosocomio.

Asimismo, en aquel mes, T.N., previo celar a su ex pareja al advertir que un hombre caminaba detrás de ella, la agarró del cuello y la levantó del mismo, dejándola sin aire.

3) Aquel que tuvo lugar a los veinte días del suceso previamente descrito, por la noche, oportunidad en que T.J.C.N. interceptó a su ex pareja, cuando esta se disponía a salir del domicilio que ambos comparten, y le manifestó “vas a ir a ver a tu macho, no vas a salir; vos te quedas acá, la concha de tu madre” (sic). Acto seguido, la damnificada le explicó a N. que ya no estaban en pareja, frente a lo cual este la agarró del cuello y le arrancó los collares que aquella tenía puestos, ocasionando su rotura.

Sin perjuicio de los acontecimientos hasta aquí reseñados, C.M. denunció asimismo haber sido víctima de abuso sexual, por parte de su ex pareja, motivo por el cual el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 29 le recibió declaración a T.J.C.N. en los términos del art. 294 del CPPN, en cuya ocasión se le atribuyeron diversos delitos sexuales (hecho 4).

Ahora bien, previo disponer el sobreseimiento parcial de T.J.C.N. respecto de los sucesos subsumibles en delitos contra la integridad sexual (identificados como hecho '4'), el precitado Juzgado Nacional declinó parcialmente la competencia en favor de la Justicia de la Ciudad, por los tres primeros hechos aquí denunciados, al considerar que encuadraban en el delito de lesiones leves (conf. art. 89 del CP), cuyo conocimiento había sido traspasado al ámbito local.

A su turno, de conformidad con lo dictaminado por el representante de este Ministerio Público Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 17 rechazó la competencia atribuida.

Para así resolver, el juzgado local señaló que, si bien coincidía con la calificación jurídica escogida por el tribunal nacional, no podía desconocerse que el presente caso se enmarcaba en un contexto de violencia contra la mujer, por lo que, habiendo transcurrido nueve meses desde la iniciación de las actuaciones, la declaración de incompetencia dispuesta implicaba desconocer la normativa nacional e internacional que regía en la materia y abogaba por soluciones rápidas y expeditas en esta conflictiva.

Por otro lado, entendió que resultaba de aplicación la doctrina establecida por ese Tribunal Superior en el precedente "G." (Conf. Expte. N° [...], resolución del [...]), que indicaba, ante conflictos de competencia, el mantenimiento de la causa en el fuero que previno, de modo tal de privilegiar un servicio de justicia eficiente que atendiera al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por uno de los órganos contendientes, en este caso, el tribunal nacional.

Devuelto el legajo al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 29, su titular insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y, de conformidad con lo resuelto por la CSJN en el precedente "Bazán" (conf. "Fallos": 342:509), elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la contienda suscitada, adelanto mi opinión en cuanto a que el caso debe continuar tramitando ante la Justicia Criminal y Correccional.

En primer lugar, los hechos denunciados oportunamente por C.B.M. ante el Centro de Acceso a la Justicia se encuadran dentro de un mismo contexto de violencia de género, doméstico o intrafamiliar, por lo que corresponde que sea un único tribunal el que desarrolle la totalidad de la investigación a fin de captar la integralidad de la referida conflictiva y, de esta manera, mitigar los niveles de vulnerabilidad, exposición y revictimización a los que está expuesta la damnificada, además de garantizar su derecho de acceso a la justicia.

En esta dirección, no debe perderse de vista que los casos de violencia contra las mujeres reclaman por parte de los/as operadores/as judiciales un abordaje integral del conflicto y con perspectiva de género, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado Argentino a través de la suscripción y ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), como así también acorde a lo dispuesto por la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley N° 26485).

En supuestos similares al presente, ese Tribunal Superior señaló que, “(...) razones de mejor y más eficiente administración de justicia y la importancia de asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, tornan necesario que sea un único tribunal el que intervenga en todas las actuaciones” (conf. Exptes. N° 16488/19 “Adamoli, Fátima”; N° 16724/19 “Villanueva Tomás, Saúl Ángel”; N° 16471/19 “Díaz Harley, José Arturo”; N° 16681/19 “Puente, Lucas Ezequiel”; N° 16571/19 “La Rosa, Jeferson”; N° 16509/19 “La Rosa, Jeferson”, todas sentencias del 25/10/19).

Así lo ha entendido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver, con remisión al dictamen de la Procuradora General de la Nación, que, en aquellos casos signados por la violencia de género, los hechos deben ser “investigados y juzgados en forma conjunta a fin de cumplir, con determinación y eficacia, el deber del Estado de investigar, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género contra

las mujeres, así como a fin de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas” (conf. Fallos: 339:652).

Sentado lo precedentemente expuesto, más allá de la posibilidad de subsumir la conducta reprochada a los imputados N. en la hipótesis delictiva del art. 89 del Código Penal, cuyo juzgamiento fue traspasado a la órbita local mediante las Leyes N° 26357 y 2257, considero que las particulares circunstancias del caso justifican la continuidad del proceso bajo la órbita nacional.

La solución propiciada resulta ser la más respetuosa de la doctrina establecida en los fallos previamente citados, vinculados a cuestiones de género que se presentan también en autos, y, de igual manera, se corresponde con las pautas establecidas por ese Tribunal Superior en el precedente “G.” (*op. cit.*), al ser el tribunal nacional el que previno y que, por ello, tuvo una importante intervención y adquirió un notable grado de conocimiento respecto del conflicto de violencia en que los hechos se enmarcan.

A ello deben sumársele los criterios de celeridad y economía procesal, que aconsejan adoptar la postura anteriormente expresada y establecer la continuación del proceso ante dicho fuero.

Sobre este punto, no puede soslayarse que la presente causa lleva casi un año de tramitación ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 29, que, luego de realizar diversas diligencias, consideró que había motivo bastante para sospechar que los aquí denunciados habían participado en la comisión de determinados delitos, puesto que procedió a recibirles declaración indagatoria (conf. art. 294 del CPPN).

El posterior sobreseimiento parcial dictado en favor de uno de los involucrados, respecto de aquellos eventos configurativos de delitos contra la integridad sexual (individualizados como ‘4’ en la declaración de incompetencia), no obsta a la postura de esta parte, en tanto dicha resolución de mérito sobrevino a una serie de medidas probatorias dispuestas por el magistrado declinante y, lógicamente, una vez concluida la investigación sobre tales sucesos, circunstancia que importó asumir el conocimiento de la situación conflictiva en la que se enmarcaban todos los eventos denunciados por M.

En este escenario, por un lado cabe considerar el significativo avance de este proceso bajo la órbita nacional y el consecuente importante conocimiento adquirido del contexto aludido *ut supra*, y, por el

otro, que la víctima ha tomado contacto directo con el juzgado declinante al brindarle detalles de los acontecimientos que la damnificaron en su declaración de fecha 15 de septiembre de 2022, por lo que la atribución de la competencia a los tribunales locales iría en contra de una mejor y más eficiente administración de justicia, a la par que produciría una revictimización en cabeza de M. que, por mandato constitucional, se debe evitar.

Por otro lado, tampoco existe obstáculo para que la Justicia Criminal y Correccional intervenga en un caso que involucre delitos transferidos a la Ciudad, dado que, de acuerdo con lo establecido por V.E. en el ya citado precedente “G.”, ambas jurisdicciones tienen potencialmente la misma competencia y, en el supuesto de asignarse el conocimiento del caso a un solo magistrado, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos ordinarios imputados, con independencia de la delimitación trazada por los convenios de traspaso celebrados.

De esta manera, haciendo primar un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente e independientemente de cuál sea finalmente el encuadramiento de los acontecimientos, corresponde mantener la radicación del caso ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 29.

IV.

En virtud de lo expuesto, opino que debe declararse la competencia de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional para continuar con la investigación de los hechos que dieron origen a este incidente que,
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 256-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

La posición adoptada en este dictamen incluye la atención de aquellos parámetros expuestos en el precedente ya citado “Giordano” del Tribunal Superior, referidos a la asignación de competencia al tribunal que previno y que, por ello, tuvo mayor intervención y adquirió un notable grado de conocimiento respecto del conflicto de violencia en que los hechos se enmarcan.

Al margen de ello, a los efectos de asignar la competencia a uno de los tribunales intervinientes en la contienda, hice hincapié en las particulares circunstancias del caso. En tal sentido, consideré que el juzgado nacional había dictado un sobreseimiento parcial respecto de delitos cometidos contra la integridad sexual y dispuesto la remisión al fuero local de la causa a efectos de continuar con la investigación de los restantes ilícitos –que encuadraban en el art. 89 del CP– que constituían su objeto cuya competencia detentaba la justicia local.

Así, expresé que el temperamento liberatorio adoptado con relación a las figuras de competencia nacional no afectaba la postura del suscripto en cuanto a que correspondía darle preeminencia a la continuidad de la intervención del fuero nacional, pues todos los hechos se enmarcaban en un mismo conflicto de violencia de género, por lo que correspondía disponer lo necesario para posibilitar la captación de la integralidad del conflicto y mitigar los niveles de vulnerabilidad, exposición y revictimización a los que estaba expuesta la damnificada en caso de intervenir sucesivamente distintos tribunales.

Sobre la base de dicha premisa, sostuve que la decisión adoptada a favor del imputado respecto de los delitos cometidos contra la integridad sexual –sobreseimiento– no podía obstaculizar la atribución de competencia al fuero que primero tomó conocimiento de la conflictiva –en este caso, el nacional–, y que, de acuerdo a las constancias del caso, había desarrollado una serie de medidas de prueba que implicaban la adquisición de un mayor grado de conocimiento de los hechos denunciados por la víctima.

La perspectiva que debía imperar en este proceso –y en todos aquellos circunscriptos bajo la temática analizada– era la de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas; extremo que

se veía notablemente vulnerado al darle preeminencia a los convenios de transferencia de competencia vigentes.

Por lo demás, se puntualizó en que el tiempo transcurrido desde el inicio del caso hasta la decisión de mérito referida implicó la adquisición por parte del juzgado nacional de un amplio conocimiento del contexto, tanto por la realización de medidas de prueba como por la adopción de decisiones de mérito que llevaron a la culminación parcial del proceso con el dictado del sobreseimiento. Por ello, después de todo el despliegue de actividad jurisdiccional desarrollado, la pretensión de desprenderse del conocimiento del caso importó un inadecuado apartamiento de la doctrina emanada de los fallos precedentes y la desatención de la especial diligencia que impone este tipo de conflictos.

En definitiva, razones de mejor y más eficiente administración de justicia determinaron que el contacto tomado por parte de los operadores judiciales del ámbito nacional, con la víctima y el imputado, así como la aproximación a la evaluación de los hechos, la prueba y el contexto en que se enmarcaban, aconsejaban mantener la investigación –en cuanto al delito de lesiones– en la órbita criminal y correccional.

La solución así propiciada en el dictamen transcripto fue reiterada en ocasión de emitir el Dictámen FGA N° 348–2022 en el Expte. TSJ N° 307110/2022 caratulado “Incidente de Competencia en autos ‘R. R. L. A. s/ 149 bis – Amenazas sobre conflicto de Competencia’” y el Dictamen N° 63–2023 en el Expte. TSJ N° 23690/2023 caratulado “Incidente de Competencia en autos ‘Gerez, Federico Leonardo sobre 149 bis – Amenazas s/ conflicto de competencia’”.

En todos esos casos, el Tribunal Superior de Justicia asignó el conocimiento de la investigación a los tribunales nacionales, para lo cual se remitió a los argumentos desarrollados en los dictámenes citados, sentencias de fecha 08/11/2023, 07/12/2022 y 24/05/2023, respectivamente.

Por último, no puedo dejar de señalar que por sentencia de fecha 9 de octubre de 2024, dictada en el marco del Expte. N° 79368/2024 caratulado “Incidente de competencia en autos ‘Dacosta, Oscar Gabriel s/ infracción Ley 26.485 s/ conflicto de competencia’”, el Tribunal Superior de Justicia, en un caso de diversos hechos enmarcados en un mismo contexto de violencia de género en el que la justicia

nacional había dispuesto un sobreseimiento parcial y la incompetencia por hechos remanentes encuadrables en delitos transferidos a los tribunales de la CABA, les asignó la competencia para continuar con su investigación.

En tal sentido, los jueces Dres. Marcela De Langhe y Santiago Otamendi dijeron que correspondía declarar la intervención del juzgado local en virtud del sobreseimiento parcial decretado por el juzgado nacional –respecto de hurto y desobediencia a la autoridad– por no encontrarse controvertida la competencia para el juzgamiento de los hechos presuntamente constitutivos de los delitos de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, CP) y lesiones leves doblemente agravadas (arts. 89, en función del art. 80, incs. 1 y 11, CP) que conformaban el objeto remanente del caso.

Por su voto, el Dr. Luis Francisco Lozano sostuvo que, en vistas del sobreseimiento dictado por el Juzgado Nacional, no había una causa en curso a la cual conectar el tramo de conductas relativo a las presuntas amenazas simples y lesiones doblemente agravadas, ambas de competencia local, y sobre cuya calificación coincidían los magistrados contendientes.

También por su voto, la Dra. Alicia E. C. Ruiz señaló que dada la probabilidad de progreso del encuadre legal en los delitos de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, CP) y lesiones leves doblemente agravadas (arts. 89, en función del art. 80, incs. 1 y 11, CP), cuya calificación no se encontraba discutida, como se trataba de delitos transferidos a la CABA, correspondía declarar la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Conexidad invocada respecto de causa anterior archivada

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 82432/2023-O, “Incidente de competencia en autos ‘S. N. A. s/ robo s/ conflicto de competencia’”

CABA, 13 de septiembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 33 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 13.

II.

En las presentes actuaciones, el Auxiliar Fiscal de la Unidad de Flagrancia Este, Dr. Santiago Almeida, con fecha 05/01/2023, le atribuyó a D. S. G. que “el día 5 de enero del año en curso a las 10:30 aproximadamente en la calle [...], de esta ciudad, momentos en que D. S. G. tomó de ambos brazos a N. A. S. P., lastimándola. Esto ocurrió cuando N. A. S. P. decidió prender un sahumero en un vaso de plástico que se derretió y cuando D. S. G. lo vio le dijo “¿Por qué tocas mis cosas? ¿Por qué me rompiste mi vaso? Vos tenés tus cosas y yo las mías, lo mío no es tuyo, enténdelo”, para luego agredirla. Asimismo, conforme al informe proporcionado por la Dra. Deborah Wall, médica MN 115328 de la División Medicinal Legal de fecha 5 de enero del corriente, se determinó que “se observaron múltiples rasguñaduras producto de presión y desplazamiento, o roce con elemento duro aguzado compatible con uña en

antebrazo izquierdo cara anterior (excoriación lineal), además presentó lesión equimótica en muñeca derecha producto de golpe, choque o roce con o contra superficie o elemento duro, con data de 4 a 6 hs y curarán en el transcurso de 30 días o menos de no mediar complicaciones”.

Asimismo, en el marco de la audiencia de intimación de los hechos, celebrada el 6 de enero de 2023, se le impusieron las siguientes medidas restrictivas al imputado en relación a la Sra. N. A. S. P.: “1) Fijar residencia en el domicilio fijado en esta audiencia y comunicar cualquier cambio; 2) Comparecer a todas las citaciones que le efectuara el Juzgado y/o la Fiscalía; 3) Abandonar de manera inmediata el domicilio que compartía con la víctima sito en la calle [...] de esta ciudad; 4) Prohibir el contacto por cualquier medio (telefónico, vía mail, personal, etc.) con la damnificada [N.A.S.P.]. 5) Prohibir acercamiento a un radio menor de doscientos (200) METROS de donde se encuentre la damnificada (domicilio, lugar de trabajo y de actividades sociales habituales)”.

En virtud de ello, el Sr. Auxiliar Fiscal encuadró dicha conducta dentro del delito de lesiones agravadas, previstas en el art. 89, agravado por el art. 92 y 80, inc. 1 y 11, del Código Penal.

Posteriormente, el 11 de marzo de 2023, se labró un nuevo sumario policial N° [...], donde en la Unidad Fiscal de Flagrancia antes citada se le atribuyó al Sr. D. S. G. que “el día 11 de marzo de 2023, a las 13:32 horas aproximadamente, en la vía pública más precisamente en calle [...] de esta Ciudad, oportunidad en la cual D. S. G desobedeció la medida restrictiva impuesta por la Unidad de Flagrancia Este en el marco del caso MPF [...], por cuanto se dispuso la prohibición de contacto por cualquier medio (telefónico, vía mail, personal, etc.) con la damnificada N. A. S. P., y la prohibición de acercamiento a un radio menor de doscientos (200) METROS de donde se encuentre la damnificada (domicilio, lugar de trabajo y de actividades sociales habituales), por cuanto en fecha, hora y lugar señalados, en momentos en que la damnificada salía de su domicilio sito en [...], D. S. G. se hizo presente en [...], circunstancia en la cual intentó propinarle un golpe con una de sus manos, sin lograrlo”.

En esa circunstancia, dicha conducta fue encuadrada en el delito de desobediencia, previsto y reprimido en el artículo 239 del CP.

Las actuaciones fueron acumuladas en el Legajo MPF N° [...], en el que el 5 de mayo de 2023, la titular de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 16, Dra. Claudia Barcia, dispuso el archivo, en los términos del artículo 212, incisos a) –por el hecho calificado como “desobediencia”–, y d) por el hecho calificado como “lesiones leves agravadas”.

Dicha decisión fue convalidada por la Fiscalía de Cámara Este, mediante el Dictamen 280/FCE/23 –emitido el 17/05/23–, en virtud de la revisión solicitada por la damnificada N. A. S. P.

Paralelamente, ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 33 tramitó la causa CCC [...], la cual se había iniciado en ese fuero en virtud de una denuncia radicada por D.S.G contra la Sra. N. A. S. P., por el delito de robo –previsto en el art. 164 del CP–, actuaciones en las que el titular del tribunal, Dr. Darío Bonanno, declaró la incompetencia con fecha 3 de mayo de 2023.

A tal fin, luego de constatar la existencia de las actuaciones en trámite ante la justicia local, el magistrado nacional consideró que existía una conexidad subjetiva entre sendos procesos, que se trataba de casos enmarcados en la misma conflictiva y que la justicia local había prevenido.

Arribado el caso al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 13, su titular, la Dra. María Lorena Tula del Moral, rechazó la competencia atribuida –de conformidad con lo postulado por la Sra. Fiscal local–, puesto que entendió que las partes involucradas en la causa nacional N° CCC [...] no revestían el mismo carácter que en las presentes actuaciones, las cuales, además, se encontraban archivadas. Por otro lado, agregó que el delito objeto de investigación en la justicia nacional –robo– no había sido incluido en los Convenios de Transferencia de competencia.

Una vez devueltas las actuaciones, el juez nacional mantuvo su postura, dio por trabada la contienda de competencia negativa, formó incidente y lo elevó al Tribunal Superior de Justicia.

III.

A efectos de expedirme sobre la contienda suscitada, corresponde en primer lugar señalar mi coincidencia con el juez nacional en cuanto a que, tal como fueron descriptos los hechos del caso, los sucesos denunciados tanto en el legajo local MPF N° [...] como en la causa N° CCC

[...], forman parte de un mismo conflicto existente entre las partes, dentro de un contexto de violencia de género y doméstica.

Con relación a esa temática, cabe recordar la necesidad de que los/las operadores/as judiciales analicen con el máximo cuidado este tipo de casos y lo realicen a la luz de los compromisos asumidos por la República Argentina, a través de instrumentos como la Convención de Belém do Pará (Ley N° 24632), la ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley N° 26485) y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley N° 24417).

Por otra parte, no debe perderse de vista que en esta clase de sucesos la violencia se caracteriza por ser cíclica, se extiende por lo general en el tiempo y encuadra dentro de un mismo proceso, de modo que los hechos suelen tener una estrecha vinculación entre sí y una clara conexión que impide investigarlos separadamente, en tanto ello importaría negar el contexto del ejercicio sostenido de violencia contra la mujer.

Ello reclama que, en casos como el de autos, sea un único tribunal el que lleve adelante la investigación de todos los hechos delictivos enmarcados en un mismo conflicto de violencia de género y doméstica, de modo de evitar a la víctima un mayor grado de exposición, vulnerabilidad y revictimización, extremos estos que, por mandato legal, debemos evitar los/as funcionarios/as judiciales (conf. arts. 3, inc. “k” y 16, inc. “h”, de la Ley N° 26485).

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver, con remisión al dictamen de la Procuradora General de la Nación, que, en aquellos casos enmarcados dentro de un contexto de violencia contra la mujer, los hechos deben ser “[...] investigados y juzgados en forma conjunta a fin de cumplir, con determinación y eficacia, el deber del Estado de investigar, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género contra las mujeres, así como a fin de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas” (Fallos: 339:652).

En la misma dirección, V.E. ha dicho en diversos precedentes que “[...] razones de mejor y más eficiente administración de justicia y la importancia de asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, tornan necesario que sea un único tribunal el que intervenga en todas las actuaciones” (cf. CSJN “Competencia N° 475, L. XL VIII, Cazón, Adella, s/ art. 149 bis.”, resuelta el 27/12/12 y “Comp. CCC 666/2015/1/CS1, G. C. L. s/ Lesiones agravadas, Dam: G. M. S.,

resuelta el 17/05/2016)”(Cfr. Expediente N° 16489/19, “Incidente de incompetencia en autos Puente, Lucas Ezequiel - Amenazas s/ Conflicto de competencia I” del 13/11/19, entre otros. Expediente N° 16488/19, “Adamoli, Fátima”; Expediente N° 16724/19, “Villanueva Tomás, Saúl Ángel”; Expediente N° 16471/19, “Díaz Harley, José Arturo”; Expediente N° 16681/19, “Puente, Lucas Ezequiel”; Expediente N° 16571/19, “La Rosa, Jeferson”; Expediente N° 16509/19, “La Rosa, Jeferson”, todas sentencias del 25/10/19).

Por las razones expuestas, coincido también respecto a que con el fin de priorizar una mejor administración de justicia, corresponde que la justicia local continúe con la investigación del caso, puesto que ha tomado primigenio conocimiento de la conflictiva que aqueja a las partes.

No impide tal conclusión la circunstancia de que el nuevo proceso se refiera a tipos penales no incluidos en el marco de la transferencia de competencia a los tribunales de la ciudad –uno de los argumentos a los que acudió la Sra. Jueza local para rechazar la competencia atribuida–, en tanto, según lo sostenido por el Tribunal Superior, los “[...] órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esta ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia [...], pudiendo el tribunal al que se hubiera atribuido competencia decidir “[...] con independencia de la delimitación trazada por los convenios” –conf. Expte. N° 16368/19, “Incidente de competencia en autos ‘Giordano, Hugo Orlando y otros’ s/ Infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ Conflicto de competencia I”, sentencia del 25 de octubre de 2019–.

Sentado ello, corresponde expedirse acerca de las razones invocadas por la Sra. Jueza local para resistir la atribución de competencia.

Ya me he referido a la circunstancia de que el nuevo proceso se refiere a un delito no incluido en los convenios de transferencia de la competencia, extremo que, en las circunstancias del caso, no impide la tramitación de este ante los tribunales de la CABA.

Ahora bien, también se indicó que la causa cuya conexidad se invocó había sido archivada, temperamento que “causó estado de estas actuaciones y nos encontramos ante la inexistencia de un proceso”.

Más allá de que ninguna decisión de archivo puede provocar la “inexistencia de un proceso”, no puede dejar de señalarse que aquel temperamento dispuesto en relación con el hecho que fuera calificado

como lesiones leves agravadas fue sustentado legalmente en el inciso d) del art. 212 del CPPCABA.

De tal modo, la decisión adoptada no es definitiva pues, conforme lo establecido el art. 215 CPPCABA, el archivo dispuesto por la mencionada causal “... no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan probar la materialidad del hecho”.

Por su parte, el art. 216 del mismo cuerpo normativo, titulado “*Efectos del archivo*” indica que “[s]i el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado [por ejemplo el inc. d.], se podrá reabrir el proceso cuando (...) aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución (...)”.

En función de lo expuesto, no solamente el archivo dispuesto en las circunstancias de este caso no se erige en un obstáculo para la atribución de competencia efectuada, sino que, además en mi criterio, no torna abstracta la decisión respecto de la contienda de competencia que aquí se ventila.

En este último sentido, me he expedido en otro precedente reciente (Expte. INC 370242/2022-1 “Incidente de incompetencia en autos ‘F., A. C. s/ 149 bis - Amenazas’”, Dictamen FGAPyC N° 58/23, emitido el 17/03/2023), si bien el Tribunal Superior de Justicia resolvió de manera disímil a lo propuesto por esta Fiscalía General Adjunta.

IV.

En razón de lo expuesto, corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 13 para continuar entendiendo en la tramitación del caso que originó este incidente que,
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 254-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

No resulta fuera de lo común verificar casos conexos –uno en trámite ante la justicia nacional y el restante ante la justicia de la CABA– referidos a hechos enmarcados en un mismo contexto de violencia de género.

La tramitación en forma paralela de sendos procesos conspira contra los parámetros que se derivan de la normativa convencional y del criterio establecido jurisprudencialmente al respecto, en cuanto resulta conveniente en pos de los derechos de la víctima promover la intervención de un único tribunal.

Razones de mejor administración de justicia imponen atribuir intervención al tribunal que previno en cuanto al conocimiento del conflicto único, ya que uno y otro fuero son órganos jurisdiccionales con competencia no federal en la ciudad, de distinta naturaleza, pero que tienen potencialmente la misma competencia. Esta circunstancia permite expedirse sobre figuras penales que no se encuentran bajo las respectivas orbitas (nacionales o locales).¹⁰

Por otra parte, y más allá de las calificaciones legales en las que pueda derivar una investigación suscitada en materia de género, se cumple con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, que exigen que se atribuya la competencia a un único tribunal respecto de la totalidad de los hechos, pues solo así puede abordarse el conflicto de manera integral y evitar un mayor grado de exposición, vulnerabilidad y revictimización de la damnificada.

Este caso que aquí se comenta es un proceso iniciado ante los tribunales nacionales en el que se determinó la existencia anterior de distintos procesos enmarcados en el mismo conflicto y tramitados ante los tribunales de la CABA. En consecuencia, se dispuso la declinatoria de competencia por conexidad; decisión que fue rechazada, entre otras razones, porque los casos tramitados ante el Poder Judicial de la CABA se hallaban archivados.

En el dictamen citado, señalé que si bien la causa que motivó la invocación de conexidad para justificar la declinatoria de competencia se encuentra archivada bajo alguno de los supuestos que permiten

10. TSJ, “Giordano”, cit.

la reapertura de la investigación, tal circunstancia no modificaba el criterio a adoptar.

La atribución de la competencia al ámbito capitalino vino dada por el conocimiento primigenio del conflicto, sin perjuicio de la posterior adopción de la decisión de archivar provisoriamente la investigación.

Al respecto, señalé que la causal de archivo por falta de prueba, prevista en el inc. d) del art. 212 del CPPCABA, no es una decisión definitiva que pueda ser invocada para resistir la atribución de competencia.

En ese sentido, el órgano acusador cuenta con la facultad de archivar las actuaciones cuando “de la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho” –norma citada–; pero esa decisión no es definitiva ya que si con posterioridad “aparecen datos que permitan probar la materialidad del hecho”, la pesquisa podrá reabrirse –cfr. art. 215 del CPPCABA.

Precisamente, la posibilidad de reapertura de la investigación mantiene vigente la relación de conexidad invocada para la declinatoria de competencia y razones de mejor administración de justicia imponen la tramitación de todos los procesos ante el mismo tribunal.

Sostener lo contrario importaría mantener el tratamiento de un mismo círculo de violencia en procesos sustanciados ante diversos fueros, a pesar de la necesidad de abarcar la totalidad de los episodios de violencia que, de manera general, se reiteran en el tiempo. A su vez, el tratamiento unificado que propugno es una de las herramientas centrales desde la órbita de la actuación de los tribunales para evitar la innecesaria revictimización.

En el precedente transcrito, el Tribunal Superior de la CABA declaró la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas interviniente, con remisión a los fundamentos expresados por el suscripto (según sentencia de fecha 13/03/2024).

Declinatoria de competencia en etapa de juicio

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° TSJ 95511/2023-O, “S., A. G.
s/ 172 - Estafa s/ conflicto de competencia”

CABA, 18 de septiembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia suscitada entre el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 1 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 26.

II.

De acuerdo al requerimiento de juicio formulado por el auxiliar fiscal de la Nación, Dr. Fabián Patrao, se le atribuye a A. G. S. la posible comisión del delito de defraudación mediante el uso no autorizado de los datos de tarjetas de crédito, reiterado en cinco oportunidades, en perjuicio de F. D. y T. S. (conf. art. 173, inc. 15, del Código Penal).

Con relación al damnificado F. D., se le adjudicó a A. G. S. haber aprovechado el día 17 de marzo de 2019 un descuido del nombrado mientras disputaban un partido de fútbol en el partido bonaerense de Ezeiza, ocasión en la que tomó su tarjeta de crédito American Express –terminada con los dígitos [...]– y utilizó los datos de aquella para efectuar tres operaciones comerciales mediante la plataforma Mercado Libre, por el monto total de ocho mil novecientos noventa pesos (\$8.990).

Respecto de la víctima T.S., se le imputó a A. G. S. haber aprovechado el día 7 de abril de 2019 una distracción del nombrado al detenerse en una estación de servicio Shell ubicada en la localidad bonaerense de Canning, ocasión en la que tomó su tarjeta de crédito Visa del banco

Credicoop –terminada con los dígitos [...]– y utilizó los datos de aquella para efectuar dos compras a través de la aplicación Mercado Libre, por un valor total de veintiséis mil cuatrocientos noventa y siete pesos con dos centavos (\$26.497,2).

Elevada la causa a juicio, resultó desinsaculado el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 1, que corrió vista en los términos del art. 354 del CPPN al Ministerio Público Fiscal, cuya representante –Dra. Jazmín M. Auat– postuló la incompetencia territorial del fuero criminal y correccional para intervenir en el caso, con fundamento en que la adquisición o el hurto de los datos de las tarjetas de crédito involucradas en los hechos de defraudación imputados a T. S. había tenido lugar en las ciudades de Canning y Ezeiza, pertenecientes al Departamento Judicial de Lomas de Zamora, circunstancia que, sumado al hecho que no habían sido identificadas las direcciones de IP a través de las cuales se habían concretado las operaciones comerciales, determinaba la competencia de la justicia provincial.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dictaminado por la Dra. Auat, el referido tribunal nacional, a cargo del Dr. Luis R. J. Salas, resolvió declinar materialmente la competencia en favor de la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Por un lado, acerca de la cuestión vinculada a la competencia territorial, el magistrado de Cámara consideró que de las constancias del expediente no surgía con certeza el lugar donde habían sido obtenidos los datos de las tarjetas utilizadas, a lo que agregó que la residencia de los damnificados y el imputado se hallaba en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también el domicilio registrado por los usuarios de Mercado Libre mediante los cuales se efectuaron las transacciones fraudulentas.

Sentado ello, en lo que respecta a la competencia material, el Dr. Salas subsumió la conducta endilgada a T. S. en el delito de defraudación mediante técnicas de manipulación informática (conf. art. 173, inc. 16, del CP), cuyo juzgamiento correspondía al ámbito local.

Sobre este último punto, argumentó que, de acuerdo con la interpretación vigente de la Ley nacional N° 24588 (sancionada con fecha 8 de noviembre de 1995 y que garantiza los intereses del Estado Nacional en la CABA), los sucesos que deban ser juzgados bajo tipos penales creados con posterioridad a la promulgación de la norma precitada,

como lo era el presente caso, resultaban competencia de la Justicia de la Ciudad (conf. el criterio establecido por ese Tribunal Superior en los Exptes. N° 18114/2020-O, sentencia del 3/3/2021, y N° 18137/2020-O, sentencia del 5/5/2020; entre tantos otros).

Arribado el caso al fuero local, previo dictamen favorable de la agente fiscal, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 26, a cargo del juez subrogante Dr. Javier Alejandro Bujan, aceptó la competencia atribuida.

Contra dicho pronunciamiento interpuso un recurso de apelación la defensa oficial a cargo de la asistencia técnica de A. G. S., que motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, que resolvió revocar el fallo dictado en la instancia anterior y, consecuentemente, remitir las actuaciones a la Justicia Criminal y Correccional a fin de que continúe con el trámite del presente proceso.

En primer lugar, el tribunal *a quo* entendió que los hechos aquí denunciados se encuadraban en la figura de defraudación prevista en el artículo 173, inc. 15, del Código Penal, aunque sus integrantes discreparon acerca del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento –si el fuero criminal y correccional, o la justicia en lo penal, contravencional y de faltas–.

Sin perjuicio de ello, todos los integrantes de la Sala III coincidieron en que debía mantenerse la intervención de la Justicia Nacional en autos, en tanto resultaba de aplicación la doctrina establecida por ese Tribunal Superior en el precedente “Julien” (conf. Expte. N° 291287/2022-O, sentencia del 26/10/2022), que indicaba, ante conflictos de competencia, el mantenimiento de la causa en el fuero que había llevado a cabo toda la instrucción del proceso, en miras a privilegiar un servicio de justicia eficiente que atendiera al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por los órganos de tal jurisdicción, en este caso, el tribunal nacional.

Devuelto el legajo al tribunal de origen, el juez de Cámara, Dr. Salas, insistió en su criterio inicial, tuvo por trabada la contienda de competencia y elevó la incidencia al Tribunal Superior.

III.

Para dirimir la cuestión de competencia traída a estudio, adelanto que corresponde que sea el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 1 el que continúe con la tramitación del presente caso.

En primer lugar, de las constancias adjuntadas a esta incidencia surge que la conducta atribuida al aquí imputado encuentra adecuación jurídica en el delito de defraudación mediante el uso no autorizado de datos de tarjetas de crédito, previsto en el art. 173, inc. 15, del Código Penal.

En este sentido, según surge del contenido de las declaraciones de los damnificados, A. G. S. habría aprovechado una distracción de aquellos para adquirir los datos de diversas tarjetas de crédito expedidas a sus nombres, circunstancia que impide inferir que en el caso se habría producido una defraudación por "manipulación informática" (conf. art. 173, inc. 16, del CP), tal como lo aseverara el tribunal nacional declinante.

Más allá de lo precedentemente expuesto, no deviene ocioso señalar que ese Tribunal Superior ya ha determinado la competencia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para juzgar ambos tipos penales, debido a que las referidas hipótesis delictivas, incorporadas al código de fondo mediante las Leyes nacionales N° 25930 y 26388, fueron creadas por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la llamada "Ley de Garantías" N° 24588, promulgada en el año 1995 (conf. Exptes. N° 18114/20 "NN, NN", sentencia del 3/3/2021; N° 17891/2020-o "NN, NN", sentencia del 31/3/2021; en tantos otros).

Ahora bien, aclarado el punto, corresponde establecer si en las particulares circunstancias de autos, es decir, luego de haberse llevado a cabo toda la instrucción del proceso –de modo tal que el caso avanzó hacia la instancia de debate–, ante un planteo de incompetencia, debe prevalecer la jurisprudencia anteriormente señalada o, bien, el grado de conocimiento adquirido por el fuero que previno.

Sobre el particular, en casos análogos sostuve que no existía diferencia entre los órganos nacionales y locales respecto del nivel de intervención evidenciado en el caso, que justificara apartar a la Justicia de la Ciudad del conocimiento en la causa, en tanto la declinatoria de competencia había sido dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal

y Correccional en su inicial intervención en el legajo y de acuerdo a lo establecido en el art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación (conf. dictámenes FGA N° 304-2022, en Expte. TSJ N° 246565/2022-O, “Olazábal Trejo, Alison Ayelén”, sentencia del 19/10/22; y N° 326-2022, en Expte. TSJ N° 291287/2022-O “Julien, Brenda Agustina”, sentencia del 26/10/22).

Pero, esa línea argumental no fue compartida por V.E., pues –contrariamente a lo dictaminado por esta parte– mantuvo la actuación del fuero criminal y correccional, atendiendo para ello “al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por los órganos de la justicia nacional, que llevaron a cabo toda la instrucción del proceso y en donde el caso ha avanzado hacia la etapa de juicio” (conf. Exptes. N° 291287/2022-O “Julien” y N° 246565/2022-O “Olazábal Trejo”, *op. cit.*).

Fue precisamente con motivo de ello que, esta Fiscalía General Adjunta ajustó su postura a lo decidido en los precedentes mencionados, aunque dejando a salvo la propia opinión sobre el tema.

En definitiva, frente a este escenario, se impone considerar el significativo avance de este proceso bajo la órbita de la justicia nacional, en donde las actuaciones progresaron hacia la etapa de juicio; circunstancia que habilita, en atención a los argumentos desarrollados y dejando a salvo la postura de quien suscribe, el mantenimiento de la causa ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 1.

Por último, la circunstancia de haberse encuadrado los presuntos eventos delictivos en una figura cuyo juzgamiento se atribuye al ámbito local no impide a la Justicia Nacional continuar intervinendo en autos y expedirse sobre el fondo del asunto, en tanto, según lo sostenido por el Máximo Tribunal local, los “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia”, a lo que debe agregarse que “la imputación puede ser ampliada incluso hasta el debate y, eventualmente, en la sentencia el juez está facultado a dar a los hechos una calificación distinta a la contenida en la acusación, sin que sea necesario en ninguno de esos supuestos expedirse nuevamente sobre la competencia ya atribuida por [V.E.]” (conf. Expte. N° 16368/19, “Giordano”, sentencia del 25/10/2019).

IV.

Por los motivos brindados en el acápite que antecede, corresponde declarar la competencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 1 para continuar entendiendo en los hechos que originaron este incidente que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 278-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentarios

Más allá de los parámetros que se vienen analizando en los casos precedentes en torno a la atribución de competencia en los supuestos de contiendas entre tribunales nacionales y de la CABA –pautas en los casos de violencia de género, reglas del CPPN– existen otras circunstancias –en el caso, el grado de avance del proceso– que aconsejan, por razones de mejor administración de justicia, apartarse de los límites trazados por los convenios de transferencia de la competencia.

La consideración del grado de avance del proceso en un determinado fuero fue relevante a los efectos de la atribución de competencia, más allá de la significación jurídica asignada al hecho imputado. Así, en procesos en los que se investigan hechos subsumidos en figuras penales de competencia local pero en los que la declinatoria se produjo una vez avanzado el caso hasta la instancia de juicio, se ha optado por mantener la intervención del fuero en el que avanzó el caso hasta la etapa de debate.

En el caso transcripto, la controversia giró en torno a establecer si, luego de haberse llevado a cabo toda la etapa de investigación del proceso –de modo tal que el caso avanzó hacia la instancia de debate–, ante un planteo de incompetencia –al tratarse de una figura penal creada con posterioridad a la sanción de la llamada Ley de Garantías, Ley N° 24588 y, por ello, de competencia de los tribunales de la CABA–,

debía prevalecer la atribución de competencia de acuerdo con la materia, o bien debía darse preeminencia al grado de conocimiento adquirido por el fuero que previno.

En los primeros casos en que se trató esta alternativa la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional entendió que, cuando un tribunal oral en lo Criminal y Correccional al que había arribado recientemente un caso declinaba la competencia, sus integrantes carecían de algún grado de conocimiento previo respecto de los sucesos a juzgar –no obstante la intervención anterior de otro juzgado del mismo fuero–. En idéntica situación se encontraba el magistrado del Poder Judicial de la CABA a quien se le asignara el caso, por lo que debía estarse a la delimitación dada por los Convenios de Transferencia de Competencias Penales.

Ello llevó a concluir que, dado que lo único que restaba realizar era la audiencia de juicio y que los tribunales de sendos fueros se encontraban en la misma situación, al tratarse de un caso seguido por delito de competencia local no existían razones que justificaban mantener la radicación del caso ante el fuero nacional –cfr. Dictamen FGA N° 326–2022 emitido el 15/09/2022 en el marco del Expte. N° 291287/2022–O “J., B. A. s/ 173 Inc. 15 - Defraudación mediante el Uso de Tarjetas de Compra, Crédito o Débito s/ Conflicto de Competencia”–.

Esta línea argumental no fue compartida por el Tribunal Superior de Justicia en el caso citado, en el que mantuvo la actuación del fuero Criminal y Correccional. Para así resolver, los jueces Dra. Marcela De Langhe y Dr. Santiago Otamendi consideraron que debía primar un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente que atienda al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por los órganos de la justicia nacional (cfr. sentencia dictada con fecha 26/10/2022).

Por los argumentos desarrollados en su voto, el juez Dr. Luis Francisco Lozano agregó que la justicia nacional tenía la competencia para pronunciarse sobre la figura penal que en definitiva resultase, aun cuando correspondiere a aquellos supuestos que, como regla, suscitan la jurisdicción de jueces investidos por la CABA, conforme la doctrina emanada del precedente “Giordano” del TSJ.

En disidencia, la jueza Dra. Inés M. Weinberg sostuvo que debía asignarse la competencia en el caso a la justicia local de acuerdo a la probabilidad de progreso del encuadre legal en un delito de competencia local.

La reiteración de tal postura en distintos fallos del TSJ –cfr. Expte. N° 291287/2022–o “J.,B. A.”, sentencia de fecha 26/10/22 y Expte N° 246565/2022–o “Olazábal Trejo”, sentencia del 19/10/22– motivó que en ocasión de expedirme en las sucesivas contiendas suscitadas con posterioridad en similares circunstancias –esto es, frente a una declinatoria de competencia dispuesta por un tribunal oral respecto de un caso seguido por delito correspondiente a la competencia de los tribunales de la CABA– deje a salvo mi opinión y dictamine de manera concordante a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

La postura así desarrollada –es decir, dejando a salvo mi opinión– fue reiterada en los Dictámenes FGA N° 133/2023, emitido el 30/05/2023 en Expte. N° TSJ 44936/2023–o “Incidente de Competencia en autos C.N.P. s/ 239. Resistencia o desobediencia a la autoridad y otros s/ conflicto de competencia”, sentencia del 23/08/2023 y Dictamen N° 21/2023 emitido el 22/02/2023 en el Expte. N° 466309/2022–o “BUA Passalacua, Claudio Alejandro s/239. Resistencia o desobediencia a la autoridad s/ conflicto de competencia”, sentencia de fecha 19/04/2023.

Competencia para dictar medidas de protección. Ley N° 26485

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 51663/2019-2,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Norte de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado en
‘C. M., J. S. s/ 128, 1 párr. - Delitos atinentes
a la pornografía (producir/publicar
imágenes pornogr. con menores 18)’”

CABA, 30 de mayo de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, para que dictamine sobre la contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15 y el Juzgado Nacional en lo Civil N° 54.

II.

En el marco de la causa IPP 142954/2021—o seguida contra C. H. C. en orden a la contravención de suplantación digital de identidad (conf. actual art. 71 quinquies, párr. 1, del Código Contravencional), el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15, a cargo de la Dra. Karina Giselle Andrade, resolvió suspender el proceso contravencional a prueba por el término de doce meses, plazo

durante el cual C. C. debía cumplir con determinadas reglas de conducta (resolución de fecha 28 de septiembre de 2022).

Sobre este punto, cabe destacar que una de las pautas referidas consistía en la abstención, por parte del nombrado, de contactar por cualquier medio a la aquí denunciante; asimismo, dado que los involucrados residían en el mismo edificio, la magistrada local determinó que, en el supuesto de producirse un encuentro fortuito, C. debía omitir dirigirle la palabra a la víctima y proceder a retirarse del lugar.

El día anterior a que feneciera el plazo de *probation* establecido, junto con la respectiva obligación de prohibición de contacto, la Sra. Herrera Sala solicitó la concesión de las medidas precautorias necesarias para resguardar su seguridad e integridad personal respecto del aquí denunciado, específicamente, una prohibición de acercamiento y contacto, y la concesión del “botón antipánico”, para lo cual invocó los términos de las Leyes N° 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos y N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres (arts. 3 inc. b); 4 incs. a y b; 5 incs. d y n; 8 y 13 de la Ley N° 27372; y 3 inc. h; 26 y 27 de la Ley N° 26485).

A continuación, la jueza local corrió traslado a la fiscalía actuante para que se pronuncie respecto de lo requerido por la víctima y arbitre los medios necesarios a fin de que la Sra. Herrera cuente con un “botón antipánico”. Sin perjuicio de ello, teniendo en consideración el informe favorable respecto del cumplimiento de las reglas de conducta oportunamente convenidas, lo que implicaba la posibilidad de declarar extinta la acción contravencional, la Dra. Andrade dio intervención a la Justicia Civil “para que tome conocimiento en el marco de su competencia de la solicitud de la denunciante”, a cuyo fin se enviaron testimonios de la totalidad del legajo a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial (auto de fecha 12 de octubre de 2023).

El otorgamiento del dispositivo “antipánico” fue gestionado por la fiscalía local, a lo que debo agregar que su entrega se materializó con fecha 17 de noviembre de 2023.

Ahora bien, desinsaculado que fue el Juzgado Nacional en lo Civil N° 54 (a partir de la formación del Expediente N° 79845/2023), su titular, Dr. Eugenio Ricardo Labeau –luego de una serie de vicisitudes que carecen de interés en orden a la presente incidencia– no aceptó su intervención en las actuaciones, con fundamento en la competencia

restringida a las cuestiones patrimoniales que ostentaba, de las que quedaban excluidos los asuntos de familia (resolución 09/11/2023).

En este sentido, el magistrado civil señaló que “la cuestión” pretendida no encuadraba en las previsiones del art. 43, inc. b), del Decreto-Ley N° 1285/58 (de reorganización de la Justicia Nacional, que establece, entre otros temas, la competencia de los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil de la entonces Capital Federal), puesto que la Sra. H. S. no perseguía una indemnización por los daños y perjuicios provocados por los presuntos ilícitos, sino que deseaba, respecto del denunciado, una prohibición de acercamiento y contacto hacia su persona.

Una vez que el tribunal local tomó conocimiento de dicha decisión, su personal derivó a la víctima al Centro de Justicia de la Mujer, desde donde dieron intervención –nuevamente– al fuero civil, a efecto de canalizar el suscitado pedido de medidas de protección. Lo expuesto dio origen al Expte N° 96983/2023, que fue remitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial al Juzgado Nacional en lo Civil N° 54, por motivos de conexidad con la causa N° 79845/2023 de su registro.

Por su parte, el juez Dr. Labeau devolvió las actuaciones, una vez más, al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15, para lo cual se remitió a los argumentos desarrollados en su anterior intervención, además de indicar que, según su criterio, “no existía razón de conexidad alguna con la causa [N° 79845/2023] que justifique la asignación automática [a ese] Juzgado” (resolución de fecha 6 de diciembre de 2023).

Entretanto, en el marco del proceso contravencional, con la conformidad del representante del Ministerio Público Fiscal, la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15 declaró extinta la acción contravencional por el hecho configurativo de la contravención contemplada en el artículo 71 quinquies del CC, al tener por cumplidas las reglas de conducta impuestas oportunamente a C. (auto de fecha 27 de diciembre de 2023).

En la misma fecha, en las actuaciones oportunamente remitidas a la Justicia Civil, además de mantener su criterio inicial atento a los motivos de rechazo expuestos por su colega, la jueza local sostuvo que

la problemática suscitada involucraba temas de vecindad –y no de familia–, con claras aristas de género.

En consonancia, previo recordar que el art. 2047, inc. b, del Código Civil y Comercial de la Nación regulaba el estándar de la normal tolerancia entre vecinos, la Dra. Andrade concluyó que “no [podía] negarse que [fuese] competencia de los juzgados civiles [patrimoniales] intervenir en todos aquellos casos en que este estándar establecido por la ley civil se vea superado y un individuo ponga en conocimiento de una situación así que amerite su tratamiento”.

Por lo demás, en lo atinente a la contienda suscitada expresó que, no obstante la actuación del magistrado civil importó declinar su competencia, dado que el caso se enmarcaba en un contexto de violencia hacia la mujer y con el objeto de no dejar desamparada a la víctima, correspondía tener por trabada la contienda de competencia y elevar la incidencia a ese Tribunal Superior (de acuerdo con la doctrina establecida por la CSJN en Fallos: 342:509).

III.

En atención a la intervención otorgada, en primer lugar, más allá de las deficiencias formales advertidas en orden a la debida traba de la contienda, dado que los fundamentos de la jueza local no fueron conocidos por el magistrado civil, razones de economía y celeridad procesal que, a mi criterio, concurren en el caso de autos, aconsejan dejar de lado ese reparo formal y expedirse sobre el asunto traído a estudio (conf. CSJN, Fallos: 311:1965 y TSJ, Expte. N° 18275/2020–o “Village Cinemas SA c/ 8 DRAGONS NEUQUÉN SA s/ordinario s/ conflicto de competencia”, sentencia del 05/05/21; entre tantos otros).

Sentado ello, en segundo lugar, cabe señalar que tanto el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15 como el Juzgado Nacional en lo Civil N° 54 discrepan respecto a qué órgano jurisdiccional le corresponde tratar el pedido de medidas de protección efectuado por la denunciante en relación con el Sr. C.

En estas condiciones, se ha suscitado una contienda negativa de competencia que debe dirimir V.E. en atención a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bazán” (Fallos: 342:509), receptada por ese Tribunal en ocasión de pronunciar-

se en el marco del Expte. N° 17052/19 “M.C.E. c/ N.J.E. s/ denuncia por violencia familiar s/ conflicto de competencia I”, resuelto el 11/10/2019.

Así pues, adelanto mi opinión en cuanto a que, en el caso de autos, debe mantenerse la actuación de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas.

Preliminarmente, dado el tenor del asunto traído a estudio, es-timo conveniente repasar la naturaleza de las medidas de protección previstas en la Ley N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres y, así, establecer su diferencia respecto de aquellas de carácter restrictivo –que, como es sabido, deben cesar una vez culminado el proceso penal y/o contravencional–.

Para ello, haré propias las reflexiones vertidas por el juez Dr. Lozano en el marco del Expte. TSJ N° 281389/2022–3 “LGBL”, resuelto el 04/10/2023, en cuya ocasión recordó su voto en el conocido precedente “Taranco” (conf. expte. TSJ N° 9510/13, sentencia del 22/04/2014). En este último, el referido magistrado sostuvo que las medidas cautelares contempladas en la Ley nacional N° 26485 tendían a resguardar a la mujer presuntamente víctima de violencia teniendo en cuenta lo ocurrido y el riesgo de lo que podría ocurrir; peligro este último que abarcaba el desarrollo de delitos y, también, de actos de violencia no captados por la legislación penal.

Justamente por ello el Dr. Lozano explicó que, dentro del esquema de la Ley N° 26485, las medidas allí incorporadas eran susceptibles de ser emitidas aún en ausencia de pena y extenderse más allá del cumplimiento de una hipotética sanción, dado que no perseguían asegurar el cumplimiento de la sentencia ni conjurar riesgos que puedan tor-narla imposible o infructuosa –como así lo pretendían las cautelares convencionales–. En efecto, el juez ilustró que “su vigencia no necesari-amente queda atada a la supervivencia de un proceso que tenga por objeto la investigación de un delito.”

Las consideraciones expuestas permiten concluir que la duración de la medida protectora debe ser adecuada al fin que persigue o, en palabras del Dr. Lozano, “su mantenimiento viene determinado por el del riesgo de concreción de la amenaza”. Por lo demás, debe conside-rarse que la causa contravencional (y/o penal) puede culminar por di-versas razones sin que cesen los motivos de urgencia que sustentaron las medidas provisionales.

Aclarado el punto acerca de las características de las pretensas medidas precautorias, corresponde ahora destacar –incluso como un argumento más para distinguirlas de aquellas restrictivas– que su concesión está expresamente prevista en el art. 17 –como así también en el art. 187 *in fine*– del Código Procesal Penal local, de aplicación supletoria al proceso contravencional de acuerdo con el art. 6 de la Ley CABA N° 12; circunstancia esta que inequívocamente determinaba la competencia del tribunal local para su debido tratamiento.

A este respecto, no puede desconocerse el momento en que fueron requeridas las suscitadas medidas; esto es, previo al vencimiento del plazo de suspensión del proceso contravencional cuando la causa aún se encontraba vigente. Ello conducía, sin más, a su inmediato tratamiento por parte de la jueza contravencional, quien –frente al pedido en cuestión– actuó, cuanto menos, de manera contradictoria.

En este sentido, previo correr traslado a la fiscalía actuante para que se pronuncie sobre las medidas solicitadas por la víctima y otorgue a la interesada un “botón antipánico”, la Dra. Andrade decidió, de todas formas, dar intervención a la Justicia Civil. Este proceder, más allá de contradecirse, importó adoptar una postura respecto del tema llevado a su conocimiento y, por consiguiente, considerar oportuna la concesión de una medida de protección a la denunciante, pues no puede negarse que la entrega de un dispositivo “antipánico” encuadra en el catálogo de medidas establecido en el art. 26 de la Ley N° 26485, amén de haber sido expresamente requerida por la Sra. H. S. (v. en este sentido hojas 398/399 del incidente).

A diferencia de lo sostenido por la magistrada local, entre la denunciante y el denunciado no solo existe un conflicto vecinal, prueba de lo cual resulta el proceso contravencional que involucró a ambos. En otras palabras, la situación problemática que dio origen a la actuación de este fuero posee claras aristas de género, en cuyo marco se habrían llevado a cabo serios actos de perturbación y hostigamiento hacia una mujer, que visiblemente exceden una mera relación vecinal.

Frente a este escenario, es opinión de quien suscribe que la jueza local debe tratar acabadamente el pedido incoado por la damnificada y, eventualmente, pronunciarse acerca de la procedencia –o no– de –todas– las medidas precautorias requeridas.

IV.

En virtud de lo expresado, considero que debe declararse la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15 para tratar el pedido efectuado por la denunciante que, ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.
Dictamen N° 69–2024.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentarios

Desde que me encuentro a cargo de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional, se han suscitado dos conflictos de competencia entre un Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas y un Juzgado Nacional en lo Civil (que originó el Expte. TSJ N° 142954/2021–1 y el Expte N° 188634/2023–1). En ambos se discutía a cuál de dichos órganos jurisdiccionales le incumbía tratar el pedido de medidas de protección efectuado por quien, con anterioridad, había denunciado la comisión de una infracción de naturaleza contravencional por parte de un sujeto que, según estimaba la víctima y sin perjuicio del cierre de la investigación, ponía en riesgo su integridad.

En los dos casos las partes en conflicto no pertenecían al mismo grupo familiar, de modo que los hechos denunciados no podían ser encuadrados en un supuesto de violencia intrafamiliar. Esta circunstancia, lógicamente, impedía la aplicación de la Ley N° 24417 –de protección contra la violencia familiar–, cuyas disposiciones prevén el otorgamiento de medidas cautelares por parte del “juez con competencia en asuntos de familia”.

Sin perjuicio de lo expuesto, las constancias arrojadas en las dos incidencias daban cuenta del ejercicio de actos de violencia hacia una mujer por parte de un hombre con quien no habría tenido vínculo alguno. Por tal motivo, la solicitud de la concesión de medidas de protección

fue canalizada en los términos de la Ley N° 26485 –de Protección Integral a las Mujeres–, a la que la CABA adhirió mediante la Ley N° 4203.

Ahora bien, en estos casos se daba una situación particular: al momento de declararse la incompetencia, el proceso tramitado por ante este fuero había culminado con una decisión claudicante (en un caso, a raíz del sobreseimiento dictado por haberse extinguido la acción contravencional; y, en el otro, al haberse dispuesto el archivo del legajo por atipicidad).

Cabe señalar que a fin de proponer una solución al conflicto de competencia suscitado en cada una de las actuaciones referenciadas y establecer a cuál órgano judicial correspondía su tratamiento, estimé conveniente señalar la naturaleza de las medidas de protección contempladas en la Ley N° 26485, para así establecer su diferencia respecto de aquellas previstas en el Código Procesal Penal de la Ciudad bajo el título “medidas restrictivas” –que deben cesar una vez fenecido el proceso penal y/o contravencional–.

En esta dirección, haciendo propias algunas de las consideraciones efectuadas por el juez del Tribunal Superior de Justicia, Dr. Lozano, en ocasión de emitir su voto en el precedente “Taranco” (conf. Expte. N° 9540/13, sentencia del 22/04/2014), expresé que las medidas precautorias contempladas en la Ley de Protección Integral a las mujeres tienen por objeto resguardar a la mujer víctima de violencia, para lo cual no solo cabe tener en cuenta lo ya ocurrido, sino también el riesgo de lo que podría ocurrir; peligro este último que abarca el desarrollo de delitos como así también de los actos de violencia no captados por la legislación penal.

De ahí que, dentro del esquema de la Ley N° 26485, las medidas allí incorporadas sean susceptibles de ser emitidas aún en ausencia de pena e, incluso, de extenderse más allá del cumplimiento de la sanción o de la existencia de un proceso penal en trámite, dado que no persiguen asegurar el cumplimiento de la sentencia –conjurando riesgos que puedan tornarla imposible o infructuosa–, tal como ocurre con las cautelares o restrictivas convencionales.

Frente a este escenario, concluí en ambos casos que la duración de la medida de protección debe ser adecuada al fin que persigue, por lo que su vigencia no está necesariamente atada a la supervivencia de un proceso, pues puede ocurrir que la causa contravencional y/o penal

culmine –por diversas razones–, sin que cesen los motivos de urgencia que sustentaron la adopción de tal medida.

Asimismo, en otro orden complementario de ideas, señalé que no debía perderse de vista que el propio Código Procesal Penal local, de aplicación supletoria al proceso contravencional, establece la potestad de los magistrados de la CABA para disponer las medidas preventivas urgentes contempladas en el art. 26, incisos ‘a’ y ‘b’, de la Ley N° 26485 (conf. arts. 17 y 187 *in fine*); extremo que, sumado a lo antes expuesto, determinaba la competencia del juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas contendiente para tratar el pedido de medidas precautorias incoado por la mujer denunciante.

Tal solución fue propiciada en el dictamen de referencia al inicio (N° 69–2024, en Expte. TSJ N° 142954/2021–1), como así también –tal como adelanté–, en ocasión de emitir el dictamen FGA N° 178–2024 en el Expte. TSJ N° 188634/2021–1 “Romanelli”. En ambas causas, el Tribunal Superior de Justicia asignó el conocimiento del caso a los tribunales de la CABA, para lo cual se remitió a los argumentos desarrollados por el suscripto en los dictámenes aludidos (sentencias de fecha 28/08/2024).

RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE QUEJA

Avenimiento

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 51663/2019-2,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Norte de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado en
‘C. M., J. S. s/ 128, 1 párr. - Delitos atinentes
a la pornografía (producir/publicar
imágenes pornogr. con menores 18)’”

CABA, 30 de mayo de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Sr. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Eduardo Riggi.

II.

Entre los antecedentes relevantes del caso, corresponde señalar que se le imputa a C. M., J. S. el hecho ocurrido el día 4 de enero de 2019, entre las 01:40:09 y las 04:12:05 hora local. El mismo consistió en que a través del usuario de la plataforma Facebook Inc., denominado “Sebastián”, con correo electrónico asociado [...], URL [...], date of birth: 22-05-1990, contactó a la menor M. B., de 12 años de edad, con claros fines sexuales; en tales condiciones fue ganándose la confianza

de la niña y logró que finalmente ella le enviara seis (6) imágenes, siendo que en 5 (cinco) de ellas se visualiza a la niña exhibiendo sus pechos y partes genitales -identificadas como:

- a. 1sx1fwe8cp7osk8w49521102_385417032195286_1726475556188323840_o.jpg”;
- b. “elgusqpuhxcocg4k49603620_2276889385869136_8556382092735283200_o.jpg”;
- c. “58s12dsholooococ49439949_342095919713673_6008143936927825920_o.jpg”;
- d. “2q33si2sfo8ws08c49625892_280159619365239_8113768215185719296_o.jpg”
- e. “dhh7noa7degck44g49658102_623672794752867_5632697352113356800_o.jpg”.

En el archivo de imagen restante, cuyo nombre es “b6raywsxqpwk400449206478_527222131124450_1475952819642040320_o.jpg” se observaba a la niña utilizando ropa interior.

Conforme el decreto de determinación de los hechos, el delito imputado a C. M., J. S. fue calificado *prima facie* como contacto con una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual – *grooming*–, previsto en el art. 131 del CP.

Oportunamente el imputado reconoció en su declaración ante el MPF –art. 173 CPPCABA– ser el autor de los hechos que se le atribuyeron, tal y como fueron descriptos por la fiscalía de grado. En consecuencia, el imputado celebró con el Ministerio Público Fiscal un acuerdo de avenimiento, de conformidad con lo previsto en el actual art. 279 CPPCABA. Allí C. M., J. S. se allanó a la totalidad de la prueba incorporada al legajo y volvió a reconocer su participación como autor penalmente responsable del delito de previsto en el art. 131 del CP, en perjuicio de la menor. Por ello, se acordó la imposición de la pena de nueve (9) meses de prisión en suspenso, además de la obligación de asumir por el término de dos años diversas pautas de conducta, a saber: i) fijar residencia y someterse al cuidado del patronato de liberados; ii) concurrir a las citaciones que se le practiquen; iii) abstenerse de mantener todo tipo de relación y/o contacto personal, telefónico y/o a través de medios digitales con la niña víctima en autos; iv) someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia; v) realizar el taller dictado en forma remota por el

Grupo Buenos Ayres, Dispositivo “Programa de Prevención y Asistencia específica a varones condenados por Abuso Sexual a Niñas, Niños y Adolescentes”, a cargo de la Lic. María Eva Sanz, con una duración de un (1) año, con un arancel mensual de pesos setecientos (\$700); vi) la realización de cien (100) horas de trabajos comunitarios no remunerados, en un establecimiento de bien público; vii) el decomiso directo, en los términos del art. 23 CP, de los dispositivos que se utilizaron para la comisión de los hechos ilícitos aquí imputados.

Por su parte, el Sr. Juez de grado rechazó el acuerdo de avenimiento por entender que no se había reunido la prueba necesaria que permitiera sustentar la concurrencia de los elementos exigidos por la figura prevista en el art. 131 del CP. En su escueto decisorio, el magistrado sostuvo que “[...] no se aportó la conversación mantenida entre el imputado y la víctima que acredite de manera precisa las circunstancias de tiempo y modo en que sucedió el hecho, y la intención indubitada del incuso de lesionar la integridad sexual de la niña [...]”. No obstante, indicó que consideraba verosímil la hipótesis del MPF en tanto se hallaron fotografías de la menor en poder del encausado –en las que se la observa a la niña exhibiendo sus genitales con fines predominantemente sexuales–, pero que estas no alcanzaban para fundar una condena en orden al delito en cuestión, pues no permitían conocer cuál fue la acción concreta realizada.

Contra este fallo, la fiscalía de grado interpuso recurso de apelación, que fue oportunamente mantenido por la Fiscalía de Cámara. Sin embargo, el planteo de la acusación pública no tuvo acogida favorable, ya que la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero confirmó lo resuelto por el juez de primera instancia.

Para sustentar tal decisión, el Dr. Delgado afirmó en su voto que “[...] el magistrado de primera instancia acertadamente consideró que no se verificaba en autos el grado de precisión exigido con respecto a la descripción de la conducta que efectivamente habría desplegado el imputado en los términos del art. 131 del Código Penal ni tampoco las pruebas arrojadas por la fiscalía resultaban suficientes para acreditar cada uno de los extremos típicos de dicha figura [...]”.

Por su parte, en el voto del Dr. Franza, al que adhiere el Dr. Bosch, también se hizo referencia a la presunta ausencia probatoria y se concluyó que “[...] el *a quo* no se ha inmiscuido en la función acusatoria,

sino que se ha expedido sobre el rechazo del acuerdo, dentro de las facultades que le otorga la normativa aplicable al caso, por entender que no se había reunido prueba capaz de fundar la concurrencia de la totalidad de los elementos exigidos por la figura imputada [...]”.

Esta decisión mereció la interposición, por parte del Dr. Riggi, de un recurso de inconstitucionalidad en el que afirmó que “[...] la interpretación que hizo la alzada resulta manifiestamente *contra legem* y arbitraria. De esa manera, la alzada comprometió seriamente diversos principios y garantías que rigen en el proceso local, a saber: debido proceso legal, derecho de defensa, sistema acusatorio y autonomía de este MPF, en contra de los intereses del titular de la acción penal y vulnerando la imparcialidad del juzgador, el interés superior del niño, el derecho del niño a recibir una tutela judicial efectiva por parte del Estado, la dignidad humana, el principio de igualdad ante la ley, la posibilidad de promover la actuación de la justicia en defensa de sus intereses y los de la sociedad, el principio de supremacía constitucional y la inobservancia de disposiciones convencionales que conforman nuestro derecho constitucional (arts. 16, 31 y 75, inc. 22 CN; arts. 13.3, 39, 81.2, 106, 124 y 125 CCABA; arts. 8.1, 11.1, 19, 24 y 25 CADH; y 3.1, 4, 19 y 34 CDN; arts. 3 y 26 del PIDCyP; arts. 26 y 27 CVDT), todo lo cual torna necesario el tratamiento del presente planteamiento por parte del Excmo. TSJ a fin de remediar la grave situación generada ...”.

Oportunamente, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, declaró inadmisibile el remedio constitucional local, auto que motivó el recurso de queja por el que aquí se corre vista.

III.

Respecto de los requisitos de admisibilidad de la vía directa intentada, corresponde señalar que resulta formalmente procedente. En efecto, el recurso de queja fue presentado en tiempo oportuno, por la parte legitimada y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Respecto del requisito de impugnabilidad relativo al carácter definitivo de la sentencia atacada, si bien en la decisión que denegó la vía de excepción local se afirmó que no se había cumplimentado este recaudo formal, ya que claramente la decisión del juez de grado y su confirmatoria de Cámara no ponen fin al proceso, no caben dudas de

que este es un caso en el que corresponde la equiparación a definitiva del pronunciamiento recurrido.

Más allá del empleo, por parte de la Alzada, de argumentación absolutamente dogmática para sustentar el rechazo de la instancia de excepción, cierto es que el criterio mayoritario actual del TSJ también ha obstaculizado la apertura de la instancia en casos similares al presente. Así, V.E. ha sostenido que “... El recurrente no explica suficientemente por qué el rechazo del acuerdo tendría las consecuencias lesivas que le adjudica, dado que ello solo expresa la decisión judicial de no dictar una sentencia condenatoria en función de lo solicitado en el procedimiento consensual ...” –del voto de los Dres. Otamendi, De Langhe y Ruiz en “Expte. N° QTS 83487/2021-4 “Contreras Trujillo, Jhon Jak s/ Queja por Recurso de Inconstitucionalidad Denegado en ‘Contreras Trujillo, Jhon Jak s/ 14, 1° párr. - Tenencia de estupefacientes y otros’”, rta. 8 de marzo de 2023–.

Independientemente de no coincidir con esta postura, las particulares circunstancias de los hechos investigados y los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, cuyo incumplimiento puede acarrear asimismo la responsabilidad tanto del Estado argentino como del Estado local, imponen necesariamente, en este caso, admitir la equiparación del decisorio a una sentencia definitiva.

La aplicación del instituto de avenimiento que fuera rechazado, ocurre en el marco de un proceso en el que la víctima era una niña que tenía 12 años al momento de los hechos, inducida por un hombre mayor a enviarle fotografías de sus pechos y partes genitales. Es cierto que la decisión cuestionada no impide la posibilidad de arribar a una condena de todas formas por las vías conclusivas normales del proceso; sin embargo, las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia merituadas por el Ministerio Público Fiscal para la aplicación del instituto del avenimiento, se condicen obviamente con el interés superior de la niña contenido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Tal como lo manifestó el Dr. Riggi en su recurso de inconstitucionalidad “... en casos como el de autos, donde se trata de resguardar tal interés, concierne a los jueces encauzar el adecuado trámite de la causa, dando preponderancia a evitar la posibilidad de que se frustren los derechos de la menor víctima, –en especial el derecho a no ser explotado o abusado sexualmente–, en un proceso que permita arribar a

una sentencia definitiva que dé la debida certeza sobre los hechos y la responsabilidad penal que por su cometido corresponda delimitar...”.

Lograr celeridad, eficacia en la investigación y castigo oportuno de los responsables de los hechos que tienen como víctima a una menor, tiende necesariamente a mitigar los niveles de vulnerabilidad y revictimización de la niña. Por el contrario, arrogarse facultades que los jueces no poseen, exigiendo además la realización de medidas probatorias innecesarias en orden a la acreditación del hecho y su encuadre en el tipo penal reprochado –en las circunstancias de autos–, genera, precisamente, mayor vulnerabilidad y altísimos grados de revictimización.

El art. 7.b. de la “Convención de Belém do Pará” impone a los Estados parte el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. A su vez, la Ley Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes –Ley N° 26061–, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, establece la obligación de velar por el interés superior de las niñas, niños y adolescentes –art. 3– y el derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral –art. 9–.

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido respecto de las niñas y las adolescentes, el derecho a una protección especial, adaptada y reforzada, debido precisamente a su condición de personas en etapa de desarrollo y crecimiento, más aún respecto de la situación estructural de violencia y discriminación que enfrentan las mujeres en la región. Los Estados asumen una posición de garante que implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido orientadas a proteger especialmente a los niños, niñas y las adolescentes con un mayor cuidado y responsabilidad de acuerdo al principio del interés superior del niño, adoptando una mayor diligencia en todo su actuar. En este sentido “... en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, se desprende la obligación para los Estados Miembros de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de los niños, removiendo para ello todos los obstáculos, y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos [...] –ver Compilación de principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discrimina-

ción contra mujeres, niñas y adolescentes”– Anexo 1, –Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233, 14 noviembre 2019, Original: inglés, págs. 46, 47 y ss.–.

Bajo estos criterios y a la luz de la protección del interés superior de la niña, es claro que el perjuicio que genera la decisión adoptada obliga a sostener la necesaria equiparación a definitiva del fallo. Piénsese que la propuesta efectuada por el juez de grado y la alzada no hacen más que actualizar, una y otra vez, las consecuencias de los hechos vividos por la niña M.B.

Ello determina que el fallo, más allá de no poner fin al proceso, pueda ser considerado equiparable a tal, de acuerdo a los estándares desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues los perjuicios, en caso de adoptar una postura diversa, se tornarían de imposible o muy difícil subsanación ulterior –cfr. CSJN Reynal, Alejandro s/ Incidente de Recurso Extraordinario CFP 001875/2009/15/1/1/RH005, rta. el 28/1/2021; y Fallos: 344:2629; 344:2573; 341:1570 entre muchos otros–.

Más aun, el criterio cuestionado por el Sr. Fiscal de Cámara no solo se vincula con la posibilidad de aplicar o no una vía conclusiva anticipada del proceso, sino que además los argumentos brindados tanto en la decisión de grado como en su confirmatoria ante la Alzada, resultan conculcatorios de garantías constitucionales, tal y como lo expuso el Dr. Riggi en su recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, contrariamente también a lo esbozado por la Sala III en su decisión denegatoria de la instancia, también se ha logrado introducir verdaderas cuestiones constitucionales habilitantes de la vía de excepción local.

IV.

a. Sorteados los recaudos de admisibilidad que permiten habilitar la vía de excepción, entiendo que le asiste razón al Sr. Fiscal respecto de los agravios planteados en el recurso de excepción que su queja vino a defender.

Así, coincido con el Dr. Riggi en cuanto a que la decisión atacada ha realizado una interpretación *contra legem* del art. 278 –actual art. 279 del CPPCABA– afectando el principio de legalidad, como así también irremediablemente el sistema acusatorio que rige en el ámbito de la

Ciudad y las facultades otorgadas constitucionalmente al MPF –arts. 18 de la CN y 13.3, 81.2, 124 y 125 de la CCABA–.

Conforme lo dispone el art. 279 del CPPCABA, el juez debe, luego de efectuada la audiencia de conocimiento “... homologar el acuerdo o rechazarlo y disponer que continúe el proceso, por auto, si considerase que la conformidad del/la imputado/a no fue voluntaria”. Por cierto, esto no importa excluir la potestad de los jueces respecto del control de legalidad del acuerdo arribado; sin embargo, ello no implica que estén facultados a exigir que se agote la totalidad de la prueba para el dictado de sentencia, o que se requiera prueba sobre circunstancias que el tipo penal imputado no exige. Precisamente, el proceso abreviado implica prescindir de ciertas medidas probatorias, ante la asunción de responsabilidad por parte del imputado; si así no lo fuera y se requiriera un agotamiento de la tarea de investigación de los casos a los efectos de reunir toda prueba posible respecto del hecho ilícito, el avenimiento como medida alternativa a la realización de la audiencia de juicio oral y de finalización del proceso, carecería absolutamente de sentido.

De tal manera, aquello que los jueces deben corroborar no sólo es la libre voluntad del imputado al consentir el acuerdo, sino también aspectos vinculados a la legalidad del acuerdo arribado, como, por ejemplo, que la pena solicitada sea legal.

b. En contraposición con todo esto, el Sr. Juez de grado para rechazar el acuerdo de avenimiento, interpretó que restaban medidas probatorias tendientes a acreditar “... la intención indubitada del incurso de lesionar la integridad sexual de la niña ...”. Por supuesto, ello lo sostuvo contando en el legajo con las fotografías que fueran enviadas por la menor y luego de que el imputado aceptara libremente la existencia del hecho, su autoría y la calificación legal adoptada.

El fallo confirmatorio incluso va más allá. El Dr. Delgado reafirmo “... A mayor abundamiento y a todo evento, la confesión del imputado, que en el caso no ha sido pormenorizada –dado que no informó cuál habría sido su objetivo al contactarla, ni qué delito contra su integridad sexual se habría propuesto perpetrar– en modo alguno acredita la materialidad de un hecho que no ha sido precisado en este aspecto, ni tampoco consta suficientemente, por pruebas independientes de sus dichos, conforme fuera precisado más arriba ...”.

Es decir que, en el particular criterio tanto del Dr. Viña como del Dr. Delgado, la circunstancia de que una niña de 12 años remita fotografías en las que se la observa desnuda a un desconocido mayor de edad –que se las requiere a la madrugada–; quien además, por si quedara alguna duda, admite haber realizado el hecho, no acredita la finalidad de atentar contra la integridad sexual de la víctima.

Ciertamente, ofende a la lógica más elemental dudar respecto de la motivación que tuvo C. M., J. S. al contactar a la menor M.B. ¿Qué connotación diferente podría otorgarse a la tenencia, por parte de un desconocido, de cinco imágenes de la menor mostrando sus genitales y pechos, y una más posando en ropa interior?

Pero los magistrados se aventuraron más aún: el especial elemento subjetivo del tipo contenido en el art. 131 del CP, no exige que se identifique cuál es el delito contra la integridad sexual que se “habría propuesto perpetrar” el victimario, sino que simplemente basta con acreditar que se tenga esa intención. Vale volver a recordar, por si no bastaran las circunstancias del caso para advertirlo, que esa intención fue reconocida por el imputado al acordar el avenimiento.

Pues entonces, se advierte de manera manifiesta que los magistrados de las instancias que precedieron a esta, dudan respecto de hechos que resultan a todas luces evidentes; exigen elementos que no requiere el tipo penal imputado y, además, se arrogan facultades que la ley no les otorga –art. 279 del CPPCABA; art. 13.3, 106, 124 y 125 de la CNCABA–.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires explícitamente adopta el modelo acusatorio para su sistema procesal, principio que guía efectivamente la codificación penal de la Ciudad. Así lo ha afirmado también reiteradamente V.E., en cuanto a que, como consecuencia de lo normado en los arts. 13.3, 106, 124 y 125 de la Carta Magna de la Ciudad, “rige en el ámbito local el sistema acusatorio, como así también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad” –cfr. TSJ, Expte. N° 10019/13 “García Olalla” rta. 30/4/2014; más recientemente TSJ, Expte. N° QTS 17733/2019-O, rta. 6/10/2021; TSJ, Expte. N° QTS 17733/2019-O, rta. 3/12/2021, entre muchísimas otras.

En un proceso así estructurado “... forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida

separación entre juez y acusación ...” –cfr. Ferrajolli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid 1995, pág. 563–. Así, el programa constitucional previsto para los procesos penales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se contrapone con lo realizado en la instancia de grado y en su confirmatoria de alzada.

Como mencioné en el apartado IV.a. del presente dictamen, no se trata de cercenar las facultades jurisdiccionales de los jueces sino, por el contrario, que ellas estén en consonancia con el marco constitucional y legal fijado. En este campo los jueces pueden homologar el acuerdo, pueden también no homologarlo si es que detectaron defectos en la forma en la que se brindó el consentimiento o incluso rechazarlo si es que el mismo tiene defectos de legalidad. También pueden optar por una calificación legal o una pena más favorable para el imputado.

Pero lo que no pueden hacer sin conculcar irremediabilmente las facultades otorgadas al Ministerio Público Fiscal y al sistema rector de los procesos penales que se desarrollan en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires es exigir la producción de prueba sobre hechos ya acreditados y reconocidos por el imputado y sobre circunstancias que el tipo penal atribuido no requiere.

c. Para comprender cuáles son los alcances del concepto de sentencia arbitraria, Genaro Carrió señaló que su utilización por parte de la Corte tiene una función descalificadora; arbitrario, no es un término descriptivo sino valorativo. Así, entre los casos en los que el Máximo Tribunal aplica ese calificativo se encuentran aquellos que afectan a los fundamentos de la decisión en su premisa mayor, por ejemplo, casos como el presente, en los que los jueces al dictar su sentencia se arrogan el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico –cfr. Carrió Genario R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ta. Edición, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires 1994, págs. 294 y ss.–.

El bloque constitucional, convencional y el art. 279 del CPPCABA, son el marco sobre el que se establece qué es lo que pueden realizar y qué es lo que les está vedado a los jueces al momento de homologar o rechazar un avenimiento. Ese límite ha sido sobrepasado con creces.

En esa dirección, en causa tramitada ante V.E., los Dres. Conde y Lozano se explayaron respecto de las facultades de los jueces ante un acuerdo de avenimiento: “... las condiciones en que está previsto el

avénimiento, lo convierte en una especie de juicio simplificado en el cual rige como presupuesto que las partes están de acuerdo respecto de los hechos. En consecuencia, el juez no puede exigir que se pruebe aquello que las partes entienden inconducente probar porque no lo controvierten, a menos que estimase viciada o insuficiente la voluntad del imputado. Ello, sin embargo, no convierte en mero espectador al juez, a quien la norma habilita a variar la calificación legal del hecho, concretando la regla según la cual no se encuentra vinculado por las invocaciones normativas que realizan las partes (*iura novit curia*) ...” –el destacado me pertenece–; –conf. Expte. N° 10356/13, “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara de la Unidad Sur de la CABA– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en legajo de juicio en autos ‘Rodríguez de Sosa, Carlos Alberto s/ Infr. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP (p/L 2303)’”, rta. 23 de diciembre de 2014–.

La separación de la función de acusación y la de juzgar, no solo se expresa en el plano teórico del principio acusatorio, sino que es una exigencia del programa constitucional concebido por el constituyente local. Las disposiciones de los arts. 13.3, 124 y 125 de la CCABA adquieren operatividad en una multiplicidad de normas procesales que incluyen, entre otros, la facultad del fiscal de disponer de la acción penal –art. 212, inc. e del CPPCABA y art. 55.5 del CP–, o acordar salidas alternativas del proceso como el avenimiento –art. 279 del CPPCABA–.

Qué caso se llevarán a juicio, con qué pruebas y bajo qué calificación legal importa una evaluación de oportunidad, mérito y conveniencia que compete a los fiscales realizar y no a quien tiene la misión de juzgar los hechos. Aquí es donde el exceso de los jueces de grado y Cámara subvierte los roles que constitucionalmente fueron asignados a las partes del proceso penal.

Frente al gravísimo apartamiento constitucional de las instancias precedentes, comparto las expresiones del Dr. Riggi vertidas en su recurso de inconstitucionalidad, en cuanto a que “... la trascendencia institucional que implica la exigencia de determinados elementos de prueba para tener por acreditada una conducta, que no exige el código procesal cuando ya se cuenta con prueba suficiente (la confesión del imputado y las fotos que le enviara la menor) y tampoco el tipo penal en cuestión, sin una fundamentación mínima

exhibe un conflicto de características excepcionales que exige del Excmo. TSJ una decisión que deje en claro ante las víctimas, la sociedad, las diversas autoridades de la Ciudad y los actores del Poder Judicial CABA las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, siempre en miras del objetivo constitucional de afianzar la justicia ...”.

Así, como se adelantara, contrariamente a lo postulado por la Cámara de Apelaciones del fuero, entiendo que la parte recurrente ha impugnado un fallo equiparable en sus consecuencias a una sentencia definitiva e introducido correctamente un caso constitucional habilitante de esta vía de excepción, por lo que, conforme las consideraciones precedentes, corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que esta vino a defender.

V.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de queja interpuesto y, asimismo, al recurso de excepción local interpuesto oportunamente por el Dr. Eduardo Javier Riggi que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 144-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Como expresión del sistema acusatorio, el legislador local reguló el instituto del avenimiento en el actual artículo 279 del Código Procesal Penal como una alternativa a la realización del debate oral para resolver el conflicto que subyace a todo proceso penal cuando a criterio del Ministerio Público Fiscal –titular de la acción– pueda arribarse a una mejor solución para las partes. El acuerdo al que llegan las partes –que debe versar sobre la pena y las costas– debe contener, además de los requisitos del requerimiento de juicio, la conformidad

expresa del imputado con asistencia de su defensor, lo que comporta el reconocimiento de la existencia del hecho reprochado y su participación en él, así como su anuencia en cuanto a la calificación legal escogida y la pena solicitada.

En lo que respecta a las facultades del juez frente a la presentación de un acuerdo de esta especie, la parte final del artículo 279 del CPP-CABA establece:

El/la Juez/a citará al/la imputado/a a una audiencia de conocimiento personal, lo/la interrogará sobre sus circunstancias personales y sobre si comprende los alcances del acuerdo. Luego deberá homologar el acuerdo o rechazarlo y disponer que continúe el proceso, por auto, si considerase que la conformidad del/la imputado/a no fue voluntaria. La homologación podrá adoptar una calificación legal o una pena más favorable al/la imputado/a y tendrá todos los efectos de la sentencia definitiva.

Surge entonces de la norma citada y de la postura que emerge del dictamen transcripto que, ante la celebración por las partes del proceso penal del convenio previsto en el art. 279 del CPP, el juez competente puede: 1) homologarlo, y consecuentemente condenar al imputado y mantener la calificación legal y la pena acordada; 2) homologarlo, aunque adopte otra calificación jurídica o imponga una pena más favorable para el imputado; 3) rechazarlo, si advirtiere que la conformidad del imputado no fue voluntaria. Se ha admitido también, como una cuarta posibilidad, que el juez rechace el convenio por presentar defectos de legalidad; esto es, por ejemplo, cuando este recae sobre aspectos que la ley no prevé o que no admiten negociación entre las partes (*v. gr.* si se acordare la modalidad de cumplimiento de la pena pautada).

Resulta claro que cualquier actuación jurisdiccional por fuera de estos supuestos comporta un apartamiento de la ley sin justificación alguna, que altera las facultades que el Código Procesal local y la Constitución de esta Ciudad reconocen al Ministerio Público Fiscal, en función del sistema acusatorio que estructura el procesal penal en este ámbito geográfico.

En efecto, la titularidad de la acción pública asignada al órgano acusador en el marco de un proceso de tipo acusatorio y en el que rige el principio de oportunidad –como el Código Procesal Penal de la CABA– lleva implícitamente la discrecionalidad en el ejercicio de sus

funciones, pues no podría concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre la continuidad o no del proceso, lo que lógicamente incluye el acuerdo de salidas alternativas a la realización del juicio común como el avenimiento.

En el caso referenciado al inicio, la Cámara confirmó el rechazo del avenimiento decidido por el juez de grado, sobre la base de que no se había reunido prueba suficiente para sustentar la concurrencia de los elementos exigidos en la figura penal endilgada al imputado.

Dicha decisión, además de lesionar el principio de legalidad por apartarse arbitrariamente de la normativa aplicable al caso, significó un indebido exceso jurisdiccional (CCABA, art. 106), que subvirtió los roles que constitucionalmente fueron asignados a las partes en el proceso penal. Por un lado, los jueces no pueden exigir que se pruebe aquello que las partes entienden inconducente demostrar porque no lo controvierten; por otro, en cuanto que el proceso abreviado implica prescindir de la realización del debate, por lo que la exigencia de reunir toda la prueba posible respecto del hecho ilícito tornaría inoperante el instituto en cuestión.

Por los motivos expuestos, quien suscribe postuló la descalificación de la resolución recurrida, en cuanto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa.

La postura desarrollada fue reiterada en otros supuestos en el cual los jueces de la causa rechazaron el acuerdo de avenimiento presentado por la fiscalía y el imputado –con asistencia de su defensor– al discrepar con el encuadre jurídico asignado a los hechos, dado que consideraron que procedía una calificación legal y una pena más gravosa que la acordada (conf. Dictámenes FGA N° 14–2022, emitido con fecha 07/02/2022 en el marco del Expte. TSJ N° 12849/2020–1, “Domínguez, Raúl Ariel”; y Dictamen N° 213–2022, emitido con fecha 27/05/2022 en el marco del Expte. TSJ N° 83487/2021–4, “Contreras Trujillo, Jhon Jak”).

Principalmente, en tales ocasiones, se explicó que la ley procesal –que rige el instituto del avenimiento– no autoriza al órgano jurisdiccional a disponer una pena mayor a la acordada, ni tampoco a corregir la supuesta lenidad adjudicada al MPF.

En efecto, del texto del artículo 279 del CPPCABA no surge que los jueces estén habilitados a no homologar los acuerdos de avenimiento por contener una pretensión punitiva que a su criterio resulte insuficiente. Si existiera tal posibilidad, ello chocaría de bruces con el sistema acusatorio cuya observancia garantiza la Constitución de la CABA, dado que implicaría una sustitución de la voluntad del fiscal en el ejercicio de la acción penal.

En todos los precedentes citados, el Tribunal Superior resolvió por mayoría –compuesta por el voto conjuntos de los jueces Marcela De Langhe, Alicia E. C. Ruiz y Santiago Otamendi– rechazar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, para lo cual sostuvo que la decisión de la Cámara impugnada no reunía el carácter de “sentencia definitiva” exigido en el art. 27 de la Ley N° 402, ni tampoco era asimilable a tal (según el orden en que fueron citados los expedientes, sentencias de fecha 13/03/2024, 14/12/2022 y 08/03/2023).

En disidencia, los magistrados Luis Francisco Lozano y e Inés M. Weinberg postularon hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y mandar a que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con los lineamientos expuestos en sus respectivos votos.

Estimo prudente recordar lo señalado por el Dr. Lozano en ocasión de emitir su voto en el Expte TSJ N° 51663/2019–2, respecto de los motivos de agravio invocados por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional y, además, con los que manifestó coincidencia. Así, previo señalar que asistía razón a la fiscalía por cuanto la lectura propiciada por la Cámara era inconsistente con el texto del actual artículo 279 del CPP, el magistrado expresó acerca de las facultades jurisdiccionales frente a la presentación de un acuerdo de avenimiento:

... incumbe al juez establecer la adecuada formación de la voluntad del imputado que celebra el avenimiento. En este sentido, es el custodio de que lo suscribe con comprensión y libertad plenas. Pero, apreciar [...] si la prueba rendida al tiempo en que le es presentado el acuerdo basta para tenerla por acreditada, está fuera de su alcance. Es curioso que esta apreciación –que parece beneficiar al imputado– se convierta en el caso en un motivo para imponerle correr un mayor riesgo. Tampoco incumbe al juez asumir que, puesto o colocado en la perspectiva

del fiscal, optaría por instar una condena más gravosa. Su análisis se reduce a establecer, como dije, que la voluntad del imputado ha quedado debidamente formada y exteriorizada y que la pena consentida no sobrepasa la que, en su criterio, corresponde a la conducta juzgada a la luz de ese consentimiento precisamente. En suma, lo resuelto importa un exceso en el ejercicio de su jurisdicción.¹¹

11. TSJ, Expte. N° 51663/2019-2, cit.

Constitucionalidad del reenvío (art. 299 del CPPCABA)

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 80402/2021-4
“Ministerio Público. Defensoría General
de la CABA s/ queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en O., C. A.
s/ 149 bis amenazas”

CABA, 4 de septiembre de 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar respecto del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, que oportunamente fuera deducido por las Dras. Marcela Laura Millán y Laura Gigena de Haar, Defensora General y Defensora General Adjunta en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente, en ejercicio conjunto de la defensa de C. A. O.

II.

Conforme el requerimiento de juicio efectuado por el Ministerio Público Fiscal, se le imputaron a C. A. O. los siguientes hechos: “Hecho 1: Entre las 23:00 horas del 5 de febrero de 2021 y las 03:30 de la madrugada aproximadamente, del 6 del mismo mes y año, [C. A. O.] se comunicó desde el abonado N° [1100000000] en reiteradas ocasiones con [M. C. S.] a su teléfono N° [1100000000], exigiendo encontrarse

para dialogar luego de haber finalizado la relación de pareja que mantenían. Finalmente, en el último de los llamados desde el abonado N° [1100000000] al abonado N° [1100000000] a las 3:27 horas le manifestó: “che puta hija de puta, te voy a matar cuando me veas en tu casa, te voy a prender fuego, la concha de tu madre, puta. tu hija se entregó conmigo, puta”. Luego, se dirigió al domicilio de la denunciante –sito en la calle [XX 0000], planta baja “1” de este medio, y mediante la utilización de un elemento ígneo capaz de generar llama libre (encendedor, fósforos o mecha de papel) inició un incendio. Así, a las 4.15 AM una vecina del edificio advirtió a la denunciante que desde su departamento estaba saliendo abundante cantidad de humo, debiendo acudir personal de bomberos para sofocar el foco ígneo que se había ocasionado y brindar asistencia médica al ex suegro de [S.] Sr. [J. C. B.] quien permanecía en el interior de la vivienda y fue trasladado al Hospital Durand por inhalación de monóxido de carbono.

Hecho 2: el ocurrido el 2 de marzo de 2023 entre las 20:00 y las 21:00 horas aproximadamente, en las inmediaciones de las calles Cochabamba y Combate de los Pozos, [C. A. O.] arrojó al suelo a su pareja [V. del C. T. V.], le golpeó la cabeza y le clavó un cuchillo tipo Tramontina, en el brazo izquierdo mientras le refería: “morite, te tendría que dar unos puntazos más”. A raíz del accionar de [O., T. V.] presentó lesiones de carácter leve en la región deltoidea del brazo izquierdo, una herida punzocortante con dos puntas aguzadas con restos hemáticos secos, un hematoma perilesional de 4x4 cm. aproximadamente. Asimismo, en muslo izquierdo, cara externa, presentaba múltiples y pequeños hematomas que forman una figura de 2x3 cm.

Hecho 3: el ocurrido el 4 de marzo de 2023, a las aproximadamente 12:45 horas, en la intersección de las calles Salta y Pavón de esta Ciudad, [C. A. O.] le propinó golpes en la cara a [V. del C. T. V.], provocando que ella cayera al suelo, momento en el cual, el nombrado tomó una varilla de hierro de aproximadamente 30 cm. de largo la cual se la esgrimió haciendo ademanes de intentar golpearla. Producto del accionar desplegado por el imputado, la damnificada presentó una edematización (hinchazón) en región de pómulo izquierdo (región malar) que se extendería a la zona preauricular, pero sin cambio de coloración en la piel”.

Estos sucesos fueron calificados como amenazas simples –149 bis CP–, incendio –art. 186 CP– y lesiones agravadas –art. 89 en función del art. 92 en su remisión al art. 80, incs. 1 y 11 del CP–.

Los días 4 y 5 de diciembre del 2023 se celebró el debate y el 7 de diciembre del mismo año, el titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 25 dictó sentencia, en la que decidió absolver a C. A. O. de todos los hechos que le fueron imputados en la causa.

Contra esta decisión, la señora fiscal de grado interpuso recurso de apelación y, cumplidas las vistas de rigor, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero dispuso, en lo que aquí interesa: “[...] ANULAR parcialmente la sentencia dictada por el titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 25, el 7 de diciembre de 2023 en cuanto dispuso “I. ABSOLVER A [C. A. O. (DNI XX)] de las demás condiciones obrantes en autos, por la primera parte del hecho I calificado como amenazas simples previsto en el art. 149 bis del CP. II. ABSOLVER POR DUDA A [C. A. O. (DNI XX)] de las demás condiciones obrantes en autos, respecto de la segunda parte del hecho I por el hecho calificado como constitutivo del delito de incendio y otros estragos, previsto en el art. 186 del CP”. II.– Ordenar la remisión de las actuaciones al JPCyF N° 25 a los efectos de que forme un nuevo legajo de juicio sin incluir ninguna de las actuaciones referidas al debate desarrollado ante ese tribunal ni los fundamentos de la presente resolución. Cumplido ello, disponga la remisión de dicho legajo a la Secretaría General de esta Cámara a los efectos de que, por su intermedio, se designe al/la Juez/a que siga en orden de turno al que dictó el fallo que habrá de intervenir en la realización de un nuevo debate exclusivamente por el tramo de los hechos vinculados a la anulación dispuesta en el punto I (artículo 299 del CPP CABA).”.

El Sr. Defensor de Cámara cuestionó esta sentencia mediante la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Allí, sostuvo que su impugnación exponía un verdadero caso constitucional pues, se encontraba controvertida la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En concreto, señaló que la decisión recurrida conculcaría la garantía de prohibición de doble juzgamiento –*ne bis in ídem*– (13.9 CCBA, 8.4, CADH; 9 CADH y 14.7, PIDCyP y 15, PIDCyP); el derecho al debido proceso legal, oralidad e inmediatez (arts.

18 y 75, inc. 22 CN; 13.3 CCABA; 26 DADDH; 11.1 DUDH; 8.5 CADH y 14.1 PIDCyP); y el derecho al “doble conforme” (arts. 13.3 CCABA; 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP –75 inc. 22 CN). Asimismo, sostuvo que la sentencia sería arbitraria.

Oportunamente, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, resolvió rechazar el recurso de inconstitucionalidad, auto que motivó el recurso de queja por el que aquí se corre vista.

III.

a. Respecto de los requisitos de admisibilidad de la vía directa intentada, corresponde señalar que el recurso de queja fue presentado en tiempo oportuno, por una parte que se encontraba legitimada a tal efecto y, además, contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

b. En cuanto al requisito que impone que el recurso de excepción se dirija contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, más allá de la postura expuesta por la Sra. Fiscal de Cámara en oportunidad de expedirse respecto de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local, entiendo que el mismo ha sido cumplido.

Como se verá en los párrafos siguientes, si bien considero que la decisión de la Alzada en modo alguno conculcó garantías de raigambre constitucional, lo cierto es que el planteo de la recurrente se dirige contra el reenvío dispuesto por esa decisión y, en ese sentido, debe ser considerada como equiparable a una sentencia definitiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, de manera reiterada, que un decisorio es equiparable a sentencia definitiva cuando ocasiona un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior –Conf. CSJN Fallos 332:2487; 332:1759; 332:479, este último conforme el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–. En el caso de autos el recurso se dirige, precisamente, a cuestionar lo que se considera como un nuevo juzgamiento dispuesto por la Cámara, a través del reenvío, ello independientemente de la eventual decisión que recaiga en este último y sus posibles vías recursivas. Es por ello que el agravio así planteado resulta para la recurrente de imposible subsanación ulterior, pues posponer su tratamiento equivaldría a obligar al imputado y su defensa a transitar una etapa del

proceso, a lo que precisamente se resiste sobre la base de la invocación de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento.

c. Por otra parte, contrariamente a lo postulado en la decisión denegatoria de la instancia de excepción, considero que la recurrente sí ha logrado exponer un caso constitucional que permite habilitar la vía que pretende. Más allá de las consideraciones que efectuaré en el apartado siguiente de este dictamen, lo cierto es que la defensa propugna la declaración de inconstitucionalidad del art. 299 del CPPCABA, fundado en su supuesta contradicción con el principio constitucional del *non bis in idem* y conectándolo con el reenvío dispuesto en autos. Por todo ello entiendo que corresponde hacer lugar a la vía directa interpuesta.

IV.

a. Verificados los requisitos de admisibilidad, adelanto mi opinión en cuanto que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Tal como ya lo ha advertido la defensa, el tema no es novedoso respecto a los alcances que debe dársele a la garantía del *ne bis in idem* con relación al juicio de reenvío. Según su planteo, la anulación de la sentencia absolutoria motivada en defectos en la apreciación de los hechos, y su consecuente reenvío a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio, tendría por consecuencia la vulneración de dicha garantía constitucional.

El art. 299 del CPPCABA dispone que, frente a un recurso interpuesto contra una absolución dictada en primera instancia, la Cámara puede, si entiende que la sentencia recurrida se apartó de los hechos probados y el derecho aplicable, anularla y ordenar que se realice un nuevo debate. Solo podrá revocar la absolución y dictar una condena si la cuestión fuera de puro derecho –art. 300 del CPPCABA–.

El citado instituto del reenvío tampoco es novedoso en la legislación nacional. Solo por citar alguno de los casos, la legislación federal reconoce similar disposición a la contemplada en el art. 299 del CPPCABA sin que se conozcan decisiones jurisdiccionales de ninguna instancia en que se la haya tachado de inconstitucional.

En efecto, el art. 471 del Código Procesal Penal de la Nación –Ley N°23984– dispone que, si hubiera inobservancia de las normas procesales, la Cámara de Casación podrá anular lo actuado y remitir el proceso al tribunal que corresponda, para su substanciación. Esta norma

continúa en vigencia incluso luego de la reforma instaurada por Ley Nacional N° 27063, para todos los procesos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor y, también para aquellos iniciados con posterioridad, según lo dispuesto en la Ley de Implementación N° 27150.

Asimismo, existe una disposición similar en la Ley N° 48 que regula la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, en particular aquella que, por apelación le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, el art. 16 de la citada ley establece que “[c]uando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada”.

Este temperamento ha sido adoptado en innumerables ocasiones por el Máximo Tribunal, incluso –por supuesto– en casos de recursos articulados por el Ministerio Público Fiscal contra sentencias absolutorias, sin que se efectuare crítica constitucional a la disposición procesal que autoriza tal alternativa.

b. En cuanto al marco constitucional de la garantía del *non bis in idem*, tanto la Constitución Nacional como la Carta Magna de la CABA no contienen una disposición que en forma específica haga referencia al principio de que se trata, no obstante lo cual, la prohibición de doble persecución penal tiene raigambre constitucional pues resulta derivación de la garantía de defensa en juicio, incluida en la genérica garantía del debido proceso legal y de los derechos y garantías no enumerados –art. 33 y 18 de la CN–. Además, su jerarquía constitucional se impone por su expresa mención en distintos pactos internacionales incluidos en el art. 75 inc. 22 CN –respecto de la forma, contenido y extensión de la garantía convencionalmente delineada, se retomará más adelante en el presente dictamen–.

Por cierto, la garantía del *non bis in idem* fue reconocida reiteradamente por la CSJN en numerosos fallos –conf. Fallos, 248:232; 258:220; 272:180; 292:202; 308:84; 314:377 y 316:687, entre muchos otros–. Ahora bien, más allá de su estatus constitucional, los diversos precedentes de nuestro Máximo Tribunal no permiten establecer una posición clara en cuanto al alcance de la garantía, en función de diversas disposiciones procesales que regulan casos de reenvío.

En efecto, se ha dicho que no existe doctrina “que se encuentre firmemente asentada en la jurisprudencia de la Corte. Pocos meses antes del fallo “Polack”, en el caso “Alvarado” resuelto el 7 de mayo de 1998,

(Fallos 321:1173) había quedado fijado un criterio francamente contradictorio con aquél, al dejar sin efecto la Corte un fallo de apelación que, frente a nulidades atribuidas al trámite procesal, optaba por absolver al acusado. Es decir, en otras palabras, la Corte hizo lo que luego criticaría en el caso “Polack”: anular una absolución para dar nueva oportunidad a la persecución oficial. Ese mismo temperamento es el que se mantiene en otros tres casos posteriores que parecen ignorar por completo lo proclamado en “Polack”. Se trata de los casos “Acosta” de Fallos 323:929; “Bianchi” de Fallos 325:1404 y “Verbeke” de Fallos 326:1149 –cfr. El “*ne bis in idem*” en la jurisprudencia de la Corte Suprema (en busca de coherencia ¿juzgamientos múltiples o solo “uno?”), Trabajo incluido en el volumen “Garantías constitucionales en la investigación penal” compilado por Florencia Plazas y Luciano Hazan, ed. Del Puerto, 2006–.

Posteriormente, en los fallos “Lagos Rodas” –Fallos 330:4928–, “Gilio” –CSJ Exp G. 931. XLII. RHE–, “Sandoval” –Fallos 333:1687– y “Kang” –Fallos 334:1882–, la Corte pareciera virar su postura a posiciones más cercanas a lo resuelto en el precedente “Polack” en cuanto a la imposibilidad de realizar un nuevo juicio como consecuencia del recurso del acusador contra una sentencia absolutoria, por implicar una violación de la prohibición del *non bis in idem*. Sin embargo, según se verá, el concreto análisis de las circunstancias de tales casos permite afirmar la inexistencia de doctrina establecida por el Alto Tribunal en cuanto a la extensión que corresponde otorgar a la garantía en función de los expresos términos de las convenciones que la consagran –conf. Javier De Luca en “Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate” (comentario al fallo “Kang” de la Corte Suprema), publicado en AA.VV., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), N°13, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 186.

Con relación al caso “Lagos Rodas”, la Corte dejó sin efecto la decisión de la Cámara de Casación Penal de la Nación que resolvió, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en su recurso, y anuló la sentencia absolutoria, a la vez que dispuso el reenvío de la causa a otro Tribunal Oral para la realización de un nuevo debate y, consecuentemente, el dictado de un nuevo pronunciamiento. Allí el Alto Tribunal cuestionó la decisión de Casación por cuanto

omitió pronunciarse sobre el agravio planteado en tiempo y forma por la defensa, vinculado con la violación del *non bis in idem*, omisión que impidió a la Corte ejercer su competencia apelada y pronunciarse sobre la cuestión federal involucrada.

Luego de producido el reenvío y dictado nuevo fallo, el caso volvió a la Corte Suprema por recurso deducido por la defensa, y fue declarado inadmisibles por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo que no hubo un pronunciamiento sobre el punto que importara establecer doctrina alguna respecto de la viabilidad de la anulación y reenvío, provocados por el recurso de la parte acusadora y la posible afectación de la prohibición del *non bis in idem*.

En el caso “Gilio” la Cámara Segunda en lo Criminal de la III Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro condenó a Juan Gilio a la pena de nueve años de prisión por ser autor culpable del delito de promoción a la corrupción agravada por la edad de la víctima. Esta sentencia, y el debate precedente, fue anulada por el Superior Tribunal de la provincia a raíz del recurso interpuesto por la defensa, disponiéndose la realización de un nuevo juicio. Reeditado el debate oral el fiscal no acusó, lo que se declaró válido y en función de ello se dispuso la absolución. No obstante, cumpliendo instrucciones del Procurador, el Fiscal actuante recurrió, remedio que no fue concedido y que dio lugar a la queja ante el TSJ provincial que resolvió declarar la nulidad de la sentencia que absolvió y del debate precedente, porque los magistrados no advirtieron que el dictamen emitido por el fiscal en la audiencia de debate era nulo por falta de fundamentación. De tal modo, la sentencia del TSJ provincial, so pretexto de la invalidez de un dictamen del fiscal que condujo a la absolución, privilegió su discrepancia con la definición del caso, para dejar sin efecto etapas legalmente cumplidas del proceso.

La defensa acudió a la Corte Suprema que, más allá de las particularidades de los antecedentes del caso –se dejó sin efecto un fallo por recurso fiscal contra una sentencia dictada en los términos solicitados por el Ministerio Público, esto es, la absolución del imputado–, en modo alguno descalificó la decisión del Tribunal Superior provincial de disponer el reenvío sobre la base de la prohibición del *non bis in idem* –solo los Dres. Highton, Petracchi y Argibay remiten al caso “Polack”–, sino que se limitó a poner en evidencia la arbitrariedad de la decisión

de declarar la nulidad de un fallo absolutorio, por sustentarse en un dictamen que se reputó inválido, pero que en rigor de verdad carecía de vicios nulificantes.

De acuerdo con lo expuesto, la decisión adoptada por el Alto Tribunal en modo alguno importó establecer doctrina respecto de la viabilidad de la anulación y reenvío, provocados por el recurso de la parte acusadora y la posible afectación de la prohibición del *non bis in idem*.

En el caso “Sandoval” el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, por vía de un recurso de la parte querellante –el fiscal no formuló acusación–, resolvió anular parcialmente la sentencia y el correspondiente debate solo con relación al enjuiciado David Andrés Sandoval, quien había sido absuelto del delito de homicidio agravado por ensañamiento –tres víctimas– (art. 80, inciso 2, del Código Penal); ordenando el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con distinta integración, dicte un nuevo pronunciamiento, habida cuenta de las contradicciones que el tribunal de juicio advirtió entre los peritajes efectuados en punto a la determinación de un aspecto fundamental del caso –la presencia del imputado en el lugar del hecho y en oportunidad de él–, señalándose que no debió inclinarse por la utilización de reglas procesales vinculadas con la salvaguarda del estado de inocencia sino que debió realizar un estudio crítico de cada una de las pruebas y que además debió disponer un último peritaje a efectos de zanjar la cuestión –medida que no fue solicitada por las partes–.

Llevado a cabo el nuevo juicio, se dispuso la condena a cadena perpetua, sentencia contra la que se interpuso recurso de casación –que fue rechazado–, y luego recurso extraordinario con sustento en que el segundo juicio desarrollado en contra del imputado vulneró la garantía constitucional que veda la múltiple persecución penal –art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional–.

En tales circunstancias, la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada, mandando a dictar nuevo pronunciamiento, pero con la particularidad, respecto a la conformación de la mayoría, de que solamente en tres votos –Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi– se sostuvo que la cuestión planteada con relación al *ne bis in idem* resultaba ser sustancialmente análoga a la examinada

en Fallos 321:1173 –disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en c. Alvarado–, Fallos 329:1447 –considerando 17 del voto del juez Petracchi, en disidencia c/ Olmos–, habiéndose arribado a la mayoría necesaria mediante el voto del Dr. Zaffaroni, quien propició idéntica solución –procedencia de la impugnación, revocación de la sentencia y reenvío para el dictado de un nuevo fallo–, pero sobre la base del sentido inculminante que asumió la decisión de dejar sin efecto una sentencia absolutoria para disponer la realización de un nuevo peritaje, temperamento que tildó de atentatorio del sistema acusatorio –propio de la etapa de debate–, relegatorio del principio constitucional del favor *rei* y de su corolario *in dubio pro reo* y lesivo del principio de igualdad y de la división de poderes.

Como consecuencia de lo dicho y de acuerdo a los concretos argumentos utilizados por los magistrados intervinientes para arribar en los casos citados a la solución adoptada, puede sostenerse que el Máximo Tribunal no ha establecido una doctrina concreta respecto de la viabilidad de la anulación y reenvío provocados por el recurso de la parte acusadora y la posible afectación que tal temperamento podría conllevar respecto de la prohibición del *non bis in idem*.

Esta garantía también ha sido motivo de análisis por la Corte en el caso “Kang” –Fallos 334:1882, rta. el 27 de diciembre de 2011–. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal tomó intervención como consecuencia de lo resuelto por la Corte en su primera intervención en la causa; allí el Máximo Tribunal había indicado que la Sala III de la CNCP omitió tratar el planteo de violación al principio del *non bis in idem* introducido por la defensa, por lo que dejó sin efecto el fallo impugnado y dispuso el reenvío para que se dictara nuevo fallo. En ese estado, la Sala I hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, frente a lo cual el MPF recurrió ante la Corte Suprema.

Al arribar nuevamente el caso a la Corte, ésta desestimó el recurso extraordinario con sustento en que el impugnante no refutó “el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo”; afirmó también que nada dijo “en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razo-

nable”. A este último aspecto se le otorgó una particular significación atento la pretensión de que “se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía había considerado necesaria la realización de una instrucción suplementaria”, en función de lo cual, más allá de remitirse a lo decidido en Sandoval –ello solamente en los votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi– se entendió que el recurso intentado carecía de fundamentación suficiente.

Este pronunciamiento del Máximo Tribunal tampoco permite establecer una línea jurisprudencial clara. Si estamos a los concretos argumentos utilizados por los magistrados con cuyos votos se formó la mayoría –Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay–, no cabe sostener que se haya establecido una doctrina respecto de la viabilidad de la anulación y reenvío, provocados por el recurso de la parte acusadora y la posible afectación de la prohibición del *non bis in idem*. En tanto el Dr. Maqueda se limitó a señalar “[Q]ue el recurso interpuesto no satisface el requisito del art. 15 de la ley 48, en cuanto carece de fundamentación suficiente”, la Dra. Argibay solo afirmó “Que el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”. Por otra parte, los Dres. Highton y Zaffaroni compartieron los argumentos vertidos en el dictamen del Procurador General, que propugnó que se declare procedente el recurso extraordinario y se deje sin efecto la sentencia apelada.

Sin perjuicio de lo señalado, no puede dejar de mencionarse que, en la misma fecha en la que la Corte dictó sentencia en el precedente “Gilio”, lo hizo en el caso “Luzarreta” –Expte. L.328.XLIII–, en el cual los magistrados Highton, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay admitieron el reenvío para la realización de un nuevo juicio no obstante tratarse de un recurso articulado por la parte acusadora.

Por otra parte, en lo que se refiere a la actual integración de la Corte Suprema, la posibilidad de reenvío no ha sido descartada.

En efecto, el Máximo Tribunal se expidió en el caso “Kirchner, Carlos Santiago” – Fallos 345:440–, ocasión en que recordó que las garantías constitucionales de la cosa juzgada y del *ne bis in idem* se encuentran íntimamente relacionadas, a la vez que se afirmó que la garantía de la cosa juzgada se ha basado en dos fundamentos: “lograr

la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal” y conformar “uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica” –cfr. cons. 17 y 19; en igual sentido ver “Videla” en Fallos: 326:2805, y Fallos: 308:84; 315:2680; entre otros–.

Esta relación entre la prohibición de doble juzgamiento y la cosa juzgada expresada por la Corte, se condice con la forma en la que la garantía se encuentra receptada en el bloque convencional con rai-gambre constitucional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[e]l inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que “[n]adie 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” –arts. 8.4 CADH y 14.7 del PIDCyP; ambos destacados me pertenecen–.

Al igual que nuestro Máximo Tribunal, la Corte IDH entendió en el “Caso Mohamed Vs. Argentina” que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada –Cfr. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255. 125–.

Asimismo, la Corte IDH afirmó en el caso “J. Vs. Perú”, que a los fines de configurar una violación del artículo 8.4 de la Convención Americana debe concurrir: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio –cfr. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275 262–.

De lo expresado se desprende que, la solución ofrecida por el art. 299 del CPPCABA, cuya constitucionalidad fue cuestionada por la defensa, resulta compatible con la garantía convencional que prohíbe el doble enjuiciamiento, toda vez que mientras la decisión no adquiera firmeza el imputado continuará ante el mismo riesgo procesal inicial (continuing jeopardy) y no ante a un nuevo riesgo que permita darle operatividad a la garantía de *ne bis in idem* (*double jeopardy*).

En similares términos, se expidió acertadamente en su voto el Dr. Ignacio Mahiques –al que adhirieron la Dra. Larocca y el Dr. Franza–.

Para fundar el reenvío del caso, el Sr. Juez de Cámara refirió que “No desconozco la discusión que gira en torno a la cuestión sobre la presunta afectación a la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple por un mismo hecho (*ne bis in idem*), tal como lo planteó el señor defensor ante esta instancia. Al respecto, comparto la idea según la cual ‘...no parece que por aplicación del *ne bis in idem* toda sentencia absolutoria sea irrecurrible, pues dicho principio impide la persecución penal en causas sucesivas, pero en modo alguno el doble grado de conocimiento dentro de un proceso único [La sentencia..., p. 323, en igual sentido, dictamen del procurador general en “Garrafa”...]... Tampoco en el fallo “Arce” la Corte Suprema vio obstáculo alguno, pues si bien niega que a su respecto el recurso funcione como garantía, dejó constancia que ‘sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho’ (consid. 7)... ” 29 y que “... la posición que afirma que los fiscales no deben contar con potestad para recurrir sentencias absolutorias no es adecuada en sí misma ni por las consecuencias a que da lugar, pues deberían mantenerse inclusive aquellas que fueran obtenidas mediante la comisión de delitos o errores materiales groseros, sino también porque existe un derecho a recurrir de la querella reconocido por la Corte Suprema con fundamento en disposiciones de derecho constitucional (arts. 18; 8 y 25, CADH)... **mientras no existe sentencia firme, su revocación y la consecuente reapertura y repetición del debate siempre fue considerada la reedición de una etapa del mismo proceso y no la realización de uno nuevo y un distinto sometimiento a proceso por el mismo hecho.** Por otra parte, deberían declararse inconstitucionales las normas de todos los códigos procesales que permiten recurso contra las absoluciones, pues si no es posible un reenvío todos los recursos deberían declararse inválidos salvo los de la defensa, lo que resulta extraño si se observa que la Corte todos los días trata recursos que vienen cuestionando absoluciones y no los rechaza con el argumento de la violación del *ne bis in idem*...” –con citas de De Langhe, Marcela– Ocampo, Martín (Dirección), Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo II, 2ª ed. pág. 386, Buenos Aires, Hammurabi, Nov. 2023; las negritas pertenecen al original del voto–.

c. Tampoco la defensa ha logrado demostrar que lo decidido vulnera la garantía del doble conforme –arts. 13.3 CCABA; 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP –75 inc. 22 CN–, más allá de que no logra explicar el carácter irreparable del agravio que invoca al respecto.

Tal y como se viene exponiendo, el fallo nulificado por la Cámara de Apelaciones impone la realización de un nuevo juicio frente al que la defensa contará con todos y cada uno de los recursos si ella lo estima necesario. Así, la parte impugnante no ha logrado explicar en su recurso, de qué manera se la estaría privando de instancia revisora pues todas las facultades de impugnación se encuentran vigentes, de modo tal que, por un lado, le darían oportunidad procesal para atender tempestivamente al agravio –de allí el incumplimiento del requisito relativo al carácter definitivo de la sentencia apelada–, y por otro, eventualmente en el marco de la nueva vía recursiva podría hallar debido resguardo la garantía invocada, lo que haría desaparecer la pretendida vulneración de la garantía –dejando sin sustento el supuesto caso constitucional–.

Por otra parte, tal como lo señaló la Sala III de la Cámara del fuero, la realización de un nuevo juicio tampoco podría afectar la imparcialidad del juzgador. En este punto, resulta correcto lo señalado por los magistrados de la Cámara en cuanto a que la imparcialidad del nuevo juzgador se encuentra en autos debidamente resguardada como consecuencia de lo dispuesto en el punto II de la sentencia criticada, esto es, la decisión de devolver el caso al juzgado de origen, para la conformación de un nuevo legajo de juicio que no incluya las piezas procesales del debate y aquellos actos o resoluciones que integraron la vía recursiva posterior.

d. Finalmente en cuanto a la alegada arbitrariedad de la sentencia, tampoco la defensa ha logrado demostrar vicio alguno que permita incluir a la decisión cuestionada dentro de dicha categoría.

A lo largo de las más de cien páginas, el voto elaborado por el Dr. Ignacio Mahiques, hizo mérito suficiente de las diferentes posturas de las partes, valorándolas y exponiendo los diversos argumentos por los que correspondía anular parcialmente el fallo de grado. Basta repasar los términos del extenso fallo para constatar que, su resultante, es producto de la derivación razonada del derecho vigente de estricta aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa –Fallos 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909 entre otros–. Lo mismo,

como se destacó anteriormente, con relación a los argumentos en los que funda el reenvío.

En este sentido, vale recordar que el máximo Tribunal ha dicho, reiteradamente, que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional –conf. Fallos 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros–, criterio de indudable aplicación respecto de la intervención del Tribunal Superior que aquí se pretende habilitar.

e. Todo cuanto se viene reseñando demuestra que no ha existido, como lo pretende la defensa, cuestión constitucional alguna que habilite la vía de excepción local. Los diferentes precedentes de la CSJN, la Corte IDH y las concretas disposiciones legales existentes –del derecho convencional– imponen que la extensión que corresponde dar a la garantía del *non bis in idem* es aquella que se encuentra consagrada en los instrumentos internacionales que la prevén, por lo que resulta operativa a partir de la existencia de una sentencia firme.

Es, en virtud de ello, que carece de sustento cuestionar la constitucionalidad del art. 299 del CPPCABA, a raíz del ejercicio de la facultad impugnativa del Ministerio Público Fiscal –por cierto, no controvertida– contra una sentencia arbitraria, aspecto por el que le corresponde velar, de acuerdo con el expreso mandato constitucional y de acuerdo con las leyes reglamentarias de las cláusulas constitucionales respectivas.

V.

En cuanto a la exigencia de depósito contemplada en el art. 34 de la Ley N° 402, no surge del presente legajo constancias de la iniciación de la solicitud del beneficio de litigar sin gastos en favor de O.C.A., motivo por el cual entiendo que debería certificarse la existencia de dicho incidente y la decisión adoptada para que, en caso de rechazarse la vía directa intentada –tal y como aquí se postula–, se proceda a cursar la intimación correspondiente para su total integración.

VI.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de queja deducido por las Dras. Marcela Laura Millán y Laura Gigena de Haar, Defensora General y Defensora General Adjunta en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y rechazar por los argumentos expuestos, el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.
Dictamen N° 261-2024.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

El Código Procesal Penal de la CABA le otorga a la Cámara de Casación y Apelaciones, en el marco de revisión de una sentencia –aquella que se adopta luego de la sustanciación del debate oral–, la facultad de anular el fallo y el reenvío a la instancia de origen para la realización de un nuevo debate, en el caso de apartamiento de los hechos probados, como asimismo frente a la inobservancia de normas procesales; solución legal que ha suscitado algunas controversias como la que a continuación habré de analizar.

Tal como surge del dictamen transcripto, la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero dispuso la anulación parcial de la sentencia absolutoria dictada en la instancia anterior, únicamente por el primer hecho atribuido al imputado –de los tres que conformaron la acusación en el debate– subsumido en los delitos de amenazas simples e incendio y otros estragos, sobre la base de considerar que mediaron defectos en la apreciación de los hechos. En consecuencia, el tribunal de alzada ordenó la remisión de las actuaciones al juzgado de origen para que, previo formar un nuevo legajo de juicio, disponga su remisión a la Secretaría General de la Cámara, a fin de que se designe el juez que debiera intervenir en la realización de un nuevo juicio –exclusivamente por hecho vinculado a la anulación decidida–.

Esta resolución fue cuestionada por la defensa del acusado, que invocó que el reenvío decidido –y la consecuente celebración de un nuevo debate– vulneraba la garantía constitucional que prohíbe el doble juzgamiento; razón por la cual planteó la inconstitucionalidad del artículo 299 del Código Procesal Penal –titulado “Cuestiones de hecho”– que establece:

... al resolver sobre un recurso interpuesto contra una sentencia, el Tribunal podrá confirmar la absolución, pero si el/la imputado/a hubiera sido absuelto en el juicio la Cámara no podrá dictar una sentencia condenatoria motivada en una diferente apreciación de los hechos. [...] *Si el Tribunal entendiera que la sentencia recurrida se apartó de los hechos probados y el derecho aplicable, anulará el fallo y ordenará que se realice un nuevo debate. En tal caso remitirá las actuaciones al/la Juez/a que siga en orden de turno al que dictó el fallo*” (el destacado me pertenece).

En definitiva, la cuestión a tratar en el caso –y sobre la que se adoptó una postura– se circunscribía a la determinación del alcance que debía otorgársele a la garantía del *non bis in idem* con relación al juicio de reenvío dispuesto a partir del recurso deducido por la parte acusadora –en ejercicio de una facultad impugnativa que en ningún momento fue controvertida por la defensa del imputado–.

Sobre tal aspecto, la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional sostuvo la constitucionalidad del artículo 299 del CPP, en cuanto no avasalló cláusula constitucional alguna y, consecuentemente, la validez de la solución –de reenvío– alcanzada por la Cámara.

En esta dirección, a modo de introducción, la postura asentada en el dictamen señaló que el instituto de reenvío objetado no constituye una novedad en la legislación nacional, dado que similares disposiciones a la del artículo 299 del CPP se hallan contempladas tanto en el Código Procesal de la Nación (art. 471) como en la Ley N° 48 de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales (art. 16), sin que se conozcan decisiones jurisdiccionales que las hubieren tildado de inconstitucional.

Asimismo, en lo que respecta al marco constitucional de la garantía del *non bis in idem* –sobre cuya supuesta lesión se erigió el planteo de la defensa–, se recordó que tanto la Constitución Nacional como la Constitución de la CABA adolecen de una disposición que en forma expresa haga referencia al principio en trato. No obstante, la prohibición de la doble persecución penal tiene rango constitucional, en cuanto resulta

una derivación de la garantía de defensa en juicio, incluida a su vez en la genérica garantía del debido proceso legal (art. 18 de la CN), además de que tradicionalmente se la ha reconocido como una de las garantías no enumeradas en el artículo 33 (conf. CSJN Fallos: 248:232; 298:736; 300:1273; 302:210, 326:2805, voto de los jueces Fayt y López).

Al mismo tiempo, la jerarquía constitucional del principio en cuestión se impone por su expresa mención en algunos de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna (estos son, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Aclarado ello, el Derecho Constitucional que se refiere a la prohibición de la doble persecución penal ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos casos (conf. Fallos: 248:232; 272:188; 292:202; 314:377 y 316:687, entre otros). Sin embargo, más allá de su reconocido orden superior, los diversos precedentes del Alto Tribunal Federal no permiten establecer una posición clara en cuanto a la extensión de dicha garantía, en función de las diversas disposiciones procesales que regulan los casos de reenvío.

Así, un repaso histórico sobre los casos más resonantes de la Corte Suprema en torno a dicha cuestión (“Polak”, Fallos: 321:2826; “Lagos Rodas”, Fallos: 330:4928; “Gilio”, Fallos: expte. 6.931 XLII rta. 16/11/2009; “Sandoval”, Fallos: 333:1687; “Kang”, Fallos: 334:1882; “Alvarado”, Fallos: 321:1173; “Acosta”, Fallos: 323:929; “Bianchi”, Fallos: 325:1404; “Verbeke”, Fallos: 326:1149; y “Kirchner” (Fallos: 345:440) permite afirmar que, de acuerdo con las consideraciones allí efectuadas –sobre las que me explayé en el dictamen transcripto–, el Alto Tribunal no ha establecido una doctrina concreta acerca de la viabilidad de la anulación y del reenvío provocados por el recurso de la parte acusadora, y la posible afectación que tal temperamento podría conllevar respecto del principio *non bis in idem*.

Sin perjuicio de ello, creo fundamental destacar que en el último de los precedentes citados –caso “Kirchner”– el Máximo Tribunal Nacional no descartó la posibilidad de la solución del reenvío. En efecto, en el voto conjunto de los ministros Rosatti, Rosenkrantz, Maqueda y Lorenzetti, expresó que las garantías constitucionales de la cosa juzgada y del *ne bis in idem* se encuentran íntimamente relacionadas, a la vez que recordó que la primera de ellas se basa en dos fundamentos:

“lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal” y conformar “uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica”.

Esta estrecha vinculación entre la prohibición del doble juzgamiento y la cosa juzgada expresada por la Corte encuentra su correlato con la forma en que el principio *non bis in idem* está receptado en el bloque convencional con raigambre constitucional, dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[e]l inculpado absuelto por una **sentencia firme** no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé 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” (art. 14.7) (los destacados me pertenecen).

En concordancia con tales consideraciones se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que determinó que la garantía consagrada en el art. 8.4 de la CADH se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (conf. caso “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23/11/2012).

Un año más tarde, la Corte IDH volvió a expedirse sobre el tema con motivo del caso “J. vs. Perú”; oportunidad en la cual afirmó que, para que se configure una violación del art. 8.4 de la CADH, deben concurrir tres extremos: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una **sentencia firme**, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio (el destacado me pertenece, sentencia del 27/11/2013).

En suma, de lo hasta aquí expresado surge que la solución ofrecida por el artículo 299 del CPP resulta compatible con la garantía convencional que prohíbe el doble enjuiciamiento, pues mientras la decisión no adquiera firmeza, el imputado continúa ante el mismo riesgo procesal inicial (*continuing jeopardy*) y no ante un nuevo riesgo que permita darle operatividad al principio del *non bis in idem* (*double jeopardy*).

El recurso interpuesto por la defensa del acusado en la causa comentada (Expte. N° 80402/2021-4 “O., C.A.”), que dio lugar al dictamen del suscripto en el sentido indicado, aún se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

Desobediencia a la orden de la propia detención

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 18041/2020-O,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Sur de la CABA s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en ‘R., A. A.
s/ 239 - Resistencia o desobediencia
a la autoridad’”

CABA, 28 de septiembre de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el presente caso a esta Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional a efectos de dictaminar respecto de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesta por el Dr. Walter Fernández, Titular de la Fiscalía de Cámara Sur de esta Ciudad.

II.

Entre los antecedentes de interés cabe señalar que, oportunamente, el Señor Fiscal interviniente requirió la realización del juicio en relación con el hecho que habría ocurrido el día 12 de marzo de 2019, a las 00:20 horas aproximadamente, en circunstancias en las que A. A. R. se encontraba circulando a bordo de una motocicleta color negra, sin chapa patente y sin casco reglamentario, realizando una maniobra peligrosa, tanto para él como para terceros. En tales

circunstancias, personal policial que se encontraba recorriendo la jurisdicción colocó balizas lumínicas y sirena, a fin de que R. se detenga, pero este no las acató y cruzó el semáforo en rojo en la intersección de la Av. Alcorta y Zavaleta, dándose a la fuga a alta velocidad con dirección hacia la villa Zavaleta, produciéndose una persecución que concluyó cuando R. perdió el control del rodado en Av. Alcorta entre Monteagudo y Pasaje Setenta, cayéndose al piso e intentando darse a la fuga a pie al interior de la villa de mención, lo que fue impedido por el personal policial que logró su detención.

Corrido que fue el correspondiente traslado a la defensa, opuso excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad de la conducta atribuida a R.; luego de celebrarse la audiencia legalmente prevista, con fecha 28 de agosto de 2019, la Titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 21 resolvió hacer lugar a la excepción articulada y, en consecuencia, sobreseer al imputado A. A. R. en orden al delito que le fuera imputado.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación el Sr. Fiscal interviniente, el que fue mantenido por el Sr. Fiscal de Cámara, quien solicitó expresamente la realización de la audiencia prevista en el art. 283 del Código Procesal Penal, a los efectos de desarrollar los motivos de los agravios; no obstante, con fecha 4 de noviembre de 2019, sin mediar la realización de la audiencia solicitada, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió, por mayoría, confirmar la decisión impugnada y sobreseer al imputado R.

El Titular de la Fiscalía de Cámara Sur dedujo recurso de inconstitucionalidad, cuya declaración de inadmisibilidad –por auto del 20 de febrero de 2020–, motivo la queja por la que se corre vista.

III.

La queja es formalmente procedente, porque fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

En efecto, el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibile por considerar el *a quo* que el recurrente no presentó un caso constitucional hábil para abrir la vía de excepción, pero ello fue ade-

cuadamente refutado por el señor Fiscal de Cámara en la queja en estudio, a cuyos argumentos me remito en su totalidad.

En ese sentido, el caso constitucional se presenta por cuanto la actuación del órgano judicial involucrado no se limitó a la mera interpretación de normas infraconstitucionales sino que, por un lado, al prescindir de la realización de la audiencia legalmente prevista, violó la garantía de oralidad y el sistema acusatorio que rige en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 2 bis y 283 del Código Procesal Penal; y art. 13.3 de la Constitución de la CABA).

Por otra parte, los jueces intervinientes para disponer el cierre anticipado y definitivo del caso valoraron aspectos fácticos y probatorios reservados a los del tribunal de juicio, lo cual implicó un apartamiento de su rol y el desconocimiento del sistema procesal vigente, con obvia afectación del debido proceso legal y del diseño constitucional del proceso local y del sistema acusatorio (arts. 13.3 y 125 de la Constitución de la CABA; art. 18 de la Constitución Nacional).

Asimismo, se convalidó la exigencia de elementos no requeridos por el tipo penal, con directa afectación a los principios de legalidad y de división de poderes (previstos en los arts. 18 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), impidiendo la actividad persecutoria que, por mandato de la Ley Fundamental local (art. 125), compete al Ministerio Público Fiscal.

Todo ello tuvo lugar mediando un claro apartamiento de los magistrados a la ley, y en base a afirmaciones dogmáticas dieron un fundamento meramente aparente a la decisión adoptada, incurriendo en arbitrariedad, con la consecuente afectación del debido proceso legal (arts. 13.3 de la Constitución de la CABA, y art. 18 de la Constitución Nacional).

Entonces, corresponde que la queja sea atendida y se abra la instancia de excepción reclamada por la parte que represento.

IV.

Ateniéndome estrictamente a la cuestión sustancial sobre la procedencia del recurso de inconstitucionalidad deducido, debo expresar que resulta procedente por presentar un caso constitucional.

a. En primer término, y tal como lo sostiene el Fiscal de Cámara se violó la garantía procesal de oralidad y el sistema acusatorio que rigen

en el ámbito de la Ciudad, conforme el art. 13, inc. 3 de la Constitución local, al haberse omitido la celebración de la audiencia prevista en el art. 283 *in fine* del Código Procesal Penal.

En efecto, el sistema judicial es una consecuencia directa de los mandatos constitucionales y no puede ser dispuesto por los jueces sin generar consecuencia alguna. Y la palabra sistema no está usada banalmente, porque cuando se hace referencia a este aspecto del proceso hay que tener presente que el modo en que se lo implementa debe considerar todos sus aspectos, alcances y consecuencias.

En tal contexto, soslayar pasos procesales o modificar el modo de implementarlos, contra lo que expresamente establece la ley procesal, implica asumir el riesgo de desnaturalizar el sistema y modificar sus expectativas. En efecto, cuando miramos el modo en que se regula el proceso en un ámbito inquisitivo, vemos claramente que se deja de lado a las personas físicas para ponerse el acento en la preponderancia de la ley por sobre los conflictos; al tiempo que, en un sistema oral, regido por los principios de intermediación y publicidad, se privilegia el conflicto, la contradicción y fundamentalmente, mediante la división de funciones entre acusador y juez se garantiza un modo republicano de impartir justicia.

La cuestión no se limita a preferir la forma escrita por sobre la oral, o viceversa; cada forma tiene sus reglas.

Así, la Constitución de la Ciudad, en el citado art. 13, inc. 3, demanda como garantía los principios acusatorios, de intermediación y publicidad. Es decir, que el procedimiento debe regirse por la oralidad, donde lo contrario –la escritura– debe ser excepcional. Por su parte, el artículo 2 bis del Código Procesal Penal receptó tal principio expresamente.

En el caso que nos ocupa, la Cámara de Apelaciones decidió no celebrar la audiencia prevista en la ley procesal, cercenando de ese modo la posibilidad para que el representante de este Ministerio Público Fiscal –quien en forma expresa la había solicitado– desarrollara los fundamentos de los agravios que sustentaron el recurso de apelación interpuesto por el fiscal de instancia anterior.

Es decir que, el temperamento de la Cámara de Apelaciones contradice abiertamente la disposición legal que, en la alternativa procesal por la que atravesaba el caso, imponía la celebración de una audiencia para

escuchar a las partes –art. 283 del Código Procesal Penal–, pero además implicó hacer caso omiso del pedido concreto efectuado en tal sentido, cercenando uno de los pasos procesales legalmente previsto con apartamiento de la ley, lo que obviamente conlleva una indudable afectación de las garantías constitucionales invocadas por el impugnante.

Para justificar ese temperamento, el Dr. Franza sostuvo dogmáticamente que “no corresponde la celebración de audiencia a tenor de los art. 283 y ss. del CPPCABA, ello en tanto la resolución puesta en crisis no es la sentencia definitiva de la causa”, y solo el Dr. Delgado puso de manifiesto su postura coincidente con la del Fiscal de Cámara en cuanto a que “la cuestión aquí planteada puede poner fin al proceso y, por ello, es equiparable a una sentencia definitiva. En virtud de ello no se debería resolver sin celebrar la audiencia que prescribe el art. 283 del CPPCABA”, postura que, según señaló, no era compartida.

Sin embargo, ninguna alusión se realizó respecto del punto en el voto de la Dra. Marum, a lo que debe señalarse que la afirmación efectuada en el voto del Dr. Franza se aparta de la actual letra del Código Procesal Penal –según Ley CABA N° 6020–, que claramente establece que “Si el recurso de apelación se hubiera deducido contra una sentencia definitiva o auto equiparable [el resaltado me pertenece] se fijará una audiencia dentro de los quince (15) días de restituidas las actuaciones”.

Por ello, cree esta parte que la Cámara de Apelaciones se hallaba obligada legalmente a la celebración de la audiencia –que además había sido especialmente solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal–, no obstante lo cual, le imprimió de hecho al legajo un trámite contrario a lo previsto concretamente por la ley aplicable.

Pero, además, la Sala al emitir su pronunciamiento, omitió expresarse válidamente respecto del punto, no obstante que se trataba de una cuestión trascendental planteada, lo que carece de justificación alguna.

Entonces, no estamos ante un simple disenso con la valoración de reglas infraconstitucionales, sino ante una decisión judicial grave y trascendente, porque altera el sistema vigente y desplaza con ello claros mandatos constitucionales.

En consecuencia, se acreditó que la decisión adoptada implicó un apartamiento respecto del modelo de sistema procesal adoptado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, lo que demuestra que estamos ante un caso constitucional, por directa afectación a la

oralidad y al principio acusatorio, consagrándose de este modo la posibilidad de encontrarnos ante una decisión arbitraria, como se verá a continuación.

Y no versa el caso sobre un supuesto de rigorismo formal excesivo que propicia “la aplicación de la ley por la ley misma” sino que, de modo contrario, no puede soslayarse el perjuicio real y concreto derivado del temperamento adoptado por la Cámara de Apelaciones, pues privó al Ministerio Público Fiscal de toda posibilidad de exponer y convencer al Tribunal sobre el propio criterio, lo que es la esencia del sistema procesal en vigencia y justifica numerosas disposiciones incluidas en el Código Procesal Penal que imponen la vista previa a las partes y/o la toma de decisiones jurisdiccionales en audiencia, en la que las partes emiten su opinión y contradicen mutuamente las diversas hipótesis del caso que cada una postula antes de que el órgano jurisdiccional resuelva las cuestiones planteadas.

Por lo demás, la omisión de celebrar la audiencia en las concretas circunstancias de autos, esto es, al haberse dispuesto el cierre definitivo del proceso sin dar oportunidad a desarrollar los argumentos del recurso, dejó al Ministerio Público Fiscal sin otra oportunidad procesal para hacerlo, máxime cuando además, no obstante el apartamiento de la ley y la arbitrariedad, se rechazó el recurso extraordinario intentado, obstaculizando la revisión de lo actuado en las particulares circunstancias ya analizadas.

Exigir la demostración de algún perjuicio adicional para convalidar en base a ello el trámite otorgado al legajo, implicaría desconocer la ley, socavar el derecho de defensa y el principio acusatorio, y, apartarse del sistema de garantías instaurado por la Constitución de la CABA y seguido por el modelo de código procesal establecido por el legislador local.

b. Con relación al segundo agravio, referido a la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia por la que se hizo lugar a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, el Sr. Fiscal de Cámara demostró que la decisión judicial adoptada importa también un apartamiento de la ley, pero en este punto de las disposiciones del Código Penal de la Nación.

En tal sentido, se sostuvo que la conducta atribuida a R. en el caso de autos no encuadra en el tipo penal de desobediencia tipificado en

el artículo 239 del Código Penal, al excluirse la acción de quien desobedece la orden de la propia detención en tanto no medie violencia, sin haberse desarrollado argumentos suficientes que alcancen a sustentar la conclusión a la que se arriba.

En efecto, en primer lugar debe señalarse que, para fundamentar su postura, el Dr. Delgado cita un precedente que exige fuerza o intimidación para la configuración del delito del art. 239 del Código Penal y afirma que “si la evasión no violenta de quien se encuentra legalmente detenido es atípica (cfr. art. 280 del Código Penal), no es posible continuar esta investigación en la que el Sr. A. A. R. habría desobedecido, sin violencia, la orden de detenerse, máxime cuando en el caso la misma provino de personal policial de incógnito que se desplazaba en un vehículo utilitario impropio para la actividad policial”.

El paralelo que, en tal sentido y para resolver el caso de autos, se pretende efectuar entre las conductas reprimidas por los arts. 280 y 239 del Código Penal carece de toda lógica, máxime cuando el texto legal vigente del último de dichos dispositivos legales ya no contiene la previsión de la salvedad de aquellos casos en que se trate de la “propia detención” que, a modo de excusa absolutoria, había incluido el legislador en otra época.

Su exclusión actual de la previsión legal ya de por sí constituye un parámetro concluyente que indica la voluntad del legislador en orden a la antijuridicidad de la conducta.

Por otra parte, no existe contradicción de parte del legislador de reprimir la fuga de quien se encuentra legalmente privado de libertad, solo en aquellos supuestos en que mediere violencia en las personas o fuerza en las cosas, y al mismo tiempo, sancionar la desobediencia a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones, prescindiendo de la utilización de tales medios comisivos.

Existen los más diversos tipos de órdenes, cientos de autoridades que, dentro de su ámbito de actuación y competencia, están habilitados a impartirlas y es posible imaginar muchos modos de desobedecerlas sin mediar violencia alguna –p.ej. la orden de un juez civil de restricción de contacto que el destinatario, debidamente notificado, incumple mediante un llamado telefónico–, de modo tal que “*ab initio*” carece de asidero considerar atípico todo supuesto de desobediencia

en que no mediere la utilización de violencia, por el solo hecho de comparar los tipos penales de los arts. 239 y 280 del Código Penal.

En particular, en el caso de autos no puede perderse de vista que se trató de la actuación de la policía de la ciudad en funciones de prevención en la vía pública y, frente a la posible constatación de múltiples infracciones de tránsito simultáneas –manejo imprudente, falta de casco y de chapa patente–, intervinieron intentando que el conductor detuviera la marcha del vehículo a los efectos de hacerlas cesar, más allá del eventual control que respecto del cumplimiento de las restantes normas atinentes a la circulación de los vehículos automotores les compete –cfr. artículo 6, artículo 7, incisos 4, 5, 6 y 10, y artículo 8, incisos 1, 2 y 6 de la Ley N° 5688 entre otras–.

La asimilación de la orden de interrupción de la marcha en la vía pública en tales circunstancias –cuya legitimidad no fue nunca puesta en dudas en este caso–, que solo tendría como consecuencia inmediata el simple labrado de un acta de comprobación de faltas o contravencional sin ningún riesgo real para la libertad física, con la “propia detención” –expresión que por otra parte no deriva de ningún dispositivo legal vigente–, o “con la fuga de quien se encuentra privado de libertad” –a la que alude el art. 280 del Código Penal–, no encuentra sustento lógico alguno.

Por lo demás, la aplicación al caso del criterio adoptado en sendas instancias concluiría en el absurdo de dotar a las fuerzas de seguridad y/u órganos de control del tránsito la facultad de librar una orden tendiente al cumplimiento de las facultades que se le otorgan –vinculadas con la seguridad pública–, pero simultáneamente decirle a la comunidad que la desobediencia a tales órdenes no traería aparejada consecuencia alguna, lo que importaría tanto como promover su no acatamiento.

Más allá de la suficiencia de los argumentos precedentemente desarrollados para demostrar la arbitrariedad de la postura adoptada en el fallo de la Cámara de Apelaciones, existe otro orden de consideraciones que también pone en evidencia los vicios del razonamiento utilizado en la sentencia impugnada.

En esa dirección, según se señaló, en el propio voto del Dr. Delgado se pretende justificar la conclusión a la que se arriba, mediante la referencia a que la orden “provino de personal policial de incógnito

que se desplazaba en un vehículo utilitario impropio para la actividad policial”, circunstancias de hecho que se vinculan con la acreditación acerca del conocimiento de parte del imputado de que la orden proviniera de una autoridad, extremo que, además de resultar propio de la etapa de debate, pone de manifiesto la autocontradicción de la decisión, en cuanto afirma el carácter manifiesto de la atipicidad.

Similar observación cabe efectuar en cuanto el Dr. Delgado afirmó que la ponderación del riesgo no permite subsumir la conducta imputada en la figura penal de desobediencia, en tanto se admite que ello es así “dadas las circunstancias del hecho”, es decir, de acuerdo con la reconstrucción de lo acontecido, lo que no puede sino provenir del material probatorio a producirse en el marco del debate oral.

Por su parte, la Dra. Marum, coincidió con la postura de la Sra. Magistrada de grado en cuanto a que la atipicidad surge manifiesta y “se verifica en el caso de autos, a partir del hecho descripto por el Sr. Fiscal”.

Sin embargo, a poco que se analizan las consideraciones efectuadas en el fallo de primera instancia, se advierte que consideró de “vital importancia” despejar toda duda respecto de la legitimidad de la actuación policial; seguidamente, puntualizó que de la descripción fáctica efectuada por el Fiscal, no se desprende que los efectivos policiales hayan emitido ninguna voz de “alto” dirigida al Sr. R., exigiendo “la certeza que se está frente a policías y que estos están impartiendo una orden”, y agregando que **“no surge evidencia alguna** [el resaltado me pertenece] que permita suponer que el Sr. R. haya tenido pleno conocimiento de la existencia de la orden de detener su marcha”.

Es decir, que la Jueza hizo hincapié en la no acreditación de la existencia de una orden y la necesidad de certeza en el destinatario de que ella fue impartida por la autoridad, circunstancias de hecho para cuya dilucidación resultaba necesaria la realización del debate y la producción de la prueba pertinente.

Las circunstancias señaladas ponen de manifiesto que en la sentencia impugnada los razonamientos efectuados para arribar a la conclusión estuvieron ligados, para su convalidación, a aspectos fácticos a acreditarse en la etapa de debate oral, por lo que la decisión adoptada en tales términos, importa un apartamiento del sistema procesal que rige a nivel local y evidencia que, entonces, la pretendida atipicidad de la conducta atribuida en el requerimiento de juicio no era clara, paten-

te o manifiesta como lo exigen las previsiones del artículo 195, inciso c) del Código Procesal Penal de esta ciudad.

Las particularidades del caso y las exigencias introducidas por los jueces de instancia antes que una resolución temprana por vía de excepción, determinaban la necesidad de ventilar las concretas circunstancias del hecho y discutir sus alcances en el debate oral, sobre la base de las pruebas producidas en él, para luego de ello arribar a una conclusión definitiva y debidamente fundamentada respecto de la posible concurrencia o no de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal en cuestión.

Al respecto, cabe destacar que en nuestro sistema procesal las constancias del legajo de investigación no son pruebas, pues las simples evidencias que de allí surjan solamente podrán ser valoradas por los jueces cuando se las incorpore a tal efecto en audiencias orales.

No obstante, los magistrados se apoyaron en las constancias de la causa –o en su pretendida ausencia– y de tal manera crearon un contexto para poder así apoyar su decisión temprana y anticipada, sin encontrarse acreditados los extremos invocados ya que ninguna prueba ha podido valorarse al no haber sido tales elementos incorporados válidamente por esta parte en su ámbito procesal adecuado, esto es, en la audiencia oral de debate y, en base a ello, decidieron hacer lugar a la excepción por atipicidad, sobreseyendo al imputado.

No puede pasarse por alto que la excepción sobre la cual giró la cuestión en estudio demanda que la atipicidad sea manifiesta (art. 195, inc. “c” del Código Procesal Penal) lo que no ocurre en este caso, donde la interpretación jurídica se construyó, fuera de la arbitraria construcción sobre la impunidad de la “propia detención”, sobre aspectos que deben probarse en el debate.

En tal sentido, le asiste razón al señor Fiscal de Cámara cuando expresa que los jueces se excedieron en su jurisdicción al resolver como lo hicieron, porque, para fundar la ausencia manifiesta de tipicidad, ingresaron a analizar cuestiones de hecho y prueba, desconociendo las reglas del debido proceso. En consecuencia, si el defecto de la pretensión no era manifiestamente atípico, entonces, la Sala carecía de la facultad legal para pronunciarse anticipadamente en el limitado marco de esa excepción y tenía que aguardar el resultado del debate oral.

En función de las consideraciones precedentes, no puede sino concluirse que el recurso de inconstitucionalidad articulado introdujo debidamente un caso constitucional.

Se ha demostrado que la postura asumida por los jueces de valorar aspectos fácticos y prescindir del debate oral evidencia un apartamiento de su rol y el desconocimiento del sistema procesal vigente, con clara afectación del debido proceso legal y del diseño constitucional del proceso local, al ampliarse la competencia que por ley les fue asignada a los jueces, en desmedro de la facultad constitucionalmente reconocida al Ministerio Público Fiscal, vulnerándose así el sistema acusatorio (arts. 13.3 y 125 de la Constitución de la CABA; art. 18 de la Constitución Nacional).

Por otra parte, se acreditó que, careciendo de sustento, se decidió incorporarle elementos comisivos a un tipo penal cuya redacción no los prevé, asumiendo entonces los jueces funciones que le son vedadas y que contrarían los principios constitucionales de legalidad y de división de poderes previstos en los art. 18 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

c. Finalmente, corresponde señalar que el análisis efectuado en los dos apartados precedentes puso de manifiesto que el decisorio impugnado carece de sustento legal, de adecuada justificación y por ende falta de un desarrollo argumental lógico, por lo que no cumple con la exigencia de debida fundamentación de los pronunciamientos jurisdiccionales, resultando por ello una sentencia arbitraria que afecta el debido proceso legal y la defensa en juicio, así como el principio de razonabilidad de los actos de gobierno, con clara afectación de los arts. 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 18 de la Constitución Nacional.

Ello, por sí solo torna de aplicación la doctrina de la arbitrariedad, que “...atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 312:246, 389, 608; 323:2196, entre otros)” –conf. cita efectuada por el Tribunal Superior en Expte. N° 13584/16, “Zelinscek, Jorge Alejandro”, sentencia del 22 de febrero de 2017–, extremos que, de acuerdo con todo lo expuesto precedentemente, sin duda concurren en el caso de autos.

IV.

En razón de las consideraciones precedentes, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, se deje sin efecto la resolución recurrida y se devuelvan las actuaciones a primera instancia, que

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.

Dictamen N° 78-2020

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

A través del dictamen transcripto, el Ministerio Público Fiscal pretendió principalmente dejar asentada su postura en cuanto a que desoír una orden de detención impartida por las fuerzas de seguridad aún sin emplear medios violentos configura el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Esta disposición establece que

... será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

En el caso destacado al inicio, así como en el que se mencionará a continuación, la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero había convalidado la tesis de la instancia de grado según la cual es atípica la conducta de quien desobedece la orden de la propia detención cuando no mediere violencia. Esta determinación se apoyó en un indebido paralelismo con el delito de evasión, reprimido en el 280 del Código Penal, que sanciona con pena de prisión a quien legalmente detenido se evadiere “hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas”.

De acuerdo con lo expresado por la mayoría de los integrantes de la Sala interviniente, si la evasión no violenta de quien se encontraba

legalmente detenido devenía atípica, también lo era la acción de desobedecer, sin violencia, la orden de detenerse. Una lectura opuesta comportaría, en su opinión, derogar la no punibilidad de la evasión sin violencia.

Ahora bien, no existe contradicción alguna en el legislador al sancionar, por un lado, la desobediencia a la orden impartida por un funcionario público sin hacer distinciones en torno a los medios comisivos empleados para incumplirla y, por el otro, reprimir solamente la evasión perpetrada con violencia o fuerza.

Así pues, más allá de que la asimilación efectuada por los jueces de mérito carece de toda lógica, el raciocinio evidenciado importó un apartamiento caprichoso del texto del artículo 239 del Código Penal, en cuanto exigió la concurrencia de elementos no requeridos en el tipo penal, con directa afectación a los principios de legalidad y de división de poderes. Esta última vulneración se debió a una extralimitación de la función jurisdiccional, pues los jueces se arrogaron facultades legislativas; sobre todo cuando la actual redacción de la norma ya no contiene, como lo hacía antes a modo de excusa absolutoria, la previsión de la salvedad de aquellos casos en los que se tratare de la “propia detención”.

La decisión del legislador nacional de excluir de la actual redacción de la norma la referida excusa absolutoria demuestra a todas luces su intención en orden a admitir la antijuridicidad a pesar de la ausencia de violencia y, simultáneamente, la voluntad de reprimir solamente la fuga de quien se evade a partir de ciertos medios comisivos –violencia en las personas o fuerza en las cosas–.

No menor resulta la magnitud del impacto de una decisión como la impugnada. En este sentido, la aplicación del criterio cuestionado podría conducir al absurdo de dotar a las fuerzas de seguridad de la potestad para librar órdenes vinculadas con el cumplimiento de las facultades que se le otorgan; pero, al mismo tiempo, podría transmitirle a la sociedad el mensaje de que su desobediencia no conlleva consecuencia alguna, lo que importaría tanto como promover su no acatamiento.

En el caso “Rivero”, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA –por mayoría– resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, al considerar que la fiscalía no había logrado plantear la configuración de un caso constitucional ni que lo recurrido sea descalificable por la doctrina de la arbitrariedad

–art. 27 y 33 de la Ley N° 402– (conf. TSJ, Expte. N° 18041/2020–O, sentencia del 16/06/2021).

Contra esta decisión, quien suscribe interpuso un recurso extraordinario federal cuyo rechazo por parte del Tribunal Superior de Justicia (por sentencia de fecha 27/10/2021) motivó la presentación de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que aún se encuentra pendiente de resolución.

La postura antes explicada fue reiterada por el suscripto a través del Dictamen FGA N°436–2022, emitido con fecha 22/12/2022 en el marco del expte. TSJ N° 7514/2021–1 “Bahamondez Jara, Luis Alfredo y otros”, en cuya ocasión el Tribunal Superior de Justicia de la CABA mantuvo su criterio anterior (sentencia de fecha 31/05/2023).

Desobediencia a medidas restrictivas

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 12260/2024-2 “Ministerio Público – Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en H., M. s/ 150 – Violación de domicilio”

CABA, 07 de febrero de 2025

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar respecto del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, que oportunamente fue deducido por el Dr. Eduardo Javier Riggi, Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

II.

Según surge del presente legajo se le ha reprochado a M. H. los siguientes hechos:

HECHO 1: El ocurrido el 3 de febrero de 2024, a las 5.50 horas aproximadamente, en circunstancias en que [V. S. L.] se encontraba durmiendo en el interior de su domicilio sito en Av. [XX N° 00, piso 0, departamento “X”] de esta Ciudad. En esa oportunidad, se hizo presente en el lugar [M. H.], quien ingresó al edificio luego de que el Sr. Luis Gabriel Pérez, empleado de seguridad del lugar que lo conocía porque el imputado concurría asiduamente allí, le franqueara el acceso.

“De este modo, una vez dentro del edificio, [H.] se dirigió al piso [O], específicamente al departamento de la Sra. [L.], y comenzó a patear fuertemente la puerta blindada de la entrada hasta que logró romper la cerradura e ingresar a la vivienda. Ello motivó que la víctima se levantara abruptamente de la cama, alarmada por los ruidos que provenían del interior de la residencia. Así, al aproximarse al pasillo de la residencia, la Sra. [L.] advirtió la presencia de [H.], momento en el cual el nombrado le manifestó “soy yo mi amor, soy yo” (SIC). De este modo, la Sra. [L.] le cuestionó al imputado “qué haces acá? como entraste?”, ante lo cual [H.] no solo le confesó “hice algo que no se hace, pero le pegué una patada a la puerta”, sino que además se dirigió hacia el dormitorio de la víctima a efectos de constatar si aquella se encontraba sola, en el marco de su conducta de control y manipulación hacia la Sra. [L.].

“En ese contexto, la víctima le exigió en forma insistente a [H.] que se retirara del domicilio, sin perjuicio de lo cual el nombrado ignoró dicho requerimiento, al manifestarle a la Sra. [L.] que quería conversar con ella. Sin embargo, a pesar de que la Sra. [L.] le advirtió que si no se retiraba de la residencia, llamaría a la policía, [H.] permaneció de todos modos en el lugar contra la voluntad de aquella.

“Incluso, el imputado persiguió a la Sra. [L.] por las instalaciones de la vivienda, en su intento de mantener una conversación con la nombrada, hasta que ésta le expresó dichos tales como “Bueno no te vas? voy a llamar a Á. para que él llame a la policía” (SIC).

“En consecuencia, la víctima se comunicó vía mensajes de “WhatsApp” desde su celular [11-0000-0000] con el empleado de seguridad del edificio, Á. E. B, al abonado 11-XXXX-XXXX, a quien le manifestó “[M.] se metió en mi casa. Patió la puerta. Quie[ro] que se vaya” (SIC) (a las 6:02 y 6:03 horas). Así fue como el Sr. Á. E. B luego de confirmar con la Sra. [L.] que era voluntad de aquella que [H.] se retirara, que éste no quería hacerlo y que le solicitaba colaboración con el llamado al *911, es que este se comunicó de manera inmediata con el sistema de emergencias y solicitó auxilio policial. Ello motivó la posterior intervención de la Comisaría Vecinal 14C en el lugar, oportunidad en la cual se efectivizó la detención en flagrancia del imputado [H.]”.

En el marco de la audiencia de intimación de los hechos, la fiscalía dispuso la soltura de H., bajo la imposición de las siguientes medidas restrictivas, en los términos del art. 186 del CPPCABA, por la duración de

todo el proceso penal: “1) Fijar domicilio en la calle [XX 00, P 0, Dto “X”], CABA; 2) Cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía y el Juzgado hicieran; 3) Prohibición de acercamiento a una distancia menor a 500 metros del lugar de los hechos, es la Av. [XX 00] de esta ciudad, 4) Prohibición de contacto por cualquier medio (personal, telefónico, por redes sociales, por interpósita persona, etc.) con la damnificada (...)”.

Por su parte, el imputado se comprometió a respetar las medidas y la defensa presto conformidad al respecto, por esa razón no se requirió convalidación judicial. Finalmente, se le informó a H. que el incumplimiento de las medidas impuestas acarrearía la comisión del delito de desobediencia del art. 239 CP.

HECHO 2: ocurrido el 5 de mayo de 2024, a las 13.24 horas, oportunidad en la que [M. H.] se comunicó desde su celular [11 0000-0000] a través de llamada de línea de número oculto con la Sra. [V. S. L.], a su abonado [11-0000-0000], quien se encontraba en el interior de su domicilio sito en Av. [XX 00, piso 0°], departamento “X” de esta Ciudad. En dicha ocasión, la Sra. [L.] atendió la llamada recibida, momento en el que [H.] le manifestó “Hola [S.]? ¿Soy Pincho sabes?” (sic). De este modo, al identificar que se trataba de una llamada del imputado, la Sra. [L.] cortó inmediatamente la comunicación. Ello, en violación de las medidas restrictivas impuestas a [H.] en la audiencia de intimación de los hechos celebrada ante la UFLAN el 3 de febrero de 2024, las cuales fueron impuestas por toda la duración del proceso penal. En particular, en aquella consistente en “4) Prohibición de contacto por cualquier medio (personal, telefónico, por redes sociales, por interpósita persona, etc.) con la damnificada [V. S. L. DNI 00], debiendo retirarse espontáneamente evitando todo tipo de contacto, en caso de encuentro fortuito”.

Las conductas imputadas fueron encuadradas en las previsiones de los delitos previstos y reprimidos en el art. 150 CP, en concurso ideal con el art. 183 CP (HECHO 1); y en el art. 239 CP (HECHO 2), que concursan de manera real entre sí (art. 55 CP)

Al momento de contestar la vista en los términos del art. 222 CPP-CABA, la defensa técnica planteó la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad conforme lo establecido en el art. 208 inc. c) del CPPCABA, respecto del HECHO 2 y que fuera calificado por el MPF bajo el tipo penal descripto por el art. 239 del CP. Para fundar su petición,

la defensa sostuvo que la atipicidad era evidente porque la conducta imputada a H. es el incumplimiento de una medida restrictiva impuesta por la fiscalía en los términos del art. 186 del CPPCABA en la audiencia de intimación de los hechos y, agregó que ese incumplimiento no encuadraría en el delito previsto en el art. 239 del CP, por cuanto el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia para el incumplimiento de estas medidas, esto es la imposición de una medida restrictiva más gravosa.

La Sra. Jueza de grado, en el marco de la audiencia prevista por el art. 210 del CPPCABA resolvió no hacer lugar a los planteos de la defensa.

Contra esta decisión la defensa interpuso recurso de apelación y el caso quedó radicado en la Sala II de la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero. Luego de sustanciada la vía recursiva los magistrados de Cámara, por mayoría, resolvieron revocar la decisión de primera instancia, hacer lugar a la excepción por manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad y sobreseer parcialmente a H. por el hecho ocurrido el 05/05/24 en orden al delito de desobediencia, previsto y reprimido en el art. 239 del CP.

Frente a ello, el Sr. Fiscal de Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad. Allí afirmó que la mayoría del tribunal de alzada, “[s]i bien resolvió la cuestión con base en una norma de carácter infraconstitucional que regula la figura típica de los delitos de resistencia y desobediencia a un funcionario público (art. 239 CP), la interpretación derogatoria de la mayoría de la alzada resultó manifiestamente contra legem y arbitraria al tornar inoperante la figura penal en cuestión y sin haberla declarado inconstitucional. Ello vulneró el principio de legalidad y puso en jaque las obligaciones estatales previstas en los arts. 7, incs. b), e) y f), LN 24.632 y 18 CN [...]”.

Oportunamente, la Sala II de la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero declaró inadmisibile el remedio constitucional local, auto que motivó el recurso de queja por el que aquí se corre vista.

III.

a. Respecto de los requisitos de admisibilidad de la vía directa intentada, corresponde señalar que el recurso de queja fue presentado en tiempo oportuno, por la parte que se encontraba legitimada al efecto y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Asimismo, con relación a la exigencia de que la impugnación se dirija contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, es evidente que se encuentra cumplido el requisito en tanto que, de quedar firme la decisión cuestionada, su consecuencia sería la imposibilidad de avanzar con la investigación y el juzgamiento del segmento imputativo denominado “Hecho 2”.

Respecto a que el caso presente una verdadera cuestión constitucional, si bien el tribunal a quo, entendió que el recurso de inconstitucionalidad que esta queja viene a defender carecía de este recaudo, coincido con el Dr. Riggi en cuanto a que la crítica que se efectuó en su vía directa demostró, de manera clara, no solo la existencia de un verdadero caso constitucional sino, además, que la denegatoria de la vía extraordinaria local se sustentó en una sucesión de fórmulas dogmáticas que no han siquiera dado una mínima respuesta a los planteos efectuados por el recurrente.

b. La decisión denegatoria del recurso extraordinario local fue estructurada en tres votos independientes. El Dr. Bosch afirmó que “[s]e observa que la fiscalía no logra articular con éxito un genuino caso constitucional”, para luego agregar que “[l]a cuestión planteada encuentra su núcleo en la disconformidad con la aplicación e interpretación de normas de derecho común que efectuó la cámara por mayoría, decisión con la cual disenti (arts. 239 CP y 208 inc. c CPPCABA)”. También afirmó el magistrado que “[P]or otra parte hay que destacar que la fiscalía cimienta sus embates sobre la base de cuestiones fácticas que, como es sabido, obstan per se a su tratamiento por parte del Máximo Tribunal local. Por lo demás, tampoco se han logrado demostrar los supuestos vicios o errores sustanciales del fallo que se pretende impugnar”.

Respecto de la tacha de arbitrariedad planteada por el MPF, el voto afirmó que “[e]l decisorio atacado goza de opinión fundada, tanto jurídica como fáctica, sin que haya podido la fiscalía, más allá de una enunciación vaga de principios y garantías constitucionales, demostrar real y concretamente la concurrencia de circunstancias de ese orden vulneradas que resulten hábiles para conceder la vía extraordinaria articulada ante esta instancia”.

Por su parte, el Dr. Delgado en su voto destacó que, a su criterio, existe un impedimento de rango constitucional para que el Ministerio Público Fiscal acceda a la instancia extraordinaria en contra de los

intereses del imputado. Sin perjuicio de ello, sostuvo también que la im pronta acusatoria de nuestro ritual impone limitaciones provenientes de la garantía del doble conforme de la persona sometida a proceso.

Finalmente, para la Dra. Escrich, el recurso habría fallado en plantear un caso constitucional. Así, la magistrada afirmó que el recurso no “[a]lcanzó a denunciar específicamente una contradicción lógica o defectos graves en la resolución cuestionada (como la desaplicación de la ley o las constancias del caso) para proponer un caso de arbitrariedad que demande la intervención de la jurisdicción constitucional (conf. art. 27 ley 402; arts. 17 y 18 CN). Nótese, en este sentido, que el tribunal señaló, más allá del gusto personal del agraviado, por qué la conducta endilgada a [H.], no configuraba la acción típica que prevé el art. 239 CP. Ello, deja entrever que, bajo la invocación de la mentada doctrina de la arbitrariedad, el recurrente pretende reeditar, ante el Tribunal Superior Justicia, el debate sobre la interpretación de normas de derecho infraconstitucional aplicadas”.

De esta reseña puede advertirse que la argumentación que pretende sustentar la denegatoria de la instancia de excepción local, en sus tres versiones, solo reitera formulas preestablecidas sin atender siquiera a dar alguna respuesta a las objeciones planteadas por el Fiscal de Cámara. Nótese que el Dr. Delgado rechazó el recurso sustentado en una supuesta falta de legitimación del MPF para interponer esta clase de impugnaciones contra los intereses del imputado, doctrina que, reiteradamente, ha sido rechazada por V.E. –cfr. TSJ Expte. N° 10828/14, rta. el 06/03/2015; Expte. N° 10881/14, rta 08/04/2015; Expte. N° 10913/14, rta. 17/06/2015 entre muchos otros–.

Por otro lado, tanto el Dr. Bosch como la Dra. Escrich entendieron que la vía recursiva extraordinaria remitiría a una mera discrepancia sobre la interpretación de normativa infraconstitucional; objeción que no resultaría hábil para habilitar la competencia excepcional del Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, un verdadero repaso de lo decidido por la Cámara de Apelaciones obliga a admitir que lisa y llanamente la alzada se negó, de manera infundada, a tratar el recurso del fiscal.

Basta repasar el recurso de excepción interpuesto por el Sr. Fiscal para comprobar que, lejos de tratarse de una mera enumeración de disposiciones constitucionales, el Dr. Riggi ha elaborado extensamente por

qué y cuáles son los argumentos brindados por el voto mayoritario del fallo atacado que han violado aquellas disposiciones constitucionales.

Frente al desarrollo de la recurrente, la Sala II, como toda respuesta –en lo que fue su posición denegatoria mayoritaria–, sostuvo que el recurso de inconstitucionalidad presentado por el fiscal solo demuestra un “mero desacuerdo” con la postura de la alzada. Esta lacónica mención ni siquiera se vio acompañada de un mínimo desarrollo para justificar esta postura. Ciertamente, ninguno de los tres votos de la sentencia denegatoria del recurso de excepción se hizo cargo de responder mínimamente alguno de los sólidos argumentos brindados por el Sr. Fiscal al impugnar la decisión que dio origen a esta vía recursiva.

Es evidente que todo recurso demuestra un disenso con la decisión recurrida. Sin embargo, esto no implica que, sin más, sea “un mero desacuerdo” con la sentencia cuestionada, más aun cuando la instancia denegatoria siquiera explica el porqué de tal adjetivación. La total ausencia de fundamentación del pronunciamiento denegatorio de la instancia pone de manifiesto que este se erige también como un acto jurisdiccional inválido.

c. Demostrada como ha quedado precedentemente la arbitrariedad del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, corresponde adentrarse en el tratamiento de los agravios constitucionales allí desarrollados.

La decisión contra la que se dirigió el recurso de inconstitucionalidad fue aquella por la que la mayoría de la Sala II resolvió hacer lugar a la excepción de atipicidad y sobreseer a H. con relación a la imputación que se le dirigiera por el delito de desobediencia –art. 239 del CP–. Para ello se sostuvo que “[n]o comete delito quien desobedece un mandato respecto del cual el ordenamiento jurídico ya preve una sanción conminatoria para el caso de omisión” –cfr. el voto de la Dra. Escrich con cita de Donna, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III–.

Sin embargo, ese proceder del voto citado, tal como lo destacó con acierto el Sr. Fiscal de Cámara, importó una verdadera interpretación contra legem del art. 239 del CP que, a su vez, implicó una derogación tácita de la norma. Claramente en este caso, los magistrados que conformaron la mayoría decidieron prescindir de la aplicación de un tipo penal vigente que claramente abarca casos como el aquí imputado –arts. 13.3 CCABA y 18 CN–.

Aquí es donde se verifica que no se trata de una “mera discrepancia” como se lo señalaran al Sr. Fiscal de Cámara, sino de una verdadera violación al principio de legalidad. La letra de la norma es clara en cuanto a que, para su configuración, basta con la mera desobediencia a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones. La doctrina ha dicho respecto de la acción típica de la figura que “Es resistir a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, o a la persona que le prestare asistencia a su requerimiento o en virtud de un deber legal” –cfr. D’Alessio–Divito, Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 768–.

En este mismo sentido se ha expedido reiteradamente la jurisprudencia, tal como lo demuestra el Dr. Riggi en su recurso de inconstitucionalidad.

Incluso el autor Donna –citado en el fallo cuestionado– entiende que se trata de un delito en donde no hay una acción del autor en contra del funcionario, sino que es, en principio, una omisión por parte del que recibe una orden emanada del funcionario público, limitándose a no cumplirla. Así la “orden” incluida en el tipo penal previsto en el art. 239 del CP “[e]s un mandamiento, oral u escrito, que se da directamente a una persona, aunque no necesariamente en persona, por parte de un funcionario público, para que se haga algo o se deje de hacer algo” –cfr. Donna Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Ed. Rubinzal –Culzoni, Santa Fe 2001, pág. 86–. Consecuentemente, es evidente que la violación a la prohibición de contacto con la denunciante impuesta por el fiscal del caso al aquí imputado, no puede sino constituir el delito de desobediencia.

Muy por el contrario a lo sostenido en el fallo impugnado, no se trata aquí de una desobediencia que ya prevé una sanción conminatoria para el caso de omisión. Cuando se refiere a esto, el propio autor citado, no lo hace en el sentido expuesto en el fallo, sino que se refiere a casos claramente diferentes a los que aquí se debaten. Sostiene el tratadista que “[N]o se configura el tipo, si el incumplimiento de la orden tiene previsto una sanción especial. Las sanciones especiales (civiles) que jurisprudencialmente motivaron el desplazamiento del tipo penal de la desobediencia no producen tal efecto cuando la condena de contenido pecuniario se impone al organismo vencido en la litis y no a los funcionarios eventualmente responsables, es decir a las perso-

nas físicas a las que es posible atribuir responsabilidad de naturaleza penal”. Y continúa afirmando: “[E]n síntesis, se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil. No hay, como bien dice Creus, violación al bien jurídico” –Donna, *op. cit.*, p. 88–.

Como claramente se puede apreciar, el incumplimiento del imputado no se encuentra ya conminado con otra sanción –de carácter civil–, sino por el contrario, la orden desobedecida era una tendiente a la protección de la víctima de un hecho de violencia de género. El incumplimiento de esa manda por parte del imputado, no puede sino constituir el tipo penal previsto en el 239 del CP.

Por otra parte, tampoco podría alegarse que el incumplimiento cuestionado podría ser merecedor de una doble punibilidad. Es que la violación a la prohibición de acercamiento dispuesta podría tener, es cierto, diferentes consecuencias, pero ellas responden a naturalezas jurídicas bien diferentes. Resulta obvio recordarlo, pero la “pena” es la respuesta jurídica que se impone como consecuencia de la comisión de un delito, mientras que, por ejemplo, la afectación de la libertad durante el proceso tiene por fin conjurar riesgos procesales.

Considero, humildemente, que confundir unos y otros no solo es un error conceptual, sino que, en el caso, importa derogar el tipo penal de desobediencia. Tal como sostuvo el Sr. Fiscal “[e]l hecho de que el CPPCABA permita analizar el incumplimiento de una medida como factor agravatorio para el dictado de otra de mayor intensidad, en modo alguno bloquea la constatación de otras consecuencias jurídicas que provoca como, en el caso, la configuración del delito de desobediencia del art. 239 CP. En efecto, el código adjetivo no podría bloquear las consecuencias penales que se derivan del incumplimiento de medidas de protección, porque, de ser así, el legislador local podría derogar un injusto penal a pesar de carecer de facultades constitucionales para ello, por resultar competencia exclusiva del legislador nacional”.

Además de la inconsistencia jurídica propuesta en la interpretación de la Cámara, adoptar sus conclusiones importaría habilitar que pueda violarse una manda judicial protectora de la seguridad de una víctima de violencia de género, sin que ello genere ningún tipo de

consecuencia penal. Ello además de poner en serio riesgo la integridad física de la víctima, contraría la perspectiva con la que deben ser abordados este tipo de casos.

De tal manera, el razonamiento plasmado en el voto mayoritario de la Alzada, prescindió de aplicar el bloque convencional, constitucional y normativo en la materia. Desde esta perspectiva, los/las operadores/as judiciales debieron haber abordado el caso con una especial mirada, tendiente a abarcar la integralidad de la problemática de la violencia de género, ello como consecuencia del especial deber de erradicar, investigar y castigar la violencia contra la mujer, derivada de los compromisos asumidos por la República Argentina, a través de instrumentos como la CEDAW, la Convención de Belém do Pará (Ley N° 24632), la ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley N° 26485) y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley N° 24417).

Por ello, resulta destacable y hago propio lo dicho por el Sr. Fiscal de Cámara en cuanto a que “[l]a **interpretación efectuada por la alzada propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje a la sociedad según el cual la violencia contra las mujeres no acarrea ninguna sanción penal.**

En concreto, las consecuencias político–criminales de la postura adoptada por la alzada es quitarle seriedad a la amenaza de sanción penal que conlleva la desobediencia de una medida de protección dispuesta en favor de la víctima de violencia de género al realizar una interpretación derogatoria del claro texto legal del art. 279 CP y 32 de la LN 26.485” –la negrita corresponde al original–.

Bajo estas perspectivas, no puede sino afirmarse que la decisión cuestionada resulta arbitraria, con clara vulneración del debido proceso y el principio republicano de gobierno de fundamentación de los actos de poder.

Genaro Carrió señaló que el concepto de sentencia arbitraria utilizado por la Corte tiene una significación descalificadora; arbitrario, no es un término descriptivo sino valorativo. Así, en la calificación de las distintas tipologías de casos en los que el Máximo Tribunal aplica ese calificativo a decisiones que padecen defectos en el establecimiento de la premisa mayor o al de la premisa menor o al tránsito de ellas a la conclusión, ello al hacer afirmaciones dogmáti-

casos o que resultan autocontradictorias –cfr. Carrió Genaro R., *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, 4ta. Edición, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1994, págs. 294 y sigs.–.

La “carencia o insuficiencia de fundamentos” como causal de arbitrariedad abarca los casos en los que el fallo solo se sustenta en afirmaciones dogmáticas y exhibe, por lo tanto, un fundamento solo aparente que les resta toda fuerza de convicción –cfr. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1997, pág. 234 y sig.–.

En este mismo sentido, se ha sostenido también que este tipo de arbitrariedad por defecto de fundamentación normativa se refiere a casos en que la sentencia se apoya en normas inaplicables para resolver el conflicto, o que han sido interpretadas de modo incorrecto u omite considerar las aplicables –cfr. Lugones, Narciso, *Recurso extraordinario*, ed. Depalma, Bs. As. 1992, pág. 304 y 305–.

Es por ello, como vengo sosteniendo, que el planteo de la recurrente no resulta un mero desacuerdo con la apreciación acerca de la interpretación dada por la mayoría de la Sala. Por el contrario, la impugnación de la fiscalía se dirigió a cuestionar el proceso lógico por el que los magistrados de la Alzada arribaron a su conclusión.

De lo dicho no puede sino concluirse que le asiste razón al Sr. Fiscal de Cámara respecto a que fue mal denegada la instancia de excepción pues la decisión cuestionada no solo efectúa una interpretación contra legem que supone implícitamente la declaración en abstracto de la inconstitucionalidad del art. 239 del CP, sino que además prescinde del texto legal en una exégesis que lesiona el principio de legalidad –arts. 18 de la CN y 13.3 CCABA– y consagra una incoherencia en orden al alcance de la prohibición que se dice haber interpretado, todo lo cual erige como un verdadero caso constitucional habilitante de la instancia extraordinaria.

Así, los planteos introducidos en el recurso de inconstitucionalidad que la queja vino a defender no son un “mero desacuerdo” con lo decidido en las instancias anteriores, sino que la decisión alcanzada no resulta ser una derivación razonada de los hechos y el derecho vigente y, consecuentemente, es arbitraria. Por ello, corresponde que se haga lugar al recurso de queja y al recurso de inconstitucionalidad que ella vino a defender.

IV.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de queja y, asimismo, al recurso de excepción local interpuesto oportunamente por el Dr. Eduardo Javier Riggi, Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.

Dictamen N° 41–2025.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Vinculados con el tema previamente desarrollado se encuentran aquellos casos en los que el imputado incurre en una desobediencia a una medida restrictiva impuesta por el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 186 del Código Procesal Penal, que tiene una consecuencia expresamente prevista en la ley procesal local. De acuerdo con el criterio que refleja el dictamen transcrito, tal accionar constituye el delito de desobediencia previsto en el artículo 239 del Código Penal.

En esta dirección, el texto del artículo 239 del CP es claro al exigir, para la configuración del delito allí previsto, la mera desobediencia a la orden impartida por un funcionario público en el legítimo ejercicio de sus funciones.

Sobre este punto, vale aclarar que la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero, con cita de Edgardo A. Donna, se había pronunciado por la atipicidad de la conducta descripta, sobre la base de que no comete el delito previsto en el artículo 239 del CP quien desobedece un mandato respecto del cual el ordenamiento jurídico ya prevé “una sanción conminatoria” para el caso de omisión. En el caso que los convocaba, los jueces de la Cámara señalaron que el incumplimiento por parte del imputado traía como consecuencia legalmente prevista el dictado de una medida restrictiva más gravosa.

Ahora bien, un análisis de la obra de Edgardo A. Donna me llevó a destacar que las consideraciones del tratadista, en las que se apoyó el fallo de la Cámara, en rigor de verdad, se refieren a otro supuesto distinto al que se debatía en el caso.

Es que el mencionado autor expresó que no se configura el delito de desobediencia cuando la omisión de la orden tiene previsto una sanción especial –civil–, lo que no guarda ningún tipo de relación con la situación que se presentaba en la causa.

Sin perjuicio de ello, la lectura propuesta por la Cámara conllevaría el absurdo de tornar inoperante la figura penal en cuestión en un sinnúmero de casos, como lo son, a modo de ejemplo, los supuestos de violencia intrafamiliar o de género en los que el imputado desacata la medida que le fue impuesta para resguardar a la víctima, sin que ello importe consecuencia punitiva alguna.

Al mismo tiempo, una interpretación a favor de la atipicidad de la inobservancia de la orden significaría que una norma local –en este caso, el Código Procesal Penal, en donde se halla prevista la consecuencia procesal de la omisión– puede modificar un injusto penal y reducir significativamente el ámbito de su aplicación, lo cual, como es sabido, constituye una competencia exclusiva de los legisladores nacionales –y no de los locales–.

Por lo demás, no existe obstáculo alguno para que una acción humana tenga relevancia jurídica en función de diversos ordenes de responsabilidades (civil, penal, administrativa, etc.).

En el caso de referencia, la desobediencia incurrida, en tanto hecho ilícito, puede disparar una respuesta punitiva y otra de índole procesal. Así pues, no existe obstáculo para que el incumplimiento de la medida impuesta al imputado motive el dictado de dos sanciones de distinta naturaleza jurídica. Mientras que la pena es la respuesta jurídica que se impone como consecuencia de la comisión de un delito, la afectación de la libertad –en un mayor grado– durante el proceso viene motivada por la necesidad de conjurar riesgos procesales.

Un criterio opuesto podría dar lugar a un ambiente de impunidad, en cuanto importaría habilitar la posibilidad de violarse una orden judicial, sin que ello genere ningún tipo de consecuencia penal.

En síntesis, el incumplimiento de la medida restrictiva legalmente impuesta por el Ministerio Público Fiscal en el marco de un proceso

penal, configura en todos los supuestos el delito de desobediencia, no obstante las sanciones procesales previstas para esa omisión.

Como ya se adelantó, la postura señalada fue desarrollada por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional al emitir el Dictamen N° 41-2025 en ocasión del TSJ Expte. N° 12260/2024-2 (*op. cit.*), que aún no ha sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

Falta de legitimación de la Asesoría Tutelar

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 7484/2022-4, “Ministerio
Público - Asesoría General Tutelar
de la CABA s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en
‘L. C., S. y otros s/ 14, párr. 1 - Tenencia
de estupefacientes y otros’”

CABA, 29 de diciembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre las quejas por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducidas por la Dra. G. R. B., defensora particular de S. L. C., y la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dra. Carolina Stanley.

II.

De las constancias acompañadas surge que el 9 de agosto de 2022, se llevó a cabo el allanamiento ordenado sobre el local comercial ubicado en la calle [...], oportunidad en la que se requisó y detuvo a P. L. Asimismo, en la referida calle, pero a la altura N° [...] se requisó y detuvo a S. L. C., quien se encontraba junto a su hija menor, M.R.L., de 10 años de edad.

Del acta de allanamiento, se desprende que en esa ocasión se procedió al secuestro –entre las prendas de S. L. C.– de 14 dosis de

clorhidrato de cocaína –con un peso total de 7,8 gr.–; por otra parte, de las dependencias del local se secuestró una bolsa conteniendo 50 dosis similares –con un peso total de 45,6 gr.–.

Asimismo, del acta de referencia surge que, a la 1:15 am del día 10 de agosto de 2022, se hizo entrega de la niña a Sra. L. A. y que finalizó el procedimiento haciendo entrega del local al Sr. J. E. M. A., de 18 años de edad (hijo mayor de la Sra. L. C.).

Durante el trámite del caso, las partes arribaron a un acuerdo de avenimiento que la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 27, Dra. María Carolina De Paoli, el 23 de agosto de 2022, resolvió homologar, por lo que dispuso: “I. CONDENAR a S. L. C., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la PENA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de \$225, por considerarla autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, con costas (arts. 45 del CP y 14, 1° párrafo de la Ley N° 23737, 354 y 355 del CPPCABA). II. CONDENAR a S. L. C., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la PENA ÚNICA de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, MULTA de \$ 12.225, ACCESORIAS LEGALES, y COSTAS comprensiva de la enunciada en el punto I, y de la pena de cinco años y seis meses de prisión, multa de \$12.000, accesorias legales y costas, dictada el 14 de junio de 2021 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 6 en la causa N° [...] por haber sido hallada autora penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes, reiterado en dos oportunidades que concurren realmente entre sí (arts. 58 del CP). III.- DECLARAR REINCIDENTE a S. L. C. (art. 50 del CP)”. Se aclaró que la condena vencería el día el 12 de febrero de 2026.

Cabe señalar que al momento en que cometió el hecho por el cual se dictó la condena en el presente proceso, S. L. C. se encontraba gozando de un arresto domiciliario concedido por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 –otorgado en la causa N° [...]–, en la vivienda sita en [...] de esta Ciudad y que, con fecha 9 de agosto de 2022 fue detenida, con material estupefaciente en su poder, en el interior del local sito en la calle [...].

No obstante, y frente a la condena dispuesta, la abogada particular de la condenada solicitó la incorporación de su defendida al régimen de prisión domiciliaria, en función del interés superior de su hija menor de edad.

Con fecha 22 de septiembre de 2022, la jueza de grado rechazó la prisión domiciliaria solicitada por considerar que, en función de los arts. 10 del CP y 32 de la Ley N° 24660, la condenada no podía acceder al beneficio, dado que ninguno de sus hijos era menor a cinco años.

Contra dicha resolución, la abogada defensora de S. L. C. interpuso recurso de apelación, al cual adhirió la Asesoría Tutelar ante la Cámara, cuya intervención –según puntualizó– se vinculaba con los intereses de la niña M.R.L., de 10 años de edad. Por su parte, la fiscalía contestó la vista que le fue conferida y solicitó a los jueces de Cámara que se rechace la apelación deducida y que se confirme la resolución impugnada.

El 18 de abril de 2023 los jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas resolvieron, por mayoría, confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la prisión domiciliaria de S. L. C.

En este sentido, el tribunal remarcó que “no se ha acreditado que la menor se encuentre en una situación de desamparo, de no concederse la prisión domiciliaria”. Asimismo, indicaron que “no se advierte que el hecho de que S. L. C. continúe con el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario conlleve que su hija menor de edad se encuentre desprotegida o que haya sufrido un riesgo físico o psíquico mayor que del que, de por sí, puede generarle que su progenitora se encuentre sometida al cumplimiento de una condena penal”.

Como consecuencia de ello, tanto la asistencia técnica de S. L. C., como la Asesoría Tutelar dedujeron recursos de inconstitucionalidad.

La defensora particular expuso que el remedio procesal resultaba formalmente admisible debido a que la decisión recurrida era equiparable a sentencia definitiva, en tanto la privación de la libertad de la condenada le ocasionaba un gravamen efectivo y de imposible reparación futura. Seguidamente, expresó que existía un caso constitucional en virtud de la vulneración a las normas contenidas en la Constitución Nacional y de esta Ciudad, específicamente en los preceptos constitucionales que rigen en materia de derechos humanos y derechos del niño. Precisamente, remarcó que la lesión federal radicaba en que se afectó la vida de una niña y sus derechos y se impuso a otro niño menor, tomar una responsabilidad que no le es propia de su edad y para cuyo ejercicio no posee capacidad plena.

Por otra parte, alegó que la resolución atacada resultaba violatoria de los principios de legalidad y humanidad de la pena (arts. 10 CCBA y 1º, 18, 28, 33 y 75, inc. 22 CN; 9 y 5.2 CADH; y 10.1 y 15.1 PIDCYP), al apartarse del contenido de las normas que rigen el cumplimiento de la condena en la modalidad domiciliaria. Asimismo, mencionó la vulneración del principio *favor libertatis*, ya que se debió estar a lo que resulte más favorable para su libertad y analizando su contexto familiar. Además, invocó el principio de trascendencia mínima de la pena porque la misma debe ser personal y no puede afectar a sus parientes de cualquier grado, motivo por el cual, entendió que la prisión domiciliaria era una de las formas de cumplimiento de pena, que evitaba herir o mancillar los derechos y necesidades de su núcleo familiar.

A continuación, esbozó que la prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad, y su finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado. Sumado a ello, sostuvo que la condenada cumple con el recaudo objetivo para obtener la prisión domiciliaria y cualquier otro requisito que se le pretenda imponer implica arrogarse facultades legislativas que contrarían al principio de legalidad (art. 18, art. 75, inc. 22 CN).

Finalmente, alegó que se vulneró la Ley de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes –Ley N° 26061– y manifestó que la decisión recurrida resultó arbitraria, por apartarse de los elementos ofrecidos en aval de lo solicitado –como por ejemplo del informe ECIE–, y de la jurisprudencia sentada por la Corte y Tribunales Federales, en tanto no se consideró el interés superior del niño y el vínculo materno filial como guía prioritaria para resolver el caso.

Por su parte, la Asesoría Tutelar de Cámara, Dra. Noris G. Pignata, en su recurso alegó que la sentencia recurrida era equiparable a sentencia definitiva en tanto la ejecución de la pena bajo su modalidad de cumplimiento actual intramuros, privaba a la niña del derecho a la convivencia familiar con su madre.

Seguidamente, señaló que se encontraba configurada la cuestión constitucional debido a la vulneración de los principios de legalidad, debido proceso, el interés superior de la niña, el derecho a ser oída, el de-

recho a la protección de la familia, el derecho a la convivencia familiar y mínima trascendencia de la pena y la ausencia de perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad.

Respecto de la vulneración al interés superior del niño, mencionó que la Cámara, en su voto mayoritario, requirió más recaudos que los establecidos normativamente respecto de la presunta violación a los derechos e intereses de la niña, para decidir la modalidad de arresto domiciliario, interpretación contraria al marco regulatorio que protege los derechos de la infancia en el ámbito de la Ciudad.

Sostuvo que la adición de requisitos no previstos en la normativa colisionaba directamente con el interés superior de la niña involucrada y con el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena, que procuraba evitar que la pena trascienda a la persona del autor del hecho. Asimismo, se invocó que lo decidido era contrario a los artículos 3 de la CDN; 5.3 CADH; 75, inc. 22 de la CN; 3 de la Ley N° 26061; y 3 de la Ley N° 114 CABA, todos los cuales establecían que, ante la existencia de diversos intereses en juego, los distintos organismos del Estado deben hacer primar, en sus respectivos ámbitos, el interés superior de la niña.

Luego, efectuó un análisis del límite etario establecido en la norma. Al respecto, mencionó que la niña tenía 10 años de edad y si bien esa edad superaba el límite previsto por la ley –fijada en 5 años–, lo cierto era que se trataba de una niña menor que requería de toda la protección del *corpus iuris* de derechos humanos de la infancia regulados a nivel constitucional y convencional.

Al respecto, mencionó que dicha protección resulta obligatoria por la ley hasta los 18 años –conforme arts. 18, 75, inc. 22 CN; CDN; Ley N° 26061– y que no se trataba de asegurar un mínimo de protección sino, por el contrario, la máxima satisfacción era el interés superior, aun cuando colisionara con intereses de igual jerarquía. Por lo tanto, concluyó que en función del interés superior de la niña se exigía una interpretación armónica e integral de la normativa que regula el arresto domiciliario, que privilegie sus intereses y derechos por sobre otros de igual rango.

Seguidamente, postuló la declaración de inconstitucionalidad del límite arbitrariamente fijado en la edad de 5 años, ya que era incompatible con los derechos de todos los menores de edad que tienen una madre o padre privado de libertad, porque los derechos constitucionales y convencionales no distinguían en la obligación de respetar

el interés superior de los niños y/o adolescentes. Citó decisiones de diversos Tribunales que dictaron el arresto domiciliario en favor de progenitores con hijos a su cargo mayores de 5 años de edad.

Por pronunciamiento de fecha 18 de agosto de 2023, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero declaró inadmisibles los remedios constitucionales intentados, lo que dio lugar a sendas presentaciones directas de la defensa particular de S. L. C. y de la Asesoría General Tutelar, por las que se corre vista.

III.

En el marco del análisis de admisibilidad del recurso deducido por la Asesoría General Tutelar, previo a todo examen, corresponde expedirse sobre la legitimación de dicho organismo para constituirse en parte y, en tal calidad, interponer el recurso articulado.

En primer lugar, cabe recordar que la Ley CABA N° 1903 determina que es competencia del Ministerio Público, en cuanto a la protección de niñas, niños y adolescentes, la función de promover o intervenir en causas concernientes a dicha protección, como así también requerir todas las medidas conducentes de conformidad con las leyes respectivas (confr. inc. 9 del art. 17, sustituido por el art. 1° de la Ley CABA N° 6549, BOCBA N° 6433 del 04/08/2022).

Con relación a las atribuciones y competencias específicas de el/ la Asesor/a Tutelar, la mencionada Ley CABA N° 1903 dispone que le compete ejercer ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las facultades que le corresponden al Ministerio Público Tutelar, por sí o continuando la intervención de este en instancias anteriores (art. 53.1), incluida la potestad de desistir de los recursos interpuestos por los Asesores o Asesoras Tutelares ante las Cámaras de Apelaciones mediante resolución fundada (art. 53.3).

También es su función asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 57.1); promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 57.2); emitir dictamen en los asuntos en que sean consultados por los/las tutores/as o curadores/as

públicos/as (art. 57.7); entre otras (art. 57 sustituido por art. 2 de la Ley N° 6549, BOCBA N° 6433 del 04/08/2022).

Por otra parte, en lo que se refiere concretamente a la regulación de la intervención de la Asesoría Tutelar en el marco de los procesos penales, de acuerdo a lo previsto por el Régimen Procesal Penal Juvenil, es uno de los sujetos procesales esenciales puesto que debe intervenir en todo proceso penal en el que un menor de 18 años resulta imputado, víctima o testigo, velando por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que le asisten (cfr. art. 40 del RPPJ). Para la defensa de sus intereses, dicho régimen le reconoce a la Asesoría Tutelar la capacidad de iniciar incidentes y efectuar planteos (cfr. inc. 4 y 6 art. 31 del RPPJ).

Es decir, la Ley N°1903 establece el marco genérico de competencia del organismo, mientras que, en lo que se refiere a procesos penales, la Ley N° 2451 contiene disposiciones especiales que delimitan la competencia genérica establecida en la Ley Orgánica de Ministerio Público.

En consonancia con ello, el Máximo Tribunal local señaló que “el Ministerio Público Tutelar deberá intervenir cuando ‘la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años’ (art. 155, CPP) o ‘en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años’ (art. 40, RPPJ)” (Expte. TSJ N° 6895/09, caratulado “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la CABA– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘N.N. s/ Infr. art. 181, inc. 3 CP – inconstitucionalidad’” –voto mayoritario–).

Sobre la base de las consideraciones que anteceden corresponde examinar si, en el presente proceso, la Asesoría General Tutelar tiene legitimación en orden a la intervención que se le otorgara y la que ahora invoca para reclamar la intervención de V.E.

En tal sentido, cabe recordar que, con motivo de la solicitud de morigeración del cumplimiento de la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria efectuada por la defensa de S. L. C., con fecha 16 de diciembre de 2022 la jueza de primera instancia, previo a expedirse en torno a esa petición, consideró que resultaba pertinente darle intervención a la Asesoría Tutelar N° 3 (que se encontraba de turno el 24 de enero de 2022 al inicio del presente legajo por prevención policial, conforme Res. AGT N° 133/2021) en los términos del art. 53, inc. 2 de la Ley N° 1903 de esta Ciudad, a fin de que evaluara la situación de la niña

involucrada y, asimismo, realizara -con carácter urgente- un amplio informe socio ambiental a través del Equipo Común de Intervención Extra Jurisdiccional del MPT.

En virtud de ello, la Asesoría Tutelar N° 3, luego de que el Equipo Común de Intervención Extrajurisdiccional de dicho organismo (ECIE) confeccionara un amplio informe socioambiental (cfr. Res. AGT N° 124/22), emitió opinión acerca de la solicitud de prisión domiciliaria efectuada por la defensa. En tal sentido, en el dictamen formulado con fecha 11 de enero de 2023, la Sra. Asesora Tutelar, Dra. Milagros Pierri Alfonsín, se expidió en favor del otorgamiento del beneficio aludido, al entender que “la decisión de la detención domiciliaria de la madre, es la solución que mejor contempla el interés superior de mis asistida –conforme art. 3 CDN, art. 3 Ley N° 26061 y art. 2 Ley N° 114–. Ello así, en tanto es la decisión que resulta de mayor beneficio para la niña toda vez que garantiza el derecho a su protección especial conforme art. 19 CADH y art. 19 CDN, y le permite ejercer –con la mayor plenitud– su derecho a la vida familiar y al desarrollo físico, mental y emocional en un entorno adecuado y bajo el cuidado de su progenitora. Ello en plena concordancia con el principio de trascendencia mínima a terceros –conforme art. 5.3 de la CADH– ...”.

Luego de evaluar las particularidades del caso, aun teniendo en miras el interés superior de la niña en cuestión, la magistrada de grado resolvió denegar el pedido de la prisión domiciliaria de la condenada S. L. C., brindando extensos fundamentos para justificar su decisión.

Fue en la instancia de apelación en la que la Asesoría Tutelar ante la Cámara adhirió al recurso de la defensa, alegando el interés superior de la niña como argumento para sostener su intervención, para luego continuar con la vía recursiva en la siguiente instancia, interponiendo un recurso de inconstitucionalidad y, ante la declaración de su inadmisibilidad, deduciendo la presentación directa ante V.E.

Vale decir, la Asesoría Tutelar tuvo la correspondiente intervención en el caso, promovida por la Sra. Jueza de primera instancia interviniente, cumpliéndose de tal manera con las disposiciones de la Ley N° 1903, al emitir opinión sobre las cuestiones discutidas –a raíz del pedido de la defensa–, en lo que pudieran tener relación con el interés de la niña M.R.L.

Pero ello, en función de las normas referidas más arriba, no implicaba de por sí que la Asesoría Tutelar General pudiera ostentar el

carácter de parte en el proceso penal y, en función de ello, interponer los recursos previstos en el ordenamiento adjetivo local.

En esa dirección, se ha dicho con acierto que “la incorporación de sujetos al proceso está regulada por las normas procesales y no puede participar de su trámite cualquier persona u órgano público que lo considere conveniente, sino solo aquellos que tienen legitimación suficiente para hacerlo, pues debe existir cierta **coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita para conocer y contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso**. [el resaltado me pertenece] Los magistrados, para mantener el buen orden del trámite y en ejercicio de facultades instructorias, pueden apartar de las causas a quien efectúa peticiones sin estar legitimado” (cfr. voto de la Dra. Ana María Conde en el fallo dictado en el Expte. TSJ N° 6895/09, caratulado “Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la CABA- s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘N.N. s/ Infr. art. 181, inc. 3 CP – Inconstitucionalidad’”, antes citado).

Ahora bien, en la presente causa la menor de edad en cuyo interés intervino la Asesoría Tutelar, no reviste el carácter que exige la ley procesal penal juvenil (imputado, víctima o testigo) para habilitar la intervención del organismo, y en función de ello, utilizando las propias palabras a las que se recurrió en el citado fallo de ese Tribunal Superior, “conocer y contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso”.

De tal modo, no se cuestiona la intervención que se le otorgara en primera instancia a la Asesoría Tutelar a los efectos de emitir una opinión en función de los intereses de la menor M.R.L. que habría de ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional al momento de decidir sobre la solicitud de prisión domiciliaria formulada por la defensa de la condenada.

De esta manera, se cumplió adecuadamente con la intervención que la Ley N° 1903 encomienda a la Asesoría Tutelar en las circunstancias del caso.

Empero, la decisión adoptada por la Sra. Jueza de primera instancia, incluso contraria al criterio esbozado por la Asesoría Tutelar no la invistió del carácter exigido para formular una adhesión a la apelación de la defensa –en los términos del art. 284 del CPPCABA– ni mucho menos a interponer por si un recurso de inconstitucionalidad.

Es que más allá de lo ya señalado en cuanto a la disposición del art. 40 del RPPJ, no puede perderse de vista que el ordenamiento procesal, al regular las reglas generales de los recursos –art. 280–, establece que “el derecho de recurrir corresponderá a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo”, agregando que, “cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir”.

De la disposición se deduce sin esfuerzo que el derecho a recurrir debe estar expresamente acordado por el catálogo adjetivo y, además se requiere ostentar un interés directo. Pero, a continuación, se aclara en cuanto que ello se refiere a las “partes” del proceso penal, lo que constituye una regla general, salvo excepción legalmente prevista.

Por lo demás, no puede pasarse por alto que en el caso de autos se trata de una incidencia que cabe enmarcar dentro de la etapa de ejecución penal, a cuyo respecto rige el art. 322 del Código Procesal Penal, que establece que “Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el/la Fiscal, el condenado/a o su defensor/a. Contra las decisiones procederán los recursos de reposición y apelación”, de lo que se desprende sin esfuerzo que esas son las partes legitimadas para la interposición de los remedios procesales referidos.

En el caso, la Asesoría Tutelar no ostenta el carácter de parte, ni se le ha acordado expresamente el derecho de recurrir, ni se halla entre los sujetos aludidos en el art. 322 del CPPCABA, ni se dan las circunstancias previstas en el art. 40 del RPPJ, a lo que debe agregarse que su interés en orden a la modalidad de ejecución de la prisión impuesta a la condenada es indirecto.

Por los argumentos expuestos, considero que la Asesoría Tutelar carece de legitimación para interponer recursos en el presente proceso.

IV.

En cuanto a la admisibilidad del remedio procesal articulado por la defensa, corresponde señalar que fue interpuesto en tiempo oportuno, por medio electrónico habilitado y por una de las partes facultadas para ello.

Asimismo, los agravios se dirigieron contra una resolución equiparable a sentencia definitiva dado que el rechazo de la solicitud de prisión domiciliaria podría generar un agravio de imposible o tardía reparación ulterior derivado de la denunciada frustración de los de-

rechos que invoca la quejosa y que resultarían susceptibles de tutela inmediata (conf. TSJ, Expte. N° 41615/2019-4, “R.,W.D.”, –voto de los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe e Inés M. Weinberg–, sentencia del 23/05/2023).

Lo expuesto, claro está, solo alcanza para tener por cumplido el requisito formal vinculado al carácter definitivo o equiparable a tal de la sentencia recurrida, pero en modo alguno implica prescindir de la necesaria observancia de los demás presupuestos de la impugnación extraordinaria intentada.

En primer lugar, la recurrente no ha logrado rebatir con éxito todos y cada uno de los fundamentos en los que se apoyó el decisorio de la Cámara de Apelaciones del fuero al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto a que no introdujo una cuestión constitucional que habilite la instancia pretendida.

Al respecto, los motivos de agravios invocados, tal como fueran formulados, no pueden habilitar la instancia de excepción, toda vez que no ha demostrado con argumentos sólidos que la interpretación y aplicación de las pautas establecidas en los artículos 10, inc. f), del Código Penal y 32 de la Ley N° 24660 haya importado una afectación a los principios y derechos de raigambre superior enunciados.

En efecto, la queja deducida por la defensa particular se centra en la invocación genérica de preceptos constitucionales –fundamentalmente, la afectación a los principios de legalidad y de humanidad y de mínima trascendencia de las penas–, sin poder acreditar precisa y fundamentalmente su supuesto cercenamiento por parte del pronunciamiento del tribunal *a quo*, siendo ello suficiente para excitar la instancia pretendida.

Sobre este punto tiene dicho el Máximo Tribunal de esta Ciudad que, para demostrar la presencia de un caso de naturaleza constitucional, “no basta la mera referencia ritual de derechos y garantías constitucionales, ni sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravan al impugnante (v. para el recurso extraordinario federal doctrina de Fallos: 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable mutatis mutandis al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local)” (conf. Expte. N° 15031/18 en

“S.T.E. y otros”, sentencia del 27/6/2018), como así también que “la invocación de principios constitucionales tiene que venir respaldada de una explicación sólida que permita advertir de qué manera lo resuelto por la alzada pudo haber comprometido a esos principios” (conf. Expte. N° 10108/13, “Alfaro Quispe, Juan Carlos”, sentencia del 11/06/2014).

Más allá de lo precedentemente asentado, la discusión plantea importa una reedición de los extremos referidos oportunamente al interponer el recurso de apelación, que ya fueron objeto de análisis y decisión en la instancia de mérito precedente y, por otra parte, sólo traducen una mera discrepancia con el modo en que se resolvió la cuestión de fondo y con la interpretación que hicieron los magistrados de la Sala I respecto de normas de derecho común de aplicación al caso, sin lograr demostrar una ostensible irrazonabilidad en la conclusión a la que arribaron.

Es que de la simple lectura del escrito recursivo surge que la quejosa ha vuelto a dirigir sus objeciones contra las consideraciones efectuadas por los jueces de la causa, en torno a diversas cuestiones de hecho, prueba e interpretación de disposiciones infra constitucionales que, por regla, reposan en un ámbito privativo de los jueces de mérito.

A este respecto, la determinación sobre la procedencia de la prisión domiciliaria es propia, como regla, de los jueces de mérito, en tanto involucra la valoración de las circunstancias del legajo y la interpretación de preceptos de derecho común, por lo que compete al juzgado interviniente, que se encuentra facultado para resolver sobre la procedencia -o no- de la morigeración de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta; simultáneamente, a la Cámara de Apelaciones le corresponde la revisión de dicha decisión, circunstancia que tuvo lugar en el caso de autos a raíz del recurso deducido por la defensa.

Si bien, como señalé, la parte recurrente intenta sortear ese obstáculo mediante la enunciación genérica de posibles afectaciones a determinadas cláusulas de orden superior, no puede soslayarse la intención subyacente de proponer un reexamen de las constancias obrantes en el legajo conforme a una exégesis del derecho vigente aplicable acorde a la propia postura de las partes presuntamente agraviadas.

Pero, es pacífica la jurisprudencia de ese Tribunal Superior en cuanto a que, “[s]i el planteo del recurrente no involucra un caso de naturaleza constitucional porque la sentencia cuestionada se en-

cuentra fundada en cuestiones de hecho y pruebas ajenas, por regla, al recurso intentado y dilucidada bajo preceptos de derecho común, corresponde desestimar la queja” (conf. Expte. N° 6102/08, “Huarte, Aida Margarita” –del voto de la jueza Ana María Conde–, sentencia del 04/03/2009).

En suma, pese al esforzado intento de la parte recurrente, esta no consiguió construir agravios que motiven la excepcional intervención del Máximo Tribunal local, pues no hizo más que demostrar su desconformidad con lo resuelto por los jueces intervinientes al proponer una discusión que, en síntesis, se relaciona con las circunstancias de la causa valoradas para resolver respecto del arresto domiciliario peticionado en favor de S. L. C. a la luz de la ley infraconstitucional aplicable.

Por lo demás, frente a la tesis de la quejosa de que la postura evidenciada en autos por los Camaristas al momento de resolver, lesionaría los principios de legalidad y de humanidad y de mínima trascendencia de las penas, cabe resaltar que aquella no logra conectar la discusión que pretenden llevar a conocimiento de V.E. con los mencionados preceptos constitucionales que someramente invoca.

Fuera de cuanto se viene exponiendo, la quejosa también recurre a la doctrina de la arbitrariedad con la pretensión de habilitar la instancia extraordinaria. Pero, en tal sentido, no se ha acreditado que el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones resulte irrazonable y, por ende, arbitrario, dado que los jueces expresaron, de manera precisa, los motivos por los cuales consideraron que no correspondía que S. L. C. cumpliera su pena de forma morigerada.

En efecto, en primer lugar el tribunal *a quo* explicó que el cumplimiento de la pena bajo la modalidad domiciliaria prevista en el Código Penal, o bien, cualquier medida sustitutiva o alternativa a cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, podría ser concedida por el juez de ejecución o juez competente, debiendo analizarse las circunstancias concretas del caso, de acuerdo con los supuestos contemplados en la norma y, a partir de ello, decidir si resulta adecuada esta forma de cumplir el encierro. Así, señalaron que la detención domiciliaria constituía una modalidad alternativa y excepcional de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Puntualmente, los magistrados señalaron que, al igual que la magistrada de grado, en el caso bajo estudio y, aun realizando una inter-

pretación extensiva de las normas puestas en juego (arts. 10, inc. f del Código Penal y 32 de la Ley N° 24660), la situación de S. L. C. no encuadraba en ninguno de los supuestos legales contemplados.

Al respecto, indicaron que el inciso f) del art. 10 del CP, preveía la concesión de la prisión domiciliaria para aquellas imputadas que tuvieran hijos menores de cinco (5) años o personas con discapacidad a su cargo, ello con el fin de preservar el interés del niño o persona con discapacidad involucrados en el caso y evitar que queden en una situación de desprotección.

Sin embargo, y con independencia de la edad que poseía la menor, los jueces aclararon que los extremos que configuraba la situación de S. L. C. no resultaban susceptibles de justificar hacer una excepción al cumplimiento de pena en un establecimiento penitenciario.

En tal sentido, remarcaron que la solicitud efectuada por la defensa no lograba acreditar los extremos previstos en la norma en tanto que, de la situación familiar de la menor, se advertía claramente que se encontraba al cuidado de su hermano mayor y que también era asistida por su tía.

Por otra parte, puntualizaron que no se debatía que para la hija de S. L. C. podía resultar más beneficiosa la presencia de la madre; pero, en cuanto a los problemas escolares de la niña –alegados por la defensa de la condenada–, destacaron su tía o su hermano mayor, estaban en condiciones de solicitar la intervención a las autoridades escolares, a fin de gestionar en aquel ámbito soluciones a las problemáticas que la menor pudiera estar atravesando allí con sus pares.

Asimismo, los jueces agregaron que, en consonancia con lo expresado por la magistrada de grado y, sin perjuicio de las genéricas referencias de la defensa respecto de la afectación que la menor se encontraría sufriendo a raíz del cumplimiento de la pena en una institución penitenciaria por parte de su madre, no se desprendía de las constancias del caso que los efectos que pudiera padecer la menor fueran distintos a los que naturalmente se derivaban de la separación de su madre, a lo que se sumaba que la niña tenía una red de contención familiar y no se advertía que se encontrara en una situación de desamparo o de inseguridad material o moral.

En tal sentido, señalaron que las necesidades materiales, educativas y afectivas de la niña se encontraban cubiertas en la medida de lo

posible por sus familiares y, específicamente, que nada de lo expuesto por la defensa permitía concluir que su salud emocional hubiera sido desatendida, puesto que aquella se encontraba acompañada por su hermano mayor y su tía, todo lo cual llevaba a concluir que la menor no se hallaba en una situación de desamparo y vulnerabilidad.

A la vez, destacaron que la jueza de grado había dado intervención al Programa de Niños, Niñas y Adolescentes de Padres Encarcelados, que llevaba adelante la Asesoría Tutelar, para que desde ese programa se articularan las intervenciones pertinentes para la asistencia de la menor afectada.

Finalmente, también valoraron –tal como señaló el Sr. Fiscal ante la Cámara– que no era un dato menor a evaluar que en autos se había condenado a S. L. C. por la comisión del delito de tenencia simple de estupefacientes, cometido mientras gozaba de un arresto domiciliario dispuesto en causa anterior y en relación con un domicilio distinto, de lo que se derivaba que la nombrada quebrantó la obligación impuesta.

En tales circunstancias, quedó de manifiesto que el decisorio contra el que en definitiva se dirige la vía recursiva se encuentra debidamente fundado y que, entonces, la impugnación no pasar de ser una mera discrepancia con la solución alcanzada que, por lo dicho, presenta una adecuada ponderación de los intereses en juego, asociados con el cuidado de la hija menor de la condenada, por un lado, y la normal ejecución de la sanción penal impuesta, por el otro, de manera que la tacha de arbitrariedad no puede prosperar.

Sobre este punto, debe tenerse presente que la aplicación de la doctrina respectiva es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (conf. CSJN, Fallos: 325:3265), circunstancias que, como expresé, no se configuraron en el caso sometido a análisis, en el que la decisión impugnada cuenta con un desarrollo argumental suficiente –derivado del derecho vigente y conforme las constancias acreditadas del caso– que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Para terminar, en cuanto a la exigencia de depósito contemplada en el art. 34 de la Ley N° 402, del presente legajo no surgen constancias que den cuenta de la iniciación de la solicitud del beneficio de litigar

sin gastos en favor de la Sra. S. L. C., por lo que entiendo que se debería certificar tal circunstancia y, eventualmente, la decisión adoptada para, en función de ello, proveer lo correspondiente.

V.

En virtud de lo expuesto, considero que los recursos de queja deducidos por la defensa particular de S. L. C. y por la Asesoría General Tutelar deben ser rechazados que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 398-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

El Ministerio Público de la Ciudad está compuesto por tres ámbitos independientes entre sí: la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar.

En cuanto a las funciones específicas de este último órgano mencionado, la Ley CABA N° 1903 prevé su necesaria intervención en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de niñas, niños y adolescentes, para promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de sus derechos, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal, o cuando fuere necesario frente a la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o cuando hubiere que controlar la gestión de estos últimos (cfr. art. 57, inc. 1 y 2, de la Ley CABA N° 1903, en su actual redacción).

Asimismo, la norma aludida también faculta a la Asesoría Tutelar a requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a resolver la situación de niñas, niños y adolescentes, cuando tome

conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles, tutores/as, curadores/as o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encontraren (cfr. art. 57 inc. 3 de la ley citada).

En cuanto al rol que le cabe al Asesor Tutelar en carácter de parte en el marco de un proceso penal, el art. 40 del Régimen Procesal Penal Juvenil (en adelante RPPJ) dispone que su intervención es obligatoria cuando resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad.

Por ello, las discusiones relativas a su legitimación procesal en los casos en que la persona imputada adquiere la mayoría de edad fueron definitivamente zanjadas por el TSJ, que afirmó en numerosas ocasiones que, una vez adquirida la mayoría de edad por la persona involucrada en el proceso, cesa la necesidad de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías especiales que asisten a la persona menor durante el proceso judicial, por lo que también, en esa oportunidad, culmina la participación de la Asesoría Tutelar (conf. Expte. N° 7287/10, “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘R., J. L. s/ inf. art. 189 bis CP’”, resolución del 27/04/11, Expte. N° 9272/12 “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por RID en: ‘Saucedo, Raúl Matías s/infr. art. 184 inc. 5 CP’”, 22/05/2013; Expte. N° 9705/13, “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘V., M. D. s/ inf. art. 189 bis CP’”, resolución del 04/12/2013, entre otros, y más recientemente y con la actual integración del Tribunal en Expte. N° 16198/19 “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Pereira Rojas, Jorge Miguel s/ 189 bis (2), portación de arma de fuego de uso civil’” y su acumulado, 26/08/20, voto de la Dra. Weinberg, al que adhirieron los Dres. Otamendi, De Langhe y Ruiz, ocasión en que el Dr. Lozano se remitió al Expte. N° 7287/10 citado supra en idéntico sentido–).

En el caso transcripto, se discutió el derecho del organismo tutelar de recurrir una decisión que, indirectamente, afectaba los derechos de una niña, hija de la condenada en el proceso penal.

Concretamente, en relación con el pedido efectuado por la defensa en cuanto a la morigeración del cumplimiento de la pena impuesta –a efectos de que se disponga la prisión domiciliaria– la magistrada interviniente recabó la opinión de la Asesoría Tutelar, en cumplimiento de las previsiones legales que imponen una evaluación de la situación de la hija de la condenada –de 10 años de edad–, en miras al interés superior de la niña en cuestión.

Ahora bien, frente a la decisión denegatoria del pedido de prisión domiciliaria, se inició una vía recursiva por parte de la defensa y la Asesoría Tutelar que derivó en la interposición –por la última– de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en la que me expedí por desconocer al organismo legitimación para recurrir, para lo cual sostuve tres órdenes de argumentos.

En primer lugar, señalé que la Asesoría Tutelar no estaba habilitada para intervenir en los términos del artículo 40 del RPPJ ya que la niña, cuyos intereses invocaba ese organismo para impugnar la decisión, no revestía el carácter de imputada, víctima o testigo. En función de ello, su participación en el proceso solo podía encuadrar en lo dispuesto en el art. 57, inc. 2 de la Ley CABA N° 1903, es decir, “intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes” para lo cual la jueza actuante recabó su opinión, previo a resolver sobre la solicitud de otorgamiento a la condenada –madre de la niña– de la prisión domiciliaria.

En segundo término, recalqué que en la etapa de ejecución de sentencia el ordenamiento procesal establece que solo el/la fiscal, el/la condenado/a o su defensa pueden plantear incidencias y, consecuentemente, son los que pueden impugnar las decisiones que se adopten –conf. art. 322 del CPPCABA–.

Finalmente, en lo relativo al derecho de la Asesoría Tutelar a impugnar la decisión adoptada, destaqué que además de no revestir el carácter de parte ni habérsele otorgado expresamente el derecho de recurrir –art. 280 del CPPCABA–, el pronunciamiento atacado no afectaba directamente el interés superior del niño/a, sino que su interés en orden a la modalidad de ejecución de la prisión impuesta a su progenitora era indirecto.

Esta postura tuvo acogida favorable por parte del Tribunal Superior de la CABA que, por mayoría –compuesta por el voto conjunto

de los jueces Marcela De Langhe, Santiago Otamendi e Inés M. Weinberg–, resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por la Asesoría Tutelar. Para eso, sostuvo que del marco normativo que conforma el art. 57 de la Ley N° 1903, art. 40 RPPJ de la CABA y el art. 322 del CPP-CABA es posible advertir que el MPT carece de facultades de actuación en el proceso penal cuando la persona menor de edad en cuyo favor intenta intervenir el mencionado organismo no reviste carácter de imputada, testigo o víctima, y cuando el caso se encuentra en la etapa de ejecución de sentencia; etapa en la que, según la norma, solo el fiscal, el condenado o su defensa técnica pueden efectuar planteos (según sentencia de fecha 20/11/2024).

En disidencia, los magistrados Luis Francisco Lozano y Alicia E. C. Ruiz postularon hacer lugar al recurso de queja y de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y mandar a que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con los lineamientos expuestos en sus respectivos votos.

Interrupción del plazo de prescripción de la acción penal

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 45030/2018-1. “Ministerio Público Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en L., T. A. y otros sobre 183- daños y otros”

CABA, 18 de noviembre de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el presente caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Dr. Martín Lapadú, titular de la Fiscalía de Cámara Oeste, contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, de fecha 20 de octubre de 2022.

II.

Entre los antecedentes del caso, corresponde destacar que, conforme el requerimiento de juicio –de fecha 18/09/2019– se le atribuye a T. A. L. haber desobedecido, con fecha 21 de octubre de 2018, siendo aproximadamente las 2.00 horas, en la intersección de Chivilcoy y la Avda. Francisco Beiró de esta Ciudad, la resolución dictada por la Dra. Samanta C. Biscardi, con fecha 04 de octubre de 2018, en el

marco del expediente nro. 67585/2018 del registro del Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, en la cual se dispuso la orden de prohibición de acercamiento y contacto –en un radio inferior a 300 metros– de T. A. L. hacia D. B. B., en cualquier lugar donde se encuentre y a su domicilio, bajo apercibimiento en caso contrario de pasar los antecedentes a la justicia penal. El día mencionado, D. B. B. egresó de su domicilio sito en [...] de esta Ciudad, junto con F. B., a bordo de la motocicleta del nombrado y luego de transitar algunos metros advirtió la presencia del imputado, quien se encontraba tripulando su rodado Fiat Punto, dominio [...] y los persiguió hasta la intersección de las calles Tinogasta y Bahía Blanca de esta Ciudad. La conducta fue subsumida bajo el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 del CP).

Del requerimiento de juicio se corrió traslado a la defensa –10 de octubre de 2019– a fin de que ofrezca prueba, en los términos del art. 209 del CPP (actual art. 221, conf. Ley N° 6347).

Tras la celebración de la audiencia del artículo 210 del ritual –actual 222, conf. Ley N° 6347–, el caso quedó radicado en el Juzgado PCyF N° 14 que, el 2 de diciembre de 2019, cursó la primera citación a juicio oral y público en relación con el hecho reseñado, fijando fecha de debate –en los términos del artículo 213 CPP, actual 225 conf. Ley N° 6347– para el 9 de abril de 2020.

El 13 de marzo de 2020 el juzgado pospuso la realización del juicio, en razón de que el día fijado para su celebración coincidía con el feriado de Pascuas, estableciéndose como nueva fecha el 6 de mayo del mismo año. Pero, el día previo a esta última fecha, se dispuso dejar sin efecto el debate en razón de la pandemia desatada por el virus SARS-COV-2 (con cita del DNU N° 297/20 y la Res. CM N° 59/20).

Con fecha 29 de mayo de 2020 la Sra. juez interinamente a cargo del Juzgado N° 14 resolvió brindar 15 días a las partes para que, en caso de arribar a una solución alternativa del conflicto, informasen tal circunstancia.

En respuesta a ello, la defensora interinamente a cargo de la Defensoría PCyF N° 11 hizo saber que se habían iniciado tratativas con la Fiscalía a efectos de arribar a un acuerdo previo al juicio oral, no obstante, lo cual, petitionó que se fijara la audiencia prevista por el art. 213 CPP, recién con posterioridad al cese del ASPO –Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio–.

El 22 de febrero de 2021 el titular del Juzgado PCyF N° 14, Dr. Gonzalo Viña, resolvió citar nuevamente a las partes a juicio, para los días 18 y 27 de mayo del mismo año, debate cuya primera jornada fue suspendida a solicitud de la defensa –sin perjuicio de la oposición formulada por la Fiscalía y la querella–, convocándose a una “audiencia de coordinación” (art. 3 Res. CM N° 57/2021) para el 20 de mayo.

Realizada esta audiencia y establecida otra nueva fecha de juicio para los días 27 y 28 de mayo de 2021, la defensa petitionó una vez más su suspensión, solicitando en esta oportunidad, la conformación de un tribunal colegiado. Respecto de ello, la Fiscalía interpuso un recurso de reposición, que fue rechazado el 8 de junio de 2021.

Una vez conformado el tribunal colegiado, el 11 de agosto de 2021 el Dr. Viña fijó fecha de debate para el 6 de octubre de 2021. Sin embargo, el 1° de ese mes, las titulares de los Juzgados PCyF N° 8 y 21, en su carácter de vocales del tribunal conformado, solicitaron que se deje sin efecto su constitución, pues entendieron que no se presentaban los requisitos al efecto, decisión compartida por el Presidente del tribunal.

Consecuentemente, el magistrado a cargo del Juzgado PCyF N° 14 fijó fecha de debate para el 30/11/21.

La defensa del imputado, el 28 de octubre de 2021, planteó excepción de falta de acción por prescripción al considerar que el último acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal fue la citación a juicio en los términos del art. 221 CPP –conf. Ley N° 6347/20– que tuvo lugar el 10 de octubre de 2019, por lo que, a su entender, había transcurrido el plazo legal de dos años para que opere la prescripción. Sostuvo su postura con cita del Plenario de la Cámara PPJCyF N° 4/17 “Ríos” y afirmó que, sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 6020 al entonces art. 213 CPP, la nueva norma no debía aplicarse en forma retroactiva por imperio del principio de legalidad.

El 30 de noviembre de 2021 comenzó el juicio oral y, como cuestión preliminar, se trató la excepción de prescripción que había planteado la defensa. Luego de su exposición, se corrió vista al Fiscal (pues la querella no compareció a la audiencia), quién petitionó el rechazo.

El Dr. Viña, rechazó dicho planteo, en base a que la Ley N° 6020 –que modificó el CPP– tenía naturaleza procesal por lo que regía desde su vigencia, y que el acto cuestionado por la defensa (fijación de la fecha de juicio) ocurrió con posterioridad a su sanción, lo que impedía

considerar la aplicación de la Ley N° 6020 como retroactiva. También sostuvo que esa reforma posee un carácter interpretativo y que, a todo evento, opera en forma retroactiva a la fecha de la sanción de la ley que interpreta –sin lesión a un derecho constitucional–.

A continuación, el juez declaró abierto el debate, ocasión en la que el imputado se allanó a la acusación fiscal y a la pena peticionada. Así, el magistrado dispuso un cuarto intermedio y convocó a las partes para la lectura de la sentencia el 07 de diciembre de 2021.

No obstante haberse celebrado la audiencia de juicio, el 02 de diciembre de 2021, la defensa presentó un nuevo pedido de prescripción de la acción, al considerar que la pretensión punitiva había fenecido a las 00:00 horas de ese día (en virtud del cómputo de plazo que, a su entender, debía efectuarse).

El mismo día, a las 15:46 horas, el Dr. Viña dictó sentencia en orden al hecho reprochado –ocurrido el 21 de octubre de 2018– y condenó a T. A. L. por ser autor responsable del delito de desobediencia, a la pena de 15 días de prisión, cuya ejecución fue dejada en suspenso y sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, por el término de dos años; con costas.

El 07 de diciembre del 2021, el Dr. Viña dio lectura a los fundamentos de la sentencia, mientras que el 10 de ese mismo mes y año rechazó el planteo de la defensa (articulado horas antes de la sentencia condenatoria) por considerar que el modo de cómputo de los plazos de la prescripción se encontraba regulado por el art. 6 del Código Civil y Comercial de la Nación, en función de la remisión dispuesta por el art. 77 del CP. Así, entendió que el plazo habría vencido a las 24 horas del 2 de diciembre, circunstancia que no acaeció por la condena dispuesta (que operó como nuevo hito interruptivo de la prescripción, en los términos del art. 67 inc. e) del CP).

Frente a las dos decisiones adversas adoptadas por el Dr. Viña, respecto de los planteos de prescripción postulados por la defensa en dos oportunidades, dicha parte interpuso sendos recursos de apelación, con fechas 6 y 15 de diciembre de 2021, respectivamente.

Ello motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones, que resolvió revocar los resolutorios de primera instancia y declarar la prescripción de la acción penal pretendida por la defensa, a la vez que dispusieron el sobreseimiento de L.

Contra dicho pronunciamiento jurisdiccional, el Sr. Fiscal de Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisibile por la Sala interviniente mediante resolución del 20 de octubre de 2022; lo que motivó la interposición de la presente queja por la que se me corre vista.

III.

La queja es formalmente procedente, porque fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Cabe recordar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibile por la Cámara de Apelaciones del fuero por entender que no se había logrado introducir una cuestión constitucional.

En este sentido, los jueces de la Sala III expresaron que los planteos efectuados por el recurrente únicamente se centran en una diferente interpretación de los alcances de disposiciones legales infraconstitucionales aplicables al caso y que, además resultaban insuficientes para descalificar lo decidido como acto jurisdiccional con fundamento en la tacha de arbitrariedad.

Empero, considero que el Sr. Fiscal de Cámara demostró la existencia de una decisión judicial arbitraria porque se apartó de las normas aplicables al caso, con clara afectación a la división de poderes (arts. 1, 5, 108, 121, 129 CN, 80 y ss. y 106 CCABA), a la vez que menoscaba el principio republicano de gobierno, con la consecuente afectación de las condiciones necesarias del debido proceso adjetivo (preámbulo y arts. 1, 10, 13.3, 106, 108 CCABA; preámbulo y arts. 1, 5, 14, 18, 28, 33, 108 CN).

Es decir, que no se trata de una mera discrepancia con la interpretación de normas de derecho común, sino que se afectó el principio de legalidad, entre otros, de raigambre constitucional.

Entonces, corresponde que la queja sea atendida y se abra la instancia de excepción reclamada por la parte que represento.

IV.

Con referencia al recurso de inconstitucionalidad deducido, cumple con los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, en

tanto fue presentado dentro del plazo de los diez días de notificada la decisión cuestionada, por escrito, ante el tribunal que dictó la decisión que se pretende atacar y por quien se encuentra legitimado para ello. Además, cuestiona una sentencia definitiva que pone fin al proceso y presenta un genuino caso constitucional.

a. Con relación a la decisión cuestionada, la misma pone fin al proceso al declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseer al imputado Lafuente, por lo que resulta la definitiva, en cuanto provoca la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal a la parte que represento.

b. Con referencia al caso constitucional, se plantea una controversia sobre la doctrina de arbitrariedad de sentencias y el alcance que corresponde otorgar al principio de legalidad (art. 13 CCABA, art. 18 CN, art. 9 CADH, art. 15 PIDCyP), sin limitarse a postular un mero desacuerdo interpretativo vinculado con el correcto alcance o sentido de la normativa infraconstitucional aplicable, sino de una cuestión constitucionalmente relevante –tanto por su trascendencia como por la posible proyección de lo resuelto sobre otros procesos–, que habilita la competencia del último interprete de la CCABA (art. 113.3) y puntualmente controvierte los alcances que los magistrados otorgaron a un principio de rango constitucional.

Los jueces de la Sala interpretaron que, en las presentes actuaciones, no resultaba aplicable la nueva redacción del art. 213 del CPP-CABA. En tal sentido, expresaron que la aplicación de la reforma del Código Procesal Penal de la Ciudad se encuentra vedada por la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, cuya única excepción solo procedería si fuera más benigna para el imputado (cfr. art. 2 CP). Y este principio se aplica a las normas vinculadas al instituto de la prescripción, que viene a imponer un límite a la facultad persecutoria del Estado, en estricto cumplimiento del principio de legalidad (art. 18 CN).

En consecuencia, se sostuvo que no se debía aplicar la reforma introducida por la ley N° 6020 y, de acuerdo a lo establecido en el Plenario N° 4/17 de esta Cámara de Apelaciones, en cuanto a que la causal de interrupción de la prescripción de la acción penal prevista en el art. 67, párr. 4°, inc. d), CP, era el acto contemplado en el art. 209, CPP (“cita-

ción a juicio”), había transcurrido el plazo previsto para que opere la prescripción de la acción penal.

Pero, esa interpretación de las normas en juego no es una derivación razonada del derecho vigente y, por ende, debe ser descalificada. Ello es así, porque le han otorgado virtualidad para interrumpir el curso de la prescripción en los términos del artículo 67 inc. d CP a un acto procesal que no implica la “citación a juicio” ni una decisión “equivalente”, siquiera antes de la reforma de la ley 6020. Para ello, se apoyaron en el Fallo Plenario 4/17 de la Cámara de Apelaciones en el que se concluyó que el anterior art. 209 del CPP era el acto interruptivo al que alude el Código Penal, pero nada dijeron de la voluntad del legislador expresada en la reforma de la ley 6020 en cuanto aclaró cuál era el acto procesal capaz de interrumpir el curso de la prescripción penal (art. 225 CPP), resultando ser otro distinto al contemplado en el fallo plenario.

Entonces, resulta de aplicación la reforma introducida por la ley n° 6020 de carácter netamente procesal, la que se aplica (salvo situaciones expresamente contempladas) a los procesos en curso, conforme pacífica jurisprudencia de la CSJN que al respecto tiene dicho que “las normas de procedimiento resultan aplicables a las causas en trámite, salvo que afecten la validez de los actos ya cumplidos de conformidad con leyes anteriores” (Cfr. Fallos 319:2844; 321:532 y 3250; 323:1727, entre otros. “[l]as nuevas leyes que se dicten pueden regir las causas pendientes. No existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento (...) [l]a posibilidad de ejecutar reformas debe ser siempre facultad de la legislatura, y se crearía una interminable confusión en los procedimientos si cada caso debiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron y solo por los tribunales entonces existentes” (Cfr. Fallos: 249:343; 310:2845; 319:1675; 343:865).

En el presente caso, la primera citación a juicio –art 225 CPP– se formalizó el 2 de diciembre de 2019 cuando ya se encontraba vigente la Ley N° 6020, que señala a este acto procesal como una de las causales interruptivas del curso de la prescripción de la acción penal.

El representante del MPF había sostenido que la reforma introducida por la Ley N° 6020 al actual art. 225, CPP no implicó un cambio sobre una regulación jurídica –es decir, que en su visión no

hubo una sucesión temporal de leyes modificatoria de los hitos interruptivos de la prescripción ni un escenario que produzca efectos análogos–, sino que se trató de una pauta interpretativa y aclaratoria para una regulación existente. En tales condiciones, resulta dogmática la simple manifestación de la Cámara referida a que en el caso se presenta un supuesto de aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa para el imputado, toda vez que descarta, sin refutar ni dar razón alguna para ello, la interpretación propiciada por la parte recurrente sobre este punto.

En consecuencia, la falta de respuesta a los argumentos desarrollados por la parte recurrente, sumado a la no aplicación al caso del derecho vigente por parte de los jueces de la Cámara, convierte a la decisión adoptada en un pronunciamiento no válido y, por ende, arbitrario.

En tal sentido, es doctrina de la CSJN que “Si bien los argumentos del recurso extraordinario remiten al examen de cuestiones de derecho común que, en principio, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal premisa cuando la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las disposiciones normativas aplicables al caso” –Fallo 341:1352– también ha expresado que “Es condición de las sentencias judiciales que constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias del caso por lo que la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante” –Fallo 339:459–, extremos que se verifican en autos, conforme lo expuesto precedentemente.

En un caso similar al presente, el TSJ al pronunciarse sostuvo que “... es evidente que la resolución de la Cámara no contiene una fundamentación suficiente, exigible a todo fallo judicial, en tanto omitió abordar una cuestión conducente para la adecuada solución del caso, ignorando las razones concretas invocadas por los acusadores” –Expte. N° INC 13660/2017–8 “INCIDENTE DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS “GÓMEZ, EDGAR ALBERTO SOBRE 149 BIS – AMENAZAS”, sentencia del 15 de junio de 2022–.

Finalmente, no puedo dejar de remarcar que el actual art. 225 del CPP debe interpretarse en consonancia con el art. 67 inc. d) del CP, de manera que ambos preceptos normativos se concilien entre sí, debiendo entenderse como actos interruptivos del curso de la acción penal las citaciones a juicio que se formalicen en cada caso penal y no solamente la primera, ya que esta última condición no fue impuesta por el legislador nacional, el que, por otra parte, cuando quiso establecer un límite lo hizo, como por ejemplo en el inc. b) en cuanto dispone que “El primer [el resaltado me pertenece] llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado”.

Por consiguiente, el curso de la prescripción en el presente legajo fue interrumpido por: a) la intimación del hecho al imputado –16/04/2019–; b) el requerimiento de juicio de la fiscalía –17/04/2019–; c) autos de citación a juicio de fechas 02/12/2019; 13/03/2020; 22/02/2021; 20/05/2021; 11/08/2021; 01/10/2021 y d) la sentencia condenatoria –02/12/2021–.

Ello determina la plena vigencia de la acción penal relativa al delito por el que se requirió la realización del juicio.

Sobre el tema de fondo, me parece oportuno destacar que la prescripción de la acción penal opera como consecuencia de la inactividad del órgano encargado de impulsarla. En este contexto, y dentro de la órbita local, es el Ministerio Público Fiscal quien lleva adelante la investigación penal preparatoria y no se advierte en el caso su inactividad; muy por el contrario, ha impulsado el proceso por las distintas etapas en tiempo oportuno. No puede dejar de señalarse las vicisitudes del trámite en la etapa de juicio, en la que en seis oportunidades se fijó fecha para el debate y fue suspendido en varias oportunidades, ninguna imputable al representante de la vindicta pública. Como puede advertirse con todo lo expuesto, el a quo no aplicó la normativa vigente al momento de resolver, circunstancia que demuestra la existencia de un caso constitucional que impone descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido.

Por todo ello, es que el recurso de inconstitucionalidad de la fiscalía debe ser admitido y revocarse la decisión judicial adoptada en segunda instancia.

V.

Por todo lo expuesto, considero que debe hacerse lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducido por la Fiscalía de Cámara Oeste y, revocar el fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones que, ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 409–2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

La facultad persecutoria del Estado, a efectos de aplicar las consecuencias con que el Código Penal amenaza frente a la comisión de un delito, se extingue con el transcurso del tiempo –prescripción de la acción penal– en determinadas circunstancias; extremo este último que ha suscitado diversas controversias, fundamentalmente vinculadas con las causas que producen la suspensión y la interrupción del término de la prescripción.

En primer lugar, cabe señalar que la acción penal prescribe –en lo que aquí interesa– después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito investigado, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, por lo que no pueden en ningún caso bajar de dos años –art. 62, inc. 2, del CP–. Por otra parte, el artículo 67 del Código de fondo establece que la prescripción se interrumpe solamente por la comisión de otro delito (inc. a); el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial –con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado– (inc. b); el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente (inc. c); el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente (inc. d); y por último, el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme (inc. e).

La extinción de la acción penal constituye materia de derecho penal sustantivo y, por ello, el legislador nacional la ha regulado en el Código Penal, con alcances en todo el territorio nacional.

Ahora bien, en el ámbito federal y provincial rigen diversos ordenamientos procesales, en cuanto cada provincia se ha reservado el derecho de dictar su propia legislación de forma, por lo que no existe absoluta uniformidad o simetría en las distintas formas de organización del proceso y la determinación de los actos procesales que lo integran.

Una demostración cabal de ello está constituida por la circunstancia de que el propio Código Penal, al hacer referencia a determinados actos –el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, el auto de citación a juicio, propios del Código Procesal Penal de la Nación– aludió a “la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente” y al “acto procesal equivalente”, por lo que se remite de tal modo a la regulación de los respectivos ordenamientos provinciales.

En función de lo expuesto, según el caso, la determinación concreta de cuáles actos procesales habrá de interrumpir el curso de la prescripción en los términos del referido artículo 67 dependerá del ordenamiento procesal respectivo.

El tema que ha dado lugar a posturas contrapuestas y sobre el que versa el dictamen que comento se vincula con la determinación del acto procesal que en nuestro ordenamiento procesal se identifica con la “citación a juicio o acto procesal equivalente” al que se refiere el art. 67, inc. d), del Código Penal.

De acuerdo con la postura que he adoptado el acto procesal regulado en nuestro CPPCABA que se corresponde con el previsto en el citado inciso d) del art. 67 del CP es la convocatoria del imputado a la audiencia de debate, antes regulada por el art. 213 –actual art. 226–.

La Ley CABA N° 6020 introdujo una serie importante de modificaciones a diversos artículos del CPPCABA, a la vez que –en lo que aquí interesa– vino a confirmar el criterio mencionado, al incluir una pauta de interpretación de la disposición legal de fondo que prevé las causas de interrupción de la acción penal.

Así, quedó definitivamente aclarado que, a lo largo del transcurso de las tres etapas del proceso penal, existen distintos hitos interruptivos del curso de la prescripción: en la etapa inicial, el primer llamado al imputado para la intimación del hecho “interrumpe el curso de la

prescripción de la acción penal de conformidad con el art. 67, inc. b), del Código Penal” –art. 172 del CPPCABA, en su actual redacción–; el requerimiento de juicio de la Fiscalía y/o de la querrela con los que se clausura la investigación preparatoria “interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con el art. 67, inc. c, del Código Penal” –art. 218 y 219 del CPPCABA–; en la etapa de juicio, las citaciones que se efectúen a la audiencia de debate –no solamente la primera– “interrumpe[n] el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con el art. 67, inc. d, del Código Penal” –art. 225 del CPPCABA–; y, por último, el dictado de la sentencia condenatoria, hito interruptivo respecto del cual no hizo falta regulación local alguna, dado que, sea cual fuera la jurisdicción y su sistema de enjuiciamiento, en todo proceso se halla prevista la eventualidad de esa decisión, que le pone fin (art. 67, inc. e, del CP).

La forma expresa en que el ordenamiento procesal especifica las causales interruptivas descriptas –con una referencia directa al contenido del Código de fondo– pone de manifiesto la voluntad del legislador de la CABA de establecer una pauta interpretativa para esclarecer cuáles son los actos del procedimiento local que, de acuerdo con el Código Penal, interrumpen el curso de la prescripción.

Ello así dado que, el nuevo escenario normativo no le otorgó virtualidad interruptiva a ningún acto que, previo a la reforma, no tuviera ese carácter.

No obstante, en varias ocasiones –en casos a los que me referiré a continuación– distintas Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero sostuvieron que no debían aplicarse en un proceso en trámite las reglas procesales introducidas por la Ley CABA N° 6020, por cuanto ello implicaría la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa para el imputado.

Para arribar a esa conclusión se recurrió al criterio adoptado en el Acuerdo Plenario N° 04/17 “Ríos” –previo a la Ley CABA N° 6020–, en el que se había considerado que la “citación a juicio” al que hace referencia el art. 67, cuarto párrafo, inciso d), del CP, era el acto procesal contemplado entonces en el art. 209 del CPPCABA –cuyo título remitía a la “citación para juicio”–.

Sin embargo, más allá del título del mencionado artículo 209 del Código Procesal, su contenido nada tenía que ver con una “citación a

juicio” pues se trataba del traslado a la defensa respecto del requerimiento acusatorio en la etapa intermedia del proceso.

En efecto, según el texto del artículo 209 –actual art. 221–, que en lo que aquí interesa no fue en modo alguno modificado –pues la Ley CABA N° 6020, solo realizó un cambio en el título–, “recibido el requerimiento de juicio, el/la Juez/a correrá traslado a la defensa, que tendrá cinco (5) días para ofrecer pruebas y plantear todas las cuestiones que entienda deban resolverse antes del debate”.

De tal modo, la única circunstancia que en el fallo plenario se tuvo en cuenta a los efectos de establecer cuál era en el ordenamiento procesal local el acto que se correspondía con la disposición del artículo 67, cuarto párrafo, inciso d), del CP, fue el título consignado al capítulo que se iniciaba en el artículo 209 del CPPCABA.

Teniendo en cuenta el criterio establecido en el fallo plenario, la Cámara de Apelaciones –en el caso que comento– le otorgó virtualidad interruptiva al traslado del requerimiento de juicio y concluyó que la reforma de la Ley CABA N° 6020, al modificar los hitos interruptivos de la prescripción, perjudicaba al imputado, que había sido condenado cuando la acción ya no estaba vigente.

Más allá del mérito de la postura establecida en el fallo plenario aludido y los diferentes argumentos utilizados en la decisión del caso comentado, lo cierto es que –conforme lo adelanté– la modificación efectuada no constituyó una reforma de lo anteriormente establecido sino que el actual artículo 226 del CPPCABA otorgó certeza respecto del acto procesal interruptivo de la acción penal previsto en el artículo 67, inciso d), del Código Penal y echó por tierra cualquier tipo de especulación respecto de qué auto debe ser considerado citación a juicio en el proceso penal local.

De tal modo, las disposiciones de la Ley CABA N° 6020 no pueden ser consideradas ley más gravosa para el imputado/a y por ello inaplicables, ya que no introducen ninguna modificación ni regulación jurídica que produzca efectos adversos en materia de interrupción del curso de la prescripción, sino que solo incorporan una pauta aclaratoria, por la que se reafirma que el acto con capacidad de interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal al que alude el inciso d) del artículo 67 del CP es la citación a la audiencia de debate.

Finalmente, cabe destacar que la pretendida inaplicabilidad de las nuevas normas a un proceso ya iniciado sobre la base del principio de irretroactividad de la ley penal contradice la jurisprudencia pacífica de la CSJN en cuanto a que las disposiciones de carácter procesal deben aplicarse a todos los casos en trámite, salvo cuando afecten la validez de los actos cumplidos durante la vigencia de las leyes anteriores; circunstancia excepcional que no concurría en el caso.

La postura expuesta fue reiterada por el suscripto en numerosas ocasiones, al emitir los Dictámenes FGA N° 137/2023 (Expte. N° QTS 41564/2019–5, “Ministerio Público – Defensoría General de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos ‘D. S. L., A. F. s/ 149 bis – Amenazas’”), N° 253/2023 (Expte. N° 13660/2017–8 “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos”) y N° 128/2023 (Expte. N° 39470/2019–6 “Ministerio Público – Defensoría General de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación ‘Cornejo, David Gastón s/ 149 bis – amenazas’”).

En el precedente transcripto y en el caso “D. S. L., A. F. s/ 149 bis – Amenazas”, el Tribunal Superior de la CABA resolvió rechazar los recursos de queja introducidos, al considerar que la cuestión se remitía al análisis de derecho común e infraconstitucional que no habilitaban la instancia excepcional pretendida (sentencias de fecha 16/08/2023 y 07/02/2024 respectivamente).

Respecto de la causa N° 13660/2017–8 “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos”, por sentencia de fecha 29/05/2024, el TSJ resolvió que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa particular del imputado estaba mal concedido, por cuanto en el transcurso de la impugnación concedida –solo respecto del alcance dado al principio de legalidad– la Sala III de la Cámara de Apelaciones, al intervenir en la apelación de la sentencia condenatoria, revocó la decisión de grado y declaró la prescripción de la acción penal.

Para concluir con el examen de las cuestiones relativas a la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo, resulta oportuno señalar la postura que fijé en lo relativo a la suspensión de la prescripción de la acción penal vinculada al otorgamiento de una *probatión* luego revocada.

En el caso que menciono (Dictamen FGA N° 272/2022, emitido el 08/07/2022 en Expediente N° 22970/2017-5, “B., H. E. s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘B., H. E. s/ 149 bis – Amenazas, CP (P/ L 2303)’”, además de reiterar mi postura sobre el marco procesal en que se inscribe la Ley CABA N° 6020 y la definición que realicé en cuanto a que no constituye un cambio en la regulación jurídica del instituto de la prescripción y de las causales que interrumpen su curso, sostuve que frente a la revocación de una suspensión del proceso a prueba, el curso de la prescripción se reanudaba con el auto de inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley N° 402 –en cuanto dispone que mientras el TSJ no haga lugar a la queja no se suspende el curso del proceso–, de lo que no cabe sino inferir que, entonces, se reanuda su trámite y, por ello, el cómputo de los plazos de prescripción.

Sobre esa base, afirmé que la interpretación de la Cámara de Apelaciones del fuero de extender el plazo de suspensión de la prescripción hasta el momento en que la decisión de revocar la *probation* quedara firme colisionaba con lo dispuesto en el art. 33 de la Ley N° 402.

En ocasión de decidir el Tribunal Superior al respecto, el Dr. Luis Francisco Lozano –sentencia de fecha 08/02/2023– emitió su voto en disidencia y, en forma coincidente con el suscripto, señaló que el significado de firmeza se refiere a que la decisión no puede ser conmovida por un recurso, mientras que “ejecutoriada” es aquella cuyos efectos no han quedado suspendidos.

De ese modo, concluyó que la decisión puede estar ejecutoriada y no firme cuando está sujeta al resultado de un recurso cuyo efecto es solo devolutivo, y que, en concreto, en lo que respecta al momento en que la decisión revocatoria de la *probation* comienza a producir efectos, debe estarse a la instancia de reanudación del trámite del proceso que le da vida a la acción.

En definitiva, el magistrado consideró que –como regla– debe considerarse reanudado el curso de la prescripción en aquellos casos en los que existe una sentencia ejecutoriada, aunque no firme.

La actuación en juicio penal de los auxiliares fiscales y fiscales subrogantes

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Expediente N° 273853/2021-2,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Oeste de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado
en C., O. A. s/ Art. 14, párr. 1 - Tenencia
de estupefacientes”

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el presente caso a la Fiscalía General para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Dr. Martín Lapadú, titular de la Fiscalía de Cámara Oeste, contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, de fecha 7 de noviembre de 2022.

II.

Entre los antecedentes del caso, corresponde destacar que las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia del hecho acaecido el 21 de diciembre de 2021, a las 11.00 horas aproximadamente, en la intersección de las manzanas [...] de esta Ciudad, oportunidad en la cual O. A. C. llevaba consigo cuarenta y nueve (49) envoltorios de *nylon* transparente, que poseían en su interior una sustancia granulada de color blanca que, al ser sometida al test de orientación cromática, arrojó resultado positivo para cocaína, con un peso total aproximado de 8,7 grs.

El episodio fue encuadrado en la figura de tenencia simple de estupefacientes, prevista en el art. 14, párrafo primero, de la Ley nacional N° 23737. Por otro lado, el día 23 de diciembre del año 2021, a pedido de la Unidad de Flagrancia Oeste, se celebró la audiencia prevista en el art. 184 del código de rito, oportunidad en la cual el Dr. Alejandro Foster –auxiliar fiscal– sostuvo que la materialidad de los hechos pesquisados se encontraba acreditada con el grado de provisoriedad propio del estadio procesal por el que transitaba el caso y, que existían indicios ciertos que daban por verificado un peligro de fuga; todo lo cual condujo a solicitar la imposición de la prisión preventiva de O. A. C.

Luego de sostener la Dra. Valeria Sleiman –auxiliar defensora– la postura contraria, la titular del Juzgado PCyF N° 8, Dra. Natalia Molina, resolvió rechazar el pedido de prisión preventiva incoado por este Ministerio Público Fiscal por considerar, en lo sustancial, que no se verificaba el riesgo procesal expuesto por la Fiscalía. Por otra parte, dispuso imponer las siguientes medidas restrictivas (art. 185 CPPCABA): 1) Comparecer cada quince (15) días, ante la sede de la Fiscalía interviniente sito en la calle Paseo Colón N° 1333 de esta Ciudad, en el horario comprendido entre las 9:00 y 15:00 horas, debiendo presentarse por primera vez el lunes 27 de diciembre de 2021 en el rango horario señalado; y 2) Cumplir con todas las citaciones que cursara tanto el Juzgado como la Fiscalía interviniente.

Contra dicho pronunciamiento, el Dr. Alejandro Foster interpuso un recurso de apelación que motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Sergio Delgado, Fernando Bosch y José Sáez Capel.

La Fiscalía de Cámara sostuvo el recurso interpuesto por el auxiliar fiscal asignado a la Unidad de Flagrancia Oeste en los términos del art. 294 del CPPCABA y postuló la revocatoria del temperamento adoptado en la anterior instancia.

Por pronunciamiento del 25 de agosto de 2022, la Sala interviniente, por mayoría integrada por los Dres. Delgado y Sáez Capel, resolvió “DECLARAR LA NULIDAD de la audiencia prevista por el art. 184 del CPPCABA y de todos los actos que su directa consecuencia, conforme lo prescriben los arts. 78.2 y 81 CPPCABA...”.

En sustento de dicha decisión, en el voto del Dr. Delgado –a cuyos términos adhirió el Dr. Sáez Capel– se sostuvo que el pedido de prisión preventiva había sido efectuado por un auxiliar fiscal, sin que se acreditara delegación alguna o justificación de la falta de participación del Fiscal a cargo de la Unidad de Flagrancia Oeste, que es quien ejerce la acción penal por mandato constitucional. Asimismo, se afirmó que el art. 3 de la Ley N° 1903 no autoriza a los auxiliares fiscales a impulsar la acción penal, y tan solo les permite participar, bajo supervisión, de las audiencias que les son indicadas; sin embargo, les está vedado actuar de manera autónoma en ausencia del Fiscal (cfr. art. 37 bis).

Por último, se aseveró que mientras los funcionarios actuantes en calidad de fiscales auxiliares no superen el proceso constitucionalmente establecido de selección de fiscales, ni la ley ni los reglamentos que dicta el Fiscal General, ni las resoluciones específicas que intenten implementarlos “puede encomendarle la persecución de los delitos sin desoír las claras cláusulas constitucionales invocadas que se deben respetar en este asunto, los jueces deben tolerar su intervención en las audiencias, en ausencia del titular de la acción penal”, a lo que se agregó que los auxiliares fiscales solo pueden participar bajo la supervisión del Fiscal en las audiencias que le son indicadas, y que esa era la única interpretación constitucional” que puede darse a la norma prevista en el art. 37 bis de la Ley N° 1903, sin que entrara en colisión con el art. 126 CCABA.

Contra esa decisión, con fecha 09 de septiembre del año 2022, el Sr. Fiscal de Cámara interpuso un recurso de inconstitucionalidad, cuya inadmisibilidad declarada por auto del 7 de noviembre de 2022 –por mayoría–, motivó la queja por la que se corre vista.

III.

La queja es formalmente procedente, porque fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada –aspecto reconocido por la mayoría de la Sala interviniente auto de inadmisibilidad– y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Cabe recordar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisile por la Cámara de Apelaciones del fuero por entender que la impugnación no cumple con las exigencias relativas al carácter

definitivo o equiparable a tal de la decisión atacada y que no se logró introducir de manera adecuada una cuestión constitucional.

1. En efecto, en lo que se refiere al primero de tales aspectos, en el voto del Dr. Delgado se sostuvo que en el recurso de inconstitucionalidad “no se ha explicado por qué sería equiparable en sus efectos a una sentencia definitiva, lo que se afama solo dogmáticamente y con invocación a la trascendencia institucional, que tampoco se explica, salvo por la referencia a las posibles consecuencias sobre universo de casos que trasciende los intereses particulares de este legajo y de los que no se da ejemplo alguno”.

Respecto del punto, el Dr. Bosch se limitó a sostener que el remedio intentado “no está dirigido contra una sentencia definitiva, aspecto este último que por sí solo sellaría la suerte de la impugnación en trato”, a lo que agregó su coincidencia, en lo sustancial, con los argumentos desarrollados por su colega.

Una superficial lectura de los votos citados es suficiente para advertir que, en rigor de verdad, se omitió absolutamente abordar un verdadero análisis de la cuestión relativa a la gravedad institucional invocada y a las consecuencias que a tal extremo corresponde asignar en orden al examen de admisibilidad del remedio procesal intentado, habiéndose recurrido a afirmaciones dogmáticas que no se ajustan a las constancias del caso, para rechazar y obturar de esa forma la reclamada intervención de ese Tribunal Superior.

En esa dirección, cabe recordar que el Sr. Fiscal de Cámara ya en su recurso de inconstitucionalidad, al desarrollar las razones por las que correspondía tener por superados los requisitos de admisibilidad, adelantó que la cuestión discutida revestía trascendencia institucional.

Se encuentra fuera de discusión que una cuestión reviste gravedad institucional cuando excede el interés de las partes y atañe también al de la colectividad o compromete a las instituciones básicas, habiéndose decidido que para su procedencia es requisito sine qua non la existencia de un caso constitucional. (Del voto de la jueza Ana María Conde, al que adhieren los jueces Luis Francisco Lozano y José Osvaldo Casás. Voto compartido por la jueza Alicia E. C. Ruiz en “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Jorge Adrián c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 6472/09, sentencia del 20/10/2009).

Pues bien, tal como se pone de manifiesto en la queja que viene a defender el recurso de inconstitucionalidad denegado, la invalidación de oficio de la actuación regular de un funcionario del Ministerio Público Fiscal en calidad de auxiliar fiscal, de acuerdo con los términos de la Ley N° 1903 –según texto reformado por Ley N° 6285– y Resoluciones de la Fiscalía General de la CABA que constituyen su reglamentación –Resoluciones FG N° 28/20 y 49/21–, excede el mero interés de las partes involucradas en este proceso y se proyecta, en sus efectos, a un número indeterminado de casos, en tanto compromete el cumplimiento eficaz de las funciones constitucionalmente asignadas al Ministerio Público Fiscal, a la vez que afecta de modo directo a la comunidad, por cuyos intereses debe velar el organismo que presido, de acuerdo con su misión constitucional y legal.

Así, luego de invocarse la doctrina respectiva para justificar la flexibilización del análisis relativo al cumplimiento de la exigencia inherente al carácter definitivo o equiparable a tal de la decisión atacada –ello con aval de jurisprudencia del Tribunal Superior y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, en un extenso pasaje del recurso de inconstitucionalidad se hizo referencia a la figura del auxiliar fiscal, su regulación en el ámbito local, provincial y federal, y en particular, al aporte que ha constituido para la celeridad y eficiencia en la tramitación de los procesos, en consonancia con lo que la sociedad vienen reclamando sostenida y denodadamente de los operadores judiciales en su conjunto; asimismo, se destacó el rol fundamental que cumple la figura en el funcionamiento actual de la justicia y el impacto positivo que ha implicado en cuanto a la calidad institucional, máxime con la modificación de los procesos iniciados mediando flagrancia, para hacer frente al exponencial incremento de los casos.

Es decir que, frente a la realidad imperante en los tribunales a raíz del reciente número de casos y la escasez de los recursos para afrontar su tramitación de una manera adecuada y eficiente, el legislador local –tal como también lo hicieron distintos órganos legislativos del orden provincial y nacional– ha dictado leyes que, teniendo en consideración la organización jerárquica propia del organismo autónomo encargado del ejercicio de la acción penal, establecen la actuación de funcionarios que intervendrán en los procesos penales bajo la supervisión y responsabilidad de magistrados constitucionalmente designados y en funciones,

cuyo desempeño además se ajusta a la propia reglamentación habilitada por la normativa establecida –cfr. artículo 38, párrafo 2 de la Ley N° 1903–.

En tal situación, la pretendida falta de explicación que el Dr. Delgado le atribuye al recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la invocada trascendencia institucional de la cuestión involucrada, constituye un apartamiento de las constancias del caso, pues se niega lo que aparece evidente de la mera lectura del remedio procesal articulado.

Por otra parte, su postura implica tanto como otorgar a lo decidido carácter inocuo o intrascendente para otros casos, no obstante que el desconocimiento de la validez constitucional de las normas en cuestión –a las que no se las tachó de inconstitucionalidad– y de la consecuente intervención asumida por tales funcionarios, obviamente puede extenderse a un número indeterminado de procesos, circunstancia que proyecta sus consecuencias y afecta no solamente los intereses de quienes allí revistan la calidad de partes, sino de toda la comunidad.

Resulta entonces evidente que, en tales circunstancias, la dogmática negación de haberse acreditado la trascendencia institucional que conlleva la decisión adoptada por la mayoría de la Sala III, aparece como un mero capricho que implica omitir sin tapujos la amplia fundamentación que el Sr. Fiscal de Cámara incluyó en el recurso de inconstitucionalidad para demostrar la aplicabilidad al caso de la doctrina citada.

Ello, por otra parte, no puede sino interpretarse como una nueva arbitrariedad en el legajo de parte de la Sala interviniente, esta vez, tendiente a evitar la intervención del Tribunal Superior a efectos de revisar las graves afectaciones constitucionales derivadas de su anterior pronunciamiento en el caso.

La escueta adhesión que ensayó el Dr. Bosch al voto de su colega preopinante omite toda referencia a la cuestión de la trascendencia institucional del tema planteado –la que fue admitida por el Dr. Sáez Capel en su voto disidente–, lo que, sumado a lo ya expuesto, deja sin sustento alguno la decisión adoptada sobre el punto.

2. En lo que se relaciona con el requisito de debida introducción de una cuestión constitucional, también el recurso de queja demuestra de manera exitosa que, en ocasión del recurso de inconstitucionalidad, se articularon agravios que tienen inmediata vinculación con la aplicación e interpretación de cláusulas constitucionales.

En tal sentido, en el auto denegatorio el Dr. Delgado sostuvo que “el recurrente no ha logrado fundamentar de qué manera la resolución emitida por esta Sala, habría agravado el principio republicano en función de los actos de poder y del debido proceso legal ni tampoco de qué forma habría incurrido en un exceso y jurisdiccional y en un supuesto de arbitrariedad”, en tanto se ciñe a la interpretación y aplicación de normas de rango constitucional.

Sin embargo, el magistrado citado pretende de ese modo disimular que se planteó que, en la decisión del caso, resultaba decisivo el alcance que se otorgó al artículo 126 de la Constitución de la CABA, en tanto se negó toda posibilidad –mediante, ley o reglamento dictado por el Fiscal General– de “reemplazar a los fiscales en las audiencias en las que está prevista su intervención sin subvertir el orden constitucional”, haciéndose alusión a la única interpretación constitucional posible de la Ley N° 1903, de modo tal que, entonces, la aplicación de la ley efectuada se encuentra en inmediata relación con los alcances de la cláusula constitucional referida.

Es que, como con acierto se ha dicho, “para determinar si verdaderamente” una contradice la Constitución, las normas constitucionales –al igual que las legales– deben ser interpretadas y precisadas por los jueces. Pensar que los preceptos constitucionales pueden ser aplicados a los casos particulares sin una previa precisión interpretativa es una ilusión” –conf. Bouzat, Gabriel, “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, pág. 204–.

Pues bien, tal tarea de interpretación de la cláusula constitucional del art. 126 resulta inevitable a los efectos de realizar la afirmación incluida en el fallo atacado, lo que demuestra la debida configuración de una cuestión constitucional, más allá de que en el fallo en cuestión dicha tarea brille por su ausencia.

Por otra parte, si bien el pronunciamiento impugnado hizo referencia a la “interpretación” de la Ley N° 1903, ello sólo constituyó un velo para esconder que, en rigor de verdad, el temperamento adoptado importó la no aplicación de la ley, proceder contrario a la obligación que en tal sentido pesa sobre el órgano jurisdiccional, salvo declaración de inconstitucionalidad. Y la pretendida “interpretación” que no es tal,

en esta instancia fue utilizada como excusa –por lo dicho y como habrá de demostrarse más adelante, no es un verdadero argumento– para coartar el acceso al conocimiento de las cuestiones constitucionales planteadas por parte de ese Tribunal Superior, lo que es inaceptable.

De tal manera, se demostró que se vulneró el principio de división de poderes, en especial, las facultades del art. 80, inc. 2 de la CCABA, en cuanto señala que la Legislatura de la Ciudad legisla en las materias comprendidas en su competencia, en particular, aquellas de los arts. 124 y 125 CCABA y la autonomía del Ministerio Público Fiscal consagrada, además, por el texto constitucional en el art. 124, teniendo como base la independencia introducida por el art. 120 CN a partir de la reforma de 1994.

Por lo demás, también el invocado exceso jurisdiccional atribuido por el Fiscal de Cámara a la decisión atacada resulta apto para la apertura de la instancia extraordinaria pretendida, en tanto la invalidación vendría a ser la consecuencia de la supuesta violación de garantías constitucionales que ni siquiera se individualizan, vehículo utilizado para abordar cuestiones ajenas al conocimiento que competía a la Sala interviniente.

En relación con los aspectos señalados, la queja puso de manifiesto que el recurso de inconstitucionalidad acreditó fundadamente que la decisión comprometía el alcance y la inteligencia que corresponde otorgar al artículo 106 CCABA al asignar al “Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por (ella)”; norma que, para este caso, se encuentra reglamentada por el conocimiento otorgado a la jurisdicción con los alcances y límites del trámite regulado en el artículo 288 CPPCABA.

Finalmente, los cuestionamientos efectuados en relación con los fundamentos de la decisión en lo referente a los agravios aludidos sustentaron la tacha de arbitrariedad, de modo tal que se demostró que la controversia versa sobre el principio de fundamentación de los actos de poder, derivado de la forma republicana de gobierno (arts. 1 CN y 1 CCABA), y sobre los alcances de la garantía del debido proceso prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, receptado por el art. 10 de la Constitución local.

De tal modo, contra lo que se afirma en el auto denegatorio, los agravios desarrollados no importaron una mera discrepancia con la

interpretación de normas de derecho común ni una referencia ritual a garantías constitucionales, sino que allí se articularon en debida forma las cuestiones constitucionales que la discusión planteada suscita, por lo que corresponde que la queja sea atendida y se abra la instancia de excepción reclamada por la parte que represento.

IV.

Con referencia al recurso de inconstitucionalidad deducido, cumple con los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, en tanto fue presentado dentro del plazo de los diez días de notificada la decisión cuestionada, por escrito, ante el tribunal que dictó la decisión que se pretende atacar y por quien se encuentra legitimado para ello.

1. En lo que atañe a la observancia del requisito relativo al carácter definitivo de la sentencia atacada, más allá de lo ya señalado al tratar la presentación directa, corresponde reafirmar que lo decidido reviste gravedad institucional, de modo tal que, entonces, el gravamen irrogado por la decisión cuestionada resulta solo susceptible de tardía reparación y reclama la inmediata intervención del Tribunal Superior.

En este sentido, la Corte Suprema creó pretorianamente la noción que en supuestos de gravedad institucional corresponde prescindir de algunos de los requisitos corrientes de la apelación federal, teniendo en miras la preservación de los derechos fundamentales de la sociedad.

En el caso “Antonio, Jorge” –conf. Fallos: 248:189– la Corte analizó en profundidad la base de justificación de la institución, oportunidad donde se sostuvo que, así como la ausencia del interés institucional, contemplado por la jurisprudencia como aquellas cuestiones federales insustanciales, autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria; la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la Intervención del tribunal superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional.

En función de ello, se ha admitido la flexibilización del examen de admisibilidad relativo al cumplimiento del requisito vinculado al carácter definitivo de la sentencia impugnada en aquellos casos en que la cuestión discutida, por involucrar determinados aspectos –las instituciones fundamentales, conflictos entre poderes del Estado, el servicio de administración de justicia, el sistema electoral, educativo

o incluso el sistema federal, entre muchos otros– trasciende el mero interés de la partes.

Sentado lo precedente, lo resuelto por los magistrados de la Sala III que conformaron la mayoría, importa la invalidación de lo actuado regular y legalmente por un funcionario del Ministerio Público Fiscal en causa penal, situación que podría proyectarse, a un número indefinido de casos, y pone en vilo el adecuado cumplimiento de las misiones y funciones constitucionales a cargo del organismo, circunstancia que autoriza a equiparar la decisión que se cuestiona, por sus efectos, a una sentencia definitiva.

Que, el cuestionamiento efectuado por la Sala III de las disposiciones de la Ley N° 1903 que regulan la actuación de los Auxiliares Fiscales y su reglamentación a través de las Resoluciones FG N° 28/20 y 49/21, como ya se ha señalado, ataca una herramienta legal con la que el Ministerio Público Fiscal se encuentra afrontando un exponencial aumento de trabajo y velando por un adecuado y eficiente servicio de justicia.

Tal situación reclama la inmediata Intervención de ese Tribunal Superior a efectos de abordar el tratamiento de las cuestiones constitucionales involucradas, en tanto resulta de aplicación la doctrina elaborada por la Corte Suprema en relación con el recurso extraordinario federal, al supuesto del recurso de inconstitucionalidad aquí articulado, tal como por otra parte ha procedido V.E. en diversos precedentes –conf. Expte. N° 6472/09, sentencia del 20/10/2009; Expte. N° 6784/09, sentencia del 27/09/2010; Expte. N° 6190/08, sentencia del 05/03/2009; entre otros–.

Y en particular, en lo que se refiere a aquellas decisiones que afectan al servicio de justicia –tal lo que ocurre en el caso de autos– V.E. ha sostenido que “Los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad y en el de queja que lo sostiene, remiten a la consideración de una cuestión que impacta de modo directo y pleno en el regular funcionamiento del servicio de justicia en la jurisdicción local y, por ello, exceden el interés individual de las partes que confrontan en este proceso” –del voto de los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás en “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Dorelle, Daniel Héctor y otros c/ GCBA s/ Recusación (art. 16 CCAyT)”, Expte. N° 6190/08, sentencia del 05/03/2009–.

En similar sentido, V.E. ha admitido prescindir de la exigencia propia del recurso de inconstitucionalidad consistente en tener como

objeto de agravio una sentencia definitiva, “por la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que ya se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad, asunto que, naturalmente, excede el interés individual de las partes” –del voto de los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás, en “Consejo de la Magistratura s/ Queja por apelación denegada s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. N° 5911/08, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Consejo de la Magistratura s/ Queja por apelación denegada’”, Expte. N° 5957/08, sentencia del 14/10/2008–.

Queda de tal modo demostrada la circunstancia invocada por el recurrente en cuanto a que lo decidido implica una cuestión de gravedad o trascendencia institucional que exige la intervención inmediata del Tribunal Superior.

2. Con referencia al caso constitucional, tal como se adelantara en el punto III, se plantea una controversia sobre los alcances que corresponde asignar al art. 126 de la CCABA, un apartamiento de la ley aplicable sin declarar su inconstitucionalidad, un exceso jurisdiccional derivado de la declaración oficiosa de una supuesta nulidad y, la aplicación al caso de la doctrina de arbitrariedad de sentencias –arts. 1 y 18 CN; arts. 80, inc. 2, 106, 120, 124, 125 y 126 CCABA–, de modo tal que no se trató de un mero desacuerdo interpretativo vinculado con el correcto alcance o sentido de la normativa infraconstitucional aplicable, sino de cuestiones constitucionalmente relevantes –tanto por su trascendencia como por la posible proyección de lo resuelto sobre otros procesos–, que habilitan la competencia del último interprete de la CCABA (art. 113.3) y puntualmente se vinculan en forma directa con los alcances que cabe otorgar a principios de rango constitucional.

2.1. La interpretación constitucional de las disposiciones de la Ley N° 1903 en relación con los auxiliares fiscales.

Corresponde iniciar el análisis del punto deteniéndonos en ciertas afirmaciones contenidas en el voto del Dr. Delgado, sobre cuya base se procedió a invalidar actuaciones cumplidas en forma regular

y de acuerdo con disposiciones legales y reglamentarias ajustadas al texto constitucional.

En tal sentido, se señala que tanto en el inicial pedido de prisión preventiva como en la audiencia llevada a cabo en los términos del art. 184 del CPP tomó intervención un auxiliar fiscal, haciéndose particular hincapié en que ello tuvo lugar “sin que se acreditara delegación alguna justificación de la falta de participación del fiscal a cargo de la Unidad de Flagrancia Oeste [...] quien, por mandato constitucional, ejerce la acción penal”.

La referencia a la acreditación de una delegación o a una justificación de la ausencia del fiscal a cargo de la Unidad de Flagrancia Oeste, por el modo como es presentada por el magistrado, parecería indicar tales circunstancias como habilitantes de la actuación del auxiliar fiscal, ya que, de lo contrario, su alusión carecería de todo sentido lógico.

Ahora bien, inmediatamente después señala que respecto del tema ya ha emitido opinión en diversos fallos en cuanto a que “el art. 3 de la Ley N° 1903 no autoriza a los auxiliares fiscales a impulsar la acción penal. Solo les permite participar bajo supervisión fiscal de las audiencias que le son indicadas, pero no podrían actuar de manera autónoma en ausencia del fiscal (cfr. art. 37 bis)”, postura que de modo pretencioso califica como “única interpretación constitucional que puede darse a esta norma sin entraren colisión con el art. 126 de la Constitución de la Ciudad”.

De acuerdo con el art. 38 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –Ley N° 1903, con la modificación proveniente de la Ley N° 6285, texto consolidado según Ley N° 6347 “Los auxiliares fiscales son funcionarios que colaboran con los magistrados del Ministerio Público Fiscal, y que actúan siempre bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad del fiscal con el cual deban desempeñarse”–.

Es decir que, en conclusión, la ley ha previsto, dentro del esquema de organización jerárquica del Ministerio Público la actuación de determinados funcionarios en el marco de los procesos penales, bajo instrucciones, supervisión y responsabilidad del fiscal titular, aspecto sobre el cual el voto que se analiza no parece apartarse.

Bajo tales exigencias y de acuerdo con los términos de la propia ley –párrafo segundo del mismo artículo– “asistirán a las audiencias que el fiscal le indique y litigarán con los alcances y pretensiones que

este disponga, sin perjuicio de las demás funciones que establezca la reglamentación que se dicte al respecto”.

Al considerar esta disposición y cotejarla con las afirmaciones que se efectúan en el voto del Dr. Delgado aparecen las primeras controversias, en tanto que el magistrado asevera que los auxiliares fiscales no están autorizados a “impulsar la acción penal”, concepto que la normativa no utiliza, pues sólo hace alusión a la asistencia a audiencias, litigar y demás funciones que establezca la reglamentación.

Va de suyo que la participación en audiencias, en algunos casos, puede implicar el impulso de la acción penal, entendido este como toda pretensión enderezada al avance del proceso hacia alguno de los modos normales de su finalización, ya fuera una salida alternativa o la propia realización del debate oral previo al dictado de la sentencia definitiva.

De igual manera, la previsión legal relativa a la función de litigar, término que de manera amplia alude a la actuación en juicio penal, involucra la posible intervención en los más variados actos –dictado de decisiones, emisión de dictámenes– que, dependiendo del caso concreto, pueden implicar el impulso o el desistimiento de la acción penal.

A la inversa, la intervención en determinadas audiencias o actos de “litigación” puede resultar absolutamente inocua en orden al impulso de la acción penal, lo que de por sí demuestra la arbitrariedad de la distinción que se realiza en el voto bajo examen, distinción que, como ya lo expresara, la ley no hace.

Por otra parte, la afirmación que se efectúa en el voto citado en cuanto a que la ley “Solo les permite participar bajo supervisión fiscal de las audiencias que le son indicadas” implica dejar de lado la función más amplia a la que alude el propio dispositivo legal, esto es, la de litigar “con los alcances y pretensiones que [el fiscal] disponga”, inaceptable recorte del texto legal, utilizado para la tergiversación de su contenido y el de la discusión misma.

Sin perjuicio de ello, tal como habrá de demostrarse seguidamente, ni la disposición constitucional dispone cuanto pretende el Dr. Delgado, ni el texto de la Ley N° 1903 contradice la cláusula constitucional.

En efecto, de acuerdo con los términos del art. 124 de la Constitución de la CABA el Ministerio Público Fiscal tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, se halla a cargo de un o una Fiscal General y está integrado por los demás funcionarios que de él dependen.

Por su parte, el art. 126 establece el modo de designación del Fiscal General y de los restantes funcionarios que actúen ante otros tribunales –de la misma forma que los jueces, con idénticas inmunidades y limitaciones–, sin perjuicio de lo cual, la Ley N° 1903, al igual que las legislaciones provinciales y nacionales citadas por el Sr. Fiscal recurrente, ha previsto la intervención de otros funcionarios, que son los auxiliares de los fiscales actuantes ante los tribunales.

No se trata de fiscales, pues no son magistrados, sino de auxiliares de los fiscales; son funcionarios del Ministerio Público Fiscal, órgano autónomo integrante del Poder Judicial que, en el marco del cumplimiento de su misión constitucional de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social –art. 125 CCABA–, de acuerdo con facultades legalmente establecidas, a los fines del mejor y más eficiente desempeño en el marco del rol que en los procesos penales le compete al organismo, se sirve de su actuación bajo supervisión y responsabilidad de los magistrados designados según los términos previstos en la Carta Magna.

La organización jerárquica –de expresa previsión constitucional, art. 125 CCABA– constituye el fundamento de las facultades y responsabilidades disciplinarias que se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran y determina que cada uno de sus miembros controle el correcto desempeño de sus funciones por parte de los/as magistrados/as o los/as funcionarios/as de menor nivel jerárquico y quienes los/las asisten –conf. art. 5 de la Ley N° 1903–, lo que pone a debido resguardo las garantías constitucionales de los sujetos que intervienen en el proceso, así como los de la comunidad, en aquellos casos en que un auxiliar fiscal asuma las funciones legales que le competen, dentro del marco y los alcances delimitados por la normativa legal y reglamentaria respectiva.

En función de las consideraciones que anteceden, el criterio del magistrado en cuestión aparece poco menos que absurdo y; de acuerdo con los términos en que plantea su postura, autocontradictorio.

Es que si la actuación en juicio penal de parte del Ministerio Público Fiscal solo puede resultar constitucionalmente válida en la medida en que el sujeto interviniente en su representación se trate de un magistra-

do designado en los términos del art. 126 de la CCABA, no se alcanza a entender la referencia que efectúa el Dr. Delgado a la posibilidad de su intervención en audiencias, a la “delegación”, a la “justificación de la ausencia del fiscal”, al “impulso de la acción penal” o a las “audiencias que el fiscal le indique”, en la medida en que tales circunstancias resultarían irrelevantes a los efectos de determinar la validez de esa intervención.

Por otra parte, hace referencia a que sólo se permite a los auxiliares fiscales “participar bajo supervisión fiscal de las audiencias que les son indicadas”, a la vez que alude a la actuación “de manera autónoma en ausencia del fiscal” como la actividad prohibida, lo que implica presuponer que en el caso de autos no existió tal indicación y/o supervisión, no obstante que no se cuenta con elemento alguno en esa dirección, lo que demuestra la ausencia de sustento de la decisión y la voluntad preconcebida hacia la invalidación de lo actuado.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la Resolución FG 28/2020, “Reglamento de Auxiliares Fiscales”, normativa reglamentaria aplicable de conformidad con los artículos 124 y 125 de la Constitución de la Ciudad y la Ley Orgánica del Ministerio Público no contiene exigencia, formalidad ni requisito alguno en cuanto al modo en que el Fiscal Coordinador indica la actividad –sea la concurrencia a audiencias, o bien la intervención en actos de litigación– encomendada a los auxiliares fiscales a su cargo o el sentido en que deberán hacerlo, lo que se ajusta adecuadamente al principio de desformalización que caracteriza al proceso penal de esta ciudad (cfr. art. 3 del CPPCABA), además de hallarse de acuerdo con la circunstancia de que la actuación del auxiliar fiscal tiene lugar bajo la responsabilidad del Fiscal que lo supervisa, a lo que se suma que su designación se sustenta en la idoneidad determinada por el Fiscal General en su proceso de selección.

Como bien señalara el Dr. Jorge A. Franza en oportunidad de emitir su voto en el expediente N° CUIJ: DEBJ-01-00079456-9/2021-1, caratulado “Rodríguez, Ignacio Adán s/ 118 - Conducir con mayor cantidad de alcohol en sangre del permitido o bajo los efectos de estupefacientes (art. 111, según Ley N° 1472)” resuelto por la Sala 11 de la Cámara de Apelaciones en lo PPJCyF con fecha 12 de octubre de 2022, “Sin embargo, si bien es cierto que no surge de autos constancia alguna de indicación explícita al respecto, lo cierto es que la normativa reglamentaria precitada –aplicable de conformidad con los artículos 124

y 125 de la Constitución de la Ciudad; 22, inc. 1; 31, inc. 4 y 37 bis de la Ley Orgánica del Ministerio Público– no contiene en su extensión exigencia, formalidad ni requisito alguno en cuanto al modo en que el Fiscal Coordinador designa las audiencias a las que deben comparecer los auxiliares fiscales a su cargo. Dicho de otra manera y sobre la base rectora del principio de desformalización que caracteriza al proceso penal (cfr. art. 3 del CPPCABA), desde un prisma reglamentario no se ha establecido como requisito de validez de los actos sustanciados por la figura del fiscal auxiliar que su Proceder deba ser explícitamente comunicado en el expediente por el Fiscal que lo supervisa, pues el primero actúa bajo la responsabilidad de éste último, en el marco de la idoneidad determinada por el Fiscal General, bajo el cumplimiento de las exigencias propias del cargo, establecidas en la reglamentación pertinente que se cristaliza mediante la resolución que lo designa”.

En rigor de verdad, todas aquellas referencias antes mencionadas –incluidas en el fallo que aquí se cuestiona– son utilizadas para disfrazar al “desarrollo argumental” y dotarlo de la apariencia de una “interpretación”, que por supuesto no es tal: la postura del magistrado implica la lisa y llana omisión de aplicar la Ley N° 1903, bajo excusa de la supuesta contradicción con lo dispuesto en el art. 126 de la CCABA.

No obstante, a los efectos de establecer la constitucionalidad de la legislación que el Dr. Delgado se niega a aplicar, corresponde tener en consideración que la figura de los auxiliares fiscales, en el ámbito local, fue creada a través del art. 1 de la Ley local N° 6285, sancionada el 5 de diciembre de 2019 y publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad el 14 de enero del año 2020 (BOCBA N° 5779-20). En el dictamen único de comisión, los legisladores intervinientes pusieron de manifiesto que el objetivo principal de la reforma de la estructura del Ministerio Público Fiscal radicó en lograr una mejor y más eficiente administración de justicia, y coadyuvar al fortalecimiento de la representación del organismo en cada uno de los supuestos en que esté llamado a intervenir para promover la actuación de la justicia, en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad (arts. 120 CN y 125 CCABA).

En lo que se refiere concretamente a la actuación que les cabe a tales funcionarios, la Ley N° 1903 ha delimitado adecuadamente su ámbito al establecer que “Los auxiliares fiscales son funcionarios que colaboran con los magistrados del Ministerio Público Fiscal, y que ac-

túan siempre bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad del fiscal con el cual deban desempeñarse. Los auxiliares fiscales asistirán a las audiencias que el fiscal le indique y litigarán con los alcances y pretensiones que éste disponga, sin perjuicio de las demás funciones que establezca la reglamentación que se dicte al respecto”.

Esto último implica una inobjetable delegación por parte del legislador local al Ministerio Público en cuanto a la reglamentación de la disposición legal; y precisamente en ejercicio de esa potestad y de acuerdo con las facultades constitucionales y legales que competen al suscripto, se dictó la Resolución FG N° 28/2020, que establece el Reglamento de Auxiliares Fiscales, quienes “... conforman un cuerpo de funcionarios/as especializados/as dependientes del Fiscal General, que colaboran con la labor de los/as Magistrados/as del Ministerio Público Fiscal” –art. 3–, es decir que su actuación se enmarca debidamente en el principio de dependencia jerárquica que rige al organismo por mandato constitucional, quedando supervisión a cargo del Fiscal que establezca el Fiscal General –art. 4–.

En cuanto a sus funciones, se encuentran las de asistir a las audiencias que el/la fiscal supervisor/a determine, litigar con los alcances y pretensiones que el/la fiscal supervisor/a disponga y las demás que establezca el/la Fiscal General teniendo en cuenta las necesidades de servicio y las funciones que el artículo 37 de la Ley N° 1903 le otorga a los/as Fiscales de Primera Instancia –art. 5–, habiéndose establecido un riguroso proceso de selección tendiente a asegurar la idoneidad de los funcionarios que habrán de desempeñar tan importante rol –arts. 12 a 24–.

Por otra parte, en lo que se refiere en particular a los casos de flagrancia, de acuerdo con la Resolución FG N° 49/2021, los auxiliares fiscales asignados a las Unidades de Flagrancia desempeñarán las siguientes funciones: a) evacuar la totalidad de las consultas que efectúan las fuerzas de seguridad en materia de flagrancia, cuasi flagrancia, flagrancia ficta y/o situaciones de calle; b) disponer las diligencias urgentes que resulten necesarias en el lugar de los hechos vinculadas con la recopilación de evidencia, como así también aquellas relativas a la persona detenida si la hubiere; c) disponer las medidas de protección a las víctimas que resulten necesarias; d) gestionar las medidas de prueba urgentes si el caso así lo amerita; e) gestionar y garantizar el cumplimiento de las intimaciones del hecho; f) concertar acuerdos

tempranos de mediación y autocomposición, de suspensión del proceso a prueba y avenimientos con el imputado y la defensa dentro del plazo de intervención previsto para la Unidad; g) adoptar decisiones tempranas cuando el caso así lo requiera; h) requerir ante el órgano jurisdiccional la aplicación del instituto de la prisión preventiva u otras medidas precautorias o restrictivas, según el caso; i) asistir a las audiencias orales que se realicen en el marco de lo señalado en los puntos f) y h); j) elaborar y presentar las correspondientes apelaciones en caso de denegatoria de la pretensión esgrimida ante el juzgado intervector; y k) supervisar las tareas que realizan los funcionarios y empleados de la Unidad de Flagrancia y garantizar el cumplimiento de las pautas generales de trabajo que se fijen para el área.

También se ha reglamentado la actuación de los Auxiliares Fiscales en las Unidades de Coordinación y en casos vinculados con violencia de género, a través de las Resoluciones FG N° 17/2021 y 35/2021, que les encomienda: a) Realizar los actos necesarios para gestionar todas las medidas de protección que resulten necesarias –previstas en el art. 26 de la Ley N° 26485 y en el art. 17 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma– y las medidas cautelares –arts. 183, 185 y 186 del mismo ordenamiento legal– en aquellos casos que presenten indicadores de violencia de género; b) Dichos actos incluyen la posibilidad de entrevistar a las personas víctimas, solicitar mediadas de protección y/o cautelares ante el órgano jurisdiccional correspondiente y la participación en las respectivas audiencias, además de las gestiones administrativas necesarias para garantizar su efectiva implementación; c) Interponer el correspondiente recurso de apelación ante la negativa de las/os Magistradas/os a aplicar la Ley Nacional de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley N° 26485); d) Colaborar en la litigación oral en audiencia ante los Juzgados en la que intervengan las Fiscalías Especializadas en Violencia de Género de la zona que corresponde, conforme a las instrucciones que la/el fiscal del caso le indique; e) Coordinar, de acuerdo a las necesidades de la Unidad Fiscal que corresponda, la intervención en ciertas audiencias o respecto de asuntos estratégicos sobre la base de una actividad previa de articulación que permita el diseño de ejes para el abordaje de la violencia de género de dicha zona; f) Sustituir en

caso de ausencia momentánea al/ a Fiscal Coordinador o al resto de las/os fiscales que integran la Unidad Fiscal.

Es decir que, por un lado, tanto el sujeto procesal –auxiliar fiscal– como sus facultades se encuentran delimitadas legalmente en el artículo 38 de la Ley N° 1903; por otra parte, en función de la reglamentación de la ley respectiva, esta Fiscalía General ha establecido, en forma concreta y específica, las restantes funciones que se pueden hallar a su cargo, con la particularidad de que su actuación se encuentra delimitada por las instrucciones, indicaciones, supervisión y responsabilidad del superior jerárquico, lo que se ajusta adecuadamente al modo de organización constitucionalmente establecido para el Ministerio Público.

Demás está destacar que la figura de los auxiliares fiscales resulta central en la reforma estructural del Ministerio Público Fiscal, en tanto pieza necesaria para lograr una mejor administración de justicia a través del fortalecimiento de la representación del organismo, frente a un aumento exponencial de los casos que ingresan como consecuencia a asunción de la competencia para la investigación y juzgamiento de nuevos delitos incluidos en los convenios de transferencia de la competencia, con particular trascendencia en áreas estratégicas como las Unidades de Flagrancia.

Asimismo, no puede pasarse por alto que la Intervención en el marco de un proceso penal de los distintos sujetos, algunos de los cuales revisten la calidad de funcionarios, que no se encuentran designados mediante un mecanismo establecido en la Constitución local no resulta una novedad, aseveración para cuya comprobación resulta suficiente un repaso de diversas disposiciones del Código instrumental, que constituye una reglamentación de la Carta Magna en lo que se refiere a las diversas garantías allí establecidas.

Me refiero al mandatario especial y al abogado patrocinante –conf. art. 12–, el defensor técnico público o privado –conf. art. 29–, el médico legista –conf. art. 36–, los funcionarios de policía o de las fuerzas –fundamentalmente, conf. arts. 56, 92 y ss, 153, entre otros–, los intérpretes –conf. art. 45–, las autoridades administrativas –conf. art. 54–, los testigos de la actuación policial –conf. art. 56–, los Secretarios o empleados del Tribunal o de la Fiscalía –conf. art. 61–, los funcionarios encargados de materializar la intervención de comunicaciones –conf. art. 123–, la persona que designe el fiscal –conf. art. 125–, el perito

intérprete oficial para sordos o mudos –conf. art. 130–, otros peritos –conf. art. 135– el informante –conf. art. 153–, el fiador personal –conf. art. 193–, los mediadores –conf. art. 216– y el equipo interdisciplinario que los auxilia, los funcionarios a cargo de la oficina del Ministerio Público Fiscal a cargo del control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba –conf. art. 323–, los integrantes de la Dirección del establecimiento carcelario –conf. art. 335–, los funcionarios que integran el Patronato de Liberados –conf. art. 338–, y los integrantes de la Dirección del establecimiento de internación –conf. art. 340–, los abogados y mandatarios –conf. art. 356–, los procuradores –conf. art. 357–, entre otros.

Dentro de ese amplio espectro reviste particular trascendencia la intervención de los funcionarios de policía y de las fuerzas de seguridad, quienes tienen importantes facultades en función judicial que desarrollan bajo la dirección del Ministerio Público Fiscal —art. 101–, actuando por delegación y/o bajo supervisión del Fiscal interviniente en actos de investigación que no deban ser formalizados, con obligación de reportar el cumplimiento de las diligencias encomendadas mediante informes firmados –art. 100–.

Sin perjuicio de lo expuesto, mayor significación reviste el carácter autónomo que el desempeño de diversas funciones por parte del personal de policía y otras fuerzas de seguridad en determinados supuestos, tal como ocurre en los casos de flagrancia y de urgencia.

Así, frente a una denuncia ante la policía, fuerzas de seguridad u otros funcionarios públicos, “El integrante de la policía u otra fuerza de seguridad y cualquier otro funcionario Público que reciba una denuncia deberá transmitirla inmediatamente al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de realizar de las actuaciones urgentes que correspondan [el resaltado me pertenece]” –art. 90–.

Precisamente en relación con los supuestos de circunstancias urgentes, se establece que “Actuarán en forma autónoma, dando cuenta al/ la Fiscal inmediatamente, o en el menor tiempo posible para que asuma la dirección de la pesquisa, en casos de urgencia, siempre que sea necesario para preservar la integridad física, la libertad o los bienes de las personas o la prueba de los hechos y en casos de flagrancia [el resaltado me pertenece]” –art. 92–.

Y al regularse los deberes específicos de los integrantes de la policía o de las fuerzas de seguridad, se incluyen varias funciones que ejercen con autonomía, sin perjuicio de la obligación de dar cuenta inmediata al Fiscal interviniente: cuidar que los rastros materiales del hecho sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique; disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan; hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica; interrogar a los testigos; aprehender a los presuntos/as autores/as, y disponer la requisas y clausuras preventivas, en los casos y formas que este Código autoriza, entre otras.

Es decir que los funcionarios de policía, que no se hallan designados bajo algún mecanismo constitucional, tienen facultades autónomas de actuación en supuestos de urgencia y flagrancia, que pueden involucrar concretas garantías constitucionalmente protegidas, como la libertad y la propiedad; no obstante, entiendo que nadie ha llegado al punto de cuestionar su intervención en el proceso penal, siempre que actúen de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias respectivas.

Por otro lado, con la finalidad de descalificar la rigidez e inconsecuencia de la postura del voto que se analiza, resulta útil señalar que, al regularse el registro domiciliario y la requisas personal, en el art. 114 del CPPCABA se hace expresa mención de “los autorizados para el registro”, a la vez que se establece que “el/la Fiscal autorizado por el/la juez/a podrá disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o encomendar la diligencia en el funcionario debidamente individualizado del Ministerio Público Fiscal o de las fuerzas de seguridad que estime pertinente”.

Con el razonamiento del Dr. Delgado, la única interpretación constitucionalmente posible de dicha disposición legal –vinculada con la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional– sería desconocer la posibilidad de ejercer la facultad allí establecida; paralelamente, debiera asimismo admitirse que una orden de allanamiento, que sólo puede ser dispuesta por un Juez de la Constitución, debiera ser llevada a cabo personalmente por dicho magistrado, pues no podría una ley reglamentaria de la Constitución admitir la intervención de otra autoridad, fuera o no

subordinada jerárquicamente en relación con aquél, que no fuera un funcionario designado a través del mecanismo establecido constitucionalmente para los magistrados del Poder Judicial.

Considero que huelgan los comentarios al respecto.

De acuerdo con lo expuesto, el propio Código Procesal Penal de la CABA, ley que constituye un reglamento de la Constitución Nacional –según el texto expreso del art. 1 del catálogo instrumental– prevé distintos supuestos de Intervención de diversos sujetos y/o funcionarios con diversos grados de autonomía respecto de los sujetos procesales, en situaciones que se encuentran en inmediata relación con garantías constitucionales, circunstancia que en modo alguno implica una colisión con tales principios de jerarquía superior, en tanto los principios, garantías y derechos reconocidos en la Carta Magna no son absolutos sino que su efectivo goce está delimitado por las leyes que reglamentan su ejercicio –conf. art. 14 y 28 de la Constitución Nacional–.

Claro que esa reglamentación no puede alterar los alcances de las garantías de que se trate, situación que, de acuerdo con cuanto se viene exponiendo, no ha sido acreditada mediante razonamiento alguno incluido en el fallo bajo examen, que se limitó a la mera invocación del texto del artículo 126, único “argumento” al que se acudió en el voto del Dr. Delgado que, por supuesto, resulta absolutamente insuficiente para la descalificación pretendida.

Pero más allá de la ostensible falta de fundamentación de la supuesta contradicción entre la normativa y la Constitución de la CABA –lo que resultaría suficiente para descalificar el fallo–, ni siquiera es dable avizorar de ningún modo aquella alternativa, máxime cuando no se trata aquí de la actuación de fiscales, sino solamente de funcionarios auxiliares que actúan bajo su supervisión y responsabilidad, conforme las disposiciones legales y reglamentarias respectivas.

Por lo demás, el sistema instaurado no es una rareza o un exceso de originalidad de parte de nuestros legisladores locales, sino que existen variados antecedentes.

En lo que se refiere a antecedentes a nivel nacional, resulta ilustrativo el recorrido histórico y normativo efectuado en el interesante artículo de Javier Augusto De Luca, Yamila Yael Luzzo y Yazmín Rocío de los Santos, “Las distintas clases de fiscales a propósito del fallo de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capi-

tal Federal sobre la invalidez de los Fiscales *Ad hoc* “G., F.N., s/ Homicidio culposo” del 23/11/2016”, publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley, mayo 2017, Año VII, N° 04, pág. 82, que detalla diversos precedentes de designación de asistentes o auxiliares fiscales y de las normas legales respectivas dictadas en ese ámbito.

Por otro lado, resulta ineludible recordar que, tanto a nivel nacional como provincial, frente a similares desafíos derivados de la carga de trabajo en cabeza del Ministerio Público Fiscal –en algunos supuestos también, en parte, a causa de reformas legales vinculadas con el procedimiento en los casos de flagrancia–, se recurrió a similares situaciones –conf. Ley nacional N° 27148, Leyes N° 12061 y N° 13274 de la provincia de Buenos Aires, art. 341 bis del Código Procesal Penal de Mendoza, entre otras–.

Incluso la validez de tales soluciones legislativas fue sometida a la revisión de distintos tribunales.

En esa dirección, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha sostenido que “el ayudante fiscal es definido como agente que actúa ‘con poder delegado’, cumpliendo instrucciones –tanto generales como particulares– que le impartan sus superiores. De este modo, puede sencillamente concluirse que la norma del legislador no pretende investir al ayudante fiscal de un rol de magistrado, sino sólo habilitar al Ministerio Público –a través de su titular y de sus diversos magistrados– a optimizar el recurso humano para atender las demandas funcionales que se presentan. En la medida en que el ayudante fiscal responda a directivas, actúe con poder delegado y cumpla con órdenes, es posible afirmar que la decisión y la actuación delegada por un magistrado legítimamente nombrado en los términos que exige el art. 150 de la Constitución Provincial”, agregando que declarar la inconstitucionalidad de la ley que regula dicha actuación “supondría afirmar que el ayudante fiscal actúa de forma autónoma, lo que es categóricamente negado por la propia norma que se cuestiona. En definitiva, la interpretación gramatical nos conduce a negar la afirmación según la cual toda Persona que actúe en representación del Ministerio Público ante un Juez necesita acuerdo del Senado. Aquellos que lo hacen recibiendo directivas y de forma delegada, en tanto no poseen investidura propia, pueden actuar de ese modo por razones funcionales y de economía en la administración de recursos, siempre que el superior jerárquico se lo encomiende” –conf. fallo citado en el recurso de inconstitucionalidad:

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, “F. c/ Puente Cuello, Lucas Jesús p/ Robo agravado por el uso de arma impropia, agravado por ser cometido en poblado y banda, agravado por uso de arma de fuego en concurso ideal (126451) p/ Rec. de inconstitucionalidad y casación”, sentencia del 28 de mayo de 2018–,

Una postura similar fue adoptada por distintas Salas de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, frente al cuestionamiento de la validez de la intervención de funcionarios en calidad de auxiliares fiscales en los términos del art. 51 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley nacional N° 27148 –conf. CNCCC, Sala 2, C. 16908/2015/1, caratulada “Ortega, José Fabián s/ Legajo de casación”, del voto de los jueces Morin y Sarraabayrouse, resuelta el 25/11/2019; Sala 3, C. 27577/2015, “Demarco”, resuelta el 13/09/2017–.

No obstante, la claridad y contundencia de la doctrina establecida en los mencionados fallos, en el voto que se critica se prefirió recurrir a precedentes jurisprudenciales de la máxima instancia federal, cuyas circunstancias no se ajustan al caso de autos.

De tal manera, se pretendió equiparar la situación de los auxiliares fiscales con la de los jueces subrogantes nombrados mediante ciertos mecanismos de designación, con la obvia finalidad del magistrado citado de dar un falso aval jurisprudencial a una solución invalidante que carece de todo sustento.

En el caso de los funcionarios designados como jueces subrogantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que se encontraba comprometida la garantía del juez natural –art. 18 de la Constitución Nacional– y la independencia con la que los magistrados deben llevar a cabo su función. En ese supuesto se trataba de la actuación –en calidad de magistrados– de funcionarios a los que se asignaba la dirección de un órgano jurisdiccional con un régimen precario que no garantizaba un contexto mínimo para propiciar su independencia y plena autonomía.

Por oposición y según ya se ha resaltado, en el caso de los auxiliares fiscales se trata de un sujeto procesal creado por el legislador, mediante la modificación de la Ley de Ministerio Público, que posibilita la intervención en el Proceso penal de funcionarios integrantes de un organismo dotado de autonomía y de una estructura jerárquica, en el que el funcionario habrá de actuar bajo supervisión y responsabilidad de un fiscal designado según los términos de las disposiciones cons-

titucionales, todo ello de acuerdo con la legislación dictada al efecto y debidamente reglamentada.

En función de lo expuesto, la pretensión de equiparar sin más el supuesto de los jueces subrogantes al que se refiere el fallo citado por el Dr. Delgado y el caso de los auxiliares fiscales es inadmisibile y constituye un intento por tergiversar la verdadera discusión suscitada a partir de la preconcebida decisión invalidante.

En base a las consideraciones que anteceden, se pone de manifiesto que la solución alcanzada en el voto de la mayoría de la Sala interviniente no importa la única interpretación constitucionalmente posible de las disposiciones de la Ley N° 1903, a la luz del art. 26 de la Constitución de la CABA.

Antes bien, queda en evidencia que se omitió desarrollar los alcances que cabe atribuirle a dicho dispositivo constitucional, de manera conjunta con las características que la propia Carta Magna local le asigna al Ministerio Público Fiscal –organización jerárquica, con autonomía funcional– y las misiones que le encomienda en cuanto a “Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad” y “Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”, a los efectos de valorar la validez constitucional de las disposiciones de la Ley N° 1903 vinculadas con la actuación de los auxiliares fiscales.

2.2. El apartamiento de la ley sin mediar declaración de inconstitucionalidad.

De acuerdo con lo señalado en el punto que antecede, sobre la base de una pretendida “interpretación” de la ley y, bajo la excusa de hacerlo en función de las disposiciones del art. 126 de la Constitución de la CABA, se eludió de manera lisa y llana su aplicación, disimulando así su descalificación constitucional y la omisión de declararla.

No existe la menor duda de que frente a las concretas disposiciones de la Ley N° 1903, que habilitan la intervención de funcionarios auxiliares de los fiscales en los procesos penales –bajo la instrucción, supervisión y responsabilidad de un fiscal–, la afirmación de que no pueden impulsar la acción y no pueden participar válidamente de la audiencia establecida en el art. 184 del CPPCABA y reemplazar al fiscal, sin subvertir el orden constitucional –referencia al contenido del art. 126 de la Constitución

de la CABA–, y la decisión consecuente de nulificar todo lo actuado, no importa una interpretación del texto legal, sino su directa inaplicación.

Es que según ya se ha puntualizado más arriba, se descalificó la intervención de un funcionario en calidad de auxiliar fiscal en representación del Ministerio Público Fiscal y en un proceso penal, según los términos de la Ley CABA N° 1903, por no tratarse de un magistrado designado en los términos del art. 126 de la Constitución de la CABA.

Ello se pretendió diluir con referencias a supuestas circunstancias, alternativas y/o condiciones que, según se infirió sin base alguna, no concurrirían en el caso de autos, resultando evidente que, en rigor de verdad, se desconoció la regulación legal, se omitió su contenido.

En tal situación, cabe preguntarse si los jueces pueden abstenerse de la aplicación de la ley y, en caso de responder afirmativamente al interrogante, determinar los supuestos en que están facultados para ello.

A ese respecto, debe recordarse que la Corte Suprema ha señalado desde antaño que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” –conf. Fallos 33: 162–.

Claro que, como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y medida, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De modo que el control de constitucionalidad que compete al Poder Judicial debe efectuarse en un marco de estricta prudencia, por cuanto la declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos, porque se trata de la función más delicada de los jueces, con-

figurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última “*ratio*” del orden jurídico –conf. CSJN Fallos 328:4282, 329:5567, 344:3458, 345:165, entre muchos otros–.

Pero en el caso de autos, tal como ya lo he adelantado al justificar la admisibilidad de la queja, la supuesta “interpretación” no existió no obstante su invocación, lo que habría sido aprovechado con triple finalidad: eludir la aplicación de la norma que no es de su agrado, evitar su declaración de inconstitucionalidad –obligatoria, por haberse abstenido de aplicarla–; y simultáneamente, obstaculizar que lo decidido de manera tan irregular recibiera la actual revisión de V.E. –pues de haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma, resultaba obvia la concurrencia de la cuestión constitucional, la que en el caso arbitrariamente fue negada–.

De tal modo, la decisión ha quebrantado el principio de división de poderes, en especial, las facultades del art. 80, inc. 2 de la CCABA, en cuanto señala que la Legislatura de la Ciudad legisla en las materias comprendidas en su competencia, en particular, aquellas previstas en los arts. 124 y 125 CCABA, y la autonomía del MPF consagrada, además, por el texto constitucional en el art. 124, teniendo como base la independencia introducida por el art. 120 CN a partir de la reforma constitucional de 1994.

2.3. La declaración de nulidad de oficio sin mediar afectación de garantías constitucionales

La mayoría de los integrantes de la Sala III de la Cámara de Apelaciones entendió hallarse habilitada para expedirse acerca de la validez de la audiencia en cuyo marco se resolvió no hacer lugar al pedido de prisión preventiva, no obstante que su intervención fue provocada por el recurso de apelación deducido por el propio representante del Ministerio Público Fiscal que perseguía el encarcelamiento del imputado.

Ello obliga a recordar que, de acuerdo con la regla general establecida en el Código Procesal Penal de la CABA, artículo 288 –Alcances generales– “El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo respecto de los puntos de la resolución a que se refieran los motivos del agravio”.

La validez de la actuación del auxiliar fiscal en modo alguno constituyó una cuestión discutida en la anterior instancia, respecto de la cual ni la defensa del imputado ni el órgano jurisdiccional actuante,

opusieron objeción alguna, de modo que no se trató de un punto de la resolución que pudiera haber sido aludido en los motivos de agravio que habilitan la competencia del tribunal de alzada.

Ahora bien, la absoluta omisión del Dr. Delgado respecto a los límites de la intervención de la Cámara de Apelaciones, en función de lo establecido en el señalado art. 288 del CPPCABA, implica de por sí un severo defecto de fundamentación y, consecuentemente, un nuevo motivo de descalificación de la decisión impugnada.

Aunque con la finalidad de subsanar la grosera deficiencia señalada, se infiriera que el a entendió hallarse frente a una nulidad de orden general que involucra garantías constitucionales y, por ello, puede y debe ser declarada de oficio en cualquier grado y estado del proceso, ello ni siquiera puede sostener la intempestiva decisión invalidante.

Ya me he referido a la actuación de los auxiliares fiscales y la falsa colisión entre las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su actuación y el art. 126 de la Constitución de la CABA, a cuyo respecto me remito al desarrollo incluido en el punto 2.1.

Sin perjuicio de ello, en lo que se refiere a la invalidación dispuesta en las circunstancias de autos, es decir, sin mediar pedido de parte, el recurso de inconstitucionalidad incluyó importantes consideraciones que pusieron en evidencia el exceso jurisdiccional Incurrido, lo que fue avalado con citas jurisprudenciales adecuadamente seleccionadas.

En efecto, en tal sentido se recordó la doctrina establecida jurisprudencialmente por el Tribunal Superior en cuanto a que “En el ámbito de los recursos rige el principio dispositivo, de forma tal que los motivos de agravio propuestos por la parte que impugna una resolución limitan el conocimiento del tribunal de alzada. En autos, lo relevante es que dicho pronunciamiento fue emitido por fuera del estricto ámbito de competencia que había sido habilitado por la única impugnación interpuesta... la declaración de nulidad cuestionada a través del recurso de inconstitucionalidad, tiene que ser descalificada como acto jurisdiccional válido en la medida en que constituyó en las circunstancias del caso una extralimitación que resiente e/ debido proceso” –conf. Expte. N° 4/15, “Juricich, Horacio Alberto y otros s/ Arts. 189 bis y 149 bis CP”, rto: 06/04/2016, del voto de la Dra.

Conde, con cita del Expte. N° 12145/15, “Saravia Zurita, Remberto s/ Art. 111 CC”, rto: 02/12/15–.

Y en particular en lo que se refiere a la nulidad declarada por un tribunal de 2ª instancia sin pedido de parte, resultan ilustrativas las consideraciones efectuadas en el caso “Gómez”, en el que la Dra. Conde afirmó que sobre la base de lo decidido, correspondería admitir que “cualquiera que sea la controversia que motive su actuación ellos no deben limitarse a los motivos de impugnación propuestos por quien apela, sino que se encuentran facultados o incluso obligados para pronunciarse, de forma cuasi monárquica y sin admitir debate alguno porque pueden hacerlo aun de oficio...”, arrogación de facultades que se descalificó, agregándose que “de oficio no significa de cualquier manera y que la circunstancia de que una nulidad pueda ser eventualmente declarada, en cualquier estado o grado del proceso (art. 71, CPPCABA), no debería conducir a su intérprete a desconocer que una determinación de tal naturaleza presupone, además de un debate mínimo y útil sobre tal cuestión, la jurisdicción para adoptarla”.

En el mismo caso, el Dr. Lozano señaló las razones por las cuales no cabe leer que el tribunal de cualquier instancia debe declarar la nulidad producida en cualquier grado, que “tienen que ver con que el art. 73 está en contexto en el que las decisiones de primera instancia son actos que se presumen válidos y que las partes tienen derecho a ver mantenidas, sin perjuicio de que pueden usar ese derecho o usar el de requerir la revisión o su nulidad. Solo el ejercicio de ese derecho suscita la competencia de la Cámara y esa competencia queda delimitada por el derecho de recurrir ejercido por el litigante. La solución consistente en declarar de oficio nulidades producidas en una instancia inferior (en el sentido de que sus decisiones pueden ser revisadas a pedido de parte legitimada, pero no en el ser subordinada) supone arrogarse un poder jerárquico que el legislador no ha conferido y que no se concilia naturalmente con la organización judicial republicana, que requiere jueces independientes aun de otros jueces. La revisión de las sentencias de unos por otros es resorte de los litigantes” –conf. Expte. N° 10828/15, “Gómez, Miguel Ángel s/ Infr. art. 189 bis, CP”, sentencia del 6 de marzo de 2015–.

A ello cabe agregar que, según lo ha decidido la Corte Suprema, “En materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación

restrictivo y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica en su admisión” –conf. CSJN, “Acosta Leonardo y otros s/ Robo calificado en grado de tentativa”, A. 63. XXXIV. REX, sentencia del 04/05/2000, publ. Fallos: 323:929–.

Más allá de cuanto se viene exponiendo, no puede dejar de llamar la atención que, atento la convicción con que el Dr. Delgado puso de manifiesto la pretendida invalidez de la actuación de un auxiliar fiscal –por supuesta contradicción con normativa constitucional–, no hubiera ni tan siquiera dedicado un renglón de su voto a señalar que similares objeciones correspondía realizar en orden a la intervención en el caso, de una Auxiliar Defensora, que no cumple con la supuesta exigencia de tratarse de un defensor que, por mandato constitucional, debiera asistir al imputado en representación del Ministerio Público de la Defensa en un proceso penal.

Es que, si la actuación de un funcionario en carácter de auxiliar fiscal repugna a la Constitución, no se alcanza a vislumbrar, como no ha podido generar similar estado de ánimo la actuación de un auxiliar defensor, bajo cuya responsabilidad se encuentra la propia defensa técnica del imputado en causa penal, garantizada por los arts. 13.3 de la Constitución de la CABA y el art. 18 de la Constitución Nacional.

Claro que ello se menciona al solo efecto de evidenciar la incongruencia de la postura nulificatoria, en tanto que, descartada como ha quedado la supuesta colisión constitucional que se pretende hacer derivar de la intervención de los referidos funcionarios –los mismos conceptos volcados en relación con el auxiliar fiscal resultan de aplicación a los auxiliares defensores– se advierte la grosera inconsistencia de la postura que se critica.

En rigor de verdad, la actuación de funcionarios bajo la dirección, supervisión y responsabilidad de los magistrados correspondientes, no involucra la violación de garantía constitucional alguna que habilitara a la Cámara de Apelaciones a prescindir de su ámbito normal de competencia –delimitado por los agravios de la parte recurrente, según lo dispone el art. 288 del CPPCABA– para la invalidación de lo actuado.

En conclusión, al manejarse la Sala actuante sin mediar instancia de parte y sin evidencia de hallarse en vilo garantía constitucional alguna, obró a instancia propia sin existir controversia que resolver, de modo que dicho proceder se halla en pugna con el alcance y la inteligencia que corresponde otorgar al artículo 106 CCABA al asignar al “Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por [ella]”; norma que, para este caso, se encuentra reglamentada por artículo 288 del CPPCBA, que delimita la competencia del tribunal de alzada.

2.4. Conclusión: la configuración de un claro caso de arbitrariedad

Las consideraciones efectuadas en los puntos que anteceden, más allá de poner de manifiesto las cuestiones constitucionales involucradas, su correcta solución y la consecuente necesidad de dejar sin efecto la decisión atacada, colocan en evidencia el incumplimiento de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Más allá de las concretas disposiciones incluidas en los códigos instrumentales en cuanto exigen de determinadas decisiones del órgano jurisdiccional que se ponga de manifiesto su fundamentación—explicación razonada de los argumentos de hecho y de derecho que sustentan un pronunciamiento—, se trata de un presupuesto de validez que tiene inmediata vinculación con la posibilidad del ejercicio pleno del derecho de defensa de las partes intervinientes en el proceso, pues solamente a partir del conocimiento de los motivos de la decisión—fundamento fáctico y normativo— es posible el de su apego a las constancias del proceso y al derecho de aplicación al caso, de modo tal que se encuentran involucradas la defensa en juicio de los derechos y el debido proceso legal.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir” —conf. Fallos 236:27—; persigue también la exclusión de decisiones irregulares, es decir, “tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez” —conf. Fallos 330:3801—.

Sentado ello, debe decirse que la pretendida “interpretación” de las disposiciones de la Ley CABA N° 1903 a la luz del art. 126 de la Constitución de la CABA, importó –como ya se dijo– un análisis sesgado de los alcances que corresponde asignar a la cláusula constitucional, de manera desconectada de las restantes que regulan el rol, características y misión del Ministerio Público Fiscal.

Simultáneamente, según ya fuera desarrollado en los acápites que anteceden, tal proceder implicó, sin mediar declaración de inconstitucionalidad, un irregular apartamiento de su texto, lo que constituye una de las especies de sentencia arbitraria reconocida por el Máximo Tribunal, que ha decidido que “la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante” –conf. Fallos 339:459–.

De igual modo, la nulificación de actuaciones llevadas a cabo legalmente sin mediar pedido de parte ni justificarse la violación de garantías constitucionales que autorizarían a actuar de oficio, importó un evidente exceso jurisdiccional, situación que también da lugar a la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad.

A ese respecto, resulta evidente que concurren las circunstancias excepcionales y restrictivas que justifican la tacha en cuestión, habida cuenta de la demostración de un manifiesto exceso en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de los tribunales de grado –conf. CSJN, Fallos: 303:670–.

De acuerdo con el extenso desarrollo de argumentos que antecede, también por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias debe descalificarse el pronunciamiento aquí atacado en tanto la sentencia que no sea derivación razonada del derecho vigente en particular consideración a las constancias del caso deviene en arbitrariedad, ergo es inconstitucional, y hace cuestión federal al violentar la supremacía constitucional en los términos de los arts. 14, 17, 18, 28 y 33 de la norma fundamental. Es por la violación habida a la normativa constitucional mentada, y no en virtud de consideraciones propias de derecho común, que la sentencia arbitraria involucra una cuestión constitucional –conf. en este sentido CSJN, Fallos: 261:209; 274:60; 291:202; 295:535–, extremos que, por lo dicho, concurren en el caso.

V.

Por todo lo expuesto, considero que debe hacerse lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducido por la Fiscalía de Cámara Oeste y, revocar el fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones.

Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13/12/2022
Dictamen FG N° 47/2022

Juan Bautista Mahiques
Fiscal General

Comentario

La figura de los auxiliares fiscales en el ámbito local fue creada a través del artículo 1 de la Ley CABA N° 6285, sancionada el 05/12/2019 y publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad el 14/01/2020 (BOCBA N° 5779–20), con el objetivo principal de lograr una mejor y más eficiente administración de justicia, y coadyuvar al fortalecimiento de la representación del Ministerio Público Fiscal en el cumplimiento de sus funciones de promover la actuación de la justicia, en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad (arts. 120 CN y 125 de la Constitución de la CABA).

Según el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley N° 1903, con la modificación proveniente de la mencionada Ley N° 6285, texto consolidado según Ley N° 6347):

... los auxiliares fiscales son funcionarios que colaboran con los magistrados del Ministerio Público Fiscal, y que actúan siempre bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad del fiscal con el cual deban desempeñarse”, y que “asistirán a las audiencias que el fiscal le indique y litigarán con los alcances y pretensiones que éste disponga, sin perjuicio de las demás funciones que establezca la reglamentación que se dicte al respecto.

En algunos fallos de la Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas del fuero se cuestionó la intervención de estos funcionarios –como también la de fiscales subrogantes–, al punto que se dispuso la nulidad de todo lo actuado

a partir de ella y se invalidaron todos los actos consecuentes, lo que obligó al Ministerio Público Fiscal a recurrir las decisiones respectivas.

En particular, en el dictamen que aquí se comenta, los agravios abarcaron diversos aspectos vinculados con la interpretación constitucional de las disposiciones de la Ley N° 1903: el apartamiento de una norma sin mediar declaración de inconstitucionalidad, los límites impuestos a la actuación de un tribunal de alzada, la declaración de nulidad por fuera de las situaciones previstas en el ordenamiento procesal y la arbitrariedad del fallo dictado.

Desde el punto de vista del análisis constitucional, de acuerdo con los términos del artículo 124 de la Constitución de la CABA, el Ministerio Público Fiscal tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, se halla a cargo de un o una Fiscal General y se encuentra integrado por los demás funcionarios que de él dependen, pues se trata de una organización jerárquica de expresa previsión constitucional (art. 125 de la CCABA).

Por otra parte, el art. 126 establece el modo de designación del Fiscal General y de los restantes funcionarios que actúen ante otros tribunales –de la misma forma que los jueces, con idénticas inmunidades y limitaciones–, sin perjuicio de lo cual la Ley N° 1903 ha previsto la intervención de otros funcionarios. No se trata de fiscales, pues no son magistrados, sino de auxiliares de los fiscales, cuya actuación de acuerdo con facultades legalmente establecidas y bajo supervisión y responsabilidad de los magistrados designados según los términos previstos en la Carta Magna, habrá de facilitar el cumplimiento de la misión constitucional del organismo.

Sin perjuicio de ello, el propio Código Procesal Penal de la CABA, ley que constituye un reglamento de la Constitución Nacional –según el texto expreso del art. 1 del catálogo instrumental– prevé varios supuestos de intervención de diversos sujetos o funcionarios con distintos grados de autonomía respecto de los sujetos procesales y que no están equiparados a los magistrados en situaciones que se encuentran en inmediata relación con garantías constitucionales, lo que nunca fue objeto de descalificación constitucional.

Por lo demás, el sistema de los auxiliares de los fiscales ha sido utilizado en el ámbito nacional y federal; proceso puntillosamente recorrido en el artículo de Javier Augusto De Luca, Yamila Yael Luzzza y Yasmin

Rocío de los Santos, “Las distintas clases de fiscales. A propósito del fallo de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal sobre la invalidez de los Fiscales *Ad hoc*”, “G., F. N. s/ homicidio culposo” del 23/11/2016 (publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley*, Mayo 2017, Año VII, N° 04, pág. 82), y se recurrió a similares soluciones frente a diversas alternativas tanto en el ámbito nacional como provincial (conf. Ley nacional N° 24946 y Ley N° 27148, Ley N° 12061 y Ley N° 13274 de la provincia de Buenos Aires, artículo 341 bis del Código Procesal Penal de Mendoza, entre otras).

Principalmente, en función de argumentaciones de ese orden, se demostró que ninguna objeción constitucional cabía efectuar a la actuación en juicio penal, en representación del Ministerio Público Fiscal, de los auxiliares fiscales.

Por otra parte, en función de las particularidades del caso –en el fallo cuestionado se pretendió que los auxiliares fiscales habían actuado sin supervisión; extremo que se afirmó sobre la exclusiva base de afirmaciones dogmáticas–, se sostuvo que, en rigor de verdad, la postura de la Cámara importó el desconocimiento de una ley –la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 1903– y su inaplicación, sin mediar una declaración de inconstitucionalidad. La decisión quebrantó el principio de división de poderes, en especial las facultades del art. 80, inc. 2 de la CCABA, en cuanto señala que la Legislatura de la Ciudad legisla en las materias comprendidas en su competencia; en particular, aquellas previstas en los artículos 124 y 125 de la CCABA, y la autonomía del MPF consagrada, además, por el texto constitucional en el artículo 124, que tiene como base la independencia introducida por el artículo 120 de la CN a partir de la reforma constitucional de 1994.

Asimismo, a dicha decisión se arribó por parte de un Tribunal de Alzada sin mediar la introducción de un agravio oportunamente planteado por la parte recurrente, que le otorgara facultades para expedirse al respecto ya que, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 288 del Código Procesal Penal de la CABA –titulado alcances generales–, “el recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso solo respecto de los puntos de la resolución a que se refieran los motivos del agravio”.

Los magistrados de la Alzada omitieron esos límites, por lo que incurrieron en un exceso jurisdiccional incompatible con el artículo 106

de la CCABA –que asigna al “Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por [ella]”– y contrario al art. 289 del CPP –que reglamenta la disposición constitucional en el ámbito procesal penal local–.

Tales límites ni siquiera podían ser sorteados sobre la base del sistema de nulidades –recurriendo a una supuesta nulidad de orden general, esto es, aquella que involucra garantías constitucionales y, por ello, puede y debe ser declarada de oficio en cualquier grado y estado del proceso–, ya que no existía vulneración constitucional alguna. Por otra parte, en materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica en su admisión (conf. CSJN, “Acosta Leonardo y otros s/robo calificado en grado de tentativa”, A. 63. XXXIV. REX, sentencia del 04/05/2000, Fallos: 323:929).

Finalmente, sobre la base de las consideraciones efectuadas en lo relativo a los aspectos señalados, el dictamen bajo análisis demostró la arbitrariedad del fallo de la Cámara de Casación y Apelaciones.

Así, se acreditó que omitió interpretar las disposiciones de la Ley local N° 1903 a la luz del artículo 126 de la Constitución de la CABA, y que importó –como ya se dijo– un análisis alejado de aquellas cláusulas constitucionales que regulan el rol, las características y la misión del Ministerio Público Fiscal. En simultáneo implicó un irregular apartamiento del texto de la ley, sin mediar declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una de las especies de sentencia arbitraria reconocida por el Máximo Tribunal, que ha decidido que “la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante” (conf. Fallos: 339:459).

De igual modo, la nulificación de actuaciones llevadas a cabo legalmente sin mediar pedido de parte ni justificarse la violación de garantías constitucionales que autorizaran a actuar de oficio importó un evidente exceso jurisdiccional. Esta situación también da lugar a la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad (conf. CSJN, Fallos: 303:670).

Mediante consideraciones de este orden el Ministerio Público Fiscal de la CABA fijó una posición sobre el tema de la validez de la actuación de los fiscales auxiliares, en lo que respecta a los casos penales, a través del dictamen emitido por su titular, el Dr. Juan Bautista Mahiques; criterio que reiteró para los casos de fiscales subrogantes (conf. Dictamen FG N° 20–2023, emitido con fecha 09/05/2023 en ocasión del Expte. TSJ N° 50494/2019–2 “Mafn”), con remisión al Dictamen FG N° 47–2022.

La postura en trato fue también sostenida –en supuestos de cuestionamiento de la validez de lo actuado por auxiliares fiscales– por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional tanto para los casos penales (conf. Dictamen FGA N° 107–2023, emitido con fecha 03/05/2023 en ocasión del Expte. TSJ N° 223036/2022–1 “Espino, José Ezequiel”, y Dictamen N° 302–2023, emitido con fecha 04/10/2023 en ocasión del Expte. TSJ N° 22316/2023–2 “Oliva, Gastón Sebastián”, entre otros) como para los contravencionales (conf. Dictamen FGA N° 451–2022, emitido con fecha 06/02/2023 en ocasión del Expte. TSJ N° 281389/2022–3 “L.G., B. L.”).

El tema ha sido abordado en una primera oportunidad por el Tribunal Superior en el caso del Expte. N° 273853/2021–2 (“Carlos, Omar Alejandro”, sentencia del 02/08/23); ocasión en la que, más allá de reconocerse el carácter equiparable a definitivo de la decisión impugnada, se sostuvo que “la resolución de la Cámara debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido porque prescinde del texto legal aplicable (arts. 38 y 39, ley N° 1903) sin declararlo inconstitucional y sin brindar razones suficientes para apartarse de él” y que “la interpretación realizada por los camaristas de las normas aludidas implica vaciarlas de contenido” (conf. voto conjunto de la Dra. De Langhe y del Dr. Otamendi, con cuyos términos esencialmente coincidió la Dra. Weinberg en su voto). Asimismo, se afirmó que “la decisión de la Cámara [...] importó un exceso jurisdiccional incompatible con el art. 106 de la CCBA y el art. 276 del CPP que lo reglamenta [el actual artículo 289 del CPPCABA]” (conf. voto del Dr. Lozano; y en el mismo sentido, voto de la Dra. Ruiz).

Por tales motivos, el Máximo Tribunal local resolvió –por unanimidad– hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, revocar la decisión de la Cámara

impugnada y reenviar el caso para que otros jueces se expidan respecto de lo plantado en el recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Tal postura asumida por el Tribunal Superior –en lo atinente a la actuación de auxiliares fiscales– fue reproducida en todos los casos mencionados en este acápite (Expte. TSJ N° 223036/2022–1, sentencia del 08/11/2023; Expte. N° 22316/2023–2, sentencia del 21/02/2024, y Expte. N° 281389/2022–3, sentencia del 04/10/2023).

De igual manera, en ocasión del Expte. TSJ N° 50494/2019–2 “M.A., F.N.”, en el que la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero había invalidado la actuación del fiscal subrogante interviniente en el caso, el Tribunal Superior mantuvo un criterio similar al expuesto en el precedente “Carlos” y, a tal fin, expresó –en el voto conjunto de los jueces Santiago Otamendi, Alicia E. C. Ruiz y Marcela De Langhe– que

La Cámara sostuvo que la actuación del fiscal subrogante fue irregular porque la posibilidad de cubrir interinamente cargos de fiscales en caso de vacancias, licencias o impedimentos solamente podía involucrar el nombramiento provisorio de otros fiscales, es decir, magistrados previamente designados por concurso de oposición y antecedentes. Al hacerlo, trajo a colación el texto del art. 18, inc. 6, Ley N° 1903, que establece que el Fiscal General tiene la siguiente facultad:

Disponer la cobertura interina de los cargos de Fiscales [...] en caso de licencia, impedimento o vacancia. Se deberán cubrir los cargos por funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires” (el destacado fue añadido).

Lleva la razón la fiscalía cuando señala que la resolución impugnada se basó en afirmaciones dogmáticas que no fueron acompañadas de una fundamentación suficiente.

Tal como lo resalta el recurrente, la regla hace referencia a la posibilidad de cubrir las vacantes con funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y la Cámara no controvierte, sino que expresamente reconoce que el Secretario de Cámara designado transitoriamente en esta causa revestía la condición de “funcionario”. En consecuencia, los jueces parecen entender que esos “funcionarios” solamente podrían ser otros fiscales, pero esta afirmación se da por supuesta en la resolución, ya que no fue explicitada ni se dieron argumentos para sostenerla.

En efecto, la Cámara no explica adecuadamente por qué el art. 18, inc. 6, Ley N° 1903, en cuanto menciona a los “funcionarios del Poder Judicial de la CABA”, debe limitarse a “otros fiscales”, es decir, magistrados designa-

dos mediante concurso de oposición y antecedentes, sobre todo si se tiene en cuenta que la Ley N° 1903 diferencia la categoría de “magistrados” de la de “funcionarios” e incluye a los fiscales, defensores y asesores en la primera. [...] En estas condiciones, la decisión impugnada se erige en un acto de pura autoridad, en tanto desconoce una regulación local vigente y aplicable al caso sin declararla inconstitucional, lesiona el debido proceso y, por ello, debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.¹²

En consecuencia, el Tribunal Superior hizo lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la fiscalía, revocó la decisión de los jueces de la Cámara mencionada y reenvió el caso para que otros jueces se pronuncien respecto de los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia (sentencia del 15/05/2024).

12. TSJ, “Ministerio Público – Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘M.A.F.N. s/ 5 C Comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción /tenencia confines de comercialización’”, Expediente N° QTS 50494/2019-2.

Legitimación de la CABA para recurrir en el proceso penal

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 13016/2020-3,
“GCBA s/ Queja por Recurso de
Inconstitucionalidad denegado en
incidente de apelación en autos NN, NN
s/181 INC. 1 – Usurpación (Despojo)”

CABA, 29 de abril de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por la Dra. Graciela María Pozzali, abogada de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de la Dra. Mariana Patricia Sica.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que, de acuerdo con las constancias acompañadas, se investiga en autos el hecho presuntamente ocurrido con fecha 11 de agosto de 2020, ocasión en la que un grupo de aproximadamente treinta personas, luego de violentar la cerradura de la puerta de entrada de rejas, aprovechando la nocturnidad y una interrupción del suministro eléctrico en la zona,

habrían ingresado al inmueble denominado “Galerías Sin Fronteras”, ubicado en la manzana [...], casa N° [...] del Barrio Padre Mugica de la CABA, despojando de la tenencia a la Secretaría de Integración Social y Urbana, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de ahora en adelante, GCBA), que lo adquirió a través de la RESOL-2018-35-SECISYU el día 15 de febrero de 2018, fecha en la cual se aprobó el convenio de cesión de derechos posesorios del referido bien.

Tal conducta fue calificada por el fiscal interviniente, Dr. Walter López, como constitutiva del delito de usurpación, previsto en el artículo 181, inc. 1°, del Código Penal.

A raíz de la solicitud efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal, el 14 de junio de 2021, la Sra. Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 17, Dra. Natalia Ohman, resolvió: I) ordenar el allanamiento para el desalojo y la restitución provisoria de la propiedad en cuestión al personal autorizado de la Secretaría de Integración Social y Urbana del GCBA; II) disponer como caución de la medida antedicha que el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA otorgue de manera excepcional un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad a los tres grupos familiares que habitan el inmueble o los fondos suficientes para que puedan acceder a uno –teniendo en cuenta el valor actual del mercado para una vivienda acorde a las necesidades de cada familia–, III) ordenar al GCBA que la materialización y acreditación de la caución dispuesta en el punto II se cumpla en forma escalonada, debiendo comenzar por el grupo familiar de la Sra. M.I.O, luego por el de la Sra. J. E.S y, finalmente, por el grupo familiar de la Sra. I. M. E.; IV) diferir la ejecución de lo dispuesto en el punto I hasta tanto el GCBA cumpla con los puntos II y III.

Para así decidir, consideró que existían en autos elementos de prueba suficientes para tener por acreditada –con el grado de probabilidad requerido para la etapa procesal en curso– la existencia de la usurpación y la verosimilitud del derecho invocado a los efectos de la medida prevista por el art. 347 del Código Procesal Penal, a lo que agregó la necesidad de asegurar que los ocupantes de la galería comercial no quedasen en situación de calle, por cuanto solo así se cumplía con la proporcionalidad que debía guardar la medida requerida, dado que resultaba “excesivo e

irrazonable conceder la cautelar” al GCBA si ello implicaba “dejar en la calle y sin opciones” a quienes allí se hallaban alojados.

En consecuencia, la Dra. Graciela Pozzali, en representación de la Procuración de la Ciudad Autónoma de Buenos, interpuso un recurso de apelación contra los puntos dispositivos II, III y IV, lo que motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, que lo declaró inadmisibile al entender que la impugnante carecía de la requerida legitimación para deducir un remedio procesal, dado que no revestía calidad de parte en la causa –sentencia de fecha 22 de octubre de 2021–.

Contra dicho pronunciamiento, la letrada particular dedujo un recurso de inconstitucionalidad, cuya declaración de inadmisibilidad –por auto del 10 de marzo de 2022– motivó la presentación directa por la que se corre vista.

III.

La queja interpuesta es formalmente procedente, puesto que fue presentada en tiempo oportuno y ante el tribunal superior de la causa, además de contener una crítica apropiada de las razones esgrimidas en el auto de la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso extraordinario local cuya apertura se demanda.

Sentado ello, corresponde señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibile por la alzada con fundamento en que no había sido interpuesto por parte legitimada para recurrir en el proceso, como así tampoco se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, al no poner fin al proceso ni ocasionar un agravio irreparable a la Procuración General de la Ciudad, dado que “nada” le impedía ejercer ante la justicia competente las acciones posesorias que en el caso pretendía obtener sin suministrar la contracautela impuesta. Asimismo, se argumentó que no se había introducido un verdadero caso constitucional, en tanto los agravios desarrollados por la abogada particular, respecto de la afectación a la inviolabilidad del derecho de defensa y a la garantía del debido proceso legal, no guardaban vinculación con la decisión cuestionada.

Finalmente, en lo que atañe a la arbitrariedad denunciada, el tribunal a quo sostuvo la no concurrencia de las circunstancias excepcionales de aplicación de la doctrina.

Sin embargo, la Dra. Graciela María Pozzali refutó adecuadamente las razones por las que se declaró inadmisibile el recurso constitucional intentado.

Esto significa que probó el carácter equiparable a definitivo de la resolución atacada, pues impide el ejercicio del derecho de defensa a un sujeto al que la jueza actuante impone una obligación, a cuyo cumplimiento se condicionó la recuperación de la tenencia de un inmueble de su propiedad y que, en principio, fuera objeto de un delito.

Tal privación produce un agravio que solo resulta susceptible de tutela inmediata, según las consideraciones que habrán de desarrollarse más abajo.

Simultáneamente, la quejosa demostró la existencia de un genuino caso constitucional, vinculado con las previsiones de los arts. 18 CN; 13.3 y 134 de la CCABA, toda vez que acreditó de manera suficiente que la aplicación efectuada respecto de la disposición del artículo 11, cuarto párrafo, del CPPCABA y la pretensión de su aplicación a una situación regulada por otros dispositivos del ordenamiento instrumental, importó un apartamiento de la normativa que regula específicamente el caso, como asimismo una afectación de la competencia asignada por mandato constitucional a la Procuración General de la Ciudad (conf. art. 134 del CCABA), que derivó en la conculcación de los derechos a ser oída en juicio y a la tutela judicial efectiva que le asisten.

A su vez, puso en evidencia el dictado de una sentencia arbitraria que debe ser descalificada por violentar el principio republicano de fundamentación de los actos de poder, al poseer deficiencias lógicas de razonamiento y carecer de una argumentación suficiente y adecuada.

A) En primer lugar, la resolución atacada constituye un pronunciamiento equiparable a definitivo por sus efectos, toda vez que estamos ante una situación que ocasiona a la Procuración General de la CABA un gravamen de imposible reparación ulterior, al cerrar definitivamente en este proceso la discusión acerca de su legitimación para recurrir en forma autónoma una decisión judicial que le afecta directamente, por cuanto le impone una obligación de hacer –a través de una caución– que condiciona el uso y goce de bienes que integran su patrimonio y que habrían sido objeto de un delito; simultáneamente, atento que la decisión interfiere en el ejercicio de sus atribuciones y competencias constitucionalmente asignadas, la tutela que requiere

tal afectación debe ser inmediata, de modo tal de resguardar su derecho a ser oída con las debidas garantías en defensa de los intereses a los que está llamada a proteger.

En definitiva, el derecho que la recurrente busca ver reconocido, esto es, el de no sufrir las consecuencias de una resolución sin que le haya sido permitido intervenir en el debate concerniente a ella, solo es susceptible de tutela inmediata (conf. TSJ, Expte. N° 5761/08 “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Y. T. s/ inf. art. 61 CC inconstitucionalidad (regulación de honorarios de perito)’” –voto de la jueza Dra. Ruiz–, sentencia del 18/6/2008).

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que, al haber efectuado el tribunal a quo de la causa una exégesis inadecuada de los textos legales que regían el caso y, en consecuencia, vedar el acceso a la segunda instancia previsto en el digesto procesal aplicable, la resolución atacada clausuró la vía utilizada por el justiciable –quien poseía un interés personal y originario en el proceso, al tener que enfrentar con su patrimonio la obligación impuesta en la sentencia– sin justificación idónea suficiente con lesión a la garantía de defensa en juicio, deficiencia que fundamentaba su descalificación como acto judicial (conf. “Fallos”: 313:1267).

B) Por otra parte, concurre un legítimo caso constitucional que habilita la instancia pretendida ya que, mediante razonamientos correctamente desarrollados, la recurrente probó que la decisión de los jueces de mérito de impedirle acudir a la vía impugnativa de la resolución en cuestión importó un desconocimiento del marco constitucional que rige el caso –vinculado a las funciones y facultades de la Procuración General de la Ciudad–, con menoscabo de los preceptos de orden superior invocados; simultáneamente, se acreditó la arbitrariedad de la decisión atacada, en tanto tuvo su base en una interpretación arbitraria de las normas procesales que regula el ejercicio de la acción por los particulares damnificados, pretendiendo su extensión a un supuesto diverso y un apartamiento de la normativa de aplicación al caso.

Para comenzar, resulta necesario señalar que el quid de la queja traída a consideración pasa por determinar si, en las especiales circunstancias del presente caso, la Procuración General de la CABA –a través de su representante, Dra. María Pozzali– ostenta la legitima-

ción para recurrir en forma autónoma un pronunciamiento judicial que afecta directamente los intereses particulares de la entidad, al imponerle la caución consistente en proveer un alojamiento a los imputados –y sus respectivos grupos familiares– que actualmente ocupan el inmueble de su propiedad que habría sido objeto de delito, y/o los fondos suficientes para que puedan acceder a uno.

Sentado ello, no escapa a quien suscribe la regla legal que impide reconocerle calidad de parte querellante a los organismos del Estado cuando fuesen víctimas de un delito de acción pública, en tanto y en cuanto este Ministerio Público Fiscal no abandone su función acusadora, no obstante permitirles intervenir en el proceso penal en calidad de terceros coadyuvantes, de acuerdo con lo establecido en el art. 11, cuarto párr., del CPP –facultad que fuera ejercida en el caso de autos–.

Las razones de la decisión adoptada en tal sentido por la Legislatura de la CABA no fueron explicitadas en el despacho de mayoría que propició la aprobación de la norma por ese cuerpo normativo; no obstante, es posible inferir que tal solución encontraría su génesis en el hecho de que es el representante de la vindicta pública el órgano que representa los intereses de la sociedad y el orden público (por ende, al Estado) en todo proceso penal, por lo que aparecería sobreabundante que se legitime a dos actores procesales de naturaleza estatal para que impulsen la acción penal en contra el imputado (conf. La Rosa, Mariano R.; Rizzi, Aníbal H., Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: comentado, anotado y concordado, 1° ed., Grupo Editorial HS, Buenos Aires, 2010, 172).

Ahora bien, la propia Constitución de la CABA establece, en el primer párrafo del artículo 134, que “la Procuración General de la Ciudad dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos, ejerce la defensa de su patrimonio y su patrocinio letrado. Representa a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos o intereses” (el destacado me pertenece).

Se advierte de tal modo, una posible colisión entre la normativa procesal y constitucional citadas, a cuyo respecto se ha destacado –al analizar la limitación incluida en el cuarto párrafo del actual art. 11 del CPP– que en el caso del Procurador General “a quien, expresamente, el texto constitucional le reconoce tal calidad [la de parte] para aquellos casos en que se encuentran controvertidos sus derechos o intereses

(...)[p]odría plantearse la inconstitucionalidad de tal limitación, fundada en la circunstancia de que una norma de tipo infraconstitucional no podría desconocer la facultad otorgada por una norma de mayor rango” (ibídem).

No obstante, es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, “(...) la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico; solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional” (CSJN Fallos 249:51; 331:2068; 333:447, entre muchos otros)” (conf. TSJ, Expte. N° 11153/14 “Incidente de apelación en autos ‘M., D. E. s/ art. 189 bis, 2° párrafo, portación de arma de fuego de uso civil —Código Penal— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 11122/14 “Ministerio Público —Defensoría General de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos M., D. E. s/ infr. art. 189 bis, 2° párrafo, portación de arma de fuego de uso civil, CP’”, sentencia del 17/12/2014).

De allí la generalización de la regla hermenéutica que opta por la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las pone en colisión. En palabras de nuestro más Alto Tribunal, “en materia de interpretación de leyes, “debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional; de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental” (cfr. Fallos: 200:180 y doctrina de Fallos: 14:425; 105:22; 112:63; 319:1818, 1840; 323:1635; 331:1234, entre otros)” (conf. TSJ, Expte. N° 5541/07 “Ministerio Público – Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” –voto del juez Dr. José Casás–, sentencia del 27/04/2009).

Con tal finalidad, resulta pertinente desarrollar un razonamiento que importe otorgar a las disposiciones legales en juego, entre las que se incluye aquella invocada por los jueces de la instancia anterior para rechazar la impugnación promovida por la Procuración General de la CABA –el párrafo cuarto del art. 11 del CPP–, además de la prescripción del art. 347 del Código Procesal Penal local –omitida absolutamente en

la decisión cuestionada— una inteligencia que no la ponga en pugna con la disposición del art. 134 de la Constitución de la CABA.

Para ello, parece fundamental señalar que, en el caso, la legitimación para recurrir le fue desconocida a la Procuración General como consecuencia de no ostentar el carácter de parte querellante, extremo que le está vedado en razón de lo dispuesto en el art. 11 del mismo código —y en virtud del cual oportunamente se presentó en autos como tercero coadyuvante—. Sin embargo, el rechazo de la impugnación deducida apoyado exclusivamente en dicho dispositivo legal carece de fundamentación, pues importa la pretensión de asimilar dos situaciones bien diversas: el derecho o facultad a presentarse por parte querellante y la capacidad para recurrir una decisión judicial que afecta, de manera directa, intereses a los que está llamada a proteger.

Por lo demás, en lo que se refiere a este último supuesto, el pronunciamiento atacado importa el desconocimiento de la restante normativa procesal y de la jurisprudencia del Tribunal Superior en la que reconoce legitimación para recurrir decisiones judiciales a sujetos que no son parte en el proceso, en tanto, como en el caso, concurra un interés directo que habilite la impugnación.

Resulta indiscutible que tratándose en el caso de una investigación que versa acerca de la usurpación de un inmueble de propiedad del GCBA, el Estado local ostenta el carácter de damnificado directo del delito y se encuentra afectado su patrimonio; no obstante, no puede válidamente pretender constituirse en parte querellante en atención a la disposición del art. 11 del CPP, pero de ello no puede seguirse sin más, tal lo ocurrido en el caso de autos, que carezca de aptitud para recurrir toda resolución que pudiera dictarse y que afecte sus intereses particulares.

En primer lugar, no es posible desconocer que, más allá de los lineamientos generales que el ordenamiento procesal pueda establecer, sus disposiciones no pueden restringir los derechos establecidos en la Constitución local a la que reglamentan, de acuerdo con cuanto dispone el art. 1° del CPP que ese cuerpo normativo “deberá interpretarse como un reglamento de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

Sentado ello, resulta útil recordar que la disposición del art. 279 CPP establece como criterio general que “Las resoluciones judiciales

serán recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. El derecho de recurrir corresponderá a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir”.

La lectura del dispositivo en cuestión permite advertir que no se utiliza la palabra “partes” para referirse a los sujetos que tienen derecho a recurrir, sino que se limita a indicar que el mismo le corresponde “a quien” le sea expresamente acordado, lo que constituye una primera pauta de interpretación.

Cierto es que a continuación, al regular aquellos casos en que no se indica concretamente quien puede recurrir, se alude a las “diversas partes”, lo cual a lo sumo vendría a dejar un margen de duda en cuanto al interrogante de si, en el marco de un proceso penal, solo quienes ostentan el carácter de parte legítimamente constituida –Ministerio Público Fiscal, querellante, imputado, defensor, actor o demandado civil–, pueden recurrir una decisión judicial. Sin embargo, las eventuales dudas que pudiera generar la terminología utilizada en el mentado artículo 279 que, bien vale aclararlo, solo instituye una pauta general, quedan disipadas a poco que se repare en que, fuera de las mencionadas partes de un proceso penal principal, pueden existir otras partes o sujetos interesados en las distintas incidencias que pueden suscitarse respecto de cuestiones secundarias, cuyos intereses podrían verse afectados –con los alcances exigidos por el art. 279 CPP– mediante las decisiones judiciales que se adopten. En este orden de ideas, enseña Clariá Olmedo que, “[e]n casos especiales, la facultad de recurrir puede concederse a terceros distintos de las partes, que demuestren tener un interés directo [; e] esto es muy limitado en el proceso penal, advirtiéndose tan solo en casos de incidentes por cuestiones particulares en los cuáles los terceros aparecen como partes” (conf. Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V: La Actividad Procesal, Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 454).

El propio código prevé situaciones o decisiones que afectan derechos de terceros en las que se concede concretamente la capacidad de recurrir a sujetos que no son parte constituida en el proceso, tal como surge de las previsiones vinculadas con el secuestro de bienes o clausura de locales, reguladas por el art. 120 CPP.

Paralelamente, existen otras previsiones en que la propia materia regulada, en tanto puede involucrar derechos de terceros que no son parte, obliga a inferir que se les otorga legitimación para impugnar, de lo que puede constituir un ejemplo lo dispuesto en el art. 344 CPP, relacionado con la sustitución del embargo o inhibición, orden sobre bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías. Incluso, esta disposición legal contiene una referencia concreta al recurso de apelación.

Similar alcance corresponde asignar a lo previsto en el art. 346 CPP, vinculado con los objetos o bienes decomisables –inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial– relacionados con el delito, las medidas cautelares adoptadas a su respecto y aquéllas de dicha índole destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes; a ese respecto, la norma dispone que “En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”, lo que presupone la necesidad de reconocer su derecho a impugnar las decisiones judiciales que se adopten sobre tales temas y que, de alguna manera, afecten sus intereses. Sin dudas sobre la base de consideraciones del orden señalado, en un antecedente en el que se discutía la legitimación del Consejo de la Magistratura para intervenir en un incidente de regulación de honorarios cuyo pago le venía impuesto, V.E. sostuvo, con cita a Palacio, que “los terceros cuya situación no encuadra en ninguna de las modalidades previstas por la ley, pero que sufren, no obstante, un perjuicio a raíz de una resolución judicial, se hallan habilitados para interponer el recurso de apelación...” (Palacio, Lino; Derecho Procesal Civil; t. IV; Abeledo Perrot; Bs. As., 1972; 84)” (conf. TSJ, expte. N° 5547/07 “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Cáceres, Gonzalo Javier s/ inf. art. 72 ley N° 10 —honorarios de perito—” —del voto de la jueza Dra. Ruiz—, sentencia del 12/03/2008).

En línea con cuanto se viene exponiendo, el propio artículo 347 regula precisamente la situación verificada en el caso de autos, con la particularidad de que, a diferencia del artículo anterior, se refiere de

modo concreto a los supuestos de reintegro de inmuebles en casos de usurpación y determina la apelabilidad de la decisión, por lo que resulta realmente incomprensible que en el decisorio atacado se haya prescindido de todo análisis de la norma y de su aplicabilidad frente al temperamento adoptado y la pretensión ejercida al respecto por la Procuración General en representación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la norma reza: “En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a y sin correr traslado a la defensa, puede disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuere verosímil y puede fijar una caución si lo considerare necesario. A tales fines, el/la Juez/a escucha en entrevista personal a la Fiscalía. La decisión que disponga la resolución se ejecuta y es apelable sin efecto suspensivo”.

Es decir que el damnificado puede solicitar el reintegro de la posesión o tenencia del inmueble –en el caso se ha anexado su petición a la oportunamente efectuada por el Fiscal interviniente–, el juez puede imponer una caución y la resolución es apelable, con la particularidad de que, al no hacerse ninguna distinción sobre a quién le corresponde tal facultad, cabe admitir que le corresponde a todos los sujetos aludidos por el art. 347 –entre ellos, el damnificado–, como asimismo a todos los que pudieran demostrar un interés directo en la cuestión decidida –art. 279–, lo que abarca tanto la restitución del inmueble como la caución a la que se la condicionó.

En el caso de autos y respecto del GCBA –cuya representación en juicio le corresponde a la Procuración General–, las condiciones exigidas concurren por doble partida: por un lado, resulta ser el damnificado directo del delito y sujeto privado de la tenencia del inmueble –afectado al área de la Secretaría de Integración Social y Urbana–; paralelamente, tiene un interés particular en tanto el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA es el sujeto destinatario de la condición a la que se sujetó la restitución a modo de caución.

Ahora bien, en el marco de la decisión a adoptar en relación con la legitimación para recurrir el auto de que se trata, resultaba ineludible desdoblarse la calidad de damnificado directo que ostenta el GCBA en orden al delito investigado –por el que no puede, según se señaló,

constituirse en parte querellante–, del rol que motivó la imposición de la caución, de la que se agravió en su impugnación.

Es obvio que la obligación que le fuera impuesta por la jueza de grado no lo fue en tanto damnificado directo del hecho delictivo investigado, conclusión a la que se llega sin esfuerzo con solo considerar que a ningún ofendido del delito de usurpación se le impone la carga de satisfacer la necesidad de vivienda de quienes ocupan sin derecho un inmueble de su propiedad. Igualmente evidente se aprecia que la obligación impuesta a modo de caución por la Dra. Ohman al GCBA, a través del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA, tuvo lugar como sujeto pretendidamente a cargo de la satisfacción de los derechos de los ciudadanos en general –en este caso, la vivienda– y tiene consecuencias directas sobre el desarrollo de las funciones que se encuentran a cargo de dicha dependencia del gobierno local, de modo tal que, entonces, concurre en cabeza del mismo un legítimo y directo interés en orden a la cuestión resuelta e impugnada.

Dicho interés resulta ser absolutamente diverso y ajeno a aquel por el que le cabe velar al Ministerio Público Fiscal en tanto sujeto titular de la acción penal y promotor de la misma, extremo que pone de manifiesto la arbitrariedad de sustentar el desconocimiento de la capacidad del GCBA de recurrir la caución que le fuera impuesta, en la regla del art. 11 del CPP, pues en las circunstancias de autos y sobre la cuestión decidida e impugnada, no existe una superposición de sujetos estatales que representen un mismo interés que sea dable o necesario desarticular.

En tal situación, debió advertirse que la cuestión relativa a la caución impuesta resultaba ajena al interés que puede perseguir el Ministerio Público Fiscal en el marco de su actuación en un proceso penal y, con fundamento en la disposición de los arts. 279 y 347 del CPP, admitirse su legitimación para impugnar la decisión judicial adoptada, frente al interés directo que la cuestión de la caución impuesta le generaba.

Es que, vale la pena reiterarlo, justamente a raíz del rol de garante que se atribuyó al GCBA en orden a la satisfacción de la necesidad de vivienda de la ciudadanía, lo que se vincula con las funciones a su cargo y no con su condición de damnificado del hecho, que ha devenido en obligado de un mandato de hacer por decisión judicial; sin lugar a dudas, la manda judicial se inmiscuye, de manera indebida y

arbitraria, en el ejercicio de las atribuciones a su cargo en lo relativo al área de vivienda, lo que determina su legítimo interés en intervenir útilmente en el proceso por la vía recursiva intentada, a fin de sostener su posición y defender sus intereses, lo que por supuesto no podía válidamente hallarse a cargo de este Ministerio Público Fiscal, en tanto ello excedía claramente el ámbito de su competencia.

No obstante, con un claro desmedro del derecho del GCBA a ser oído y defender tales intereses, los magistrados de la Cámara de Apelaciones, al desconocerle legitimación procesal, le han impedido incorrectamente ejercitar sus competencias, no obstante lo dispuesto en las disposiciones procesales ya señaladas y a pesar del mandato constitucional contemplado en el art. 134, 1° párr., de la CCABA –ya citado–, que conlleva un reconocimiento elemental para que la Procuración General de la Ciudad cuente con las facultades instrumentales necesarias para cumplir eficientemente la tarea asignada por el constituyente local.

En otras palabras, la sesgada exégesis efectuada por la instancia anterior respecto del art. 11, cuarto párrafo, del CPP, restringió de manera indebida la defensa de los intereses del Estado local que a la quejosa le compete ejercer, como así también su potestad para representar a la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos e intereses.

El temperamento adoptado, entonces, aplica una disposición procesal –el art. 11 CPP– que no regula la situación de autos, ya que solo se refiere a la constitución del damnificado en parte querellante, lo que en momento alguno integró la pretensión ejercida por el GCBA en este proceso.

Simultáneamente, el pronunciamiento atacado omitió la aplicación de las normas generales relativas a los recursos –art. 279 CPP– y, en particular, aquélla que específicamente prevé la situación particular, esto es, la impugnación de la caución en el marco de una solicitud de reintegro de un inmueble objeto de usurpación –art. 347 CPP–, lo que de por sí pone de manifiesto la arbitrariedad de la decisión atacada y, lo que resulta más grave aún, concluye en una evidente afectación de la disposición constitucional que habilita la actuación de la Procuración General en representación del GCBA en todo juicio en que, como en el presente, se encuentran involucrados sus intereses.

Un fallo de esta naturaleza no se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente en atención al contexto de la causa y,

por lo tanto, debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido, lo que resintió el debido proceso y privó del acceso a la justicia a la recurrente, además de cercenar su derecho de defensa en juicio; situaciones que tornan de aplicación la doctrina de la arbitrariedad que “(...) tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 312:246, 389, 608; 323:2196, entre otros)” (conf. TSJ, Expte. N° 13584/16 “Zelinscek, Jorge Alejandro”, sentencia del 22/2/17). Tales afectaciones a derechos y garantías de orden superior (conf. arts. 18 de la CN; 13.3 y 134 de la CCABA), debidamente acreditadas mediante las consideraciones efectuadas, obligan a dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido.

IV.

En virtud de los argumentos esbozados, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, se deje sin efecto la resolución recurrida y se reenvíe el legajo a la Cámara de Apelaciones del fuero para que, por intermedio de los magistrados que corresponda, se tramite el recurso de apelación oportunamente articulado y se resuelva acerca de las cuestiones planteadas que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional.
Dictamen N° 134-2022.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

El artículo 134 de la CCABA faculta a la Procuración General de la Ciudad a ejercer la defensa del patrimonio y el patrocinio letrado del Gobierno local en todo proceso en el que se vean comprometidos sus derechos o intereses.

Por otra parte, el cuarto párrafo del artículo 11 CPPCABA prohíbe a los organismos del Estado ser querellantes cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción penal, a pesar de que podrán participar en el proceso como terceros coadyuvantes.

Del esquema normativo referido se desprende que, como regla general, frente a todo proceso –de cualquier especie– en el que se vean afectados los intereses públicos del Gobierno local, es la Procuración General de la CABA quien representa sus intereses de acuerdo con la disposición constitucional. Sin embargo, en el proceso penal se prohíbe en carácter de parte querellante que intervenga activamente en la acusación, que deriva de una pauta de menor jerarquía, como es la estipulada en el Código Procesal Penal.

En rigor de verdad la aparente colisión de normas se disipa mediante una interpretación armónica de ambos dispositivos legales cuando se advierte que la voluntad del legislador local referida a limitar la intervención del GCBA frente a la participación del MPF como titular de la acción se sustenta en que, por regla general, este es el órgano facultado para promover la actuación judicial en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en custodia de la normal prestación del servicio de justicia y en beneficio del interés social –cfr. art. 1 de la Ley N°1903–; intereses dentro de los que no cabe sino incluir aquellos que corresponden al Gobierno local.

Por lo demás, resulta lógico suponer que una doble persecución penal por parte de distintos órganos estatales resulta excesiva para el imputado si se tiene presente que el sistema acusatorio que rige en la CABA garantiza la debida observancia al principio de igualdad entre las partes –cfr. art. 3 del CPPCABA–.

Si bien, por regla general, la norma infraconstitucional expresamente le niega al GCBA la posibilidad de constituirse como querellante cuando el MPF impulsa la acción, las concretas particularidades del caso transcripto determinan un supuesto de excepción que a continuación analizaré.

Allí, en un proceso seguido por el delito de usurpación relativo a un inmueble cuya tenencia le correspondía a la Secretaría de Integración Social y Urbana –dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros–, una decisión judicial afectaba en forma directa los derechos e intereses que la Procuración debía –y debe– proteger por mandato

constitucional; diferentes de aquellos en función de los cuales el MPF ejerce sus facultades en el marco del proceso penal.

En esa ocasión, la jueza de primera instancia ordenó la restitución de un inmueble a la referida Secretaría, pero sujetó la efectiva concreción de la devolución al imponer a modo de caución, la obligación del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA de otorgar a las familias que ocupaban el edificio un alojamiento o los fondos necesarios para acceder al mismo.

En relación con esa caución, la Procuración interpuso recurso de apelación, que fue rechazado por el Tribunal de Alzada interviniente, al considerar que la impugnante carecía de legitimación para recurrir por no revestir carácter de parte en el proceso.

Al respecto, sostuve que la restricción de constituirse como querellante en paralelo al impulso del proceso por parte del MPF no puede extenderse sin más para desconocer toda facultad del GCBA –representada por la Procuración General– para cuestionar ciertas decisiones judiciales que afectan sus intereses por varias razones.

En primer lugar, porque más allá de la prohibición del artículo 11 del CPPCABA que impedía reconocer a la Procuración de la Ciudad el carácter de parte, la legitimación para recurrir no se limita exclusivamente a las partes del proceso, sino que el ordenamiento procesal reconoce el derecho de solicitar la revisión de una decisión judicial “a quien” tuviere un interés directo –cfr. art. 280 del CPPCABA–.

En función de dicha norma general relativa a todos los recursos, el ordenamiento procesal prevé también distintos supuestos en particular en los que se reconoce a quien no es parte en el proceso; legitimación para recurrir una decisión judicial adversa a sus intereses –arts. 120, 344, 346–.

Por otra parte, el artículo 348 del CPPCABA específicamente vinculado con los casos de usurpación de inmuebles otorga al damnificado que hubiera solicitado su restitución el derecho de apelar la decisión que se adopte al respecto.

En segundo lugar, en el dictamen que se comenta puse de resalto que se había omitido absolutamente considerar la circunstancia de que si bien se había hecho lugar al pedido de restitución del inmueble a la Secretaría de Integración Social y Urbana –dependencia que ostentaba la tenencia antes de la comisión del delito investigado–, se había

condicionado la efectiva devolución al cumplimiento de una obligación que debía cumplir otra dependencia del Estado local. Es evidente, entonces, que el recurso interpuesto se vinculaba con este último aspecto que excedía claramente el ámbito de competencia del MPF.

Esto es así porque la actuación del Ministerio Público Fiscal podía suplir el impulso de la acción penal por parte del particular damnificado –pues ello se deriva de lo dispuesto en el artículo 11 del CPPCABA–; pero en modo alguno podría pretenderse que dentro de su competencia estuviera la representación de los intereses de una dependencia del Estado local a la que un juez le impone una obligación diversa y ajena a la cuestión debatida en el proceso penal –la comisión del delito de usurpación y el reconocimiento del derecho del damnificado directo a recuperar la tenencia del inmueble–, solo vinculada al derecho de todo ciudadano a una vivienda digna y la obligación respectiva a cargo del Estado.

De tal modo, en las circunstancias particulares del caso, el desconocimiento de la legitimación recursiva del GCBA implicó dejar desamparados los derechos e intereses del Estado local, lo que claramente se aparta del texto de la ley y de una interpretación compatible con el mandato constitucional asignado a la Procuración General.

La postura de quien suscribe tuvo acogida favorable por parte del Tribunal Superior de la CABA, que resolvió –con la disidencia de la jueza Alicia E. C. Ruiz– hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el GCBA y revocar la resolución de la cámara (cfr. Expte. N° 13016/2020-3, *op. cit.*, sentencia del 30/11/2022).

Para así decidir, el Máximo Tribunal local sostuvo que la decisión adoptada implicaba una interpretación aislada de la norma procesal que regula el ejercicio de la acción de los particulares damnificados que no se correspondía con las circunstancias de la causa. En otras palabras, el interés particular en función del cual se había recurrido la caución impuesta excedía la competencia del Ministerio Público Fiscal. Por eso el recurso del GCBA no importaba un mero desacuerdo con la norma infraconstitucional, sino que demostraba la existencia de una sentencia arbitraria vulneratoria de las reglas del debido proceso.

Plazo máximo de la prisión preventiva cuando la condena aún no está firme

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 13926/2020-8,
“Ministerio Público - Asesoría General
Tutelar de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado
en ‘R.A.A. y otros s/ 5 c - Comercio de
estupefacientes o cualquier materia
prima para su producción / tenencia con
fines de comercialización’”

CABA, 1 de agosto de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional para dictaminar sobre las quejas por recurso de inconstitucionalidad denegado deducidas, por un lado, por la Asesora General Tutelar, Dra. Carolina Stanley, y por el otro, por la Defensora General y la Defensora General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dras. Marcela Laura Millán y Adriana Laura Gigena de Haar, respectivamente, en ejercicio conjunto de la defensa oficial del imputado R.A.A.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que, el día 17 de septiembre de 2020, la Jueza subrogante del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15, Dra. María Araceli Martínez, resolvió “I. Dictar la prisión preventiva, hasta la celebración de la audiencia de juicio oral y público, de R.A.A. en orden al delito previsto y reprimido en el artículo 5, inciso “c” de la Ley N° 23737 [...]”.

El día 5 de septiembre de 2022, el entonces titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 19, Dr. Carlos Horacio Aostri resolvió, entre otras cosas, “I. Condenar a R.A.A. a la pena de cuatro (4) años y cuatro (4) meses de prisión de efectivo cumplimiento imponiendo el pago del mínimo de la multa prevista en el artículo 5, inc. c, de la Ley N° 23737 equivalente a cuarenta y cinco (45) unidades fijas [...]” y en consecuencia “revocar la condicionalidad de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 26 de la Ciudad de Buenos Aires, el 7 de junio de 2022 en el marco de la causa 6510/A de seis (6) meses de prisión en suspenso [...] correspondiendo por lo tanto unificar la pena impuesta en el punto I. de este resolutorio con la condena anteriormente referida, condenando en consecuencia a R.A.A. a la pena única de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento [...] y mantener la prisión preventiva oportunamente dispuesta respecto del nombrado hasta tanto adquiera firmeza el presente fallo ...”.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 2022, el Juez subrogante del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 19, Dr. Ricardo Félix Baldomar, dispuso la excarcelación de R.A.A. bajo caución juratoria.

Contra dicho pronunciamiento, el Dr. Federico E. Ghisio, Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal Especializada en la Investigación de Delitos Vinculados con Estupefacientes, interpuso un recurso de apelación, argumentando que el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos tenía previsto un límite de 2 años para la prisión preventiva a fin de salvaguardar la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, y que dicho límite no había sido traspasado en el caso ya que se había arribado a una condena –que aún no se encontraba firme– antes de ese tiempo.

Asimismo, sostuvo que el artículo 199, inciso 6 –actual 200, inciso 6– del CPPCABA debía interpretarse de manera tal que se brindara

coherencia y armonía a los distintos incisos de ese artículo, y evitar exclusiones o pugnas entre ellos. En este sentido, indicó que, según jurisprudencia proveniente del Tribunal Superior de Justicia, el inciso 6 contemplaba la situación del procesado que no había sido juzgado, pero que, si ya existía sentencia condenatoria no firme, las alternativas de excarcelación debían regirse por alguno de los restantes incisos.

Tanto la defensa oficial como la asesoría tutelar dictaminaron en favor del rechazo del recurso interpuesto por la fiscalía.

Luego, con fecha 27 de febrero de 2023, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas resolvió, por mayoría, “revocar la resolución del 14 de septiembre de 2022 en cuanto dispuso la excarcelación de R.A.A.”.

Contra dicho pronunciamiento, tanto la Defensa Oficial como la Asesoría Tutelar de Cámara interpusieron recursos de inconstitucionalidad.

Por su parte, el Dr. Gustavo Eduardo Aboso, titular de la Defensoría Oficial ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1, sostuvo que la decisión de la Sala II había vulnerado los principios de inocencia, *favor libertatis*, de legalidad y de razonabilidad de los poderes públicos, la garantía de defensa en juicio y el derecho al doble conforme, a la vez que señaló el carácter arbitrario del decisorio.

Por otra parte, la Asesora Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dra. Noris Guadalupe Pignata, argumentó que la sentencia era arbitraria y que se habían afectado los principios de igualdad, inocencia, legalidad, *favor rei*, *favor libertatis*, principio republicano de gobierno y de razonabilidad de los actos públicos.

El 17 de mayo de 2023 la Sala II resolvió declarar inadmisibles ambos recursos de inconstitucionalidad, circunstancia que motivó la presentación de las respectivas quejas por las que ahora se corre vista.

III.

En cuanto a la admisibilidad de los remedios procesales articulados, corresponde señalar que fueron interpuestos en término, por escrito, ante el Tribunal Superior de Justicia y por partes habilitadas para hacerlo.

A su vez, los agravios planteados por ambos impugnantes están dirigidos contra un acto jurisdiccional equiparable a sentencia

definitiva, debido a sus efectos, toda vez que las decisiones que deniegan –o en este caso, revocan– la excarcelación de un imputado provocan un gravamen que requiere de tutela inmediata, en tanto restringen la libertad ambulatoria, situación susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible o solo tardía reparación ulterior, criterio constante y pacífico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –conf. Fallos: 320:2105; 321:1328; 322:1605 y 2080, entre otros–.

Ello, por supuesto, sólo alcanza para tener por cumplido el requisito relativo al carácter del decisorio recurrido, pero en modo alguno implica prescindir de la necesaria observancia de los demás presupuestos de los recursos presentados.

En ese sentido, las recurrentes no han logrado rebatir con éxito los argumentos a los que acudió la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero al declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad, en cuanto a que no se introdujo un verdadero caso constitucional que habilite la intervención de V.E.

En efecto, las cuestiones planteadas en ambas quejas no remiten a debates constitucionales acerca de la posible afectación a los principios constitucionales y garantías invocadas, sino que traslucen la disconformidad de criterio de las recurrentes respecto a la interpretación que los magistrados intervinientes realizaron sobre el alcance de una norma infraconstitucional.

Específicamente, los planteos de la defensa y de la asesoría tutelar se relacionan con la aplicación e interpretación del artículo 200, inciso 6, del CPPCABA, cuestión que, por regla, resulta ajena a la vía recursiva intentada.

Dicha circunstancia pretende ser disimulada mediante la alegación de haberse vulnerado ciertos derechos, principios y garantías constitucionales –principio de igualdad, inocencia, principio republicano de gobierno, *favor libertatis*, de legalidad, *favor rei* y de razonabilidad de los poderes públicos, la garantía de defensa en juicio y el derecho al doble conforme–.

Sin embargo, en este punto resulta de aplicación lo sostenido, de manera reiterada, por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en cuanto a que “la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un

derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (cf., entre otros, “Carrefour Argentina SA s/ Recurso de queja”, Expte. N° 131/99, resolución del 23/02/2000, en Constitución y Justicia, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, t. II, ps. 20 y siguientes)” (TSJ en “Tévez Fernando Carlos s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, Expte. N° 8871/12, rto. el 19/12/2012, del voto del entonces juez José Osvaldo Casás).

Más allá de la invocación de esas supuestas garantías violentadas, lo cierto es que las partes recurrentes proponen el reexamen de las circunstancias del caso y del entendimiento de la ley procesal que llevó a los jueces del tribunal de alzada a revocar –por mayoría– la excarcelación concedida al imputado, por otra que resulte favorable a sus intereses.

En definitiva, bajo el ropaje de la alegada violación de garantías y principios constitucionales, las vías impugnativas reflejan el simple desacuerdo con la postura sostenida por la mayoría de la Cámara de Apelaciones al momento de decidir y la pretensión de que el Tribunal Superior se constituya, a esta altura del proceso, en una nueva instancia de mérito avocada al análisis, no ya de tipo constitucional, sino de aspectos relacionados con normas infraconstitucionales, lo cual resulta ajeno a la intervención extraordinaria y privativo de los jueces de mérito (conf. Expte. N° 7710/10 “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F.G. s/ Inf. art.(s) 189 bis CP’”, resolución del 11/10/2011; Expte. N° 8146/11, “Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/ Infr. art(s) 129, 1° párr., exhibiciones obscenas CP (p/L 2303)’”, resolución del 14/12/2011; Expte. N° 9714/13, “Incidente de apelación en autos ‘Veira, Marcelo Daniel s/ Infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP (p/L 2303)’”, resolución del 15/4/2014, entre muchos otros).

Y aunque el tratamiento de agravios vinculados con ciertas cuestiones de hecho y prueba e interpretación de derecho común o local procede excepcionalmente cuando se configura la doctrina de la arbitrariedad (conf. CSJN, Fallos: 211:1448), que en autos ha sido invocada,

no se logró demostrar que la decisión jurisdiccional atacada no constituya una derivación razonada del derecho vigente, de acuerdo a las constancias del caso.

En tal sentido, las recurrentes omitieron absolutamente desarrollar las razones en las que se sustentaría la aplicación de la mentada doctrina en el presente caso, en que no se advierte que la decisión cuestionada no cuente con un desarrollo argumental que le otorgue adecuada fundamentación.

Al respecto, los magistrados que conformaron la mayoría sostuvieron que “... la interpretación efectuada por el *a quo* de la legislación local no es acertada porque el art. 200 regula en sus seis incisos diferentes supuestos, cuya interpretación conduce a concluir que el precepto del inc. 6 es aplicable cuando el imputado no ha sido juzgado ni condenado”. Además, se apoyaron en la postura fijada por el Tribunal Superior de Justicia en los precedentes “Taboada Ortiz” –Expte. N° 8296/11–, “Escalante” –Expte. N° 13615/16– y más recientemente en “Ferreyra” –Expte. N° 17641/19–.

Entonces, concluyeron que una interpretación sistemática y armónica de las disposiciones del ordenamiento procesal local conduce a descartar la interpretación realizada por el magistrado en el caso concreto ya que se observa la inconsistencia del argumento efectuado sobre la base de una interpretación lineal y aislada del art. 200, inc. 6, CPP. Por lo tanto, este inciso no resulta de aplicación al caso en virtud de que existe una sentencia condenatoria, más allá de que aún no se encuentre firme.

También esta ha sido la postura sostenida por el suscripto al dictaminar sobre la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por la defensa del imputado D. H. F. en el Expte. N° 17641/2019-O –conf. Dictamen FGAPyC N° 67/2020– en el que sostuve que “respecto a la interpretación que hicieron los jueces del Máximo Tribunal local en el presente caso como en sus precedentes (“Taboada Ortiz” –Expte. N° 8296/11, sentencia del 14/12/2011– y “Escalante” –Expte. N° 13615/16, sentencia del 30/11/2016–) de la norma procesal aplicable al caso, esto es, el art. 187 del CPPCABA, considero que ella es la acertada y razonable por las consideraciones que paso a exponer. Dicha norma prevé en sus 6 incisos los diferentes parámetros para que el instituto de la excarcelación sea viable. Así, el inc. 1) se refiere a que hubieren cesado los motivos que justificaron el dictado de la prisión preventiva, el

inc. 2) a que se hubiese cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista en el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan, el inc. 3) a que se hubiese cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, el inc. 4) a que se hubiese cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo tal que –de haber recaído condena– le hubiera permitido obtener la libertad condicional, el inc. 5) a que hubiese cumplido la pena impuesta por sentencia no firme y, el inc. 6) cuando el imputado hubiera cumplido dos años en prisión preventiva. Entonces, una interpretación armónica, sistemática e integral de la norma mencionada nos conduce a considerar que el supuesto contemplado en su inc. 6) es procedente solo cuando el imputado llevase dos años en prisión preventiva y no haya recaído sentencia condenatoria, sin importar que aún no se encuentre firme. De esta manera quedan subsistentes los restantes supuestos contemplados en el precepto legal, ya que, de aceptarse la postura de la defensa, que propone una interpretación literal y solitaria del inc. 6), nos conduciría a dejar vacíos de contenido y carentes de sentido al resto de los incisos que componen el artículo 187 del CPPCABA. Vale decir, que el precepto del inc. 6) del artículo 187 del CPPCABA debe confrontarse con todos los demás e interpretarse de modo tal que armonicen entre sí y no se produzcan exclusiones o pugnas entre ellos”.

Por las consideraciones que anteceden, es viable concluir que la resolución de la Sala cuestionada fue adoptada conforme a derecho y las constancias del caso, por lo que no se advierte vicio de arbitrariedad como lo alega la recurrente.

Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto constituir al Tribunal Superior “en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” –conf. CSJN, Fallos: 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros–.

Finalmente, respecto a la exigencia de depósito contemplada en el art. 34 de la Ley N° 402, si bien del presente legajo surgen constancias que darían cuenta de la iniciación de la solicitud del beneficio

de litigar sin gastos en favor de R.A.A., entiendo que se debería certificar la formación de dicho incidente y la decisión adoptada ya que, en caso de rechazarse la vía directa intentada tal y como se postula aquí, eventualmente debiera intimarse a la integración del correspondiente depósito.

IV.

En razón de las consideraciones precedentes, solicito a V.E. que se rechacen las quejas deducidas por la Defensa Oficial y la Asesoría General Tutelar en representación de R.A.A. que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 220-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

El carácter excepcional de la restricción de la libertad ambulatoria de un imputado en causa penal y las garantías constitucionales que rigen en la materia exigen un especial cuidado en la interpretación de las reglas que temporalmente condicionan ese encarcelamiento preventivo.

Fundamentalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que la prisión preventiva no puede exceder “un plazo razonable” y debe ser revisada periódicamente por el tribunal.

En concordancia con ello, pero estableciendo límites concretos, la actual redacción del artículo 200 del CPPCABA incluye diversos supuestos que importan el reconocimiento del derecho del imputado a obtener su libertad, que se relacionan con el grado de avance del proceso –inc. 1, 2, 3, 4 y 5– y con el plazo máximo de duración de la investigación preparatoria –art. 111 del CPPCABA–.

En lo que aquí interesa, en función del caso que se comenta, el inciso 5 del artículo del Código citado prevé que el imputado podrá acceder a la excarcelación cuando hubiere cumplido la pena impuesta

por la sentencia no firme. Asimismo, según el inciso 6 del mismo artículo, dispone que la prisión preventiva no podrá exceder de dos años.

La cuestión discutida giró en torno a la interpretación que corresponde asignar a sendos incisos, a cuyo respecto postulé que, de acuerdo con una interpretación armónica de todas las disposiciones legales contenidas en el CPPCABA, el supuesto referido al máximo de dos años de la restricción ambulatoria no resultaba de aplicación en los casos en que el imputado hubiera sido juzgado y condenado, en los que el límite constituía precisamente el monto de la condena, sea que hubiera adquirido o no firmeza.

En el caso transcripto, el magistrado de primera instancia realizó una interpretación contraria a las reglas mencionadas, al conceder la excarcelación en virtud de lo dispuesto en el inciso 6 –es decir, por haber cumplido dos años de privación de libertad– a un imputado con sentencia –no firme–, que había sido condenado a la pena única de cuatro años y seis meses de prisión.

Dicha decisión fue recurrida por el Representante del Ministerio Público Fiscal, a partir de lo cual fue revocada por la Cámara de Apelaciones, lo que motivó la impugnación por parte de la Defensa Oficial y la Asesoría Tutelar mediante sendos recursos de inconstitucionalidad, que fueron declarados inadmisibles.

Cuando tomé intervención a raíz de las quejas deducidas, señalé que aceptar la postura propuesta por la parte recurrente equivalía a una interpretación literal y solitaria del inciso 6, que vaciaba de contenido y sentido al resto de los incisos que componen el artículo 200 del CPPCABA.

Si bien en el caso transcripto no se obtuvo pronunciamiento del TSJ sobre el tema que analizamos –ya que por sentencia de fecha 08/11/2023 dio por concluido el trámite del recurso de queja, al tenerse por cumplida la pena y disponer la libertad del imputado–, lo cierto es que al dictaminar, hice hincapié en que el criterio propuesto resultaba coincidente con lo resuelto por el Máximo Tribunal local en los precedentes “Taboada Ortiz”, Expte. N° 8296/11, resolución del 14/12/11 y “Escalante”, Expte. N° 13615/16, resolución del 30/11/16, en los que se había establecido que el límite de dos años previsto en el inciso 6 del artículo 200 del CPPCABA no era aplicable a los casos en los cuales el recurrente registrara una condena pasible de ser ejecutada.

Cabe aclarar que una postura similar ya había sido desarrollada por el suscripto al contestar el traslado conferido respecto de un recurso extraordinario federal deducido por la Defensa Oficial en el expediente N° 17641/2019-O, “Ministerio Público – Defensoría General de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Legajo de juicio en autos ‘F., D. H. s/ Infr. al art. 189 bis, inc. 2, párr. 3 del CP’” –conf. Dictamen FGA N° 04-2020, emitido con fecha 22/07/2020–.

En definitiva, en ambas oportunidades expresé que el supuesto de excarcelación en función del plazo máximo de dos años como límite de la prisión preventiva previsto en el inciso 6 del artículo 200 del CPPCABA no era aplicable en situaciones en las que el imputado contaba con una sentencia condenatoria no firme, en las que regía la disposición del inciso 5 de esa norma –que toma en cuenta el cumplimiento del monto de la condena–.

Plazo procesal para constituirse en parte querellante

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 126622/2020-3,
“N., L. L. s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en ‘M., D. Á.
s/ 2 bis - Incumplimiento de los deberes
de asistencia familiar (destrucción de
bienes o disminución de valor para eludir
cumplimiento) y otros’”

CABA, 21 de diciembre de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a esta Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por la Dra. A. E. G., letrada patrocinante de la Sra. L. L. N., contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, de fecha 6 de octubre de 2022.

II.

Según surge del requerimiento de juicio formulado el 21/07/2021, se le atribuye a D. Á. M. el siguiente hecho: “El Juzgado Nacional en lo Civil de Primera Instancia N° 76 el 06/02/17 dispuso que D. Á. M. debe abonar la suma de \$4.000 (pesos cuatro mil) en concepto de alimentos

de su hija P.S.M. Sin embargo, desde esa fecha al 2 de junio de 2021, fecha del último contacto de esta Fiscalía con la Sra. L. L. N., el Sr. D. Á. M. nunca realizó aporte alguno para la subsistencia de P.S.M.”

Esta conducta fue calificada por la fiscalía bajo la figura de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la Ley nacional N° 13944).

El 2 de diciembre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia prevista en los arts. 209 y 222 del CPPCABA en la cual se resolvió: “... I. NO HACER LUGAR a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad de los hechos interpuesta por la Defensa. II. NO HACER LUGAR al planteo de nulidad interpuesto por la Defensa. III. DECLARAR ADMISIBLE la prueba ofrecida”.

En esa misma fecha, a las 20.42 horas se recibió en la casilla de mail oficial del Juzgado la presentación hecha por parte de la Dra. Ana-bel Elizabeth González, en representación de L. L. N., solicitando constituirse en parte querellante en los presentes actuados.

Por resolución del 10 de diciembre de 2021, el titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7, Dr. Javier Alejandro Bujan, resolvió: I.- TENER A L. L. N., CON DNI [...], por si y en representación de su hija P.S.M.N., con el patrocinio letrado de la Dra. A. E. G. (T° [...], F° [...]) de CPACF, Monotributista, teléfono de contacto [...], casilla de correo electrónico [...] domicilio electrónico [...], como parte querellante.

Contra dicha decisión, el defensor particular del imputado D. Á. M. interpuso recurso de apelación, lo que motivó la intervención de la Sala II de la Cámara del fuero que, por resolución del 12 de mayo de 2022 decidió revocar lo decidido en primera instancia. Para ello, los magistrados señalaron que el legislador fijó en el art. 12 del CPP un límite temporal a los efectos de constituirse en querellante y, a la luz de los principios de progresividad y preclusión, correspondía revocar la decisión del 10/12/2021 en cuanto fue impugnada por la defensa.

Ello motivó que la pretensa querellante interponga recurso de inconstitucionalidad, en el que planteó que no podía requerirse a la víctima que dé estricto cumplimiento a los plazos procesales para constituirse en parte querellante, cuando no había sido notificada de la presentación del requerimiento de juicio.

Según argumentó, tal apego a la normativa, sin un mínimo de sentido común violentaba los derechos procesales de la damnificada y la revictimizaba una vez más.

Asimismo, se sostuvo que en la solución de la Cámara se podía evidenciar el descuido y el desinterés hacia los derechos de la víctima, no solo de gran relevancia por la normativa prevista en nuestro país, sino también incorporada en forma expresa en el Pacto de San José de Costa Rica (CADH) –arts. 8.1 y 25– y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14.1.–; en consecuencia, se invocó la vulneración del derecho de la víctima a tener un mayor acceso a la justicia.

Dicho remedio procesal fue declarado inadmisibles por la Sala II interviniente –por auto del 6 de octubre de 2022–, circunstancia que motivó la presentación de la queja por la que ahora se corre vista.

III.

La queja es formalmente procedente, porque fue presentada en tiempo oportuno, por la víctima que pretende ser parte querellante, por sí y en representación de su hija menor de edad, con patrocinio letrado y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Cabe recordar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles por la Cámara de Apelaciones del fuero por entender que no se había logrado introducir una cuestión constitucional, al tratarse de una simple discrepancia con el sentido asignado a una norma de derecho procesal, circunstancia que no habilita la apertura de la vía extraordinaria.

Empero, considero que la recurrente demostró la existencia de una decisión judicial arbitraria, que realiza una interpretación excesivamente formal del art. 12 del CPP, en contraposición con los mandatos nacionales e internacionales que amparan a las víctimas, particularmente cuando los hechos que las afectan son cometidos en un contexto de violencia de género (art. 5 de la Ley N° 27372, arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es decir, que no se trata de una mera discrepancia con la aplicación e interpretación de una norma de derecho común –infraconstitucional– sino del apartamiento de aquellas contenidas en los tratados

internacionales, provocándole a la víctima un evidente menoscabo de sus derechos en el proceso.

Asimismo, expresó se vulneraron las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad y aquello que establecen la CEDAW y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará), en materia de acceso a la justicia; y por otra parte, en relación a la menor de edad, la decisión adoptada no tuvo en cuenta el principio del Interés Superior de la Niña.

Entonces, corresponde que la queja sea atendida y se abra la instancia de excepción reclamada por la recurrente.

IV.

Con referencia al recurso de inconstitucionalidad deducido, cumple con los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, en tanto cuestiona una sentencia que por sus efectos es equiparable a definitiva y presenta un genuino caso constitucional.

a. Con relación al requisito de que la decisión cuestionada sea equiparable a definitiva por sus efectos, ello es así porque genera un gravamen de imposible reparación ulterior, al rechazar la solicitud de la víctima de ser tenida como parte querellante, debido a que la exclusión del proceso no podría ser remediada ulteriormente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “Si bien las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida no son, en principio, impugnables por la vía del recurso extraordinario en la medida en que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación, corresponde hacer excepción a esa regla cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior, lo cual permite que la decisión sea equiparable a definitiva en sus efectos” – Fallos: 329:4931; 323:2149; 323:2150; entre otros–.

También ha sostenido que “A los fines del art. 14 de la ley 48, la sentencia debe reputarse definitiva, aun sin serlo en estricto sentido procesal, cuando lo decidido frustra el derecho federal invocado y produce un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”, –Fallo: 339:622–.

Dichos precedentes jurisprudenciales resultan aplicables al presente caso, en virtud de las características que presenta, en tanto la no aceptación de la víctima como parte querellante en este momento procesal, frustra su derecho de participar en el juicio en dicha calidad y de recurrir la sentencia en caso de resultar desfavorable a sus intereses; por lo que considero que la decisión atacada es equiparable a definitiva por sus efectos.

b. En lo que respecta, a la introducción de una cuestión constitucional, tal como lo sostiene la recurrente, la decisión jurisdiccional que se cuestiona excede la interpretación de normas infraconstitucionales; resulta arbitraria en tanto carece de la debida fundamentación exigible a cualquier decisión judicial, lesionando las garantías constitucionales previstas en el artículo 1° y 18, CN, al haberse omitido las disposiciones legales aplicables en materia de género y hallarse en tela de juicio el alcance de los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva resguardados en la CN, en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía; en la Ley Nacional N° 26485; entre otras.

Resulta imperioso destacar que la omisión de analizar el caso desde una perspectiva de género y de infancia, exigencias que como sabemos derivan de normas convencionales de jerarquía constitucional, hace a los jueces incurrir en una decisión arbitraria por no ajustarse a los estándares allí establecidos.

En el presente, la recurrente no hace una mera referencia ritual a derechos constitucionales, sino que, por el contrario, acreditó precisa y fundadamente el cercenamiento de los derechos de la pretensa querellante, además se indicó que la víctima no fue anoticiada de la presentación del requerimiento de juicio para poder –si lo consideraba– presentarse como parte querellante antes del vencimiento del plazo previsto en la ley procesal local.

Esta circunstancia no fue considerada por los jueces en la resolución adoptada, ya que solo se apegaron estrictamente al término previsto en el art. 12 del CPP, pero sin dar una respuesta a la víctima de violencia de género o peor aún, sostuvieron que “... la inexistencia de agravio irreparable surge patente a poco que se considere que si la pretensa querellante no pudo ejercer el rol que reclama, en ello tuvo que ver la deficiente actividad desplegada por la patrocinante letrada,

al no deducir la solicitud en tiempo y forma, siendo por tanto aplicable al caso la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a que no son invocables los agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional de las partes (conf. Fallos 308:282; 311:358; 313:1.289, entre muchos otros; y causa N° 049-00-CC/2004 de esta Sala, rta. el 14/06/2004)”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “si bien los jueces de la causa no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solamente aquellas que estimen apropiadas para fundar sus conclusiones, cabe apartarse de dicho principio cuando se efectúa un examen parcial o fragmentario o se excluye un elemento oportunamente introducido en el juicio y que debió ser considerado desde que aparecía conducente para la dilucidación del pleito” –CSJN, Fallo 339:276–; tal circunstancia ocurrió en el presente proceso, al haber omitido los jueces la ponderación de que la víctima desconocía que se hubiese presentado el requerimiento de juicio.

Por el contrario, la Alzada puso en cabeza de la víctima –a quien el Estado debe proteger– el deber de informarse del avance del proceso y no bajo responsabilidad de los operadores judiciales la obligación de hacerlo; desde esta perspectiva, también puede afirmarse que la decisión jurisdiccional adoptada desatiende la obligación más general de: i) ...actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7, inc. b); ii) ... 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 (art. 7, inc. f, Convención de Belém do Pará).

Por consiguiente, en lugar de efectuar una interpretación de las normas de derecho común que se concilien con los derechos de las víctimas para que no se menoscaben principios de rango constitucional –como el derecho a la protección judicial efectiva y el acceso a la justicia, entre otros–; es decir, una interpretación sistemática que respetara los compromisos asumidos por el Estado argentino, los magistrados optaron por una interpretación literal de las normas procesales aplicables, apegándose a un injustificado rigorismo formal que cercenó los derechos antes mencionados.

Lo expuesto me lleva a concluir que estamos en presencia de una sentencia arbitraria que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, en tanto los jueces fundamentaron de modo deficiente su decisión e hicieron uso de una interpretación y aplicación incongruente de las normas en juego, apartándose de las obligaciones y los estándares internacionales vinculados con la lucha contra un flagelo social, como lo es la violencia de género.

Como es sabido, en lo referente a la doctrina de la arbitrariedad, no desconozco la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sigue el Máximo Tribunal local, en cuanto a que “no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

Sin embargo, en el presente proceso la decisión jurisdiccional atacada encuadra en las excepciones mencionadas en la regla que antecede, por cuanto se visualiza una deficiencia lógica del razonamiento por parte de los magistrados, quienes omitieron aplicar las normas internacionales de rango constitucional que protegen a las víctimas en un contexto de violencia de género.

Hoy en día ya no se discute que, el incumplimiento de la cuota alimentaria configura también, a más de la violación de un derecho elemental básico de los niños, niñas y adolescentes, un claro caso de violencia de género.

Al respecto, la Convención de Belém do Pará en su art. 5 incorpora la afectación de los derechos económicos como parte del concepto de violencia. Es decir que, la violencia económica y patrimonial cercena los procesos de autonomía y, en el contexto de las relaciones de pareja, resulta ser un motivo significativo para la continuidad del dominio y el control sobre sus vidas.

Asimismo, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, agrega a las personas que

por razón de su género o por circunstancias económicas se encuentren en especiales dificultades para ejercitar ese derecho.

En nuestro país, la Ley N° 26485 en su art. 5 conceptualiza los distintos tipos de violencia de género y en el inciso 4 define a la violencia económica y patrimonial como la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de, entre otros, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna (pto. c).

Es que si la violencia económica debe ser entendida como aquella serie de mecanismos de control y vigilancia sobre el comportamiento de las mujeres en su relación con el uso y la distribución del dinero, junto con la amenaza constante de no proveer recursos económicos, la no satisfacción del pago de la cuota alimentaria debida a los niños cuyo cuidado se encuentra a cargo de la progenitora supone la muestra más patente del poder que se establece entre las mujeres y los hombres porque “queda en manos de estos últimos un poder acompañado de la sumisión o subordinación de las mujeres” –Medina, Graciela. “Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2013, pág. 107–.

El incumplimiento alimentario en sus distintas variables (total, parcial, tardío, etc.) constituye un modo particularmente insidioso de violencia de género en la familia, pues ocasiona un deterioro de la situación socio económica de la mujer que repercute negativamente al limitar los recursos destinados a satisfacer las necesidades que deben cubrirse y la priva de los medios imprescindibles para afrontar la vida con dignidad.

En tal sentido, en el caso no se trata de proponer una diferente interpretación de normas de derecho común, sino de resaltar la omisión de considerar las normas de jerarquía constitucional que resultaban aplicables al caso y el consiguiente cercenamiento de los derechos al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de la víctima.

Según doctrina del más alto Tribunal del país “Resulta formalmente admisible el recurso extraordinario si se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquellos (art. 14, inc. 3, de la Ley N° 48)” –Fallos: 339:1763. 339:1534–.

Es importante resaltar la doctrina que establece que si bien “las cuestiones de hecho, prueba y derecho público local son ajenas por regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria [...] tal principio no es absoluto y admite excepciones, especialmente cuando las decisiones judiciales prescinden de efectuar un tratamiento adecuado de la cuestión de acuerdo con las constancias de la causa y con las disposiciones legales vigentes o cuando afectan el derecho de defensa de las partes, por falta de adecuada fundamentación” (cnfr. CSJN, Fallos: 339:399).

De manera concordante, nuestro máximo Tribunal local ha sostenido que “la tacha de arbitrariedad de una sentencia exige que la misma posea errores graves en la fundamentación o en el razonamiento, sea al considerar la prueba o al aplicar la ley vigente, y son estos los extremos que tornarían –en su caso- admisible el recurso en cuanto a este agravio” (cnfr. sentencia del TSJ, Expte. N° 8571/11, “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Asociación de Vendedores Independientes de la Vía Pública de la RA y otros c/ GCBA s/ Amparo”, sentencia del 15/5/2013).

En definitiva, el fallo impugnado presenta deficiencias en la motivación, particularmente en lo que atañe al derecho aplicable, por lo que carece de fundamentación adecuada y ello lo torna un pronunciamiento arbitrario, no válido como acto jurisdiccional, conforme con los parámetros establecidos en los arts. 1 y 13.3 CCABA y arts. 1, 18 y 28 CN.

V.

En razón de las consideraciones precedentes, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, se deje sin efecto la resolución recurrida y se devuelvan las actuaciones para que se admita a la Sra. L. L. N., por sí y en representación de su hija, como parte querellante en estos actuados y se ordene continuar el trámite del proceso según su estado que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 426-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En el caso previamente citado se discutía el alcance que debía otorgarse al artículo 12 del Código Procesal Penal, que regula la oportunidad para constituirse en parte querellante, y prescribe en su primer párrafo: “Quien pretenda constituirse en querellante se presentará por escrito, personalmente o con mandatario especial, con patrocinio letrado, ante el/la Fiscal. La presentación será admisible hasta el quinto día de formulado el requerimiento de juicio por el/la Fiscal”.

Puntualmente, se trataba de determinar si el límite temporal establecido en el Código de forma para quien pretendiere ejercer el rol de querellante en causa seguida por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar debía ceder en miras a garantizar los derechos de raigambre superior que amparan a las mujeres víctimas de violencia, dentro de la cual se encuentra legalmente incluida aquella de tipo económica.

Mediante el ejercicio de esta clase de violencia lo que se pretende es limitar los recursos patrimoniales de la progenitora y, por consiguiente, menoscabar su independencia económica, más allá de la obvia afectación de los derechos de la niña involucrada.

En opinión de quien suscribe, el raciocinio evidenciado por la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero sobre el tema en estudio, en función del cual revocó la decisión de primera instancia que tuvo como parte querellante a la madre de la menor luego de transcurrido el plazo establecido en la ley procesal para ello, por resultar extemporánea –en función de lo dispuesto en el mencionado art. 12–, significó una interpretación excesivamente formal del texto de la norma, en contraposición con los mandatos internacionales y nacionales que resguardan a las víctimas, en particular –como ya se dijo– cuando los hechos que las afectan son cometidos en contexto de violencia de género.

A ese respecto, deviene importante resaltar que la damnificada no había sido anoticiada del requerimiento de juicio efectuado por la fiscalía interviniente –para que pudiera ejercer el rol pretendido antes del vencimiento del plazo previsto en el art. 12–, a lo que la propia interesada agregó que, en ese entonces, se encontraba en una situación especial de vulnerabilidad que le impedía constituirse en parte querellante en cuanto carecía de recursos económicos para ello.

Ante esas especiales circunstancias, resulta evidente que una postura que pone en cabeza de la víctima la obligación de informarse sobre el progreso del caso para poder hacer valer sus derechos, adolece de la debida perspectiva de género y de infancia que estos supuestos reclaman, en cuanto atribuye la denegatoria al pedido efectuado a “su propia conducta discrecional”. Así pues, la actuación de los jueces de la Cámara, al apegarse estrictamente al límite temporal establecido en una norma infraconstitucional, no solo revictimizó a la pretensa querellante una vez más, sino que también menoscabó sus derechos constitucionales –el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva– en el marco de un proceso penal.

En definitiva, una interpretación literal del texto del artículo 12 del CPP desatendió injustificadamente las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en la lucha contra un flagelo social como lo es la violencia contra las mujeres, e importó una aplicación por demás incongruente de las normas en juego.

La solución propuesta por el Ministerio Público Fiscal en el precedente mencionado tuvo acogida favorable por el Tribunal Superior de Justicia, que por mayoría resolvió hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos, dejar sin efecto la resolución impugnada y reenviar el caso para que, por intermedio de otros jueces de la Cámara, se de tratamiento al recurso de apelación oportunamente deducido por la letrada de la damnificada y de su hija (sentencia del 08/11/2023).

Para así decidir, el voto conjunto de las juezas Marcela De Langhe y Alicia Ruiz y del juez Santiago Otamendi expresó:

... no fue cuestionado que la solicitud de ser constituida en querellante se hizo por fuera del plazo establecido en el art. 12, CPP, sino que se sostuvo que ese plazo no era aplicable al caso por cuanto ni la fiscalía ni el juzgado habían notificado a la denunciante del requerimiento de juicio. La recurrente agregó que su representada y su hija se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad –que, dijo, en su aspecto económico guardaba relación directa con el objeto de imputación– y que tales circunstancias debían considerarse atento los derechos en juego. También trajo en respaldo de su postura las regulaciones de jerarquía supralegal relativas a género y discapacidad y destacó que la intervención pretendida no implicaba retrotraer en modo alguno el proceso seguido al imputado.

Sin embargo, la Cámara no abordó ninguno de estos puntos y se limitó a sustentar su decisión en el incumplimiento del plazo contenido en el art. 12, CPP, pese a que la controversia versaba sobre si en las particulares circunstancias del caso, aquél debía entenderse aplicable. En esas condiciones, el pronunciamiento de la Cámara carece de fundamentación suficiente, como lo señaló el Fiscal General Adjunto; y –sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión planteada–, en cuanto omitió abordar una cuestión conducente para la adecuada solución del caso, debe ser descalificado de acuerdo con la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.¹³

Al emitir su voto, el juez Dr. Luis F. Lozano se pronunció en el mismo sentido que sus colegas preopinantes, aunque por sus propios fundamentos.

La postura adoptada por la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional fue plasmada también en el Dictamen FGA N° 407–2022, emitido en ocasión del Expte. TSJ N° 5456/2020–6 “Gabriele, Carlos Raúl y otros”. En el marco de dicha causa, el Tribunal Superior de Justicia, otra vez por mayoría, resolvió hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad oportunamente impuestos, y revocar por arbitraria la resolución de la Cámara de Casación y Apelaciones que había confirmado la decisión de primera instancia de rechazar por extemporánea la solicitud de la damnificada de ser tenida como parte querellante (sentencia del 15/11/2023).

13. TSJ, Expediente N° QTS 126622/2020-3, “N., L. L. s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘M.D.A. s/ 2 bis - Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (destrucción de bienes o disminución de valor para eludir cumplimiento) y otros’”

Reparación integral del perjuicio

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Expediente 136140/2021-2, “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos ‘T., B. J. s/ 89 - Lesiones leves’”

CABA, 31 de mayo de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Dr. Gabriel Esteban Unrein, titular de la Fiscalía de Cámara Este de esta Ciudad.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que, según se desprende de las constancias adjuntadas, se le atribuye a T., B. J., presunto dueño de un local comercial de nombre de fantasía Subway, la comisión del delito de lesiones leves en perjuicio de G., J. A., repartidor de la empresa denominada Pedidos Ya (conf. art. 89 del Código Penal).

Concretamente, el 16 de junio de 2021, en las inmediaciones del referido comercio gastronómico –ubicado en la calle [...] de esta Ciudad– y previo discutir las partes en torno al cobro de un adicional por el servicio brindado, T., B. J. habría agarrado del brazo derecho a G.,

J. A. –haciéndolo girar sobre su propio eje–, para luego propinarle un golpe de puño en su rostro; agresión que le habría producido a la víctima un traumatismo en su ojo derecho con posible ulcera.

Ante el requerimiento de juicio efectuado por el Ministerio Público Fiscal, la Defensa Oficial a cargo de la asistencia del imputado solicitó a la jueza de primera instancia la aplicación de la reparación integral del perjuicio como vía de extinción de la acción penal (conf. art. 59, inc. 6, del CP), para lo cual acompañó una constancia de una comunicación telefónica mantenida con el damnificado, en la que este manifestaba su desinterés en que la causa llegase a una instancia de debate, como así también que le era útil recibir la suma de cuarenta mil pesos en concepto de resarcimiento por el daño sufrido, de modo que estaba de acuerdo con la procedencia del instituto antes citado.

Por su parte, el fiscal interviniente manifestó que no estaban dadas las condiciones para resolver el conflicto por esa vía y extinguir la acción penal. En este sentido, dado que el instituto de la reparación integral no estaba reglamentado en el Código Procesal Penal de la CABA, consideró que cabía aplicar pautas relativas a los demás métodos alternativos de resolución del conflicto previstos en la ley procesal local, como lo eran la composición y la mediación, para cuya procedencia el legislador exigió la ausencia de antecedentes penales por parte del imputado.

De esta manera, considerando la condena que T., B. J. registraba por varios sucesos anteriores, el titular de la acción penal se pronunció por la inviabilidad de la solución procurada.

Ahora bien, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 12, a cargo de la Dra. Patricia Ana Larocca, hizo lugar a la vía de reparación integral del perjuicio con fundamento en que la oposición fiscal no estaba suficientemente fundada, en tanto la ausencia de antecedentes penales computables como requisito para la aplicación del suscitado instituto no estaba estipulada en la norma de fondo, a lo que agregó que no correspondía –ante la falta de regulación específica en nuestro ámbito procesal– traspolar sistemáticamente las exigencias establecidas para similares salidas alternativas.

Por otro lado, la magistrada hizo hincapié en la anuencia para recurrir al instituto prestada por la víctima, cuya conformidad adquiría

una entidad especial, al tratarse el delito imputado de aquellos catalogados como “dependientes de instancia privada”, sumado a que el supuesto suceso se habría tratado de un episodio aislado entre las partes.

Contra dicho pronunciamiento, la fiscalía interpuso un recurso de apelación, que motivó la intervención de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, que –por mayoría– confirmó el fallo dictado en la instancia anterior –sentencia del 19 de septiembre de 2022–.

En esta dirección, luego de argumentar que, según su visión, se había respetado la voluntad de la víctima de resolver el conflicto de una forma alternativa al debate oral, el tribunal señaló que no detectaba en el presente caso la vulneración al principio acusatorio –tal como había indicado el fiscal local en su escrito recursivo–, por cuanto no podían crearse pretorianamente requisitos para la Imposición del instituto previsto en el artículo 59, inc. 6 del Código Penal, pues dicha actuación implicaría efectuar una analogía *in malam parte* prohibida por el principio de legalidad.

Sobre estas premisas, los jueces de la Cámara concluyeron que la reparación integral del daño “no pose[ía] límites procesales aún”, al menos hasta su efectiva incorporación en el ordenamiento de forma, y, por el otro, que su aplicación no dependía del “ejercicio del principio de oportunidad –reglado bajo el criterio discrecional de política criminal otorgado al Ministerio Público Fiscal–, ni del consentimiento de este último, en tanto la norma se remit[ía], con exclusividad, a la pretensión del damnificado en el hecho y a la ‘reparación integral’ del perjuicio a él ocasionado”.

Como consecuencia de ello, el Sr. Fiscal de Cámara dedujo un recurso de inconstitucionalidad, cuya declaración de inadmisibilidad –por auto del 13 de marzo– motivó la presentación directa por la que se corre vista.

III.

La queja interpuesta es formalmente procedente, puesto que fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada y ante el tribunal superior de la causa, además de contener una crítica apropiada de las razones esgrimidas en el auto de la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso extraordinario local cuya apertura se demanda.

Sentado ello, corresponde señalar que el recurso de Inconstitucionalidad fue declarado inadmisibile por el tribunal *a quo*, al considerar que, si bien se dirigía contra una resolución equiparable a sentencia definitiva pues le impide al Ministerio Público Fiscal la persecución de la acción, no introducía debidamente un caso constitucional, en tanto los agravios desarrollados por el recurrente traslucían una mera discrepancia con la interpretación efectuada por los jueces de la Sala II, al confirmar el fallo cuestionado, respecto de una norma infraconstitucional sobre prescripción (conf. art. 59, inc. 6, del CP) materia que, por regla, resulta ajena a la competencia de ese Tribunal Superior; asimismo, en lo que atañe a la arbitrariedad denunciada, se sostuvo la no concurrencia de las circunstancias excepcionales de aplicación de esa doctrina.

Sin embargo, considero que el fiscal ante la Cámara refutó adecuadamente las razones por las que se declaró inadmisibile el remedio constitucional intentado, mediante argumentos a los que me remito en honor a la brevedad.

Esto significa que demostró la existencia de un genuino caso constitucional, vinculado con las previsiones de los artículos 18 y 120 de la CN; 1º, 13.3, 124 y 125 de la CCABA, toda vez que no se limitó a disenter con la inteligencia que la Cámara de Apelaciones del fuero le otorgó a las cuestiones de derecho común y procesal involucradas en el *sub lite* (arts. 59, inc. 6, del CP), sino que acreditó, de manera suficiente, la conculcación de la garantía del debido proceso y del sistema acusatorio que rige en nuestro ámbito local, al sustituir el rol que, por mandato constitucional, le compete al Ministerio Público Fiscal, y disponer de la acción de un modo no consentido por aquel, afectando así la autonomía funcional de esta parte. A su vez, puso en evidencia el dictado de una sentencia arbitraria que debe ser descalificada por contener deficiencias lógicas de razonamiento y carecer de fundamentación suficiente y adecuada.

En atención a lo expuesto, debe tenerse por desvirtuado el auto denegatorio, circunstancia que habilita a abordar el análisis de los planteos introducidos en oportunidad de la interposición del recurso extraordinario local.

IV.

Ateniéndome estrictamente al examen de los recaudos sustanciales exigidos para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad deducido, cabe expresar que resulta procedente por cuanto cuestiona una sentencia equiparable a definitiva e introduce un verdadero caso constitucional.

A) En primer lugar y pese a que este punto no se halla controvertido en el presente, corresponde señalar que la resolución cuestionada constituye un pronunciamiento equiparable a definitivo por sus efectos, toda vez que ocasiona a este Ministerio Público Fiscal un gravamen de imposible reparación ulterior en el ejercicio de la acción penal.

Ello, por cuanto la decisión jurisdiccional atacada que confirmó la decisión de primera instancia que declaró procedente la reparación integral del perjuicio –instituto previsto en el artículo 59, inc. 6, del Código Penal– impide la continuación del proceso hasta la etapa del debate oral, ya que, una vez verificado el cumplimiento de la condición establecida en ese instituto, se produce la extinción de la acción penal.

Además, no está discutido que esta parte quiere llevar el caso a juicio y que la decisión cuestionada lo impide, afectando irremediablemente la facultad de ejercer la acción pública y de escoger el modo que, de acuerdo con las circunstancias del caso, habrá de resolverse el conflicto.

De esta manera, no habrá otra oportunidad eficaz para hacer valer las razones constitucionales en torno a la Invalidez de la salida alternativa decidida en el caso y poder así llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno.

Tal criterio ha sido adoptado por ese Tribunal Superior en aquellos supuestos en donde se habilitó una instancia oficial de mediación a pesar de la oposición de la fiscalía (conf. Expte. No 11096/14, “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ Queja por recurso de Inconstitucionalidad denegado en Valdivia, Jorge Alberto s/ Inf. art. 149 bis, amenazas, CP”, sentencia del 26/08/2015; entre tantos otros).

B) Por otra parte, el recurrente presentó un auténtico caso constitucional –que amerita la Intervención de V.E.– al demostrar, con razonamientos correctamente desarrollados, que la interpretación efectuada por los jueces de mérito del art. 59, inc. 6, del Código Penal, lesiona en el *sub examine* aquellas reglas constitucionales que estructu-

ran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad.

Lo expuesto obedece a que el Dr. Unrein controvirtió el único argumento que esgrimió el tribunal *a quo* en su auto denegatorio, referido a la no acreditación de un caso constitucional, toda vez que denunció fundadamente el desconocimiento del rol asignado al órgano acusador y el entorpecimiento insalvable al que, a causa de lo resuelto por los jueces de mérito, esta parte debe enfrentarse en el normal cumplimiento de las funciones que constitucionalmente le incumben.

Para comenzar debo remontarme al año 2015, en el que se sancionó la Ley N° 27147, que modificó el artículo 59 del Código Penal, al incorporar a través del inciso 6 dos nuevas causales de extinción de la acción penal: la conciliación y –en lo que aquí interesa– la reparación integral del perjuicio.

Así pues, el actual texto del artículo 59, inc. 6, del CP establece lo siguiente: “[l]a acción penal se extinguirá: [...] 6 [p]or conciliación o reparación integral del perjuicio, **de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes**” (el destacado me pertenece).

Según surge de la norma transcripta, el legislador nacional supeditó la aplicación de dichos institutos a las condiciones que la regulación procesal establezca. Ahora bien, nuestro ordenamiento de forma prevé la mediación o composición como vías alternativas de resolución del conflicto, las que el legislador puso a disposición del titular de la acción pública, quien tiene la facultad de escoger el modo en que habrá de resolverlo.

No obstante, la falta de contemplación específica a nivel local, respecto de la reparación integral del perjuicio, el camino a seguir de ninguna manera puede llevar –ni tampoco esta parte lo ha planteado– a la inobservancia de una ley sustantiva.

Esta postura ha sido sostenida tanto por el fuero de excepción como por la justicia criminal y correccional, cuando aún no había sido emitida, por parte de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, la Resolución N° 2/19 –por la cual entró en vigencia el art. 34 del referido ordenamiento instrumental, que regula a nivel federal el instituto aquí analizado–, y se debatía jurisprudencialmente si el Decreto-Ley N° 257/2015 del Poder Ejecutivo Nacional, que suspendía la implementación de la nueva ley

procesal federal, conllevaba también la inaplicabilidad de la reparación integral del perjuicio como supuesto extintivo de la acción penal o, si bien, éste resultaba procedente de acuerdo con el código de procedimiento nacional.

En este orden de ideas, para sustentar la operatividad de la cláusula legal en juego, se ha sostenido que, “[u]na causal de extinción de la acción penal vigente para todos los habitantes del país no puede ser inaplicada por los jueces de alguna jurisdicción con la excusa de falta de regulación procesal” (conf. CCC, Sala VI, causa N° 15121/2018, “S., L.A.”, rta. del 24/08/2018); de igual manera se determinó que “no [era] óbice para [su aplicación], la remisión de la noma [inc. 6 del art. 59 del CP] a las leyes procesales correspondientes, porque las vicisitudes de la implementación de un código adjetivo no pueden impedir la aplicación de dos causales de extinción de la acción penal que se encuentran vigentes en el código de fondo” (conf. CFCP, Sala IV, causas N° 25020/2015, “V., G.P. y otro”, registro interno N° 1119/17, rta. del 29/8/2017; y N° 7245/2013 “B., G.A. y otro”, registro interno N° 1731/18, rta. del 14/11/2018).

Aclarado entonces el punto respecto de la plena eficacia de la norma sustantiva, continuaré explicando como aquélla debe instrumentarse en nuestra jurisdicción.

Resulta de vital importancia recordar que la moderna Constitución de la CABA consagra varios principios procesales, concretamente en los artículos 12, 13, 106, 124 y 125, que establecen, entre otros aspectos, el modelo acusatorio, la titularidad de la acción en cabeza del Ministerio Público Fiscal, como así también su autonomía funcional, el funcionamiento del Poder Judicial; lo que nos conduce a interpretar que la remisión que efectúa la norma de derecho de fondo (concretamente el art. 59 inc. c) del CP) debe hacerse bajo este prisma constitucional.

En efecto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires –a diferencia de la CN– estableció de maneta expresa la vigencia del sistema acusatorio en su artículo 13.3, que tiene diversas consecuencias, entre ellas, haber dotado de un rol fundamental al Ministerio Público, ya que en el artículo 125 estableció que entre sus funciones se encuentra la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad y la de velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la

satisfacción del interés social, con autonomía funcional y autarquía financiera –art. 124–.

En esta dirección, V.E. tiene dicho que “rige en el ámbito local el sistema acusatorio, como así también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, además de tener a su cargo el ejercicio de la acción pública, cuya titularidad lleva implícita su discrecionalidad, “toda vez que no podrá concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre su ejercicio” (conf. TSJ, Expte. N° 10019/13, “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘García Olalla, Gustavo s/ art. 149 bis CP’”, sentencia del 30/04/2014).

Es que no debe perderse de vista la naturaleza del instituto bajo análisis que, al igual que la mediación o composición prevista en código de procedimiento local, debe ser considerado como un aspecto de la disponibilidad de la acción por parte del órgano acusador. Esto significa que constituye una facultad del representante de la acción pública el acceder –o no– a su concesión –siempre que exista un fundamento razonable para ello– de modo que su negativa resulta vinculante para el órgano jurisdiccional.

En efecto, la viabilidad de diversos institutos como la mediación o suspensión del proceso a prueba solo ocurrirá cuando el órgano quien tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública –esto es, el MPF– concluye que es posible hacer cesar su ejercicio porque el interés público que representa se verá satisfecho si denunciante y denunciado logran dar por superado/reparado el conflicto derivado del hecho ilícito que dio origen al proceso penal, pero sujeto también a que se encuentren satisfechos los demás requisitos legales previstos para su procedencia.

Justamente por ello, me encuentro en condiciones de afirmar que la cuestión suscitada en el caso implicó, por parte de los jueces de mérito, una invasión arbitraria a las esferas de decisión que se le han otorgado constitucionalmente a esta parte respecto de la viabilidad de una vía alternativa de solución del conflicto. Fue así como, a través de los pronunciamientos en crisis, se desconocieron la garantía del debido proceso, el

principio acusatorio y la autonomía de este Ministerio Público Fiscal, tal como acertadamente lo sostuvo el Sr. Fiscal de Cámara.

Y, si bien los jueces de mérito pudieron no compartir los motivos brindados por el representante del Ministerio Público Fiscal para oponerse a la concesión del instituto, no puede negarse que éstos eran atendibles –sobre todo cuando métodos similares prevén pautas semejantes–, de manera que, ante la falta de anuencia, la vía de reparación integral –que en caso de cumplirse con la transacción pautada conlleva la extinción de la acción– no podía bajo ningún concepto prosperar.

En efecto, el agente fiscal se opuso a que se conceda el instituto de la reparación integral porque entendió que las salidas alternativas al conflicto penal debían otorgarse respecto de aquellas personas que presenten condiciones procesales que así lo ameriten, extremos que entendía ausentes en el supuesto de T., B. J., dado que las circunstancias concretas del caso enmarcaban su conducta en un contexto de reiteración delictiva.

Puntualmente, la exigencia de que el imputado carezca de antecedentes penales obedecía a una cuestión de política criminal, en tanto se procuraba no favorecer a través de dicho instituto a aquellas personas que, habiendo transitado un proceso penal con anterioridad, evidenciaban un claro desprecio por la norma al volver a infringirla.

Ello conducía, sin más, a que la oposición razonable del fiscal se erigiera como óbice para la concesión del pretense método alternativo, máxime cuando ni siquiera se deslizó que el criterio reseñado violara algún precepto constitucional que permitiera calificarlo de ilegítimo.

La función del juez al momento de analizar un pedido de mediación o en este caso, de reparación integral del perjuicio, no puede exceder del control sobre el apego constitucional y legal de los argumentos que dio la fiscalía para oponerse a esa vía alternativa. Pero, no podrá, en ningún caso, hacer prevalecer su criterio de política criminal sobre aquél del titular de la acción penal, cuando fueron debidamente explicitados y fundados los motivos de su negativa.

Sin embargo, bajo el pretexto de evaluar la razonabilidad de la postura adoptada por la fiscalía, los jueces de mérito, previo sostener que la negativa basada en los argumentos *ut supra* referidos era insuficiente para oponerse a la aplicación de la reparación integral del perjuicio, declararon procedente la vía prevista en el artículo 59, inc. 6,

del Código Penal, reemplazando de tal modo la voluntad del titular de la acción y de quien tiene la facultad para decidir, en función de las circunstancias del caso, de qué manera habrá de solucionarse el conflicto que subyace en todo proceso penal –en este legajo, mediante la realización del juicio–, solución alcanzada que no se compatibiliza con el consagrado modelo acusatorio.

Específicamente, la Cámara de Apelaciones del fuero argumentó que el titular de la acción no podía exigir –para la procedencia de la cláusula en trato– que el imputado adolezca de antecedentes penales puesto que aquello no constituía un requisito previsto en la norma, a la par que afirmó que su desaprobación no era vinculante en el caso, pues el Código Penal “remite, con exclusividad, a la pretensión del damnificado en el hecho”.

Dos son las objeciones que merece el razonamiento esbozado por la Alzada. El primero, es que, el instituto acá abordado no puede sino interpretarse dentro del contexto del sistema acusatorio que rige en el ámbito local y en sintonía con los otros métodos de resolución de conflictos, como son, la mediación y la suspensión del juicio a prueba. En ambos se establece como condición para su procedencia que el imputado no posea antecedentes penales, por lo tanto, el fundamento que dio el fiscal interviniente respecto de esta misma condición para la reparación integral del perjuicio aparece debidamente justificado.

De lo contrario se daría una situación absurda, por cuanto una persona que registra antecedentes penales no podrá acceder a los beneficios de la mediación penal ni de la *probation* pero sí tendrá expedida la vía alternativa de reparación del daño; lo que tornaría injusta la situación respecto de otras personas en igualdad de condiciones pero que no puedan afrontar económicamente la reparación integral del perjuicio, afectándose de este modo el principio de igualdad ante la ley, de raigambre constitucional, consagrándose con ello un sistema donde prevalece la inequidad y posibilita la impunidad basado en las capacidades económicas de los sujetos imputados. Una interpretación por la que se arriba a ese resultado es ética y legalmente inaceptable.

En segundo lugar, y en lo que respecta a que la oposición de la fiscalía no resulta vinculante para el tribunal, toda vez que la norma

del código de fondo remite, con exclusividad, a la pretensión del damnificado en el hecho, debo señalar que tal afirmación no se condice, en primer término, con el propio texto del artículo 59, inc. 6 del CP. y, en segundo lugar, con que es el MPF el titular de la acción penal pública y el encargado de llevarla adelante o de desistirla conforme las previsiones estipuladas en el código procesal penal.

En consecuencia, esa interpretación forzada y dependiente exclusivamente de la voluntad de los magistrados de la Sala no tiene sustento en la norma de fondo, toda vez que el artículo 59, inc. 6 del CP nada dice respecto de que prevalece la voluntad del damnificado para que el instituto de reparación integral del daño sea viable, la norma en cuestión dispone: “La acción penal se extinguirá: ... 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...”. Como puede advertirse fácilmente, solo menciona ese instituto como causal de extinción penal pero sujeto a las previsiones de las leyes procesales, entonces, fueron los jueces quienes crearon de manera pretoriana tal condición, que avasalla otros preceptos legales.

Como puede conciliarse esa interpretación con el ejercicio de la acción regulado en el artículo 71 del CP que prevé: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada...”. El carácter oficioso del ejercicio de la acción penal pública y aquella de instancia privada una vez promovida por el damnificado (requisito de procedibilidad) no resulta compatible con lo sostenido por los jueces que, en un caso de un delito dependiente de instancia privada (y una vez promovido) deja librada la extinción de la acción exclusivamente en manos del damnificado, sin importar la voluntad de su titular, en franca violación con lo estipulado en el art. 120 CN y 124 CCABA.

Además, convalidar lo expuesto por los jueces importaría la pretensión de ignorar el sistema procesal establecido para llevar adelante los procesos penales en el ámbito de la ciudad, pues se termina por imponer al Ministerio Público Fiscal la decisión acerca del modo en que habrá de llevar adelante el ejercicio de la acción penal pública o peor

aún, de desistir su ejercicio por exclusiva decisión del damnificado sin tener en cuenta o contrariando la voluntad de su titular.

En este escenario, la decisión jurisdiccional adoptada deviene arbitraria porque la forzada exégesis efectuada por el *a quo* –para confirmar la decisión de primera instancia– resintió las reglas básicas que estructuran el debido proceso en nuestra jurisdicción, en tanto la determinación de una solución alternativa al debate ignorando la falta de anuencia del representante de la vindicta pública afectó severamente el sistema acusatorio que rige en la órbita local e importó un avasallamiento ilegítimo en el ámbito de discrecionalidad acordado al funcionario encargado de llevar adelante e impulsar el trámite del proceso (conf. art. 13.3 del CCABA).

Es que, en rigor de verdad, los jueces de la causa, sin fundamentos válidos, reemplazaron con su propio criterio el juicio de oportunidad de este Ministerio Público Fiscal sobre la conveniencia de continuar el proceso hacia la realización del debate, actuación que –como va se explicó– subordinó palmariamente su autonomía funcional.

En efecto, la resolución en cuestión fue violatoria del sistema acusatorio porque soslayó la facultad constitucional del fiscal, en el marco legal vigente. Además, la interpretación que hicieron los jueces, referente a que no importaba la negativa de la fiscalía a la concesión de la reparación integral del daño, en tanto solo debía estarse a la voluntad de la parte damnificada, resulta inaceptable en el régimen que nos rige, desde que –como ya señalé– la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal (art. 124 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) impide que el órgano jurisdiccional lo subroge en sus facultades.

Todos los argumentos desarrollados precedentemente, me llevan a concluir que un pronunciamiento de esta naturaleza no puede ser considerado un acto jurisdiccional válido y debe ser dejado sin efecto, extremo que toma de aplicación la doctrina de la arbitrariedad que “... tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 312:246, 389, 608; 323:2196, entre otros)” (conf. TSJ, Expte. N° 13584/16, “Ministerio Público -Defen-

soría General de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en legajo de juicio en autos “Zelinscek, Jorge Alejandro s/ I infr. art. 149 bis, CP”, sentencia del 22/02/17).

V.

En virtud de lo expuesto, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, se deje sin efecto la resolución recurrida y se devuelvan las actuaciones para su continuación que, ES JUSTICIA.

Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Dictamen FG N° 23 / 2023 – PCyF

Juan Bautista Mahiques
Fiscal General

Comentario

Las consideraciones que surgen del dictamen transcrito marcaron el inicio de una postura institucional en torno a la reparación integral del perjuicio (prevista en el artículo 59, inciso 6, del Código Penal), respecto de la cual tomé intervención en los debates que se efectuaron para su adopción.

Según dicha tesitura, el instituto de la reparación integral del perjuicio constituye una vía alternativa al juicio para resolver el conflicto que nace a partir de la comisión de un delito. En un proceso penal seguido por un delito de acción pública y estructurado bajo las reglas del modelo acusatorio –como el que gobierna en esta jurisdicción– la procedencia de la referida reparación integral está sujeta indefectiblemente a la conformidad del titular de la acción penal –el Ministerio Público Fiscal–, al igual que los otros métodos alternativos previstos en el Código Procesal Penal de la CABA.

Sentado ello, tal como fue señalado por el Fiscal General, a partir del año 2015, el artículo 59, inciso 6, del Código Penal establece, en lo que aquí importa, que “La acción penal se extinguirá: [...] 6) Por

conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

El legislador nacional supeditó la aplicación de los institutos mencionados a las condiciones que la legislación procesal establezca; empero, hasta el momento, nuestro ordenamiento local no contempla de manera específica regulación alguna relativa a la reparación integral del perjuicio. Ello se debe, lógicamente, a que no estaba prevista a nivel nacional la reparación del daño como causal de extinción de la acción penal.

Por supuesto que tal circunstancia en modo alguno puede conducir a la inobservancia de una ley sustantiva; sin embargo, ello no otorga a los jueces de la CABA un poder ilimitado para establecer discrecionalmente en qué supuestos procede el instituto aludido.

Ante la ausencia –de momento– de regulación expresa, la reparación integral del perjuicio debe ser interpretada de acuerdo con el sistema de enjuiciamiento que rige en el ámbito local y en sintonía con los otros métodos de resolución de conflictos, como son la mediación y la suspensión del proceso a prueba, que están sometidos al impulso o la conformidad del Ministerio Público Fiscal.

En esta dirección, el Fiscal General sostuvo que la inteligencia que correspondía asignar a la norma de fondo debía efectuarse bajo los modernos principios procesales consagrados en la Constitución de la CABA; estos son, el modelo acusatorio, la titularidad de la acción en cabeza del MPF, su autonomía funcional y el rol que le cabe a los tribunales en el ámbito de la CABA.

Sobre tales premisas interpretativas, resulta evidente que, en esta jurisdicción, constituye una facultad del titular de la acción penal acceder –o no– a la concesión del mentado instituto, siempre que considere que los intereses que representa –que exceden los particulares de las partes involucradas– se verán satisfechos si el imputado y la víctima logran dar por superado y/o reparado el conflicto que emana del delito, de modo que su negativa resulta vinculante para el órgano jurisdiccional.

En el caso citado, la fiscalía había argumentado suficientemente los motivos por los cuales se oponía a la vía alternativa, basados primordialmente en los antecedentes penales que registraba el imputado –pauta que, cabe aclarar, legalmente imposibilitaba el otorgamiento de métodos similares previstos en nuestro código de procedimiento–.

Asimismo, en ningún momento se deslizó que el criterio del acusador público violara algún precepto constitucional que permitiera calificarlo como ilegítimo.

Ante este escenario, la decisión de la Cámara de Casación y Apelaciones del fuero de convalidar la decisión de hacer lugar a la reparación integral del perjuicio requerida por el imputado y su defensa no obstante la disconformidad de la fiscalía, comportó sustituir el rol que, por imperativo constitucional, le compete al Ministerio Público Fiscal de la CABA, pues dispuso de la acción penal de un modo no consentido por él cuando determinó cómo debe solucionarse el conflicto que nace a partir de la comisión de un delito.

No modifica el criterio expuesto la circunstancia de que la víctima –que había instado la acción penal– hubiese prestado su consentimiento para el otorgamiento de tal instituto. La afirmación efectuada por la Cámara para sustentar su pronunciamiento, en cuanto a que el Código de fondo remitía “con exclusividad” a la “pretensión del damnificado”, carece de sustento legal alguno. Con tan solo leer el artículo 59, inciso 6, del CP el lector puede fácilmente advertir que la norma no circunscribe la viabilidad de la reparación integral a la anuencia de quien resultare damnificado por el hecho ilícito, ni mucho menos hace prevalecer su voluntad por sobre la del acusador público.

Así pues, ante la presentación de un pedido de esta especie, la función del juez no puede exceder del control sobre el apego constitucional y legal de los motivos que dio la fiscalía para oponerse a esa vía alternativa. En ningún caso el órgano jurisdiccional puede hacer prevalecer su propio criterio de política criminal sobre aquel del titular de la acción penal –encargado por mandato constitucional de llevar adelante e impulsar el trámite del proceso (art. 13.36 de la CCABA)–, y de definir cuándo un determinado ofrecimiento efectuado por el imputado resulta suficiente para la reparación integral del perjuicio derivado de la comisión de un delito. Por ello, la oposición razonable del Fiscal sobre la base de tales extremos se erige como obstáculo para recurrir a ese modo de extinción de la acción penal.

En conclusión, en el marco de un proceso acusatorio –como el establecido en esta Ciudad– en el que es el fiscal quien decide cuál es la mejor manera de resolver el conflicto que subyace a todo proceso penal, es evidente que la aplicación de un instituto que lo obliga a cesar

en el ejercicio de la acción penal –no obstante la existencia de una acción viva– requiere necesariamente de su consentimiento; prueba de lo cual resulta la circunstancia de que la viabilidad de los otros métodos alternativos previstos expresamente a nivel local (arts. 217 y 219 del CPP) depende de la decisión discrecional del MPF.

Por los motivos expuestos, en el caso de referencia, el Fiscal General postuló la descalificación por arbitrariedad del pronunciamiento atacado, en cuanto resintió las reglas del debido proceso local, al haber afectado la distribución constitucional de funciones entre el órgano acusador y los tribunales. Tal extremo, además de lesionar en forma directa el sistema de enjuiciamiento acusatorio que rige en el ámbito de la CABA, menoscabó la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal y comportó un indebido exceso en la competencia judicial (conf. arts. 13.3, 106, 124 y 125 de la Constitución de la CABA).

El Tribunal Superior de Justicia de la CABA –por mayoría– resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal porque consideró que la fiscalía no logró articular un caso constitucional –art. 27 de la Ley N° 402– (conf. TSJ Expte. N° 136140/2021–2, sentencia del 10/04/2024).

Contra esta decisión, quien suscribe interpuso un recurso extraordinario federal, que fue denegado por parte del Tribunal Superior de Justicia, dado que –luego de que los autos pasaran al Acuerdo– el juzgado de primera instancia declaró extinguida la acción penal por prescripción y tal decisión había adquirido firmeza (sentencia de fecha 21/08/2024). Sin perjuicio de ello, estimo pertinente destacar algunas ideas plasmadas en el remedio extraordinario oportunamente presentado, pues en dicha ocasión expresé que:

... aquellas causales [de extinción de la acción penal] que implican salidas alternativas a la realización del juicio –se excluyen la muerte del imputado, la amnistía y la prescripción– se vinculan en forma directa con un criterio de oportunidad, de modo que, en un proceso seguido por un delito de acción pública y regido por el modelo acusatorio, su procedencia está condicionada a la anuencia del titular de la acción penal, es decir, el Ministerio Público Fiscal. Esto no resulta ser un capricho, sino que se deriva directamente del rol del Derecho Penal y de la trascendencia del delito a intereses que no corresponden exclusivamente a la víctima, como así también proviene de la misión que constitucionalmente se le

otorgó al órgano acusador en cuanto a la titularidad de la acción en los casos de delitos de acción pública, en lo que hace a la representación de los intereses de la sociedad en el marco de los procesos penales seguidos por esa clase de injustos.

En función de ello, resulta inobjetable el paralelismo trazado con las restantes vías alternativas previstas por nuestro ordenamiento de forma, estas son, la mediación o composición, que el legislador local puso a disposición del titular de la acción pública, quien tiene la potestad de optar por ellas o por la realización del juicio, de acuerdo con su visión acerca del mejor modo en que habrá de resolverse el conflicto.

Por consiguiente, el instituto previsto en el art. 59, inc. 6, del Código Penal debe ser interpretado a la luz de los lineamientos enunciados como principios rectores del sistema jurisdiccional de que se trate –en el caso, de la CABA–, y no de una manera que los ponga en pugna, sin perder de vista su naturaleza, en tanto, al igual que en otras vías alternativas, constituye una facultad del acusador público la decisión de recurrir a ellas para una mejor solución del conflicto. [...]

Por otra parte, se hace una referencia crítica a la facultad de disposición de un interés que no sería propio del Ministerio Público Fiscal, pero nada se dice respecto de similar situación en la que se encontrarían imputado y víctima si, tal como parece pretenderse, su mera voluntad resultara suficiente para determinar la extinción de la acción penal, lo que resulta difícilmente sostenible.

Esto último implica tanto como desconocer la efectiva trascendencia del delito a intereses que exceden el propio de la víctima, como creer que la comisión de una conducta prevista y reprimida por el Código Penal solo afecta el interés individual del damnificado por el hecho.

Por definición, el Derecho Penal, a diferencia del Derecho Civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado al que se le enfrenta ordenándole su conducta mediante la norma penal (conf. Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 43). Así, su naturaleza es supra individual pues no solo atiende conflictos entre particulares, sino que regula las relaciones sociales que trascienden dicho conflicto y se materializan en la necesidad de aplicación de penas en los casos concretos.

En esta inteligencia, la reparación integral dentro del proceso penal no puede tener solo en miras una cuantificación objetiva del daño causado entre particulares a raíz del hecho castigado, pues ello solo representa una porción del conflicto. Además del interés individual en el sentido indicado, existe otro de corte supraindividual que no necesariamente se

agota con el acuerdo de reparación entre víctima y victimario. Ese interés público subyacente es por el que debe velar, por imperio constitucional, el Ministerio Público Fiscal.

Entenderlo de manera diferente implicaría privatizar el conflicto penal, echando por tierra el interés público inmanente en todo caso de comisión de un delito de acción pública. [...] Es evidente que el término ‘integral’ al que hace referencia la analizada causal de extinción de la acción penal abarca no solo el interés netamente individual del damnificado por el hecho delictivo, sino también el interés público en la reafirmación de la vigencia de la norma penal infringida y en la sanción retributiva de la pena.

Para finalizar con el tema en estudio, estimo oportuno resaltar que la postura adoptada por el Fiscal General –en cuanto a la naturaleza jurídica de la reparación integral del perjuicio y la sujeción de su procedencia en esta jurisdicción al impulso o conformidad del MPF– fue reiterada por el suscripto a través del Dictamen FGA N°408-2023, emitido con fecha 29/12/2023 en el marco del Expte. TSJ N° 13660/2017-17 “Gómez, Edgar Alberto”. En tal ocasión, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA rechazó el recurso de queja interpuesto por el abogado defensor del imputado contra la denegatoria de la reparación integral solicitada, por carecer de una crítica suficiente del auto de inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad (sentencia de fecha 10/07/2024).

Suspensión del proceso a prueba con oposición fiscal

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 53032/2019-3,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Oeste de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado en
‘V., D.D.O. s/ 71 bis - Difusión no autorizada
de imágenes y grabaciones íntimas
y otros’”

CABA, 07 de febrero de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Dr. Martín Lapadú, titular de la Fiscalía de Cámara Oeste de esta Ciudad.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que, el 6 de noviembre de 2020, el Sr. Fiscal de grado requirió la realización del juicio en las presentes actuaciones en orden al hecho que le imputó a V., D.D.O. y que habría ocurrido el 30 de octubre de 2019, aproximadamente a las 13.00 horas, ocasión en la que el nombrado desde su

número de abonado [...], a través de la aplicación WhatsApp le habría enviado mensajes a C.F.L. que contenían frases intimidantes.

Dicha conducta fue calificada como amenazas simples, prevista en el art. 149 bis, primer párrafo del CP, vertidas en un contexto de violencia de género.

Por su parte, la defensa del imputado solicitó que se modifique la audiencia de juicio oral fijada en autos y, por requerimiento de su asistido, que se trate la aplicación del instituto de suspensión del proceso a prueba.

En la audiencia prevista en el art. 217 del CPPCABA, celebrada con fecha 14 de mayo del 2021, el Sr. Fiscal interviniente hizo saber que el hecho descripto habría sido cometido en un contexto de violencia de género –conforme la definición al respecto adoptada en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención De Belém Do Para”, ratificada y aprobada internamente en nuestro país mediante la Ley Nacional N° 24632, y de acuerdo también a los parámetros que, sobre la misma temática, recepta la Ley nacional N° 26485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”–, por lo que resultaba imperioso avanzar hacia la realización del juicio oral.

Sostuvo, además, que dicha postura se veía reforzada por la circunstancia de que, conforme la comunicación mantenida con la propia víctima, esta no había aceptado la reparación del daño ofrecida por el Sr. V., todo lo cual motivó su oposición a que el proceso se suspenda a prueba.

Finalmente, con fecha 17 de junio de 2021, la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 8, Dra. Natalia Molina, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada respecto de V., D.D.O. por su defensa.

Para así decidir, sostuvo que la oposición del fiscal resultaba vinculante, conforme lo previsto en el art. 217 del CPPCABA, arts. 124 y 125 de la Constitución de la CABA, la Convención Belém do Pará y la Ley N° 26485, que estaba fundada en razones de política criminal y en la necesidad de que el caso de resuelva en juicio.

Contra dicha resolución, el 25 de junio del 2021 la defensa interpuso recurso de apelación. En esa oportunidad, señaló que el fiscal se opuso a la concesión del instituto fundado en la necesidad de que la causa se resuelva en juicio conforme a la doctrina del fallo “Góngora”

y por la voluntad de la denunciante, pero que solamente basó su oposición en la negativa de la víctima de aceptar la reparación del daño ofrecido, sin brindar argumentos específicos que indicaran la necesidad de resolver el caso en un debate público.

Arribado el caso a la Sala III de la Cámara del fuero, el 23 de septiembre de 2021 se resolvió revocar el fallo dictado en la instancia anterior y se dispuso la suspensión del proceso a prueba respecto de V., D.D.O.

Asimismo, ordenó remitir las actuaciones a la jueza de grado a fin de que fije el plazo de la suspensión y las pautas de conducta que estimara convenientes.

Para así decidir, el tribunal señaló que el referido recurso de apelación se dirigía contra una resolución susceptible de ocasionar un gravamen irreparable, en tanto podía implicar para el imputado la inevitable sujeción a un juicio que su defensa quería evitar. En esta dirección, entendió –en atención a la irrecurribilidad del decisorio de primera instancia planteado por la Fiscalía de Cámara actuante– que la interpretación literal del art. 217 del CPPCABA no debía olvidar el análisis sistemático de las normas procesales, concretamente, de la disposición contenida en el art. 291 del digesto de forma.

Por otra parte, los jueces de la Sala III expusieron que el instituto de la *probation* constituye un derecho del imputado cuando se encuentran reunidos los requisitos legales para su procedencia; asimismo, agregaron que si la oposición fiscal adolecía de una debida fundamentación –en razones de política criminal o, bien, en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio–, la misma no constituía un óbice para el otorgamiento de la suspensión del avance del proceso, siempre que concurrieran los presupuestos objetivos exigidos para ello –los que consideraron cumplidos en el presente–.

Sobre tales premisas, la Cámara de Apelaciones del fuero concluyó que la negativa del Ministerio Público Fiscal no encontraba sustento en las circunstancias del caso sino en fórmulas vacías de contenido sobre motivos de política criminal.

Frente a la suspensión del proceso a prueba dispuesta, el Sr. Fiscal de Cámara dedujo recurso de inconstitucionalidad, cuya declaración de inadmisibilidad –por auto del 9 de diciembre de 2021– motivó la presentación directa por la que se corre vista.

III.

La queja interpuesta es formalmente procedente, puesto que fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada y ante el tribunal superior de la causa, además de contener una crítica apropiada de las razones esgrimidas en el auto de la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Dicho remedio procesal fue declarado inadmisibile por la alzada al considerar, en primer lugar, que el fallo atacado no importaba uno de los supuestos excepcionales que tornan de aplicación la doctrina de la arbitrariedad denunciada. En segundo lugar, se argumentó que no se había introducido debidamente un caso constitucional, en tanto los agravios desarrollados por la parte recurrente traslucían una mera discrepancia con la interpretación legal efectuada por el *a quo* sobre normas infraconstitucionales, cuestión que, por regla, resulta ajena a la jurisdicción de ese Tribunal Superior.

Por otro lado, se sostuvo que la parte había omitido indicar, concretamente, por qué motivo la resolución adversa afectaría los diversos preceptos convencionales enunciados en su presentación, de manera que constituía solamente una invocación de derechos y garantías de orden superior, pero sin demostrarse su relación con la exégesis efectuada en autos.

Sin embargo, el Dr. Martín Lapadú refutó adecuadamente las razones por las que se declaró inadmisibile el recurso constitucional intentado, mediante argumentos a los que me remito en honor a la brevedad.

Esto significa que, luego de asentar el carácter equiparable a definitivo de la sentencia impugnada –aspecto no discutido por la Cámara de Apelaciones–, puso en evidencia el dictado de una sentencia arbitraria que debe ser descalificada por apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso, vinculadas con la irrecurribilidad de la resolución que deniega la suspensión del proceso a prueba, decisión que lesiona el principio republicano de fundamentación de los actos de poder.

A su vez, el Sr. Fiscal de Cámara probó la existencia de un genuino caso constitucional, toda vez que no se limitó a disentir con la inteligencia que los jueces de la Sala III otorgaron a los temas de derecho común y procesal involucrados en el *sub lite* (arts. 76 bis del CP y 217 del CPPCABA), sino que acreditó, de manera suficiente, la conculcación de la garantía del debido proceso legal, del principio de legalidad y del sis-

tema acusatorio, como así también la violación a la independencia y autonomía funcional de la parte que represento (arts. 1º, 18, 120 de la CN; 1º, 13.3, 106, 120, 124 y 125 de la CCABA); ello, en base a una extralimitación jurisdiccional del *a quo* al desconocer el texto de la ley y disponer de la acción penal en contra de la voluntad del Ministerio Público Fiscal, su titular, suplantándolo ilegítimamente en su competencia constitucional y apartándose groseramente del sistema institucional vigente.

En atención a lo expuesto, debe tenerse por desvirtuado el auto denegatorio, circunstancia que habilita a abordar el examen de los planteos introducidos en oportunidad de la interposición del recurso extraordinario local.

IV.

Ateniéndome estrictamente al examen de los recaudos sustanciales exigidos para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad intentado, debo expresar que resulta procedente debido a que cuestiona una sentencia equiparable a definitiva por sus efectos e introduce un verdadero caso constitucional.

a. Ninguna duda puede caber en cuanto al cumplimiento del requisito relativo al carácter equiparable a definitivo del pronunciamiento cuestionado, pues ocasiona a este Ministerio Público Fiscal un gravamen de imposible reparación ulterior en el ejercicio de la pretensión sancionatoria, por cuanto al sustraer definitivamente el instituto de la *probatión* de la regulación legal aplicable y someterlo así al mero arbitrio de los jueces intervinientes –en la segunda instancia–, impide la continuación del trámite del proceso hacia la instancia del debate oral y, de cumplirse las pautas de conducta por parte del imputado, conduce a la irremediable extinción de la acción penal.

De esta manera, no habrá otra oportunidad eficaz para hacer valer las razones constitucionales en torno a la invalidez de la suspensión del proceso a prueba decidida en el caso y poder así llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno (conf. TSJ, Expte. N° 10019/13 “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘García Olalla, Gustavo s/ art. 149 bis CP’” –del voto de la juez Inés M. Weinberg–, sentencia del 30/4/2014; entre tantos otros).

b. Por otra parte, el recurrente presentó un legítimo caso constitucional –que amerita la intervención de V.E.– ya que, mediante razonamientos correctamente desarrollados, demostró que, por un lado, la decisión adoptada en primera instancia resultaba irrecurrible por expresa voluntad del legislador, razón por la cual la intervención de la Sala III se apartó, de modo palmario, de lo dispuesto en el art. 217 del CPP; y por otro, acreditó que el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba con oposición fiscal importó desconocer la mencionada disposición procesal, con inmediata vulneración de las garantías constitucionales invocadas.

En relación con el primero de los aspectos señalados, corresponde recordar que el cuarto párrafo del art. 217 del CPP establece que “[c]ontra la decisión de rechazo no habrá recurso alguno”.

No obstante ello, la Cámara de Apelaciones admitió el remedio procesal interpuesto por la defensa de V. contra el pronunciamiento de la jueza de grado que no hizo lugar a la pretendida salida alternativa, con fundamento en que “la interpretación literal del artículo 217 CPPCABA [...] no debe olvidar el análisis sistemático de las normas procesales [...] en tanto el artículo 291 dispone que el recurso de apelación procederá contra decretos o autos que causen gravamen irreparable”.

Esta peculiar conclusión no hace más que ilustrar el desplazamiento caprichoso y pretoriano de un precepto legal (4º párr. del art. 217 del CPP) que expresamente regula la situación en autos, para priorizar la aplicación de una regla genérica (art. 291 del CPP) bajo la excusa de una supuesta interpretación sistemática; tal proceder por parte del *a quo* configura un acto de pura autoridad puesto que desconoce tanto la ley aplicable al caso como la voluntad del legislador local, quien no dejó en manos de los jueces decidir acerca de la recurribilidad del rechazo de la *probation*.

La claridad de la disposición del art. 217 del CPP impide sostener que la norma sea susceptible de interpretación, debiendo el órgano jurisdiccional limitarse a su aplicación; pero en el caso de autos, bajo la excusa de una pretendida interpretación sistemática, los magistrados de la Sala III tornaron inoperante la decisión expresa de los legisladores de la Ciudad de no admitir recurso alguno contra el rechazo de la suspensión del proceso a prueba.

En ese sentido, la sentencia resulta descalificable como jurisdiccionalmente válida y se erige como un acto de pura autoridad, ello por cuan-

to, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 217, cuarto párrafo CPPCABA, los camaristas omitieron aplicar al caso esa regulación concreta y específica, en la que el legislador local dispuso que la decisión adoptada por la jueza de grado no admite recurso alguno.

Así, para fundamentar dicho desplazamiento, optaron por remitirse a la norma del art. 291 del mismo código, que rige como cláusula abierta y general, sin procurar su conciliación y armonización con el art. 217 antes mencionado, el que establece taxativamente una cláusula excluyente y especial –que no genera mayores dificultades de interpretación–.

Es por ello que los camaristas se apartaron abiertamente de la correcta interpretación e integración de las normas, y sobre este punto, cabe recordar lo expuesto por la doctrina en cuanto a que, sin perjuicio de que las disposiciones generales de los códigos deben iluminar a todas las demás reglas particulares “Cuando la norma especial contradiga a la general se estará frente a un caso de derogación de esta en lo específico y concreto del procedimiento o acto de que se trate...” (Cfr. Jorge A. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 113).

De ese modo, cabe concluir entonces que la decisión se apartó ilegítimamente del texto de la ley, lo que no debió ocurrir sin mediar declaración expresa de inconstitucionalidad –único supuesto en que un tribunal puede resistir una manda legal–, incurriéndose así en un evidente supuesto de arbitrariedad.

En cuanto al segundo de los aspectos señalados más arriba –el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba no obstante la oposición fiscal–, el fallo atacado vulnera las reglas constitucionales que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, además de prescindir abiertamente, sin brindar argumentos novedosos, de la inveterada jurisprudencia de ese Tribunal Superior en la materia, a lo que habré de agregar que la resolución adoptada carece de una total perspectiva de género.

En tal sentido, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, inc. 3; 106; 124 y 125 de la Constitución de la Ciudad, “rige en el ámbito local el sistema acusatorio, como así también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la

Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, además de tener a su cargo el ejercicio de la acción pública, cuya titularidad lleva implícita su discrecionalidad, “toda vez que no podrá concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre su ejercicio” (conf. TSJ, Expte. N° 10019/13 “García Olalla”, op. citado).

En lo que se refiere a la regulación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, el artículo 76 del Código Penal establece que “se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; [a]nte la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título”; por otra parte, el artículo 217 del Código Procesal Penal determina, en su tercer párrafo, que “[l]a oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, **será vinculante para el Tribunal**” (el destacado me pertenece).

En función de la normativa citada, el Agente Fiscal argumentó debidamente su oposición a la suspensión del avance del proceso al expresar que, en atención a las particularidades de los ilícitos investigados, por el contexto de violencia de género en el que habían ocurrido, por razones de política criminal, resultaba imperioso poner atención en las manifestaciones de la víctima, quien se opuso al otorgamiento del instituto.

En ese sentido, cabe recordar que oportunamente y para fundar su oposición, el Representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que, a lo largo del curso de la presente causa, en etapas anteriores, hubo ofrecimientos para imprimir al caso la suspensión del proceso a prueba, los que no prosperaron, intento que se repitió cuando ya se había fijado la audiencia de juicio.

De ese modo, el Fiscal se opuso nuevamente a que se imprima al caso el beneficio, argumentando que en las presentes actuaciones se investiga y pretende llevar a juicio hechos que deben ser entendidos como de violencia de género, e indicó que ello se presenta “no solo por el ataque de un varón frente a una mujer [...] sino que ello implica la puesta en acto de una situación de asimetría estructural derivada del sistema patriarcal que lamentablemente sigue vigente en nuestra sociedad, y que el caso está atravesado por el estereotipo de la rompe-hogares, el que pone en cabeza de la mujer ciertas responsabilidades sobre lo que ocurre en la familia del varón cuando toma ciertas decisiones de contactarse con

una mujer estando en pareja con otra persona y ello es propio de nuestro sistema asimétrico patriarcal, que ese episodio sumado a una serie de intimidaciones y hechos que rodearon al suceso que se mencionó al inicio lo pone claramente en un caso de violencia de género”.

En base a ello, el titular de la acción, señaló que no encuentra razones para apartarse en el caso de la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sentada en el fallo “Góngora”, por estar frente a un caso de violencia de género y por haber razones de seguridad jurídica para seguir la línea político criminal allí establecida.

Sin embargo, bajo la excusa de llevar a cabo un control de razonabilidad del fundamento brindado por el Sr. Fiscal para oponerse a la aplicación del instituto –el cual reitero, fue debidamente argumentado–, en el pronunciamiento impugnado los magistrados procedieron a reemplazar su voluntad y de ese modo alteraron los roles de los actores en el proceso.

Ese Tribunal Superior ha dicho en un precedente con similares características al presente que, “si bien compete al juez la facultad para otorgar la suspensión del proceso a prueba, el juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de continuar o no con la persecución penal recae sobre el Ministerio Público Fiscal, representando su conformidad una condición necesaria para que pueda proceder dicho instituto” (conf. TSJ, Expte. N° 17733/2019-O, “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos ‘Desposorio, Cristian Custodio y otros s/ 189 bis, inc. 2, 4° párr. portación de arma de guerra sin autorización’” –del voto de la jueza Inés M. Weinberg–, sentencia del 06/10/2021).

En este contexto, el *a quo* no solo omitió las disposiciones del artículo 217 del digesto procesal, que exigen el consentimiento fiscal para el otorgamiento de la *probation*, sino también las del artículo 76 del Código Penal, que reconoce la potestad local para regular la materia, de forma tal que se arrogó atribuciones –en relación al instituto aplicado– que exceden aquellas que la ley procesal y la Constitución local les otorgan.

De lo expuesto, se advierte que los magistrados reemplazaron con su actuación la que corresponde al Ministerio Público Fiscal, haciendo propio el ámbito de disponibilidad atribuido al titular del ejercicio de la acción penal, tomando el lugar de una de las partes del proceso y

lesionando, de este modo, la estructura del sistema acusatorio local en desmedro de las reglas constitucionales comprometidas en el presente.

El señalado apartamiento del derecho aplicable deja sin sustento normativo el pronunciamiento dictado, lo que constituye uno de los supuestos de arbitrariedad que determinan la descalificación del acto jurisdiccional, tornando de aplicación la citada doctrina.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que es arbitraria la sentencia que ha omitido el texto de la disposición aplicable para pasar directamente a establecer una exégesis –en este supuesto, bajo el pretexto de ser sistemática– que no resulta acorde con la expresa disposición legal y que, en rigor, la desvirtúa y la vuelve inoperante (conf. Fallos: 341:961; 340:2021).

Sin perjuicio de lo expuesto, la sentencia de la Cámara de Apelaciones desconoció la jurisprudencia de V.E. en la materia (conf. Expte. N° 6454/09 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavídez, Carlos Maximiliano s/ Inf. art. 189 bis CP’, sentencia del 8 de septiembre de 2010; N° 16388/19 9 “Incidente de apelación en autos ‘Adler, Laura Denise s/ 2 bis Ley nac. N° 13944 (Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 18 de septiembre de 2019; entre tantos otros), sin aportar argumentos novedosos que justifiquen modificar la posición sentada a ese respecto, lo que también configura un supuesto de arbitrariedad por apartamiento infundado de la doctrina de ese Tribunal Superior (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, Fallos: 307:1094 –voto del juez Carlos S. Fayt–).

Para finalizar, cabe puntualizar que el rechazo de la *probatión* decidida por la jueza de grado se ajusta a derecho y a las constancias de la causa, por cuanto tuvo en consideración la oposición fundamentada del representante del Ministerio Público Fiscal –por motivos de política criminal, basados en el contexto de violencia de género en el que habían ocurrido los hechos del caso y en la negativa de la víctima en que se otorgue el instituto al imputado–, sin que los argumentos esgrimidos por el tribunal de la instancia anterior justifiquen la facultad que se atribuyeron para revisar tal pronunciamiento a través del

recurso de apelación deducido por la defensa de V., ni alcancen para cuestionar válidamente la resolución adoptada.

V.

En virtud de lo expuesto, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, se deje sin efecto la resolución recurrida y se devuelvan las actuaciones para su continuación, que

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 13-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

De acuerdo con lo previsto en el artículo 76 bis del CP, el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En el marco de nuestro sistema constitucional federal –CN, arts. 1, 5, 31, 126 y 129; CCABA, art. 1– el legislador nacional reconoció a los estados provinciales la facultad para regular la *probation*, más allá de establecer las pautas de su aplicación a nivel nacional para el caso de ausencia de regulación local.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra acogida en el artículo 218 del CPPCABA –ex art. 217 del mismo ordenamiento–, donde se establecen ciertos recaudos para su solicitud, aplicación y concesión, sin perjuicio de la vigencia de las pautas incluidas en el artículo 76 bis del CP.

Entre los aspectos fundamentales del instituto en estudio, cabe destacar su íntima vinculación con el sistema acusatorio consagrado en el artículo 13 inciso 3 de la CCABA y la consecuente potestad del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal pública, para

decidir sobre el modo más adecuado para la resolución del caso; esto es, su culminación a través del juicio o, de lo contrario, recurrir a una salida alternativa a su realización.

Sin perjuicio de la decisión que al respecto le compete al fiscal, el/la imputado/a puede proponer –con una limitación temporal– la suspensión del proceso a prueba.

El magistrado/a escucha a las partes en una audiencia oral, luego de la cual debe resolver si concede o deniega la suspensión de la persecución penal, pero no podrá otorgarla por “la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio”.

Pese a la literalidad de la norma, y en referencia a lo sucedido en casos como el transcripto, tribunales de primera y segunda instancia del fuero local han concedido la suspensión del proceso a prueba –o revocaron su denegatoria– y contravinieron la oposición del MPF, en claro apartamiento de la norma y mediando una clara afectación de la discrecionalidad con que el órgano acusador ejerce las facultades que le son propias, en cuanto titular de la acción penal pública.

Por otra parte, una decisión de esa naturaleza implica tanto como el reemplazo de su voluntad y, consecuentemente, una alteración de los roles de las partes del proceso, al tomar el lugar que le corresponde al titular de la acción, en desmedro del principio acusatorio que integra las garantías constitucionales previstas en el orden local.

En cuanto a las facultades que poseen los magistrados en el marco de la decisión acerca de la suspensión de juicio a prueba, el rol que le corresponde en un proceso de tipo acusatorio –como el que rige en el ámbito de la CABA– y los términos de la norma determinan que se limitan al control de la razonabilidad y la legalidad de lo actuado al respecto.

La oposición del MPF resulta vinculante para el tribunal, más allá de que cobra especial relevancia cuando el fundamento de tal postura se refiere a las circunstancias concretas del caso y la persistencia del círculo de violencia en que se encuentra inmersa una víctima de violencia de género.

Al respecto, en un caso de similares características al comentado, la jueza de grado concedió la suspensión de juicio a prueba a un imputado acusado de cometer diversos hechos encuadrados en el delito de lesiones leves dolosas doblemente calificadas –por el vínculo y por el género–.

En esa ocasión, resalté que el apartamiento indebido de la oposición fundada en la conflictiva de género lesiona el deber de tutela judicial efectiva para las víctimas que asumió el Estado a partir de los compromisos convencionalmente suscriptos y que tuvieron acogida en nuestra legislación interna (Dictamen N° 99/2021 de fecha 19/05/2021, Expediente N° 40876/2019-3 “Ministerio Público- Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Romero, Damián Lautaro s/89 – Lesiones Leves”).

Por los motivos expuestos, postulé la descalificación de la sentencia impugnada, en cuanto la decisión de conceder la suspensión del proceso a prueba pese a la negativa fundada del acusador público no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

En ambos casos, tanto el transcripto más arriba como aquel que se menciona precedentemente, la postura de quien suscribe tuvo acogida favorable por parte del Tribunal Superior de la CABA, que resolvió –con la disidencia de la jueza Alicia E. C. Ruiz– hacer lugar a los recursos de queja interpuestos, revocar la resolución de la Cámara de Apelaciones del Fuero y disponer que continúe el trámite de las actuaciones según su estado.

Para así decidir, el Máximo Tribunal local sostuvo que la interpretación formulada por los magistrados no respetaba las previsiones expresas contenidas en los artículos 76 bis del CP y 205 del CPPCABA.

En ese sentido, los jueces destacaron que la decisión de convalidar una suspensión de juicio a prueba con oposición del MPF no se adecuaba a las previsiones constitucionales que rigen y delimitan las potestades del MPF y aquellas que corresponden a la función jurisdiccional en el marco del esquema acusatorio.

Asimismo, sostuvieron que, si bien compete al juez la facultad de conceder o rechazar el beneficio y establecer las reglas de conducta que estime pertinentes, la negativa del fiscal obsta al progreso de la *probation* (conf., según el orden en que fueron citados los casos, las sentencias de fecha 08/06/2022 y 15/06/2022, respectivamente).

A continuación, me referiré a otros supuestos en los que frente a la negativa del MPF, fundada en el carácter extemporáneo de la propuesta del imputado y su defensa de suspender el juicio a prueba, el tribunal concedió el beneficio.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expte. N° QTS 12612/2020-3,
“Ministerio Público-Fiscalía de Cámara
Oeste de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado en
G., E. G. s/ entrega/suministro/aplicación
o facilitación de estupefacientes”

CABA, 27 de junio de 2024

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Dr. Martín Lapadú, titular de la Fiscalía de Cámara Oeste de esta Ciudad.

II.

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que, según el requerimiento de juicio efectuado por la fiscalía, se le atribuye a E. G. G. “el hecho ocurrido el día 03 de julio de 2020, a las 9.30 hs. aproximadamente, cuando, en ocasión de ir al Complejo Penitenciario Federal de Devoto, ubicado en Bermúdez N° 2651, CABA, a visitar a su hermano J. G. G., intentó ingresar, en el interior de un frasco de dulce de leche de 400 gramos, la cantidad de 2,52 gramos de marihuana”.

Dicha conducta fue subsumida en el delito de entrega de estupefacientes, agravado por haber sido cometido en un lugar de detención, en grado de tentativa (conf. arts. 5 “e” y 11 “e” de la Ley de Estupefacientes N° 23737; 42 del Código Penal).

Tras la celebración de la audiencia prevista en el art. 223 del Código Procesal Penal, resultó desinsaculado para intervenir en la etapa de juicio el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 16, a cuya instancia se agregó un informe del Registro Nacional de Reincidencia, del cual surgía que, para la fecha 04 de mayo de 2023, Grisolí carecía de antecedentes.

A continuación, la defensa oficial a cargo de la asistencia técnica del imputado solicitó en su favor la suspensión del proceso a prueba, cuestión que, por disposición de la jueza de grado, Dra. Claudia Amanda Álvaro, fue tratada de manera preliminar en la audiencia de juicio.

En efecto, el día 07 de febrero de 2024, una vez abierto el debate y luego de que este Ministerio Público Fiscal formalizara su alegato de apertura, la defensa reiteró su petición y el fiscal actuante se opuso a la concesión del instituto, para lo cual tuvo en cuenta las circunstancias particulares del caso y las concretas limitaciones que surgían de la normativa que regulaba su aplicación. A pesar de tales consideraciones, la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 16 decidió suspender el proceso a prueba respecto de Ezequiel Grisolí por el término de un año, plazo durante el cual el nombrado debía cumplir con una serie de reglas de conductas.

Contra dicho pronunciamiento el fiscal presentó un recurso de apelación, que motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, cuyos integrantes resolvieron confirmar el fallo dictado en la instancia anterior (auto de fecha 18/03/2024).

Acerca de la extemporaneidad de la propuesta de *probation*, el tribunal recordó que el ordenamiento procesal local establecía como última oportunidad para pedir la suspensión del proceso a prueba la audiencia de admisibilidad de la prueba ofrecida por las partes para la instancia de debate, salvo que se produjera un cambio en la calificación legal del hecho que tornara procedente la concesión del beneficio al imputado (conf. art. 218 del CPP).

Los magistrados de la Sala III entendieron que el supuesto excepcional previsto en la norma local era asimilable a la situación de autos, en la que el imputado poseía, al momento del hecho, un antecedente condenatorio que impedía la concesión del beneficio, pero cuyo regis-

tro, a la fecha del debate, había caducado a todos sus efectos (conf. arts. 27, 51 y 76 bis del CP).

Concretamente, la Cámara expresó que, “aunque estrictamente no hubo un cambio en la calificación legal de los hechos imputados, la introducción de información relevante con posterioridad a dicha audiencia [aquella prevista en el art. 223 del CPP] de la que se carecía durante la investigación tiene capacidad para presentar los mismos efectos que la modificación del encuadre legal favorable al imputado.”

Sentado ello, el tribunal sostuvo que se hallaban cumplidos los requisitos objetivos exigidos por el art. 76 bis del Código Penal para el otorgamiento de la *probation*, dado que, en el caso de recaer condena en el presente proceso, ésta ‘podría ser nuevamente dejada en suspenso’ al haber transcurrido más de diez años desde la condena dictada con fecha 05/12/2011 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 22 en la causa N° 25077/2010 –registro interno N° 3449–, por la que se impuso a Grisolia la pena de dos años y seis meses de prisión, como autor del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, y por la participación de un menor de edad.

Finalmente, la Sala III se expidió respecto de la oposición fiscal a la salida alternativa. En este sentido, los jueces de dicha Sala consideraron que el órgano acusador no había alegado razones de política criminal y/o explicado la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, sino que su negativa radicaba en una interpretación ‘equivocada’ de los presupuestos legales del instituto en trato, razón por la cual no constituía un obstáculo para su otorgamiento.

Como consecuencia de ello, el Fiscal de Cámara dedujo un recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisibile por auto de fecha 26 de abril de 2024, situación que motivó la presentación directa por la que ahora se me corre vista.

III.

La queja interpuesta es formalmente procedente, puesto que fue presentada en tiempo oportuno, por la parte legitimada y ante el tribunal superior de la causa, además de contener una crítica apropiada a las razones esgrimidas en el auto de la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Cabe recordar que la Sala III declaró inadmisibles dicho remedio procesal, al considerar que, si bien se dirigía contra una sentencia equiparable a definitiva, no planteaba una cuestión constitucional, en tanto los agravios desarrollados por la recurrente traslucían una mera discrepancia con la interpretación legal efectuada por el a quo sobre normas infraconstitucionales, cuestión que, por regla, resultaba ajena a la jurisdicción de ese Tribunal Superior.

En lo atinente a la arbitrariedad denunciada por el fiscal de Cámara, el tribunal afirmó que la parte no había probado una falta de fundamentación en el razonamiento evidenciado por la Sala interviniente, a fin de acreditar la concurrencia de un supuesto de esa especie.

Sin embargo, el Dr. Martín Lapadú refutó adecuadamente las razones por las que se declaró inadmisibles el recurso constitucional intentado; ello, a pesar de los escuetos argumentos brindados por la Cámara de Apelaciones para resolver del modo en que lo hizo, dado que el fallo en cuestión transcribe, casi en su totalidad, diversos pasajes de distintas sentencias emitidas por V.E., pero sin conectar en absoluto lo allí expuesto con las concretas circunstancias de este caso, al punto tal que esta parte tuvo que inferir –a partir de los fallos citados– las razones por las cuales se cercenó la vía intentada.

Así, luego de asentar el carácter equiparable a definitivo del pronunciamiento atacado –aspecto no discutido por la Cámara de Apelaciones–, el fiscal de Cámara probó la existencia de un genuino caso constitucional, toda vez que no se limitó a disentir con la inteligencia que los jueces de la Sala III otorgaron a los temas de derecho común y procesal involucrados en el sub lite (arts. 76 bis del CP y 218 del CPP), sino que acreditó de manera suficiente la conculcación de la garantía del debido proceso legal, del principio de legalidad y del sistema acusatorio, como así también la violación a la independencia y autonomía funcional de la parte que represento (arts. 1, 18, 120 de la CN; 1, 13.3, 106, 120, 124 y 125 de la CCABA); ello, en base a una extralimitación jurisdiccional del a quo al desconocer abiertamente el texto de la ley y disponer de la acción penal en contra de la voluntad del Ministerio Público Fiscal, su titular, suplantándolo ilegítimamente en su competencia constitucional y apartándose en forma ostensible del sistema institucional vigente.

En estas condiciones, el Dr. Lapadú puso en evidencia que tal proceder, por parte de la Cámara, conllevó al dictado de una sentencia

arbitraria que debe ser descalificada por apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso, vinculadas con la oportunidad procesal para peticionar la suspensión del proceso a prueba y el carácter vinculante de la oposición del representante de la vindicta pública. Dicha decisión, además de contrariar la jurisprudencia de ese Tribunal Superior en la materia, lesiona el principio republicano de motivación de los actos de poder, al contener deficiencias lógicas de razonamiento y carecer de fundamentación adecuada.

En atención a lo expuesto, debe tenerse por desvirtuado el auto denegatorio, circunstancia que habilita a abordar el examen de los planteos introducidos en oportunidad de la interposición del recurso extraordinario local.

IV.

Ateniéndome estrictamente al examen de los recaudos sustanciales exigidos para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad intentado, debo expresar que resulta procedente debido a que cuestiona una sentencia equiparable a definitiva por sus efectos e introduce un verdadero caso constitucional.

A) En primer lugar, si bien este aspecto no ha sido controvertido por el tribunal a quo, corresponde señalar que la resolución atacada constituye un pronunciamiento equiparable a definitivo por sus efectos. Ninguna duda puede caber en cuanto a que la decisión de convalidar la suspensión del curso del presente proceso –otorgada de forma extemporánea y sin la anuencia del fiscal– ocasiona a esta parte un gravamen de imposible reparación ulterior en el ejercicio de la pretensión sancionatoria.

Así, la aplicación del instituto de la *probation* contra lo regulado por la ley aplicable y en base al mero arbitrio de los jueces de mérito impide, a todas luces, la continuación del debate y el avance del proceso hacia la sentencia definitiva y, en el supuesto de que efectivamente se cumplan las pautas fijadas, conduce a la extinción de la acción penal.

Sobre este punto, no está discutido que esta parte quiere continuar con la sustanciación del juicio oral y público y que el pronunciamiento impugnado obstruye esa pretensión, por lo que afecta irremediablemente la facultad de instar la acción penal pública y de escoger el modo en que, de acuerdo con las particularidades de la causa, habrá de resol-

verse el conflicto que subyace a todo proceso penal. De esta manera, no habrá otra oportunidad eficaz para hacer valer las razones constitucionales aducidas en torno a la invalidez de la salida alternativa decidida en el caso y poder así llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno (conf. la doctrina elaborada por ese Tribunal Superior en el conocido precedente “Benavídez, Carlos Maximiliano”, Expte. N° 6454/09, sentencia del 08/09/2010; reiterada en Expte. N° 10019/13 “García Olalla, Gustavo”, sentencia del 30/04/2014, entre tantos otros).

B) Por otra parte, la parte recurrente presentó un legítimo caso constitucional, que amerita la intervención de V.E., al acreditar, con razonamientos correctamente desarrollados, que la imposición al Ministerio Público Fiscal de la suspensión del proceso a prueba en contra de su expresa voluntad y de los límites temporales establecidos para proponer un acuerdo de esa especie implicó un apartamiento inequívoco de la normativa aplicable (concretamente, art. 218, párrafos 1 y 3, del CPP) y un avasallamiento indebido de las competencias constitucionales del órgano que represento.

Lo expuesto derivó en la inmediata lesión, por parte de los jueces de la causa, del principio de legalidad, de la garantía del debido proceso legal y del sistema acusatorio que rige en nuestro ámbito local, junto con sus principios rectores, al reemplazar el rol que por mandato constitucional le compete al órgano acusador y disponer de la acción de un modo no consentido por aquél, cercenando así la autonomía funcional de esta parte (conf. arts. 18 y 120 de la CN; 1°, 13.3, 124 y 125 de la CCABA).

A riesgo de ser reiterativo, habré de señalar que, para confirmar la resolución dictada por la magistrada de grado, los integrantes de la Sala III consideraron que la presentación de la defensa mediante la cual petitionaba la suscitada salida alternativa había sido realizada “dentro de la excepción que prevé la norma [art. 218, párr. 1, CPP]” y, sobre tal premisa, previo señalar que –según su visión– se encontraban reunidos los requisitos legales establecidos para su procedencia, procedió a examinar acerca de la mayor o menor consistencia de los motivos expresados por el fiscal interviniente para reclamar que este proceso puntual no se suspenda a prueba. A este respecto, el tribunal afirmó que dicha negativa no constituía una derivación razonada de las normas vigentes, de modo que no resultaba vinculante, a lo que agregó que “la decisión final acerca de la aplicación de la ley es materia reservada a los jueces.” Atendiendo

al orden de las aparentes razones brindadas por la Cámara de Apelaciones, en primer lugar, corresponde recordar la limitación temporal establecida para la procedencia de la *probation*, acerca de la cual el art. 218, párrafo 1ero., del Código Procesal Penal determina que, “[s]in perjuicio de la oportunidad prevista en los arts. 185, 190 y 199, en la audiencia del art. 211, o durante el debate cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la imputado/a podrá proponer la suspensión del proceso a prueba” (el destacado me pertenece).

Del texto legal citado surge, con meridiana claridad, que la subsunción de la situación de autos (en la que el imputado poseía en las oportunidades procesales pertinentes para requerir el mentado beneficio, un antecedente condenatorio que impedía su concesión) en la excepción prevista en la norma, pretendida por la Cámara de Apelaciones para confirmar el otorgamiento del método alternativo, adolece de todo sustento legal. Nótese que, una vez abierto el debate, la fiscalía formalizó la correspondiente imputación a G., sin realizar modificación alguna a la adecuación típica del hecho endilgado, de modo de permitir, sorpresivamente, la viabilidad del instituto.

Es que el desplazamiento caprichoso de un precepto legal (art. 218, párr. 1 del CPP) que expresamente marca un límite a la solicitud incoada por la defensa del imputado, bajo la excusa de una supuesta interpretación armoniosa con el principio *pro homine*, violentó el principio de legalidad y la garantía del debido proceso. En efecto, no puede eludirse que la actuación de la Sala III significó la creación pretoriana de una nueva causal de excepción –por lo demás subjetiva y apartada de la ley– a la regla que individualiza como última oportunidad para la propuesta de *probation* a la audiencia de admisibilidad de la prueba, que no fue prevista por los legisladores locales al regular el instituto en cuestión.

Peor aún, la claridad de la disposición procesal en trato impide sostener que la norma sea susceptible de interpretación, debiendo el órgano jurisdiccional limitarse a su aplicación; pero en el caso de autos, bajo la excusa de ‘favorecer’ principios constitucionales, los magistrados de la Sala III tornaron inoperante la decisión expresa de los legisladores de la Ciudad de no admitir la suspensión del avance de la causa una vez iniciado el debate, cuando no mediere un cambio de calificación jurídica del hecho imputado.

Dicho proceder importa de por sí incurrir en arbitrariedad, en tanto la sentencia de la instancia de mérito configura un acto de pura autoridad que deliberadamente deja de lado tanto el derecho aplicable al caso como la intención del legislador. Sobre el particular, ese Tribunal Superior tiene dicho que “[l]a ausencia de fundamentos normativos, el arrogarse los jueces el papel de legisladores, estableciendo distinciones y enunciando conceptos carentes de sustentación legal expresa, constituyen supuestos de arbitrariedad que autorizan a privar de efectos a la decisión impugnada. La verificación de la arbitrariedad de la que adolece la sentencia objetada impide considerarla un pronunciamiento judicial válido” (conf. Expte. N° 1988/02, “Vieja S.A. c/ DGR (Res. N° 4412/DGR/2000)”, sentencia del 02/04/2003).

Por lo demás, tampoco puede soslayarse que, primigeniamente, la jueza de grado supeditó el tratamiento del pedido de suspensión del proceso a prueba a la celebración de la audiencia de debate, “conforme lo prevé el art. 240 [actual 241] del CPPCABA”, pese a que, en rigor de verdad, la norma aludida, que establece las cuestiones preliminares que pueden ser planteadas –y resueltas– una vez abierto el debate, no contempla el supuesto aquí planteado.

En segundo lugar, resulta harto evidente que el modo en que ha quedado resuelta la cuestión configura un manifiesto exceso jurisdiccional, que compromete principalmente la inteligencia asignada a cláusulas constitucionales previstas en los arts. 13, inc. 3, 106, 124 y 125 de la CCABA.

Es que, de acuerdo a las previsiones citadas, rige en el ámbito local el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio, como así también la autonomía funcional y autárquica del Ministerio Público Fiscal –dentro del Poder Judicial–, cuya función consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, además de velar por la normal prestación del servicio de justicia y de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

De ahí que, en ese marco constitucional, el órgano acusador tenga a su cargo el ejercicio de la acción pública, cuya titularidad lleva implícita su discrecionalidad, pues no podría concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre su ejercicio; en esta inteligencia, no puede desconocerse que, el legislador local ha posicionado “al fiscal, en el proceso penal, como encargado de seleccionar los casos susceptibles de ser suspendidos a prueba, permitiéndole

restringir la aplicación del instituto según la conveniencia de la política criminal [...] o en la necesidad de ventilar el asunto en juicio oral, mediante una oposición fundamentada” (conf. TSJ, Expte. N° 16503/18, “Muggeri Balzán”, voto del juez Santiago Otamendi, sentencia del 07/10/2020).

En lo que se refiere a la regulación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, el artículo 76 del Código Penal establece que “se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; [a]nte la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título”; por otra parte, el artículo 218 del Código Procesal Penal determina, en su tercer párrafo, que “[l]a oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal” (el destacado me pertenece).

En función de tal normativa, este Ministerio Público Fiscal argumentó debidamente su negativa a la suspensión del avance del proceso, basada en las particulares circunstancias del caso, la extemporaneidad de su pedido y, por consiguiente, la ausencia de los recaudos normativos previstos para su concesión.

Sin embargo, bajo la excusa de llevar a cabo “un control de razonabilidad y de legalidad de sus actos”, es decir, de la oposición de esta parte a la aplicación del instituto, en el pronunciamiento impugnado los magistrados procedieron a alterar los roles de los actores en el proceso.

En un precedente con similares características al presente, V.E. ha afirmado que, “si bien compete al juez la facultad para otorgar la suspensión del proceso a prueba, el juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de continuar o no con la persecución penal recae sobre el Ministerio Público Fiscal, representando su conformidad una condición necesaria para que pueda proceder dicho instituto” (conf. TSJ, Expte. N° 17733/2019—O “Desposorio, Cristián Custodio y otros” —del voto de la jueza Inés M. Weinberg—, sentencia del 06/10/2021).

En este contexto, el a quo no solo omitió, una vez más y en forma adrede, las disposiciones del artículo 218 del digesto procesal, que exigen el consentimiento fiscal para el otorgamiento de la *probation*, sino también las del artículo 76 del Código Penal, que reconoce la potestad local para regular la materia, de forma tal que se arrogó atribuciones —en relación al beneficio otorgado— que exceden aquéllas que la ley procesal y la Constitución local establecen.

Ahora bien, no está de más recordar que la razón por la cual la suspensión del proceso está sometida a resolución del juez no radica en controlar la decisión del Ministerio Público Fiscal de impulsar o no la acción, cuestión reservada por ley a dicho organismo por aplicación directa del sistema acusatorio, sino que fue concebida para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento para el fiscal de proseguir con el proceso mientras este se encuentre suspendido sea celebrado cuando se den ciertas condiciones cuya concurrencia la norma penal hace examinar al magistrado (conf. TSJ “Benavidez, Carlos Maximiliano”, Expte. N° 6454/09, sentencia del 08/09/2010; cuyos motivos fueron reiterados en Expte. N° 16388/19 “Adler, Laura Denise”, sentencia del 18/09/2019).

Pero, más aún, en el presente caso no existió un acuerdo entre partes –conforme los términos del art. 185 del CPP–, de modo que el proceder de los jueces de mérito conllevó la sustitución de aquel órgano estatal –MPF– que, por mandato constitucional, le incumbe exclusivamente decidir acerca de la conveniencia de continuar –o no– con la persecución penal. En un proceso organizado bajo el esquema acusatorio, en el cual los fiscales tienen la potestad acusatoria y los jueces la función jurisdiccional, la exégesis efectuada en el fallo impugnado no se ajusta a las cláusulas de orden superior que deben regir la cuestión aquí debatida.

De lo expuesto se advierte que los magistrados reemplazaron con su actuación la que corresponde al Ministerio Público Fiscal, y así hacen propio el ámbito de disponibilidad atribuido al titular del ejercicio de la acción penal, a partir de tomar el lugar de una de las partes del proceso y lesionar, de este modo, la estructura del sistema acusatorio local en desmedro de las reglas constitucionales comprometidas en el presente.

Así, a través de los fallos en crisis, se vulneraron la garantía del debido proceso, el sistema acusatorio, el principio de razonabilidad de los actos de poder y la autonomía de este Ministerio Público Fiscal, tal como lo ha sostenido oportunamente el fiscal de Cámara.

Este otro apartamiento del derecho aplicable perpetúa la ausencia de fundamento normativo en el pronunciamiento dictado, lo que constituye, tal como se viene exponiendo, uno de los supuestos de arbitrariedad que determinan la descalificación del acto jurisdiccional, que torna de aplicación la doctrina respectiva.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que es arbitraria la sentencia que ha omitido el texto de la norma aplicable para pasar directamente a establecer una exégesis que no resulta acorde con la expresa disposición legal y que, en rigor, la desvirtúa y la vuelve inoperante (conf. Fallos: 341:961; 340:2021).

Sin perjuicio de lo expuesto, las resoluciones de las instancias de mérito desconocieron abiertamente la jurisprudencia de V.E. en la materia (conf. Expedientes N° 6454/09 “Benavídez, Carlos Maximiliano”, sentencia del 08/09/2010; N° 16388/19 “Adler, Laura Denise”, sentencia del 18/09/2019; entre tantos otros), sin aportar argumentos novedosos que justifiquen modificar la posición sentada a ese respecto, lo que también configura un supuesto de arbitrariedad por apartamiento infundado de la doctrina de ese Tribunal Superior (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, Fallos: 307:1094 –voto del juez Carlos S. Fayt–).

Un pronunciamiento de esta naturaleza, que resiente las reglas del debido proceso e impide el ejercicio de la pretensión sancionatoria que le compete a este Ministerio Público Fiscal por mandato constitucional, debe ser dejado sin efecto, en tanto no constituye una derivación lógica, razonable y posible de las normas aplicables a las circunstancias comprobadas de la causa (conf. CSJN “Fallos”: 312:246, 389, 608; 323:2196, entre otros; y TSJ, Expte. N° 13584/16 “Zelinscek, Jorge Alejandro”, sentencia del 22/02/17).

V.

En virtud de lo expuesto, solicito que se haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, se deje sin efecto la resolución recurrida y se devuelvan las actuaciones para su continuación que,

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 196/2024

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

La propuesta efectuada por el imputado y su defensa para solucionar el conflicto por vía de la *probation* tiene un límite temporal normativamente fijado. El mencionado artículo 218 del CPPCABA establece que la audiencia de admisibilidad de la prueba es la última oportunidad procesal en la cual el imputado puede proponer esta salida alternativa a la realización del juicio, con la única excepción constituida por la solicitud que puede ejecutarse durante el debate frente a un cambio de calificación jurídica del hecho.

La disposición legal tiende a resguardar el orden del proceso y, al igual que aquella que determina el carácter vinculante de la oposición del MPF, no admite interpretación alguna, en tanto expresamente prevé como recaudo procesal la oportunidad hasta la cual se puede realizar el pedido de suspender el juicio a prueba.

Según lo adelanté, se definió una regla general que dispone un plazo de caducidad de la facultad de promover la salida alternativa y una excepción para los casos en los que, en el marco del debate y como consecuencia de este, se le asigne al hecho una significación jurídica diferente.

Ahora bien, en el caso en análisis se incurrió en un apartamiento de la regla general, para lo cual se pretendió extender la situación de excepción referida –el cambio en la calificación legal del hecho durante el debate– a otra fundada en la circunstancia del vencimiento del registro de una condena –que impedía la aplicación del instituto– cuando el proceso arribó a la etapa de juicio.

Una vez transcurrido el plazo previsto legalmente para solicitar la suspensión de juicio a prueba es improcedente e irrelevante analizar la concurrencia de las condiciones de admisibilidad del instituto; la única opción posible es, en el marco del debate oral, examinar la posible configuración del supuesto excepcional previsto legalmente.

El legislador local, al regular la cuestión, adoptó la decisión de establecer un único supuesto de excepción respecto de la citada regla, por lo que no corresponde a los tribunales inmiscuirse en el modo en que ejerció sus facultades y sustituir su voluntad a partir de crear una nueva norma según su criterio.

No obstante, el tribunal consideró que el nuevo escenario planteado en la etapa de juicio con respecto a los antecedentes del imputado,

podía aplicar en las mismas condiciones que el supuesto de excepción legalmente previsto y, por lo tanto, otorgó la *probation* al imputado.

En definitiva, la decisión de conceder la suspensión de juicio a prueba en contraposición a la decisión adoptada por el MPF, bajo la deliberada subsunción del caso en un supuesto excepcional no previsto en la norma, me condujo a descalificarla como un acto jurisdiccional válido y razonable.

Por su parte, el Tribunal Superior de la CABA resolvió por mayoría –compuesta por el voto conjuntos de los jueces Marcela De Langhe, Alicia E. C. Ruiz y Santiago Otamendi– rechazar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (sentencia de fecha 12/02/2025).

Para ello, la mayoría del tribunal sostuvo que cualquier cambio que compatibilice el pronóstico de pena para el encausado con las exigencias para acceder a la suspensión del proceso a prueba debe ser atendido para cumplir con la finalidad esencial del instituto, aunque estrictamente no se haya producido un cambio en la calificación de los hechos (del voto de la jueza Marcela De Langhe).

En disidencia, los magistrados Luis Francisco Lozano y M. Inés Weinberg postularon hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y mandar a que se continúe el trámite de las actuaciones según el impulso correspondiente, de acuerdo con los lineamientos expuestos en sus respectivos votos.

Para concluir con el examen de las posturas adoptadas por el suscripto en los casos de *probation*, me abocaré al supuesto de sustanciación de un recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado, a pesar de la irrecurribilidad prevista en la última parte del artículo 218 del CPPCABA.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 56580/2019-4,
“Ministerio Público - Fiscalía de Cámara
Oeste de la CABA s/ Queja por recurso
de inconstitucionalidad denegado en
incidente de apelación en autos”

CABA, 6 de marzo de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por el Sr. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Martín Lapadú.

II.

Entre los antecedentes relevantes del caso, corresponde señalar que el 15 de marzo de 2021, el Dr. Luis A. Arnaudo, Fiscal a cargo de la Fiscalía PCyF N° 26, presentó requerimiento de juicio por el hecho que, según describió en la pieza procesal pertinente, habría ocurrido el 14 de octubre de 2019, a las 11.15 horas aproximadamente, ocasión en que el Sr. J. J. A. R. se hallaba a bordo del micro marca Scania modelo K420, dominio [...], circulando por Avenida Avellaneda de esta Ciudad; al doblar por Avenida Nazca embistió con el vehículo a la Sra. R. S., quien cruzaba a pie por la senda peatonal con el semáforo en verde a su favor. Como consecuencia de ello, la Sra. R. S. sufrió fractura de dedos de ambos pies y mano izquierda, traumatismo encéfalo craneano con hemorragia subaracnoidea con volcado ventricular, contusión pulmonar con derrame de pleura bilateral y hematoma hepático con

descompensación hemodinámica, e intercurrió con edema agudo de pulmón hipertensivo; lesiones que demandaron un período de curación mayor a treinta días.

El hecho fue subsumido por el Sr. Fiscal bajo el tipo penal de lesiones graves culposas ocasionadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor, previsto en el artículo 94 bis del Código Penal.

En oportunidad de contestar la vista en los términos del art. 221 CPPCABA, el Dr. Civitillo –titular de la Defensoría PCyF N° 7– señaló que “... atendiendo al hito fatal que impone el juego armónico de los arts. 217 y 222 de nuestro código adjetivo; es que en definitiva solicito a V.S. suspenda la fijación de la audiencia de admisibilidad de prueba a los efectos de poder encarar de manera efectiva entre el fiscal, el imputado y el suscripto, un acuerdo de solución alternativa al conflicto en el marco del art. 217 del CPP; o, de lo contrario se deje constancia en el acta que ha de labrarse en los términos del art. 222 del ritual de dicha circunstancia ...”.

Al celebrarse la audiencia prevista en el art. 222 del código de rito local, la titular del Juzgado N° 8 del fuero, dispuso “TENER PRESENTE la reserva efectuada por la Defensa Oficial en relación a la solicitud de suspensión del proceso a prueba” y, seguidamente, resolvió respecto de la admisibilidad de la prueba ofrecida para el debate oral. Transcurridos nueve meses desde esta audiencia, el Sr. Defensor oficial presentó un escrito en el que manifestó haber llegado a un acuerdo de *probation* con el Sr. Fiscal y, en consecuencia, solicitó que se deje sin efecto la audiencia ya establecida para la realización del debate oral.

Luego de la audiencia contemplada en el art. 217 del CPPCABA, el magistrado a cargo del Juzgado PCyF N° 14, Dr. Gonzalo Viña, resolvió “NO HACER LUGAR a la solicitud de suspensión del proceso a prueba (conf. arts. 76 bis, octavo párrafo, y 94 CP) ...”. Para sustentar su posición afirmó que la suspensión del juicio a prueba no procede respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, situación que coincidía con la de autos –art. 94 bis CP–.

Contra esta decisión, la defensa del Sr. J. J. A. R. interpuso recurso de apelación, circunstancia que motivó la intervención de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas.

Corrida la vista al Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Martín Lapadú, opinó que el recurso de apelación debía ser declarado inadmisibile. Para ello, afirmó que:

(a) Como consecuencia del art. 217 del CPPCABA, la denegación de la suspensión del juicio a prueba no es recurrible; (b) El límite temporal para la solicitud del instituto previsto en los arts. 76 y 76 bis CP debe efectuarse, por expresa disposición del art. 217 del CPPCABA, hasta la oportunidad de la audiencia del art. 222, con la única excepción de su invocación en el debate si existiera un cambio en la calificación legal que habilitara su tratamiento; (c) El art. 285 del ritual veda la vía del recurso de apelación para decisiones dictadas en la etapa de juicio, pues únicamente es procedente la reposición y, a todo evento, sus rechazos podrán ser agravios contra la sentencia definitiva.

Contrariamente a la postura expuesta por el Dr. Lapadú, la Sala II interviniente, por mayoría, no solo consideró admisible el recurso, sino que además revocó la decisión de grado y suspendió el proceso a prueba en favor del imputado. En apoyo de su decisión, el Dr. Vázquez sostuvo que, si bien el art. 217 del plexo ritual dispone que la última oportunidad procesal en la que podría solicitarse la suspensión del proceso a prueba es la audiencia de admisibilidad de prueba, el caso bajo estudio presentaba la particularidad de que la defensa había informado, en el momento procesal previsto expresamente por la norma adjetiva, que se encontraba en tratativas de acordar con el fiscal una salida alternativa del conflicto; agregó que rechazar el planteo defensorista implicaría desechar la voluntad de las partes, quienes se sometieron a una negociación para acordar las condiciones para la viabilidad de la *probation* y que la Sala actuante venía adoptando un criterio amplio para la concesión del beneficio, siempre y cuando se encontraren reunidos los requisitos legales para su procedencia. Seguidamente, el Dr. Delgado adhirió al voto del Dr. Vázquez por coincidir, en lo sustancial, con los fundamentos desarrollados.

Esta resolución motivó al Sr. Fiscal de Cámara a presentar recurso de inconstitucionalidad, en el que afirmó "... que la resolución dictada por la mayoría de la Sala II representa un acto arbitrario que se vale de argumentos aparentes y, al exhibir una fundamentación puramente dogmática, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido al omitir la aplicación de preceptos normativos vigentes (arts. 76, 76 bis CP y

en concreto art. 217 CPPCABA)". En esta senda, sostuvo también que la decisión dictada por la Sala II "... desprecia la autonomía de la CABA en el marco de nuestro sistema constitucional federal (arts. 1, 5, 31, 126 y 129 de la CN; art. 1 de la CCABA), el principio de legalidad (arts. 1 y 18 de la CN; 1 y 106 de la CCABA), las reglas del debido proceso (arts. 1 y 18 de la CN; 13 de la CCABA) y el principio republicano de gobierno en la fundamentación de los actos de poder (arts. 1 de la CN y CCABA)".

Oportunamente, la Sala II de la Cámara de apelaciones del fuero, declaró inadmisibile el remedio constitucional local, auto que motivó el recurso de queja por el que aquí se corre vista.

III.

Respecto de los requisitos de admisibilidad de la vía directa intentada, corresponde señalar que resulta formalmente procedente. En efecto, el recurso de queja fue presentado en tiempo oportuno, por la parte legitimada y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Asimismo, la decisión que se cuestiona resulta equiparable a sentencia definitiva por cuanto, en caso de adquirir firmeza y, de cumplirse por parte del aquí imputado las medidas a las que se condicionó la suspensión del juicio a prueba, sobrevendría la extinción de la acción penal, sin que exista otra oportunidad hábil para tratar el planteo traído por el Sr. Fiscal de Cámara –cfr. lo decidido por V.E. en precedentes "Adler" –Expte N° 16388/19–, "Lazarte" –Expte N° 16113/18–, "Blanco Vallejos" –Expte N° 9876/13–, entre muchos otros–.

En cuanto a la presentación de un caso constitucional por parte del recurrente, adelante que también se ve cumplida esta exigencia.

Contrariamente, la alzada entendió que este requisito no se encontraba presente, a cuyo respecto afirmó que el recurso solo proponía una visión diferente de la interpretación de la norma procesal, por lo que se trataría de una discusión en torno a cuestiones de índole infraconstitucionales. En este orden de ideas se afirmó que "... el recurrente no ha logrado demostrar por qué razón el decisorio atacado resulta arbitrario y susceptible de vulnerar derechos y garantías de raigambre constitucional ..." –del voto de los Dres. Bosch y Vázquez–.

Sin embargo, el Dr. Lapadú si ha demostrado, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja que vino a defender, un caso

constitucional susceptible de habilitar la instancia de excepción. Ello por cuanto, como se verá en el apartado siguiente, no se limitó a cuestionar la interpretación de normativa local sino, por el contrario, expuso la concurrencia de un arbitrario apartamiento de la ley, que afecta irremediablemente el debido proceso. Es que su postura no implica una diferente interpretación de una norma, sino que lisa y llanamente importó atribuirle a la sentencia cuestionada el desconocimiento de la manda legal, sin siquiera haberse impugnado su constitucionalidad.

De tal forma, entiendo que el remedio constitucional fue erróneamente denegado por la alzada, por lo que se impone el tratamiento de las cuestiones oportunamente allí planteadas.

IV.

a. Superados de tal manera los recaudos formales y sustanciales de admisibilidad, entiendo que le asiste razón al planteo introducido por el Sr. Fiscal de Cámara.

En efecto, el art. 217 del CPPCABA regula la suspensión del proceso a prueba en el ámbito local –confr. art. 76 del CP–. Entre sus disposiciones no solo determina el momento procesal hasta el que se puede proponer una suspensión del proceso a prueba –la audiencia prevista por el art. 222 CPPCABA, o durante el debate si es que se modifica la calificación legal–, sino que además dispone la irrecurribilidad de la decisión que rechaza el beneficio –“Contra la decisión de rechazo no habrá recurso alguno” reza el 4to. párrafo de la norma sustantiva local–.

De tal manera, la posibilidad de recurso contra la decisión denegatoria de la *probation*, no aparece en nuestra codificación local como una situación librada a la interpretación de los magistrados. La frase “no habrá recurso alguno” no admite ninguna posición alternativa posible; hacer otra cosa simplemente es contradecir u obviar el precepto legal, no interpretarlo. De aquí también se deriva que el Sr. Fiscal de Cámara no expuso una mera disconformidad con alguna de las interpretaciones de la norma, sino que su planteo se fundamenta en el desconocimiento de lo que ella prescribe.

Así lo ha dejado expuesto el Dr. Lapadú en oportunidad de contestar la vista otorgada en relación al recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial. Sin embargo, el fallo revocatorio de la alzada no hace siquiera una mínima referencia a dicho planteo introducido

por el Sr. Fiscal de Cámara, ni hace mención alguna relacionada con la irrecurribilidad prescripta por el art. 217 del CPPCABA, tal como si lo establecido en dicha norma no existiera.

El voto del Dr. Vásquez –al que adhiere el Dr. Delgado– solo dice respecto de la admisibilidad del recurso lo siguiente: “El recurso de apelación ha sido interpuesto en tiempo y forma contra una resolución que tiene capacidad de irrogar a la recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior (art. 291 del CPPCABA)”. Nuevamente, la sentencia de la alzada no dedica ni una sola palabra para explicar por qué, al menos a criterio de la mayoría, correspondía ignorar lo dispuesto específicamente por el art. 217 del CPPCABA, o bien desarrollar las razones por las que, eventualmente, la capacidad de irrogar a la recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior que se le atribuía a la decisión en cuestión resultaba suficiente para desoír la concreta manda de la disposición legal señalada.

Esto sólo bastaría para tachar de arbitrario el fallo revocatorio de la Sala II. Así la intervención que se propone no tiene por finalidad convertir al Tribunal Superior en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino atender al carácter excepcional del caso ante el notorio desvío de las leyes aplicables y la total ausencia de fundamentación del fallo, todo lo cual impide considerar a la sentencia atacada como un acto jurisdiccional al que toda parte en un proceso tiene un derecho constitucionalmente garantizado –arts. 17 y 18 CN– –cfr. Fallos: 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608; 323:2196; 345:277; 345:1519; 341:1352; entre muchos otros–.

a. En un caso similar he tenido oportunidad de expedirme respecto de la irrecurribilidad de la denegación de la suspensión del proceso a prueba prevista en el art. 217 del CPPCABA. En aquel precedente, a diferencia de lo que ocurre aquí, sí se intentó argumentar respecto de la aplicación del artículo 291 del CPPCABA. Ciertamente este camino no fue ni siquiera intentado por los magistrados que conformaron la mayoría del fallo ahora cuestionado; ahora bien, incluso si así lo hubieran hecho, el desplazamiento caprichoso y pretoriano de un precepto legal –el 4to. párr. del art. 217 del CPPCABA– que expresamente regula la situación en autos, para priorizar la aplicación de una regla genérica –el art. 291 del CPPCABA– configuraría también un acto de pura auto-ridad al desconocerse tanto la ley aplicable al caso como la voluntad del

legislador local, quien no dejó en manos de los jueces decidir acerca de la recurribilidad de aquellas resoluciones que rechazan la solicitud de suspensión del proceso a prueba.

Sostuve en aquella oportunidad que: “La claridad de la disposición del art. 217 del CPP impide sostener que la norma sea susceptible de interpretación, debiendo el órgano jurisdiccional limitarse a su aplicación; pero en el caso de autos, bajo la excusa de una pretendida interpretación sistemática, los magistrados de la Sala III tornaron inoperante la decisión expresa de los legisladores de la Ciudad de no admitir recurso alguno contra el rechazo de la suspensión del proceso a prueba [...]. En ese sentido, la sentencia resulta descalificable como jurisdiccionalmente válida y se erige como un acto de pura autoridad, ello por cuanto, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 217, cuarto párrafo CPPCABA, los camaristas omitieron aplicar al caso esa regulación concreta y específica, en la que el legislador local dispuso que la decisión adoptada por la jueza de grado no admite recurso alguno [...]. Así, para fundamentar dicho desplazamiento, optaron por remitirse a la norma del art. 291 del mismo código, que rige como cláusula abierta y general, sin procurar su conciliación y armonización con el art. 217 antes mencionado, el que establece taxativamente una cláusula excluyente y especial –que no genera mayores dificultades de interpretación– [...]. Es por ello que los camaristas se apartaron abiertamente de la correcta interpretación e integración de las normas, y sobre este punto, cabe recordar lo expuesto por la doctrina en cuanto a que, sin perjuicio de que las disposiciones generales de los códigos deben iluminar a todas las demás reglas particulares ‘Cuando la norma especial contradiga a la general se estará frente a un caso de derogación de esta en lo específico y concreto del procedimiento o acto de que se trate...’ (Cfr. Jorge A. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 113)” –Cfr. Dictamen 13/2022, Expte. N° 53032/2019-3, “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en V., D.D.O. s/ 71 bis - Difusión no autorizada de imágenes y grabaciones íntimas y otros”, fdo. 7/02/2022–.

La simple referencia tangencial al art. 291 del CPPCABA, en el fallo cuestionado, como magro fundamento de admisibilidad del recurso,

adquiere así un doble sentido de arbitrariedad: por una parte, expone la ausencia total de fundamentación y, por la otra, denota el apartamiento ilegítimo del texto de la ley, circunstancia que no debió ocurrir sin mediar declaración expresa de inconstitucionalidad.

Al respecto Genaro Carrió, al desarrollar los alcances del concepto de sentencia arbitraria, señaló que su utilización por parte de la Corte tiene una función descalificadora; arbitrario, no es un término descriptivo si no valorativo. Así, entre los casos en los que el Máximo Tribunal aplica ese calificativo se encuentran aquellos que afectan a los fundamentos de la decisión en su premisa mayor, por ejemplo, casos como en el presente en los que los jueces al dictar su sentencia se arrojan el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico—cfr. Carrió Genario R., *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994, págs. 294 y sigs.—. El límite entre juzgar y legislar ha sido traspasado con creces en la sentencia cuestionada.

b. Finalmente, respecto la oportunidad en la que fue introducido el pedido de suspensión del proceso a prueba, coincido también con el Sr. Fiscal de Cámara en cuanto a que “... el Dr. Vázquez parte desde un argumento falaz que culmina por invalidar la solución propuesta. Ello así, puesto que sostuvo que sin perjuicio de que la última oportunidad para solicitar la concesión del beneficio es la audiencia de admisibilidad de prueba, ‘las presentes actuaciones guardan una particularidad. Esto es que la defensa informó, en el momento procesal previsto expresamente por la norma adjetiva para que sea propuesto, que se encontraba en tratativas de resolver el caso por soluciones alternativas del conflicto. En este sentido, es dable señalar que, si bien el proceso precluye en sus etapas una vez alcanzada la siguiente, y que una reserva no es un planteo per se, que deba ser decidido en el momento de peticionarse, lo cierto es que desconocerla implicaría tomar la celeridad procesal en contra del justiciable’ (el destacado es propio) ...”.

El voto mayoritario de la sentencia de la alzada, a la vez que afirma la preclusión de los actos procesales, pretende asignarle a la “reserva” una calidad que no posee y que además siquiera se encuentra prevista en la codificación procesal. Concluir que la “reserva” tiene la capacidad de retrotraer el proceso a etapas ya precluidas implica no solo el apartamiento absoluto de la letra de la ley, sino que, además, una creación pretoriana de tales características imposibilitaría tener certezas respec-

to del avance de un proceso penal. Siguiendo la lógica del fallo, bastaría “hacer reservas” en todos los actos procesales para poder retrotraer el caso, laberínticamente, a la etapa “reservada” sin restricción alguna.

Claramente, el legislador no ha siquiera imaginado un sistema penal de estas características, pero incluso independientemente de estas consideraciones, basta leer las constancias agregadas al presente para advertir que nada de lo señalado en el voto mayoritario ha ocurrido. Contrariamente a lo allí afirmado, las mentadas tratativas habrían comenzado muy posteriormente a la audiencia de admisibilidad de prueba prevista por el art. 222 del CPPN y a pocos días de iniciado el debate oral, circunstancia que resalta aún más la arbitrariedad señalada por el Dr. Lapadú.

Así, como se adelantara y contrariamente a lo postulado por la Cámara de Apelaciones del fuero, entiendo que la parte recurrente ha introducido correctamente un caso constitucional habilitante de esta vía de excepción, por lo que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad que esta vino a defender.

V.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de queja y, asimismo, al recurso de excepción local interpuesto oportunamente por el Dr. Martín Lapadú y dejar sin efecto la suspensión del proceso a prueba dispuesta en la anterior instancia que,
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 30-2023

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

Sin perjuicio de las particulares circunstancias del precedente transcripto, en que me pronuncié sobre la oportunidad procesal para solicitar la *probation* –aspecto que también fuera tratado en el anterior

caso analizado—, aquí habré de detenerme en el tema de la irrecurribilidad del rechazo de la suspensión de juicio a prueba, así como también en lo que hace a las consecuencias de asignarle eficacia a una “reserva” de *probation* para sortear el límite temporal establecido legalmente y darle curso luego de la etapa procesal correspondiente.

En esa dirección, la última parte del artículo 218 del CPPCABA prevé “contra la decisión de rechazo no habrá recurso alguno”; norma que, por su claridad, no resulta susceptible de interpretación por parte del órgano jurisdiccional.

No obstante, a instancias del recurso de apelación interpuesto por la Defensa frente a la denegatoria de una *probation*, la Cámara de Apelaciones del fuero se apartó de la regla específica, que debió impedir que este Tribunal de Alzada revise lo decidido en la anterior instancia.

Para ello, se recurrió al artículo 292 del CPPCABA —ex art. 291—, que establece como regla general del recurso de apelación que son susceptibles de esa vía recursiva los decretos, autos y sentencias dictados por los/as jueces/zas, cuando expresamente sean declarados apelables o causen gravamen irreparable.

Esta pauta coincide con la norma general establecida —para todos los recursos— por el artículo 279 del CPPCABA, que dispone que “las resoluciones judiciales serán recurribles [...] en los casos expresamente establecidos por la ley”.

Ahora bien, el legislador previó, en particular para los autos donde se denegará la concesión de la suspensión del proceso a prueba, su irrecurribilidad —art. 218, última parte del CPPCABA—, lo que constituye una norma específica cuya aplicación no puede evitarse recurriendo a ninguna de las aludidas reglas genéricas.

De tal modo, es evidente e incontrastable que el legislador local hizo una elección dentro de sus facultades, en cuanto vedó toda posibilidad de revisión de las resoluciones que rechazan la solicitud de suspensión del proceso a prueba por vía de apelación, lo que pone de manifiesto un apartamiento por parte de la Cámara de Apelaciones del derecho aplicable y, simultáneamente, el reemplazo de la voluntad del legislador, con inmediata afectación del principio de la división de los poderes.

Expuse que, incluso si los magistrados justificaran el eventual carácter irreparable del agravio de la recurrente, ello no resultaba suficiente para desoír la terminante manda legal del artículo 218 del CPPCABA.

Sobre la base de tales consideraciones se concluyó en la ausencia de toda fundamentación de la decisión del tribunal y un apartamiento ilegítimo del texto de la ley sin mediar declaración de inconstitucionalidad, lo que tornaba de aplicación la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias.

Por último, en el dictamen que se analiza, se abordó el tema de la “reserva” efectuada por la defensa del imputado en la etapa intermedia, en orden a la futura posibilidad de recurrir a una suspensión del proceso a prueba.

La Cámara recurre a esta circunstancia para justificar el tratamiento de la *probation* fuera del momento procesal oportuno. Sin embargo, frente a la claridad de la disposición legal que establece un plazo de caducidad, no pudo válidamente utilizar ese argumento para permitir un debate extemporáneo.

La “reserva” no reviste la capacidad de retrotraer el proceso a una etapa ya concluida –a lo que habré de agregar que no se encuentra legalmente prevista– por lo que concederle relevancia o efectos para sortear lo establecido por el art. 218 del CPPCABA implica un apartamiento de la ley.

El Tribunal Superior de la CABA resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, para lo cual sostuvo que no se había logrado introducir un caso constitucional o federal, como así tampoco que lo recurrido fuera descalificable sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (según sentencia de fecha 11/10/2023).

Suspensión del proceso a prueba con oposición del querellante

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 18310/2019-20,
“S., T. T. s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en
incidente de apelación en autos”

CABA, 14 de marzo de 2024

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar respecto del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, que oportunamente fuera deducido por el Dr. Alejandro Freeland, apoderado del querellante S., T. T.

II.

El presente caso tuvo su origen como consecuencia del derrumbe ocurrido el 1° de abril de 2019, que destruyó el edificio de la calle [...] de CABA –planta baja, primero y segundo piso–, como consecuencia de lo cual, además, resultó la muerte de C., A, inquilino del segundo piso.

Fueron imputadas por el hecho, personas vinculadas a la obra en construcción vecina del edificio que se derrumbó [...]. Según las acusaciones, tanto pública como privadas, se afirmó que se inobservaron las reglas del arte y especialmente los planes de excavación y se omitió submurar y sostener el muro del edificio lindero que finalmente se derrumbó, resultando imputados A., A. N. –director de la

obra-; S. M., N. E. –directora presidente de la empresa [...], comitente de la obra-; B., S. –responsable de Higiene y Seguridad-, M., R. –pareja de S. M., N. E., director de [...] y responsable técnico en la obra- y M., V. –sobrestante de obra-.

La mayoría de las partes acusadoras requirieron la realización del juicio en orden al delito de estrago culposo seguido de muerte, pero la aquí recurrente lo hizo a título de estrago doloso seguido de muerte –misma calificación que utilizó la querella que representa a los familiares de C., A., respecto de alguno de los imputados-. Conforme esta última calificación y, ante una pena en expectativa que podría alcanzar los 20 años de prisión, se solicitó la realización del juicio por jurados.

Con posterioridad, se dispuso la suspensión del proceso a prueba en relación con A., A. N., S. M., N. E. y B., S. mientras que M., R. y M., V. suscribieron un acuerdo de avenimiento.

Específicamente el caso de S. M., N. E. adquiere particularidades diferentes a sus consortes de causas ya que, respecto a ella, este Ministerio Público Fiscal no requirió la realización del juicio, sino que dispuso el archivo del caso, postura diversa a la asumida por algunas de las querellas, entre las que se encuentra la recurrente, vicisitud de trámite que motivó que el proceso continuara contra S. M., N. E. de acuerdo a lo previsto por el art. 11, último párrafo, del CPPCABA.

En su oportunidad, la defensa de S. M., N. E. solicitó la suspensión del proceso a prueba. En la audiencia pertinente estuvieron presentes el Dr. Alejandro Freeland, por la querella en representación de S., T. T. y el Dr. Jorge Monastersky, por la querella en representación de C., M. M. y C., M. del R. Ambos acusadores particulares manifestaron su oposición a la concesión del beneficio solicitado.

A su vez, en el marco del citado acto procesal, la Sra. C., M. del R., querellante presente en la audiencia, sostuvo que su oposición se basaba en que, tanto ella como su hermana, habían perdido todo lo material e incluso la vida de su cuñado –y pareja- respectivamente, que no tiene precio. Por ello manifestó que su único propósito era que se lleve a juicio este caso y, específicamente, con respecto a la imputada S. M., N. E. –en relación con otros imputados sí había consentido salidas alternativas del proceso-, indicó que fue con la única persona que tuvo algún tipo de trato y que jamás les pidió disculpas ni les ofreció ayuda. Por su parte, su letrado, el Dr. Monastersky, amplió las razones por las cua-

les rechazaban el otorgamiento del beneficio y señaló que la imputada aún no había pedido disculpas y que ese perfil desinteresado fue el que mantuvo desde que sucedió el hecho. Admitió, además, que los acuerdos económicos aceptados anteriormente con otros imputados fueron por montos menores al aquí ofrecido, pero que habían valorado la situación particular de cada uno de ellos, por lo que lo sugerido por S. M., N. E. les resultó irrazonable. Agregó que la responsabilidad de la nombrada en el hecho debía ser una cuestión a valorarse en el juicio, que es el desarrollo normal de todo proceso, donde habría de conocerse la verdad y determinarse la responsabilidad penal que le cabía a esta imputada. Respecto del tipo penal atribuido, el abogado mencionó que, más allá de que en su requerimiento habían propuesto una imputación culposa, nada le impediría –de celebrarse el juicio– acusar por el delito, bajo la forma de dolo eventual si la prueba lo convencía de ello.

A su turno, el Dr. Freeland, letrado del querellante S., T. T., cuestionó la afirmación de la defensa con relación a que la suspensión del proceso a prueba es un derecho constitucional. Destacó que, los acusadores privados, cuando no hay acusación pública, son los dueños de la acción y por ello, reiteró el derecho de la querella para acusar por la figura por la que imputó –estrigo doloso–, tipo penal que no permitiría la concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto de S. M., N. E. En cuanto al rol de la imputada, destacó que, como presidenta de la empresa constructora, era una de las principales responsables del siniestro. A su criterio, S. M., N. E. demostró un desprecio absoluto por lo que pasó y sus consecuencias, por lo que manifestó su creencia de que no internalizó la norma, ni tampoco lo haría con esta alternativa propuesta. Asimismo, calificó al ofrecimiento como irrisorio e inaceptable. En cuanto a los motivos por los que este caso debía ser llevado a juicio, argumentó que la imputación que él hizo merece ser escuchada en un debate, por la gravedad que tiene, por los daños que ha causado y porque amerita discutir la responsabilidad de quien es presidente, dueña y está a cargo de las decisiones de una empresa constructora encargada de un edificio que hizo derrumbar uno vecino; a ello agregó su estimación en cuanto a lo razonable y legítimo de que un jurado decida respecto de la cuestión de fondo.

Finalmente, el Dr. Freeland sumó a sus argumentos que, la ley de fondo no dice qué sucede con el trámite de los procesos seguidos

por delitos de acción pública, que pasan a tramitar bajo las reglas de los delitos de acción privada, en los casos de solicitud de suspensión del proceso a prueba ante la renuncia del Fiscal al ejercicio de la acción y la continuación de tal ejercicio por la querella. Por lo tanto, cuestionó que un imputado pueda pedir una suspensión del proceso a prueba respecto de un delito que, objetivamente, no lo permite, y sostuvo que si no está previsto es porque no es viable y que no puede crearse judicialmente una ley que no existe.

Finalizada la audiencia prevista por el art. 218 del CPPCABA, la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3, resolvió rechazar las oposiciones formuladas por las partes querellantes en representación del Sr. S., T. T. y de las Sras. C., M. M. y M. del R., y conceder la suspensión del proceso a prueba respecto de S. M., N. E.

Para resolver de esta manera, la magistrada afirmó, en primer lugar, que cuando la persecución penal queda en manos de la querella no se encuentra vedada la salida alternativa propuesta por la defensa. Destacó que la regulación de la suspensión del proceso a prueba corresponde a cada una de las codificaciones procesales penales del país. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, si bien el art. 218 del CPPCABA prevé como vinculante solo a la oposición del Fiscal, la Dra. Cavaliere afirmó que, a los efectos de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, la manda constitucional y los derechos reconocidos a las víctimas, a través de la incorporación de los pactos internacionales con rango constitucional, la voz de quienes resultan damnificados debe ser oída, examinada en su contenido y analizada en su razonabilidad. No obstante ello, sostuvo que las oposiciones formuladas, no son razonadas y por ende no resultan vinculantes para resolver. Respecto del tipo penal imputado, afirmó que sólo la querella representada por el Dr. Freeland acusó bajo la modalidad dolosa del delito atribuido, descripción que a su entender, resultaba desacertada conforme las evidencias del caso. Además, entendió que la reparación del daño ofrecida por la aquí imputada era suficiente.

Esta decisión fue recurrida por la querella del Sr. T. T. mediante la interposición de un recurso de apelación, que fue tratado por la Sala III de la Cámara del fuero que, el 8 de agosto de 2023, resolvió confirmar la decisión de grado. Allí se dijo que “... en el presente caso, la fiscalía decidió no continuar la persecución penal contra S. M., N.

E. Asimismo, conforme lo reflejan constancias agregadas a la causa, la imputada no registra antecedentes, por lo que se impone la confirmación del temperamento adoptado. Por otro lado, la querella no intenta al menos explicar de qué manera llevar la causa a juicio respondería mejor al interés de la víctima –salvo que se trate solamente de agravar la situación de la imputada–, respecto de la alternativa diseñada por el legislador para esta categoría de delitos, más allá de su disconformidad con la calificación legal escogida en esta etapa del proceso...” –del voto del Dr. Bosch al que adhirió la Dra. Marum–.

El Dr. Freeland impugnó esta sentencia mediante recurso de inconstitucionalidad. Allí postuló que el decisorio de la Cámara conculcó las garantías constitucionales de debido proceso legal y juicio previo, tutela judicial efectiva y defensa en juicio, previstas tanto en la Constitución Nacional –art. 18 CN– como en la de esta Ciudad –arts. 10 y 13 CCABA– y en los Tratados Internacionales que la integran –art. 8 de la CADH, conf. art. 75, inc. 22 de la CN–.

Oportunamente, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, declaró inadmisibile el remedio constitucional local, auto que motivó el recurso de queja por el que aquí se corre vista.

III.

Previo adentrarnos en el análisis de los recaudos de admisibilidad del recurso, vale aclarar que, respecto de la imputada S. M., N. E., el fiscal de grado decidió no continuar con la persecución penal; ello motivo que la acción a su respecto continuara en cabeza de los querellantes particulares –cfr. art. 11 del CPPCABA–. Así, si bien este Ministerio Público Fiscal no tiene actualmente interés persecutorio sobre la imputada, me expediré tanto respecto de las cuestiones de procedibilidad de la vía intentada como de aquellas de corte constitucional en juego, en función de las facultades irrenunciables e indeclinables de promover “... la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad...” y “Velar por la normal prestación del servicio de justicia ...” –conf. art. 125 CCABA; y art. 1 de la Ley N° 1903–.

a. En cuanto a los recaudos formales, corresponde señalar que el recurso de queja fue presentado en tiempo oportuno, por parte legitimada al efecto y contiene una crítica razonada del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad cuya apertura se demanda.

Asimismo, el recurso pretende cuestionar una decisión que debe ser considerada equiparable a definitiva. Ciertamente, la sentencia recurrida genera un gravamen de imposible reparación ulterior a la recurrente en tanto impide la continuación del trámite procesal respecto de la imputada S. M., N. E. y podría conducir, en caso de que efectivamente la nombrada cumplan las pautas fijadas, a la extinción de la acción penal, con lo cual la pretensión de realización del juicio expresada por la parte impugnante no podrá ser ejercida. Sobre este punto, la postura de las querellas de querer llevar el caso a juicio fue obturado por las decisiones de los magistrados que precedieron a esta instancia, optando por una manera diferente a la escogida por los titulares de la acción para resolver el conflicto.

En consecuencia, no habrá otra oportunidad eficaz para que la recurrente haga valer las razones constitucionales en torno a la invalidez del beneficio otorgado en autos y poder, de esta manera, llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno -conf. la doctrina elaborada por ese Tribunal Superior en el conocido precedente “Benavídez, Carlos Maximiliano”, Expte. N° 6454/09, sentencia del 8/9/2010; reiterada en Expte. N° 16388/19 “Adler, Laura Denise”, sentencia del 18/9/2019-.

b. La Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero denegó la instancia de excepción afirmando que la recurrente no había logrado exponer un verdadero caso constitucional habilitante de la instancia. Sin embargo, la crítica del fallo efectuada en la vía directa logra sortear este escollo.

El Dr. Freeland ha sostenido que en el caso se ha controvertido la aplicación del art. 76 bis del CP y su interpretación, por ser contrarias (la una y la otra) a las garantías constitucionales de la legalidad, de la tutela judicial efectiva vinculadas a las de defensa en juicio y del debido proceso legal -arts. 18 CN y 8 CADH-. En su argumentación expuso las particularidades que reviste el presente, pues aquí la acusación se encuentra sólo en cabeza de los querellantes y, de acuerdo con el principio acusatorio que debe regir en el proceso penal de la Ciudad -art. 13 de la CCABA-, se planteó los siguientes interrogantes: ¿en cabeza de quién se encuentra la acción penal? ¿puede el juez conceder el beneficio haciendo caso omiso a la oposición de la acusación privada?

La forma en la que los magistrados de las instancias anteriores han respondido a estos cuestionamientos, han puesto en tensión

sus conclusiones con las garantías constitucionales en pugna. De tal manera, por oposición a lo resuelto por los integrantes de la Sala III, considero que la querellante sí ha traído a esta instancia un caso constitucional, motivo por el cual entiendo que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta y habilitar la instancia de excepción.

IV.

a. La construcción del voto mayoritario de la Sala III de la Cámara de Apelaciones se estructura partiendo de la afirmación que “[T]omando en consideración el delito enrostrado y su escala penal, la conducta que se investiga es susceptible de ser encuadrada en las previsiones del cuarto párrafo del artículo 76 bis CP ...”. Esto se completa con otras dos ideas fuertes del voto: “[e]l juez ejerce el control de legalidad...”; y “[A]hora bien, en el presente caso, la fiscalía decidió no continuar la persecución penal contra S. M., N. E. Asimismo, conforme lo reflejan constancias agregadas a la causa, la imputada no registra antecedentes, por lo que se impone la confirmación del temperamento adoptado” –todas citas del voto del Dr. Bosch al que adhiriera la Dra. Marum–.

En este aspecto, el voto del Dr. Delgado transita por canales similares: “[E]n efecto y en primer lugar, en lo atinente al órgano que resulta competente para resolver sobre el acuerdo de suspensión del proceso a prueba al que arribaran las partes en este caso, no caben dudas de que, en la instancia procesal en que se encuentran los autos, la decisión al respecto es de exclusivo resorte jurisdiccional y se enmarca específicamente en el art. 76 bis del CP –según el cual la oposición de la querella no es vinculante– en línea con el art. 218 del CPP CABA [...]”.

Ello presupone dos cosas: la posibilidad de prescindir de todo tipo de consentimiento del titular de la acción penal como consecuencia de la ausencia del fiscal en el proceso; y la capacidad jurisdiccional de otorgar la *probation* independientemente de la opinión de las partes acusadoras.

b. Bajo esta premisa, corresponde analizar en primer lugar cuál es el alcance constitucionalmente válido de la actuación del querellante en solitario en el marco de la aplicación del instituto previsto por el artículo 76 bis del Código Penal, en un proceso de neto corte acusatorio como es el regido por las disposiciones tanto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como de su Código Procesal Penal

y, en particular, en un caso en el que se trate del único titular de la acción pública que promueve su ejercicio.

Una moderna visión del proceso penal no puede sino admitir un rol activo de la víctima en el mismo. Así, se ha dicho que “[L]a víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base del caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal [...]” –cfr. Maier, J.B.J, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II *Sujetos Procesales*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, pág. 636–. Diversas reformas legislativas precisamente han tenido como norte el retorno de la víctima al proceso penal, entre ellas, la Ley N° 27372.

En el ámbito de protección internacional de derechos, también se ha destacado reiteradamente el rol que compete a la víctima en los procesos penales “[e]s el Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades” –cfr. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, del voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, rta. 26 de mayo de 2001–.

La codificación procesal local, entre los diversos derechos y garantías reconocidos a la víctima, ha incluido la potestad de constituirse como parte acusadora en el proceso e incluso proseguir con el ejercicio de la acción en ausencia de la acusación pública. El derecho a ser oído, a acceder a la justicia sin restricciones y poder incluso impulsar los procesos hasta su finalización, son parte del bagaje de posibilidades que la víctima actualmente detenta en el proceso penal. Desde la más elemental lógica, si la opinión de la víctima constituida en parte, en ausencia de la fiscalía, permite impulsar el proceso e incluso acusar y ser sustento de la aplicación de una pena, es evidente que su posición o postura no puede ser desoída para conceder o descartar salidas alternativas como la aquí debatida, en tanto se trata de un proceso regido por el principio acusatorio, en el que la decisión de llevar adelante el ejercicio de la acción penal pertenece exclusivamente a su titular –en el caso y, de acuerdo con las vicisitudes de trámite señaladas, la parte querellante–.

Contrariamente a ello, para el decisorio cuestionado, la sola ausencia del fiscal fue suficiente para considerar irrelevante la opinión de la

acusación privada que, entonces, no obstante ser el titular de la acción, quedó relegado a un segundo plano. De tal manera, la decisión de conceder el instituto de la suspensión del proceso a prueba como salida para la resolución del conflicto, considerándolo como resorte exclusivo del juzgador, fue -según mi criterio- una clara violación al sistema acusatorio que debe guiar al proceso penal –art. 13.3 de la CCABA–.

En relación con el punto, corresponde aclarar que, aunque con algunos matices que a continuación habrán de exponerse, las sentencias de sendas instancias se inclinan por reemplazar la voluntad del titular de la acción, en un caso, bajo la excusa de controlar la legalidad y/o razonabilidad de su postura, mientras que, en el restante, sin tapujo alguno.

Nótese que la Dra. Cavaliere ha dicho que “[a] los efectos de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, la manda constitucional y los derechos reconocidos a las víctimas, a través de la incorporación de los pactos internacionales con rango constitucional, la voz de quienes resultan damnificados debe ser oída, examinada en su contenido y analizada en su razonabilidad. Más en un caso como este en el cual la acusación es sólo privada ...”.

Los magistrados pueden o no estar de acuerdo con la intención persecutoria de las partes acusadoras, pero, en cualquier caso, no pueden prescindir de ellas ni reemplazarlos en cuanto al modo como llevan adelante la acción. Una intromisión en este sentido por parte del juez, resultaría contraria a la lógica adversarial que debe guiar a todos los procesos tramitados de acuerdo con el Código Procesal Penal de la Ciudad.

El programa constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires explícitamente adopta para su sistema procesal el principio acusatorio, que guía efectivamente su codificación penal y contravencional. Así lo ha afirmado también reiteradamente V.E., en cuanto a que, como consecuencia de lo normado en los arts. 13.3, 106, 124 y 125 de la Carta Magna de la Ciudad, “rige en el ámbito local el sistema acusatorio, como así también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad” –cfr. TSJ, Expte. N° 10019/13 “García Olalla” rta. 30/4/2014; más recientemente TSJ Expte. N° QTS 17733/2019-O, rta. 6/10/2021; TSJ Expte. N° QTS 17733/2019-O rta. 3/12/2021, entre muchísimas otras-. En un proceso así estructurado “... forman parte tanto

del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación...” –cfr. Ferrajolli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 563–.

En el conocido precedente “Benavidez” del TSJ, el Dr. Lozano se ha referido a una situación similar al presente, pero respecto de la opinión vertida por el Ministerio Público Fiscal. Ciertamente, entiendo que las consideraciones efectuadas allí son aplicables plenamente al querellante en solitario pues, lo que se encuentra en juego es, precisamente, la vigencia del sistema acusatorio. De tal forma afirmó que “[e]n el marco de procesos organizados bajo el esquema del principio acusatorio ‘... quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos. A su vez, la razón por la que la suspensión está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al ministerio público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez’. Ello, sin dejar de enfatizar que ‘[n]o constituye razón ni materia de ese examen la decisión de impulsar o no la acción pública [...] cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del ‘sistema acusatorio’ ...” –cfr. TSJ Expte. N° 6454/09 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/ Inf. art. 189 bis CP’, rta. 8 de septiembre de 2010, del voto del Dr. Lozano–.

Así, pretender que se torne irrelevante la opinión de la parte querellante cuando ejerce la acción en solitario –y por ello, además, el proceso se encuentra sometido a las reglas de los delitos de acción privada– para la concesión de la suspensión del proceso a prueba –tal como lo hace el *a quo*–, cuando precisamente es esa parte quién ha demostrado la intención persecutoria y ejerce la acción penal pública –aunque en un interés exclusivamente privado–, es contrario a los

derechos de la víctima y al principio acusatorio que debe guiar, por imposición constitucional, al proceso penal local.

c. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el Fiscal, es claro que la única oposición vinculante para el tribunal que puede ejercer el querellante en solitario es solo en relación con la necesidad que el caso se resuelva en juicio, pues toda discusión respecto de cuestiones que atañen a la política criminal y su aplicación al caso, son potestad exclusiva del Ministerio Público Fiscal y ajenas a la acusación privada.

En lo que respecta al fallo de Cámara ambos votos desestimaron sin más la oposición de los querellantes, como si esta careciera de todo efecto. Para el Dr. Delgado la oposición del querellante no es vinculante y para los Dres. Bosch y Marum “la querella no intenta al menos explicar de qué manera llevar la causa a juicio respondería mejor al interés de la víctima”.

Como adelanté, el fallo de primera instancia intenta efectuar un esfuerzo mayor en este sentido, ya que la magistrada de grado entendió que se debe examinar en su razonabilidad el contenido de la oposición de la parte querellante particular para que ella sea vinculante. Sin embargo, el examen de la Sra. Juez se acota al tipo penal imputado—aspecto sobre el que avanza en el análisis del mérito que corresponde otorgar a las constancias del caso, que califica como “pruebas”, no obstante que estas solo pueden serlo si son producidas y/o hechas valer en el marco del debate oral—y a la reparación del perjuicio ofrecido por la imputada.

Por cierto, las querellas dentro de su oposición han argumentado también respecto de estas circunstancias, pero lo determinante, a los fines de la razonabilidad de la oposición de los acusadores, es que ambos fundaron su oposición en la necesidad de llevar el caso a juicio.

Las manifestaciones, primero de la víctima presente en la audiencia y luego de los letrados representantes de las querellas, han sido claras, precisas y contundentes respecto de las circunstancias que hacen necesario, para los acusadores en solitario, que el caso sea resuelto en juicio oral y público y no mediante una salida alternativa al proceso. Ello, independientemente de la reparación del perjuicio o el tipo penal imputado. Aquellas circunstancias, que no fueron suficientemente analizadas en ninguna de las instancias que precedieron al presente, son las razones fundadas en las que se sustenta la pretensión ejercida

por el titular de la acción en cuanto a la necesidad de la realización del juicio, que tornan vinculante la oposición para los magistrados.

En este punto, los magistrados pueden entender que un ofrecimiento económico resulta suficiente o que una imputación a título culposo es más adecuada que en su versión dolosa, sin embargo, aquello que las víctimas reclaman es el derecho de llevar el caso a juicio, es decir, de decidir la manera en que como titulares de la acción quieren ejercerla. Basta repasar las constancias del caso para notar que, extensamente ellas han argumentado su postura tanto por la gravedad del hecho, los perjuicios sufridos –muerte de personas, privación de la vivienda, pérdida de todos sus bienes–, como por el rol y la actitud de la imputada durante el proceso, como así también la importancia que el juicio tiene para ellas en el campo simbólico.

El Dr. Bosch, en comentario doctrinario del art. 218 del CPPCABA, ha afirmado que “[E]l Tribunal Superior de Justicia ha dejado sentada su postura al establecer que no puede haber *probation* en causas penales si el fiscal pide ir a juicio, pues en virtud del principio acusatorio, rector en el ámbito de la Ciudad, así como de la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público, su negativa impide el progreso del instituto del art. 76 bis del CP” –cfr. De Langhe, Marcela –Dirección–, *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª Edición, Tomo 2, Ed. Hammurabi, CABA 2023, pág. 137–. Claramente esta postura no puede ser diferente, cuando es la víctima quien ejerce la persecución penal ante el retiro del Ministerio Público Fiscal.

Es que no puede pasarse por alto que la regulación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, al referirse exclusivamente a los delitos de acción pública, lógicamente ha tornado vinculante la opinión del fiscal de arribar a la realización del juicio en aquellos casos en que las circunstancias lo ameritaran, teniendo en cuenta que es su titular; pero en el caso de autos, frente a su retiro, esa decisión no puede sino quedar en cabeza de la única parte que se erige en su titular –la querella–.

El derecho del querellante en solitario no se agota en ser oído, ya que su oposición, en tanto y en cuanto sea fundada, es vinculante por imperio del sistema adversarial, en el que la decisión acerca del modo en que se ejerce la acción penal –lo que incluye, la decisión de recurrir a una

salida alternativa al proceso o bien la realización del juicio—le corresponde en cuanto único titular de la acción y nunca al órgano jurisdiccional.

En todo caso, de cuestionarse la fundamentación de la oposición en el marco de las funciones jurisdiccionales vinculadas con el resguardo de las garantías del imputado, la Cámara debió haber explicado, como aquella podría asimilarse automáticamente al consentimiento requerido por el art. 218 del CPPCABA, tal como expuso el Dr. Lozano en el precedente “Benavídez”. Así, la concesión de la *probation* sin consentimiento de los acusadores “[S]e trata de un modo de enervar la acción penal que el Fiscal [en el presente caso se trataría del querellante en solitario], al no brindar su consentimiento para suspender el juicio a prueba, obviamente pretendía impulsar. Ese resultado, por completo inapropiado para un proceso organizado bajo el esquema acusatorio, demuestra que la interpretación formulada por los jueces de mérito no se acomoda a las previsiones constitucionales que debieron presidir o guiar la decisión del *a quo*. Una inteligencia acorde al sistema acusatorio nunca habría llevado a concluir que el legislador consagraba, a favor del juez, la potestad de disponer del ejercicio de la acción penal ...” —cofr. TSJ caso “Benavídez” anteriormente citado; del voto del Dr. Lozano—.

Conforme lo hasta aquí expuesto, y de acuerdo a la interpretación que se le intentó dar a los recaudos necesarios para conceder la suspensión del proceso a prueba y la inteligencia de la normativa constitucional en juego, entiendo que correspondería hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que la queja vino a defender.

V.

Por todo lo expuesto, considero que el recurso de queja deducido por el Dr. Alejandro Freeland, en su carácter de letrado de la querella del Sr. S., T. T. debiera ser concedido al igual que el recurso de inconstitucionalidad que este vino a defender, que

ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 49-2024

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

El sistema procesal vigente en el ámbito de la Ciudad pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal pública y en el marco de sus facultades rige el principio de oportunidad que le otorga la posibilidad de cesar en su ejercicio, entre otros supuestos de archivo legalmente previstos –art. 212 del CPPCABA– que implican el abandono del impulso del proceso.

No obstante, cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera desistido por alguna de las causales previstas en el ordenamiento adjetivo, el damnificado directo del delito, constituido en querellante, tiene la facultad de continuar con el impulso de la acción en solitario; alternativa en que el caso se regirá por las reglas correspondientes a los procesos seguidos por delitos de acción privada.

De ello se desprende, por un lado, una nueva concepción del rol que se otorga a la víctima en el proceso penal y, por otro, la idea de que posee la capacidad de llevar adelante el ejercicio de la acción penal pública –pues el cambio de las reglas procesales a las que se sujeta el proceso no implica un cambio en la naturaleza de la acción que impulsa–, aunque su interés sea exclusivamente privado.

De tal modo, frente al retiro del MPF como una de las partes del proceso, el acusador privado se erige en el único titular de la acción y, por ello, es quien tiene la potestad de manifestar su voluntad en cuanto a la conformidad u oposición a la suspensión del juicio a prueba, con las consecuencias que la ley procesal prevé en el artículo 218 del CPPCABA.

Cierto es que dicho dispositivo legal solo hace referencia a la oposición del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, no puede perderse de vista que el artículo en cuestión fue concebido para regular la generalidad de los casos, en los que por regla la titularidad de la acción penal pública se encuentra en cabeza de dicho organismo, sin contener alguna mención del supuesto excepcional derivado de lo dispuesto en el artículo 12 del CPPCABA.

Si las facultades otorgadas en este caso al acusador privado le permiten llevar en solitario un caso a la instancia de debate –mediante la formulación del requerimiento de juicio previsto en el art. 219 del CPPCABA–, o bien desistir de la acción –última parte del art. 12 del CPPCABA–, el examen conjunto y sistemático de tales disposiciones

legales con la previsión del artículo 218 que solo hace alusión al Ministerio Público Fiscal en cuanto titular de la acción penal, debe interpretarse como una referencia a quien, en el proceso de que se trate, ostente esa titularidad.

Si ello no fuera así, quedaría desdibujado el rol de la acusación y librado a la exclusiva voluntad del imputado acceder a la suspensión del proceso a prueba, sin restricción alguna por parte de quien –en solitario– impulsa la acción.

De acuerdo con ello, si la norma expresamente prevé que la oposición del MPF es vinculante y ello, como no podía ser de otra manera –dado el claro texto legal– ha sido reconocido jurisprudencialmente –de acuerdo a la postura expuesta al inicio del análisis de los casos de suspensión del juicio a prueba, que tuvo acogida favorable por parte del Máximo Tribunal local–, el razonamiento que de ello deriva es que la negativa de la acusación privada de consentir el instituto de la *probation*, cuando resulta ser el único y exclusivo titular de la acción, adquiere el mismo carácter.

Sostener lo contrario implicaría un apartamiento de las previsiones expresamente contenidas en los artículos 76 bis del CP, 11, 12, 219 y 217 del CPPCABA y una interpretación asistemática de tales dispositivos legales.

El rol jurisdiccional se circunscribe a la verificación del cumplimiento de los requisitos legales, y se halla sujeto a la opinión del titular de la acción penal –ya se trate del Ministerio Público Fiscal, o del querellante en el supuesto del art. 12 *in fine* del CPPCABA–, pues lo relevante es la expresión de voluntad contraria a la aplicación del instituto por parte de quien ostenta ese rol en el proceso.

Nuevamente es oportuno destacar que quitarle el carácter vinculante a la opinión de la víctima constituida en querellante en un proceso penal, cuando resulta ser el único titular de la acción que la impulsa, implica un desplazamiento de las facultades que corresponden a las partes acusadoras y su reemplazo en función de la propia voluntad, lo que representa una innegable intromisión del juzgador en el ámbito acusatorio.

En el precedente transcripto, una de las partes acusadoras privadas que –actuaba ya sin el acompañamiento del MPF respecto de una de las acusadas– había requerido juicio por el delito de estrago doloso seguido de muerte, cuya pena en expectativa impedía la concesión del

beneficio, motivo por el cual se opuso a la *probation*, para lo cual se basó en la particular gravedad del caso y la actitud asumida por la imputada luego del hecho y durante el trámite del proceso, lo que resultaba vinculante para el tribunal.

No obstante, el tribunal concedió la suspensión del juicio a prueba, para lo cual se prescindió de la oposición manifestada por quien ejercía la acción, a la vez que se acudió a la consideración de una calificación legal menos gravosa que la escogida por la recurrente, que había sido propuesta por otros acusadores privados.

Hasta el momento, el TSJ no se expidió respecto del recurso de queja deducido contra el pronunciamiento citado respecto del cual, sobre la base de las consideraciones que realicé precedentemente –que determinan el carácter vinculante de la oposición fundada del titular de la acción, sea el MPF o el querellante en solitario, respecto a la suspensión del juicio a prueba–, propuse su admisión y la del recurso de inconstitucionalidad que lo precedió.

Tribunal Superior de Justicia como última instancia judicial de la Ciudad

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Expediente N° QTS18161/2020-
O, “C., L. O. s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en ‘C.,
L. O. s/ Homicidio agravado (art. 80, inc. 7)
y robo con armas’”

CABA, 23 de septiembre de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General para constatar la vista conferida con motivo de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que interpuso el Dr. Fernando Soto (T° XX F° XX del CPACF), letrado defensor de C., L. O. contra la resolución de fecha 17 de marzo de 2020, mediante la cual la Sala de Tumo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional dispuso “DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 1/10 (artículos 432 y 444 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II.

Se atribuye a C., L. O., agente de la Policía Local de Avellaneda (provincia de Buenos Aires), el hecho ocurrido el día 8 de diciembre de 2017 en el barrio de La Boca de esta Ciudad. Conforme a la imputación formulada en el caso, aquel había perseguido y herido mortalmente

con su arma reglamentaria a K., J. P. La víctima resultó ser uno de los dos atacantes que, previamente, habían apuñalado a la altura del corazón y de los pulmones al turista estadounidense W., J. durante un intento de robo de su cámara fotográfica. Al momento de requerir la elevación a juicio, la fiscalía acusó a C., L. O. en orden al delito de homicidio por exceso en el cumplimiento del deber, la querella por su parte, encuadro el hecho en la figura de homicidio calificado.

El 17 de diciembre de 2019, la defensa del acusado opuso excepción de falta de jurisdicción y solicitó que C., L. O. fuera juzgado por un jurado popular. Invocó para ello los artículos 24, 75, inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional; y peticionó en consecuencia la aplicación supletoria del sistema vigente en la Provincia de Buenos Noes o del que el Tribunal estimara pertinente.

El 5 de febrero del año en curso el Tribunal Oral de Menores N° 2 rechazó el planteo. Consideró que los preceptos constitucionales vinculados con el juicio por jurados eran de carácter programático, y que la omisión de su implementación no podía suplirse de la manera pretendida, pues ello excedería las funciones propias del Poder Judicial. Sostuvo también que la coexistencia de ordenamientos procesales diversos no afectaba el principio de igualdad y que tampoco se advertían circunstancias que denotaran parcialidad por parte de los integrantes del Tribunal.

Dicha decisión dio lugar al recurso de casación del 13 de febrero de 2020, en el que el presentante sostuvo que el criterio del Tribunal respecto de la cuestión debatida debía revisarse por inobservancia y errónea aplicación de los preceptos procesales atinentes al ejercicio de los derechos de las partes.

El 17 del mismo mes la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional declaró inadmisibile la vía escogida, tras considerar que la resolución impugnada no estaba comprendida en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación y que el recurso interpuesto no se había fundado debidamente.

A continuación, la defensa interpuso el recurso de inconstitucionalidad previsto en los artículos 26 y ss. de la Ley N° 402 que, rechazado, motiva ahora la queja bajo análisis. Fundó su recurso en el cercenamiento del derecho de defensa y en la presunta arbitrariedad del fallo, circunstancias que a su entender lo descalificaban como acto jurisdiccional válido.

Para sustentar su presentación expuso: (i) que la petición de fondo se basaba en el derecho de ser juzgado por jurados populares, del cual dependía la validez de la constitución del tribunal y la garantía del juez natural; (ii) que las referencias de la Corte Suprema en torno al carácter programático de las cláusulas constitucionales sobre juicio por jurados ya no eran atinadas, pues correspondían a un momento en el que la figura aún no regía en ninguna jurisdicción del país; (iii) que si bien la implementación de esa modalidad en una provincia no resultaba vinculante para otras, generaba las condiciones para que se reclamara su aplicación en aquellas jurisdicciones que no la han incorporado todavía, máxime cuando se encuentran en juego garantías constitucionales; (iv) que, en una decisión reciente, la Corte había tomado operativa una cláusula constitucional que establece un derecho procesal; (v) que las garantías constitucionales rigen aun cuando no estén contempladas en un ordenamiento procesal local; (vi) que, en el precedente “Canales” (Fallos: 342:697), la Corte reafirmó el derecho de la participación del pueblo en la administración de justicia penal, sin perjuicio del derecho del justiciable a ser juzgado por sus pares; (vii) que las declaraciones públicas sobre el caso efectuadas por autoridades nacionales dejaban entrever que el acusado había sido utilizado como un instrumento político; y (viii) que la conformación de un jurado para el caso no entrañaba un riesgo de colapso para el sistema judicial nacional, pues en la provincia de Buenos Aires tal modalidad de enjuiciamiento había sido infrecuente en razón de su carácter opcional y de que solo estaba prevista para delitos reprimidos con una pena elevada.

En esa oportunidad, la defensa hizo saber que había interpuesto “recurso extraordinario federal contra el rechazo de la vía casatoria, articulando a la vez por separado la vía extraordinaria de inconstitucionalidad, ya que de otro modo se agotaría el plazo legal concedido por la normativa en vigencia para su interposición”.

El 17 de marzo del corriente, la Sala de Tumo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional declaró improcedente el recurso de inconstitucionalidad. En lo fundamental, la Cámara argumentó que la vía intentada no estaba prevista en el ordenamiento procesal penal aplicable al caso, y señaló que el recurrente había omitido explicar. (i) de qué manera la jurisprudencia invocada derivaba en la admisibilidad de su pretensión; (ii) en qué medida la circunstancia de que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Corte, CSJN) reconociera el carácter transitorio de la justicia nacional no federal de esta ciudad y le asignara una determinada facultad al Tribunal Superior de Justicia (en adelante, Tribunal Superior, TSJ) permitía, sin más, alterar el esquema de competencias existente y aplicar normas ajenas al Código Procesal Penal de la Nación; y (iii) por qué resultaba insuficiente la vía del recurso extraordinario federal interpuesto de manera simultánea. Por último, la Cámara adujo que el planteo efectuado consumía un intento de obstruir el desarrollo del proceso y evitar la audiencia de debate.

El rechazo reseñado precedentemente motivó la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (artículo 33 de la Ley N° 402) ante el Tribunal Superior. A fin de dar sustento a la admisibilidad de la vía, el impugnante manifestó lo siguiente: (i) que la Corte había reconocido en sucesivos precedentes la plena jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, y había destacado la calidad provisoria de la competencia de los tribunales nacionales para entender en los casos de materia no federal ocurridos en el territorio de la Ciudad (precedentes “Corrales”, Fallos: 338:1517 y “Nisman”, Fallos: 339:1342); (ii) que, en “Bazán” (Fallos: 342:533), la Corte había indicado que el Tribunal Superior era la máxima instancia judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que, en tal carácter, debía resolver los conflictos de competencia entre tribunales nacionales no federales y locales; (iii) que la privación del ejercicio de un recurso en razón de la ausencia de normas que permitan una revisión previa a la intervención de la Corte, supondría la negación de una tutela oportuna y eficaz para resguardar el principio de debido proceso; y (iv) que la no inclusión del recurso de inconstitucionalidad en el CPPN no era óbice para su admisibilidad formal, pues el Tribunal Superior era la instancia idónea para agotar la vía local y para expedirse antes de que la Corte tomara conocimiento del caso constitucional. En esa oportunidad, la defensa solicitó también que se otorgara efecto suspensivo al recurso interpuesto.

III.

El artículo 27 la Ley N° 402 establece que el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior procede contra las sentencias definitivas del superior tribunal de la causa. Con respecto al primer recaudo, la sentencia impugnada debe reputarse equiparable a defi-

nitiva. De conformidad con lo señalado por la Corte al pronunciarse sobre planteos similares, entiendo que no corresponde diferir el tratamiento de los agravios hasta tanto se realice el debate y se agoten los recursos disponibles, pues ello ocasionaría una dilación indebida del proceso, en perjuicio del imputado, como así también un dispendio jurisdiccional innecesario, tomando en cuenta que, de resolverse favorablemente la pretensión de la defensa, se debería realizar un nuevo juicio (cf. “Llerena” [Fallos 328:1491]; “Pontoriero” [Fallos: 329:2631]; y “Medina” [M. 358. XLII. REX, sentencia del 03 de mayo de 2007]).

Aclarado ello, la admisibilidad de la queja interpuesta por la defensa depende esencialmente de la definición que se adopte en torno a si el más alto Tribunal del Poder Judicial de la Ciudad debe actuar como instancia de revisión extraordinaria respecto de las sentencias definitivas (o equiparables a tales) provenientes de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Esta determinación, además, impacta necesariamente en las condiciones de admisibilidad del recurso extraordinario federal regulado en la Ley Nacional N° 48. En efecto, si la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional se erige aquí en el superior tribunal de la causa a los fines del recurso de inconstitucionalidad local, el Tribunal Superior cumplirá el mismo papel en el trámite de la eventual apelación ulterior ante la Corte.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, superior tribunal de la causa es aquel que, dentro de la respectiva organización procesal, se encuentra habilitado para decidir en último término sobre la materia que suscita la cuestión federal, o para reparar el gravamen del recurrente, siendo normalmente el que dirime el litigio, una vez: agotados los recursos ordinarios: que autorizan a pronunciarse en dicha materia (cf. Fallos: 304:1468; 308:490 y 311:2478). Según otra caracterización frecuente, es tribunal superior aquel cuyo fallo acerca de la cuestión constitucional en disputa es irrevisable por otro, dentro de la respectiva organización procesal. De tal forma, si hubiera un tribunal facultado para revisarlo, el que lo dictó no sería el superior tribunal de la causa. Lo sería en caso contrario (Fallos: 158:197 y 200; 204:427). Sobre esta cuestión, resulta conveniente señalar que, en el precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108), la Corte había establecido que el superior tribunal de la causa a los fines de la apelación extraordinaria en el ámbito de la justicia nacional ordinaria era la entonces Cámara Nacional de Casación Penal. Las funciones de

este Tribunal, vale aclarar, fueron asignadas luego a la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional.

La defensa de C., L. O. argumenta que las condiciones de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad deben modificarse a raíz de lo decidido por la Corte en el precedente “Bazán”, ya citado. En ese fallo, la mayoría de la Corte resolvió que el Tribunal Superior debía asumir el rol de superior común para resolver las cuestiones de competencia que se susciten entre los jueces nacionales y los porteños; o, en palabras de la Corte, los conflictos que se planteen entre “dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad” (considerando 17). Si se la considera estrictamente, esa sentencia se circunscribe al caso en que fue dictada y se proyecta solo a los demás casos de su misma especie. De hecho, esa delimitación fue señalada expresamente por el Ministerio Público Fiscal meses antes de mi asunción en el cargo que ocupó (cf. dictamen de la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario del 7 de junio de 2019, en el caso “Levinas” [Expte. N° 16374/19]).

Sin perjuicio de ello, considero que los argumentos ensayados por el Máximo Tribunal resultan igualmente pertinentes en la resolución del caso bajo análisis. En realidad, las consideraciones efectuadas en “Bazán” son el corolario de sentencias anteriores, también referidas a las consecuencias que se siguen de los magros resultados obtenidos en el proceso de transferencia de la justicia nacional ordinaria a la órbita del Poder Judicial de la Ciudad.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee desde 1994 un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (artículo 129 de la Constitución Nacional). La norma le confiere además la atribución de dictarse un “estatuto organizativo de sus instituciones”, que no es sino el germen de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante Constitución local), sancionada en 1996. Merced a este nuevo estatus constitucional, la Ciudad se ha convertido en un nuevo sujeto de la relación federal, conjuntamente con el Estado federal y las provincias. Tal como ha puesto de relieve la Corte Suprema, la última reforma constitucional “transforma radicalmente la naturaleza política y jurídica de la Ciudad de Buenos Aires, que pasa a gobernarse por una Legislatura y un Jefe de Gobierno elegido directamente por el propio pueblo de la ciudad” (“CABA c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 342:533).

En este marco, el desarrollo de las facultades jurisdiccionales ha ido claramente a la zaga respecto de aquellas ejecutivas y legislativas. La cláusula transitoria decimotercera de la Constitución local autorizó al Gobierno de la Ciudad “para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces”. La norma añadió que tal facultad “no impide que las autoridades constituidas puedan llegar a un acuerdo en términos diferentes, para lograr una transferencia racional de la función judicial”. E indicó que “en todos los casos el acuerdo comprenderá, necesariamente, la transferencia de las partidas presupuestarias o la reasignación de recursos conforme al artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional”.

Durante el año anterior a la sanción de la Constitución local, el Congreso Nacional y la Legislatura local habían establecido que transferencia de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias a cargo de la justicia nacional ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al Poder Judicial de la Ciudad se produciría por un acuerdo entre los gobiernos ratificado por los poderes legislativos de ambos Estados (cf. artículo 6 de la Ley Nacional N° 24588; Título IV de la Ley N° 7 [Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires] y sus disposiciones complementarias y transitorias).

Si bien la aspiración desde el comienzo era abarcar la totalidad de los fueros no federales de la Ciudad, primó en definitiva un criterio restrictivo, que se plasmó en el artículo 8 de la Ley Nacional N° 24588. De cualquier manera, la política de transferencia de las competencias jurisdiccionales no prosperó, pues quedó reducida a la puesta en funcionamiento del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, y a la implementación todavía inconclusa del fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

Como señalé más arriba, la dilación de los poderes constituidos llamó la atención de la Corte. En “Corrales”, el Tribunal sostuvo que “si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación. fundamental, las competencias que naturalmente ejerce la

justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (considerando 8). En razón de ello, y “transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994”, la Corte encendió que resultaba “imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la CABA el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional” (considerando 9).

En “Nisman”, por su parte, la Corte retomó las consideraciones del precedente “Corrales”. En esa oportunidad, los jueces Lorenzetti y Maqueda destacaron que, reconocida la autonomía porteña, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (considerando 8); además, aclararon que la Ciudad tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fuera concedida por el art. 129 de la Constitución (considerando 8).

En “Bazán”, a su turno, la Corte objetó que la Ciudad de Buenos Aires no contara aún con un poder judicial completo; adujo que esa situación provocaba “un desajuste institucional grave” y un “incumplimiento literal de la Constitución nacional”, que traía consigo un “debilitamiento de la fuerza normativa de su texto” (considerando 12).

La Corte enfatizó que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen” (considerando 3). Bajo esa premisa, adujo que la transferencia pendiente perjudica la autonomía porteña, pero además: (i) desconoce los principios de “lealtad federal” y de “buena fe federal”, que procuran evitar abusos o fricciones entre “los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales”; (ii) afecta el principio de igualdad entre los distintos ciudadanos en relación con el acceso a la jurisdicción judicial propia que les corresponde; y (iii) altera el equilibrio federal en la utilización de recursos públicos (considerandos 12 y 14).

En el voto mayoritario, la Corte reseñó los avances efectuados mediante los distintos convenios de transferencia de competencias suscriptos entre la Ciudad y la Nación, y reconoció la complejidad de lograr consensos políticos en esta materia. Sin embargo, señaló expresamente que tales obstáculos no resultaban una justificación válida para demorar

más de un cuarto de siglo el perfeccionamiento de la autonomía porteña. Asimismo, la Corte puso de relieve que “a causa del insuficiente avance del proceso de transferencia en cuestión, los habitantes de la ciudad no pueden estructurar como deseen la justicia local a pesar de que una de las primeras leyes que organizó la forma de gobierno que la regirá –la Ley Nº 7– diagramó un poder judicial porteño que comprende los fueros en lo civil, laboral, comercial y penal” (considerando 13). Agregó al respecto que “a diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la ciudad de Buenos Aires no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia que –en la medida de su competencia– resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que su legislación ya prevé y se encuentre sujeta al control político de su Legislatura” (considerando 13).

La reseña efectuada permite concluir que la Corte ratificó que el artículo 129 de la Constitución Nacional demanda una transferencia completa de las competencias judiciales correspondientes a la justicia nacional ordinaria. El Tribunal también determinó que los jueces nacionales deben ser considerados jueces locales, cuya pertenencia al Poder Judicial de la Nación es meramente transitoria. Y puntualizó que la mora en el cumplimiento del mandato constitucional resulta ya injustificable, pues afecta gravemente el sistema federal de gobierno y menoscaba el derecho de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires a dirimir sus controversias de conformidad con los procedimientos dictados por su Legislatura. La mayoría de la Corte, a su vez, advirtió que la imposibilidad de construir consensos políticos no puede invocarse como un argumento válido para dilatar el proceso de transferencia. En los hechos, dejó en claro que el “inmovilismo” de los poderes constituidos de los Estados federal y local debe revertirse por parte de los jueces, a quienes compete asegurar gradualmente la autonomía jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cf. considerando 17).

La tarea asumida por la Corte, por otra parte, se corresponde con la obligación que el artículo 6 de la Constitución local impone a todas las autoridades constituidas del Estado porteño. Según la norma referida, tales autoridades “tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional”. Es

decir, la cláusula aludida les confiere la obligación de utilizar todos los remedios jurisdiccionales y políticos que faciliten el reconocimiento de su estatus jurídico constitucional y la impugnación de las normas que pretendan desconocerlo (cf. Sabsay, Daniel A, “Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución porteña”, en Basterra, Marcela (dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, Buenos Aires, 2017, p. 40).

En función de las consideraciones de la Corte Suprema en el precedente “Bazán”, y del mandato establecido en la Constitución de la Ciudad, los magistrados del Poder Judicial porteño están llamados a arbitrar los medios para poner fin a este estado de cosas inconstitucional. Este cometido abre así un complejo proceso, en el que deberá definirse el destino de las normas procesales y de organización judicial que aún obstaculizan el pleno ejercicio de las facultades jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma.

La complejidad a la que me refiero obedece a que, en rigor, la resolución de este tipo de casos no depende de la inteligencia que se postule para artículo 129 de la Constitución Nacional. Esta situación se advierte con facilidad si se distingue conceptualmente entre dos tareas que suelen solaparse en el quehacer de los jueces: me refiero a la interpretación y a la construcción constitucional (cf. Solum, Lawrence B. *The interpretation-construction distinction*, Constitutional Commentary, vol 27, (2010), pp. 95 ss.).

Por interpretación se entiende aquí la actividad que procura desentrañar el contenido semántico de las normas aplicables; se trata de la labor que involucra una variedad de problemas relacionados con la determinación del alcance de esas normas en un sentido predominantemente lingüístico. La principal ocupación del intérprete es la ambigüedad de las cláusulas constitucionales, es decir, el fenómeno que se presenta cuando estas tienen más de un sentido. Así, la referencia del artículo 129 de la Constitución Nacional a que la Ciudad de Buenos Aires cuenta con “facultades propias de legislación y jurisdicción” da lugar a un problema interpretativo solo si se controvierte el significado de los vocablos empleados por los representantes de la Asamblea Constituyente.

La construcción constitucional, por su parte, tiene lugar cuando los jueces determinan los efectos jurídicos correspondientes al contenido semántico de la norma constitucional. En palabras de Solum, “los tribunales

se involucran en la construcción judicial cuando traducen el significado lingüístico de un texto legal en una doctrina” (*ibíd.*, p. 103). Por ejemplo, el derecho constitucional de los habitantes de la Nación de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” (artículo 14 de la Constitución Nacional), se tradujo en la doctrina de la “real malicia” (Fallos: 308:789); en virtud de ella, vale recordar, se invierte la carga la prueba en los procesos por difamación, y se exige a ciertos demandantes demostrar que el demandado tenía un conocimiento real de la falsedad de los hechos incluidos en la publicación agravante. Es indudable, pues, que el desarrollo y la aplicación de la “real malicia” no se obtiene con solo precisar el alcance de las palabras correspondientes a las normas mencionadas.

El problema principal de la construcción constitucional no es la ambigüedad sino la vaguedad de las normas de esa jerarquía. Lo decisivo en esa cualidad del derecho es la existencia de casos fronterizos, en los que la solución dista de ser evidente. A diferencia de lo que sucede con la interpretación, esta actividad requiere efectuar valoraciones que van más allá de los hechos lingüísticos. Ello no quiere decir que la construcción habilite a los jueces a decidir con libertad según su criterio moral o político; no obstante, la definición de las doctrinas derivadas del contenido semántico de un texto resulta ineludiblemente permeable a las consideraciones de los jueces acerca de cómo debe ser el derecho.

La dificultad que se observa en general en decisiones de este tipo se acentúa todavía más cuando los magistrados están llamados a subsanar una omisión inconstitucional de los otros poderes (incluso de poderes de otros Estados). En nuestro caso, como ya he apuntado, de lo que se trata aquí es de llenar el vacío originado por la inactividad parlamentaria, esto es, por la demora del Congreso Nacional en aprobar los convenios de transferencia aprobados en 2017, o en sancionar el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional en 2020. Frente a este escenario, la jurisprudencia debe asumir la iniciativa y consolidar la autonomía porteña en materia jurisdiccional, garantizando el acceso a la justicia y ofreciendo certidumbre a los vecinos de la Ciudad en relación con el desarrollo de los procesos en trámite. Por supuesto que la capacidad de los jueces para suplir a los legisladores es excepcional y limitada: en algunos supuestos, los pronunciamientos jurisprudenciales bastarán para romper con el inmovilismo censurado por la Corte Suprema; en otras situaciones, en cambio, el planteo de los recurrentes

solo podrá hacerse efectivo a través de la sanción de normas generales y prospectivas. En el mismo sentido, la doctrina argentina postula que el control de constitucionalidad a raíz de una omisión depende de tres requisitos: la presencia de un mandato inequívoco, la expiración de un plazo razonable para su cumplimiento por la vía legislativa, y la posibilidad concreta de los jueces de “realizar el mensaje constitucional” sin intervención del legislador (cf. Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación Judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 141).

Dicho esto, el caso bajo examen guarda una evidente analogía con el que se presentó en “Bazan”. Tanto allí como aquí, se procura erigir al Tribunal Superior en una “instancia superior” los tribunales penales con competencia no federal. En el precedente dictado por la Corte Suprema, se encomendó al Tribunal Superior resolver las contiendas de competencia. Como ya señalé, esa definición ratificó que los tribunales nacionales y los porteños son eminentemente locales, y que su pertenencia a organizaciones diversas obedece a una situación coyuntural transitoria, cuya prolongación desconoce las normas constitucionales en juego. Por esta razón, el más alto tribunal del sistema de justicia local fue instituido como un tribunal común a los jueces de ambas organizaciones, a fin de que definiera la competencia material de todos ellos. Si el Tribunal Superior se desempeña ya como instancia previa a la Corte en el marco de las cuestiones de competencia, es razonable la pretensión de que asuma ese rol para tratar las cuestiones federales que se planteen en los procesos penales correspondientes a la justicia nacional ordinaria.

Sin perjuicio de ello, el reclamo efectuado por C., L. O. para que su caso constitucional sea atendido por el Tribunal Superior resulta consistente con la doctrina de la Corte en el precedente “Di Mascio” (Fallos: 311:2478), en cuanto establece el deber de agotar la jurisdicción local antes de acudir a la Corte por la vía del recurso extraordinario federal. En esa oportunidad, el Máximo Tribunal sostuvo que “en los casos aptos para ser conocidos por la Corte según el art. 14 de la Ley N° 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano” (considerando 14). La pertinencia de esta doctrina en el caso bajo análisis se deriva de las premisas anteriores: si los tribunales superiores de las ju-

jurisdicciones locales están obligados a tratar los casos constitucionales como condición de admisibilidad del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema (“Di Mascio”); y si el Tribunal Superior es la última instancia de una única jurisdicción local en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, compuesta también por jueces que se desempeñan transitoriamente en la justicia nacional ordinaria (“Bazán”); luego, el Tribunal Superior está obligado a tratar los casos Constitucionales planteados en el ámbito de la justicia nacional ordinaria.

Por lo demás, la consolidación del Tribunal Superior como vértice de la administración de justicia a nivel local se ajusta a las consideraciones de la Corte sobre el estatus de la Ciudad. En efecto, la introducción de la máxima instancia del Poder Judicial local como tribunal intermedio entre la Corte Suprema y los tribunales nacionales ordinarios fortalece la autonomía porteña sin perjudicar los derechos del recurrente, que dispone ahora de una instancia adicional para presentar el caso constitucional que lo agravia. En virtud del nuevo diseño, los vecinos de la Ciudad reducen la desventaja que los separa de los vecinos de las demás provincias. La intervención del Tribunal Superior permite someter los procesos penales al escrutinio de la máxima instancia jurisdiccional del Estado autónomo; esto es, de un tribunal conformado según las previsiones de la Constitución local, e integrado por magistrados responsables políticamente ante los representantes del pueblo de la Ciudad.

En razón de lo expuesto, soy de la opinión de que el Tribunal Superior debe ser tenido por superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario federal; y, en ese carácter, debe pronunciarse respecto del caso constitucional esgrimido por la defensa del acusado C., L. O.. La inexistencia de normas procesales conducentes para someter las decisiones de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional al escrutinio del Tribunal resulta inoponible al recurrente, puesto que es atribuible al estado de situación inconstitucional descrito por la Corte Suprema en los precedentes reseñados.

IV.

Establecido el carácter del Tribunal Superior como tribunal superior de la causa, opino que la queja satisface también los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley N° 402.

La impugnación fue presentada dentro del plazo legal previsto y en cumplimiento de los recaudos de forma; ella contiene además una crítica suficiente y adecuada considerando los términos del auto denegatorio (cf. TSJ, en “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de nulidad en autos ‘Benítez, Néstor Sebastián s/ Infr. art. 149 bis del CP’”, sentencia del 19 de abril de 2014 [Expte. N° 9112/12]).

Asimismo, la queja es autosuficiente en tanto el recurrente explica circunstancialmente los detalles de la causa en que fue dictada la resolución cuestionada, y adjunta oportunamente las copias pertinentes que contribuyen a echar luz sobre los planteos que se pretende sean abordados por el Tribunal Superior (cf. TSJ, en “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en A.R.H.A. y otros c/ GCBA s/ Amparo (14 CCABA)”, sentencia del 7 de marzo de 2013 [Expte. N° 14727 /17], votos de los jueces Ruiz, Casás y Weinberg).

Sobre esta base, considero que el recurso de inconstitucionalidad –cuya inadmisibilidad dio lugar a la impugnación directa– fue rechazado de manera arbitraria e infundada, pues la decisión de Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional omite analizar seriamente los argumentos expuestos por el recurrente. En ese sentido, la Corte ha dicho en reiteradas ocasiones que “(s)i bien las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican el otorgamiento de la apelación extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo resuelto se sustenta en afirmaciones dogmáticas y estereotipadas que no dan respuesta jurídica a la controversia suscitada, lo cual conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante, con menoscabó de la garantía del debido proceso consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 316:3191; 323:488; 326:4693 y 327:601).

V.

Una vez despejados los interrogantes que plantea la admisibilidad de la queja, corresponde ahora considerar la procedencia de la cuestión constitucional esgrimida. En este sentido, pese a que la fun-

damentación es adecuada y suficiente, adelanto que tal cuestión no puede tener acogida favorable.

Ante todo, asiste razón al recurrente cuando recuerda que los constituyentes argentinos previeron expresamente la figura del jurado popular, y encomendaron al Congreso Nacional la sanción de una ley que lo instituyera y lo reglamentara (artículos 24, 75, inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional). También es de público conocimiento que diversas provincias ya receptaron ese sistema de enjuiciamiento en sus respectivas leyes de procedimiento (por ejemplo, Buenos Aires, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Mendoza, Neuquén, Río Negro, San Juan); mientras que otras jurisdicciones cuentan con proyectos legislativos que van en la misma dirección (por ejemplo, Santa Fe, Tucumán y la propia Ciudad de Buenos Aires).

De todas maneras, la tendencia creciente a regular el jurado a nivel local no provee un argumento de peso para refutar el criterio tradicional de la Corte Suprema en la materia. Me refiero a la proposición de que las cláusulas constitucionales sobre el jurado tienen carácter programático y, por consiguiente, brindan amparo a los acusados en la medida en que hayan sido reguladas a través de las disposiciones legislativas que implementen tal sistema de enjuiciamiento penal (cf. CSJN: en “Ministerio Fiscal c/ La Fronda” [Fallos: 165:258] y “Tribuna Demócrata” [Fallos: 208:21]).

Sin perjuicio de las interpretaciones que propone la defensa de C., L. O., esta posición no ha sido modificada por la Corte en el precedente “Canales”, ya citado. Ninguno de los considerandos del voto de la mayoría sugirió siquiera que las legislaciones procesales locales infrinjan la Constitución Nacional en razón de la inexistencia de juicios por jurados. Lo propio cabe señalar respecto de la legislación procesal dietada por el Congreso Nacional para la jurisdicción nacional ordinaria. El objeto de análisis se circunscribió en este aspecto a rarificar la facultad local de legislar sobre jurados populares, en el marco de las facultades generales que las provincias se han reservado “de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan ante su jurisdicción” (considerando 12).

Solo el voto concurrente del juez Rosatti destacó la existencia de un mandato incumplido en ese sentido. Pero el propósito de esa alusión no

fue el de insinuar la inconstitucionalidad de las reglas que establecen el juzgamiento mediante jueces profesionales, sino reivindicar la vigencia de la tarea aún pendiente. Al respecto, el juez Rosatti destacó que “la omisión parlamentaria no puede conllevar una derogación de hecho de la institución, en ramo ello equivaldría someter la vigencia de las normas constitucionales a la actividad o pasividad de los poderes constituidos, que son quienes -en vez de ignorarlas o violentarlas- se encuentran obligados a cumplirlas” (considerando 7 del voto concurrente).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, vale apuntar, la Constitución local refiere al jurado en el marco de las atribuciones del Poder Judicial y mantiene la misma aproximación al problema que la Carta Magna nacional. El artículo 106 de la Constitución establece que “corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente”. Y añade que el ejercicio de esta competencia será “sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.

De tal manera, la Constitución de la Ciudad ratifica que la Legislatura conserva la facultad de determinar la oportunidad en la que corresponde introducir el jurado popular. Es posible sostener que esa oportunidad ya llegó, y que existen razones contundentes para someter ciertos casos al poder jurisdiccional popular. Pero eso no permite concluir que las normas vigentes sean inconstitucionales, ni que estén en cuestión las credenciales de los jueces competentes. La pretensión del impugnante, si recibiera acogida favorable, desencadenaría un quiebre del sistema procesal local, pues forzaría al Tribunal Superior a disponer la conformación de un jurado popular sin ley previa, merced a una aplicación *ad hoc* y supletoria de normas de otras provincias. Semejante alteración de las reglas procesales no se condice con la certidumbre que resulta ineludible en la administración de justicia penal. En contra de lo que se postula, someter a C., L. O. a la realización de un juicio de acuerdo a las reglas de procedimiento vigentes no supone un menoscabo de sus derechos y garantías constitucionales. Antes bien, en la regularidad de su enjuiciamiento radica la esencia del debido proceso.

La poca densidad del argumento es particularmente notoria cuando la defensa aduce que la no conformación del jurado popular daría lugar a una violación de la garantía del juez natural. La referencia es cuanto menos equívoca pues la mayoría de las manifestaciones de esta garantía presupone precisamente lo que aquí se reclama como injustamente diferido: el establecimiento por ley del tribunal de jueces populares con anterioridad al hecho de la causa (cf. artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). En rigor, la pretensión recursiva contiene una suerte de renuncia a esa garantía, pues se solicita al Tribunal Superior que ignore la jurisdicción del Tribunal Oral competente, y que asigne la decisión sobre el mérito de la acusación a un tribunal inexistente, que deberá integrarse a partir de normas correspondientes a la Provincia de Buenos Aires. Aunque no desconozco el reconocimiento constitucional del jurado popular, la petición bajo examen solo podría ser satisfecha a través de una manipulación *ex post facto* de las normas de competencia.

El recurrente dedica especial interés a la dimensión institucional del jurado, es decir, a la contribución que este modo de adjudicación de los casos penales puede hacer a la vida cívica de la comunidad. Esta es una cuestión que también mereció la atención de la Corte en “Canales”. Con cita de Carlos Nino, el Máximo Tribunal puntualizó que “el ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes –como el veredicto de un jurado popular– posee un efecto positivo para todos los participantes”. Y agregó que, en virtud de ello, “se puede hablar del ‘valor epistemológico’ de la construcción de consensos” (considerando 20). Empero, de ello tampoco se sigue la caducidad del juzgamiento mediante tribunales profesionales y permanentes, ni la existencia de un derecho de C., L. O. a reclamar la integración de un jurado para que emita el veredicto correspondiente a la acusación en su contra.

De hecho, en el mismo precedente, la Corte rechazó que el jurado popular pudiera reputarse como un derecho liso y llano del acusado, del que éste pudiera disponer a voluntad. Sobre este punto, la sentencia confirmó la constitucionalidad de la ley procesal aplicable y dejó en claro que el jurado puede regularse de modo tal que resulte irrenunciable para el acusado (cf. considerando 16 del voto de la mayoría). El juez

Rosatti, por su parte, brindó más precisiones al referir que “el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal”; en función de ello, sostuvo que, en nuestro sistema institucional, “él juicio por jurados supone no solo –o no tanto– el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares, sino fundamentalmente, el derecho del pueblo a juzgar” (considerando 9). Si el jurado es una manifestación específica de la soberanía popular, la definición sobre su implementación no corresponde a los jueces, sino que debe concretarse mediante la ley reglamentaria que el poder legislativo estime pertinente.

La suerte del planteo tampoco cambia en razón del argumento referido al principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional). De acuerdo con el impugnante, el juzgamiento de C., L. O. por parte de jueces profesionales resultaría inconstitucional porque implicaría dispensarle un trato discriminatorio *vis a vis* el que reciben otras personas sometidas a la jurisdicción popular en las provincias que ya han incorporado esa figura.

Sin embargo, y de acuerdo con la doctrina inveterada de la Corte, “el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” (“Asociación de Magistrados y Funcionarios” (Fallos 335:2418; con cita original del precedente “Criminal c/ Olivar, Guillermo” [Fallos:16:118])).

A la luz de ese criterio jurisprudencial, el argumento del recurrente es erróneo porque se asienta sobre una pretensión de homogeneidad en la legislación procesal que es extraña a la tradición constitucional argentina. En el ya mencionado precedente “Canales”, la Corte dejó en claro que las asimetrías en las leyes de procedimiento son un rasgo característico del sistema federal. En dicha ocasión, la defensa cuestionaba la constitucionalidad de la ley procesal de la Provincia del Neuquén, en tanto esta disponía que la condena del acusado podía alcanzarse con el voto mayoritario de los jurados y se diferenciaba de ese modo de

otras provincias que exigían unanimidad. A su turno, la Corte refirió que “el ejercicio de las facultades y la obligación de administrar justicia que les incumben a las provincias no importa en sí mismo agravio alguno al derecho de defensa ni al principio de la igualdad”. Agregó a continuación que la recurrente no había logrado demostrar que la regla de la unanimidad del veredicto fuera una exigencia impuesta por la Constitución Federal; y que, ante ello, la recepción del planteo “determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento (artículos 122 y 123)” (considerando 18).

En relación con el caso objeto de esta queja, he señalado ya que las jurisdicciones locales conservan el poder de legislar en materia de jurados, como parte de la facultad –no delegada en el Estado Federal– de organizar sus sistemas de enjuiciamiento la facultad de regular el jurado, por definición, supone otra inversa de no hacerlo, al menos hasta que el Congreso Nacional dicte las leyes generales mencionadas en el artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

La inexistencia de una ley de jurados, tanto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires como en el de la justicia nacional ordinaria, no es más que el ejercicio de una facultad del órgano legislativo. Por consiguiente, la intervención de jueces profesionales en el juicio contra C., L. O., derivada de la aplicación de normas preexistentes de alcance general, no implica un menoscabo del principio de igualdad.

En sentido contrario a lo manifestado por la parte impugnante, la situación inconstitucional se configuraría precisamente si se hace lugar a lo solicitado por ella en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja; es decir, la desigualdad arbitraria tendría lugar si los tribunales se arrogasen la facultad de escoger cuáles son los casos que justifican la conformación de un jurado popular. Más aún si el criterio de selección de los acusados susceptibles de comparecer ante un jurado dependiera de la relevancia política del asunto, o de la difusión de los hechos en los medios de comunicación o en las redes sociales. Sin una ley reglamentaria que consagre un criterio claro de distinción, la integración de los jurados dependerá de decisiones indescifrables para sus destinatarios.

Finalmente, la circunstancia apuntada en el párrafo anterior torna inconducente la comparación que propone la defensa entre el jurado y los derechos de la inviolabilidad de domicilio y contra la

autoincriminación compulsiva. En estos supuestos, la protección constitucional en cuestión no es supeditada a la voluntad de los órganos legislativos de las jurisdicciones locales (o del Congreso Nacional como legislador de los procedimientos aplicables a la justicia nacional ordinaria), pues es consustancial a la dignidad humana y al debido proceso. Ambas previsiones, además, cuentan con reconocimiento explícito en el derecho internacional de los derechos humanos y resultan compatibles con cualquier sistema de enjuiciamiento (cf. artículos 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En resumen, entiendo que la conformación de un jurado popular en este caso carece de fundamento constitucional, pues desconoce las facultades propias de las legislaturas locales (artículos 5, 121 y 126 de la Constitución Nacional). La implementación de este sistema de enjuiciamiento requiere indefectiblemente de una ley que lo reglamente, a riesgo de afectar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley de las personas sometidas a proceso en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Por consiguiente, considero que corresponde rechazar el planteo de fondo introducido en la queja y en el recurso de inconstitucionalidad.

VI.

Considerando la admisibilidad formal de la queja interpuesta y la relevancia de los derechos constitucionales invocados, no encuentro óbice para conceder el efecto suspensivo solicitado por la defensa. En tal caso, el Tribunal Superior deberá suspender el juicio oral y público durante el trámite de la queja y practicar las comunicaciones de rigor.

VII.

Por último, estimo necesario enfatizar que los precedentes que se han dictado –y los que habrá de dictarse en el futuro– en torno al traspaso de las competencias jurisdiccionales al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos ponen de manifiesto una situación insostenible que debe ser atendida sin demoras por los demás poderes constituidos de los Estados federal y local.

Luego de transcurridos veintiséis años desde la reforma de la Constitución Nacional, y veinticuatro desde la sanción de la Constitución de la Ciudad, se impone poner en funcionamiento con la mayor

celeridad la organización judicial establecida por la Ley N° 7. La tarea inconclusa solo podrá realizarse a través de un dialogo institucional responsable y permanente entre las autoridades de ambas jurisdicciones, que asegure el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad a los vecinos de la Ciudad Autónoma.

En razón de ello, corresponde exhortar a los órganos legislativos y ejecutivos de ambos Estados para que adopten las medidas conducentes a efectos de garantizar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional (cf. CSJN, en el mencionado precedente “Corrales”, considerando 9 del voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda).

VIII.

Por lo hasta aquí expuesto solicito a los miembros del Tribunal Superior que:

1. Hagan lugar al recurso de queja y, en consecuencia, declaren erróneamente denegado al recurso de inconstitucionalidad articulado ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.
2. En caso de otorgar efecto suspensivo al trámite de la queja, dispongan la suspensión del debate oral y público a realizarse en el marco de este proceso y practiquen las comunicaciones de rigor.
3. Declaren admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, que considero ajustado a los recaudos previstos en los artículos 27 y 28 de la Ley N° 402.
4. Rechacen el planteo de fondo efectuado en el recurso de inconstitucionalidad y dispongan la realización de un juicio oral y público conforme con las previsiones del Código Procesal Penal de la Nación.

Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Dictamen N° 3/2020

Juan Bautista Mahiques
Fiscal General

Comentarios

Si bien en el dictamen transcripto se abordan distintos temas, su incorporación en esta obra tiene por objeto dar a conocer la postura del Ministerio Público Fiscal de esta Ciudad en cuanto a que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA debe actuar como instancia de revisión extraordinaria respecto de las sentencias definitivas –o equiparables a tales– provenientes de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

Esta determinación trae consecuencias también en lo atinente a la determinación del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad del recurso extraordinario federal (conf. Ley Nacional N° 48) en los casos de procesos seguidos ante las instancias nacionales ordinarias. Tal como se explicó en el caso, si en el ámbito de la justicia nacional ordinaria de la Ciudad la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional constituye el superior tribunal de la causa al que se refiere la Ley N° 402 al regular el recurso de inconstitucionalidad local, corresponde considerar que el Tribunal Superior es el que cumple ese rol en el trámite de la eventual impugnación ulterior ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto se traduce en la obligatoriedad de su intervención previo a la interposición del recurso extraordinario federal.

La delicada cuestión planteada, tal como lo advirtió el Fiscal General, obliga a repasar las características y el alcance de la autonomía jurisdiccional reconocida a esta Ciudad por la Constitución Nacional. En esta dirección, a partir de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reviste el estatus de ciudad constitucional federada, en cuanto se convirtió en un nuevo sujeto de la relación federal, conjuntamente con el Estado Nacional y las provincias.

Así pues, al igual que los otros estados locales, la Ciudad posee un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (conf. art. 129 de la CN). Esta cláusula supralegal, además, les confirió a los habitantes de la Ciudad la atribución de dictarse un “estatuto organizativo de sus instituciones”, que no es sino la génesis de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionada en el año 1996), que expresamente contempla al Tribunal Superior como parte integrante de su Poder Judicial (art. 107 de la CCABA).

En lo que respecta a las facultades jurisdiccionales de la Ciudad, la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución local autorizó al

Gobierno de la CABA “para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad”. Asimismo, el año anterior a la sanción de la Ley Fundamental de la CABA, el Congreso Nacional y la Legislatura habían establecido que la transferencia al Poder Judicial de la CABA “de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias a cargo de la justicia nacional con asiento en la ciudad” se produciría por un acuerdo entre los gobiernos involucrados, ratificado por los poderes legislativos de ambos Estados (conf. art. 6 de la Ley Nacional N° 24588; título IV de la Ley orgánica del PJ de la CABA N° 7; y disposiciones complementarias y transitorias).

Ahora bien, a pesar de que la aspiración fue abarcar la totalidad de los fueros no federales emplazados en este ámbito territorial, lo cierto es que la política de implementación de la autonomía jurisdiccional avanzó de manera reducida a la puesta en funcionamiento de los fueros Contencioso, Administrativo y Tributario, y Penal, Contravencional y de Faltas; y, por otra parte, la transferencia de las competencias jurisdiccionales solo prosperó parcialmente en lo que se refiere a la materia penal, mediante distintos convenios de traspaso.

La dilación de los poderes constituidos en cuanto a disponer las medidas tendientes a concretar una autonomía jurisdiccional plena fue advertida por el Máximo Tribunal Nacional en los precedentes “Corrales” (conf. Fallos: 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda), “Nisman” (conf. Fallos: 339:1342), “Bazán” (conf. Fallos: 342:509) y “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. Fallos: 342:533).

En efecto, en 2015, en la causa “Corrales”, la Corte Suprema señaló que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Ciudad era meramente transitorio y, dado que ya habían transcurrido veinte años desde la reforma constitucional de 1994 –que transformó la naturaleza política y jurídica de la CABA–, exhortó a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la ciudad porteña el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

En sintonía con ello, en 2016, en la causa “Nisman”, el Alto Tribunal Nacional modificó una de sus doctrinas al establecer que los jueces nacionales con asiento en la Ciudad no eran equiparables a los federales.

Por otra parte, el 4 de abril de 2019, en la causa “Bazán”, una vez más el Máximo Tribunal Nacional objetó que la ciudad porteña no contara aún con una autonomía judicial plena debido al insuficiente avance del proceso de transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, razón por la cual sus habitantes –a diferencia de lo que ocurre en el resto del país– no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia que –en la medida de su competencia– resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que la legislación local ya prevé (Ley N° 7, cuyas disposiciones diagramaron un poder judicial que comprende los fueros en lo civil, laboral, comercial y penal). Por otro lado, la Corte Suprema estableció que, con base en la facultad que le fuera conferida por el art. 24, inc. 7, del Decreto-ley N° 1285/58, a partir de entonces el Tribunal Superior de Justicia de la CABA sería el órgano que debía resolver los conflictos de competencia que se susciten entre dos tribunales jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en la CABA.

En esa misma fecha, en el precedente “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, la Corte fue contundente al determinar que la Ciudad, a partir de la reforma constitucional de 1994, tiene el mismo lugar que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, atento a lo que allí se discutía, el mismo derecho a la competencia originaria del Máximo Tribunal nacional.

Aclarado el punto respecto al estatus jurídico de la Ciudad, en lo que se refiere a la determinación acerca de cuál es en el ámbito local el Superior Tribunal de Justicia, resulta imperioso recordar que, en materia de ejercicio de la jurisdicción, el artículo 106 de la Constitución de la Ciudad establece que

... corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales.

Asimismo, el artículo 107 dispone que el Tribunal Superior de Justicia integra el Poder Judicial de la Ciudad, mientras que el artículo 113 fija el alcance de su competencia y enumera que interviene “3. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre

la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución”. Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad (Ley CABA N° 7, art. 7), al enumerar los tribunales que lo integran, enuncia en primer lugar al Tribunal Superior de Justicia.

Si bien las disposiciones legales y constitucionales de mención no otorgan margen de dudas acerca de cuál es en el ámbito de la CABA el Máximo Tribunal judicial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que superior tribunal de la causa –a los efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal– es aquel que, dentro de la respectiva organización procesal, se encuentra habilitado para decidir en último término sobre la materia que suscita la cuestión federal. En este sentido,

... normalmente es el que dirime el litigio, una vez agotados los recursos ordinarios que autorizan a pronunciarse en dicha materia; y por excepción, cuando las cortes supremas o superiores tribunales provinciales la consideran y resuelven al entender en los recursos extraordinarios locales deducidos para ante ellas, su sentencia pasa a ser la del tribunal superior a los fines del art. 14 de la ley 48 (conf. Fallos: 304:1468, 308:490 entre tantos otros).

En el caso “Chocobar”, la defensa del imputado sostenía que procedía el recurso de inconstitucionalidad local contra una decisión emanada de la Justicia Nacional a fin de agotar la vía local antes de acceder a la Corte Suprema en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48, para lo cual invocó, entre otros argumentos, el precedente “Bazán” (conf. Fallos: 342:509), en el que –como ya se dijo– la mayoría de sus integrantes definieron que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA debía dirimir las contiendas suscitadas entre los jueces nacionales y los jueces porteños; esto traducía, de acuerdo con su criterio, otorgarle el carácter de tribunal superior común a ambos.

Por su parte, el Fiscal General Dr. Juan Bautista Mahiques consideró que, si bien la sentencia dictada en “Bazán” se proyectaba únicamente a los demás casos de su misma especie, los argumentos empleados por el Máximo Tribunal Nacional resultaban igualmente pertinentes para la adecuada solución del caso, sobre la base de las consideraciones ya reseñadas en torno al actual estatus de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires y a la consolidación del Tribunal Superior de Justicia como vértice de la administración de justicia a nivel local.

En función de dichas razones fue que el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad concluyó que, en cuanto el Tribunal Superior de Justicia constituye la última instancia de una única jurisdicción local en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, compuesta por jueces porteños y nacionales, lógicamente resulta competente para tratar los casos constitucionales planteados ante la justicia nacional ordinaria de la CABA.

Finalmente, dado el tenor de las consideraciones realizadas, el Fiscal General de la Ciudad expresó que el Tribunal Superior de Justicia es, también, el “tribunal superior de la causa” al que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48 para los procesos penales sustanciados ante la justicia nacional ordinaria de la CABA. Esto implica que obligatoriamente debe haber intervenido previo a la interposición del recurso extraordinario federal, mediante el dictado de la decisión atacada y cuya revisión se pretende por parte del Alto Tribunal Federal.

El 8 de octubre de 2020, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA –mediante el voto conjunto de los jueces Santiago Otamendi, Inés M. Weinberg y Marcela De Langhe– consideró que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa particular de Chocobar había sido mal denegado, en virtud de los argumentos expuestos en el precedente “Levinas, Gabriel Isaías s/ SAG” (Expte. N° 16374/2019–O, sentencia del 30/09/2020).

A pesar de que hizo lugar a la queja deducida, rechazó el recurso de inconstitucionalidad articulado por la recurrente. En lo que respecta al carácter de Tribunal Superior por parte del TSJ en relación con las decisiones emanadas de los tribunales nacionales, la mayoría de sus integrantes se remitieron a las consideraciones efectuadas en el ya mencionado caso “Levinas”. Allí, la causa había llegado a conocimiento del Tribunal Superior a raíz de la queja interpuesta por el abogado del Sr. Levinas contra la resolución de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que no había dado curso a su recurso de inconstitucionalidad, porque este no estaba previsto en la legislación adjetiva de aplicación en ese proceso (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Este primer caso “Levinas” otorgó al Tribunal Superior de Justicia la oportunidad de posicionarse como máxima instancia judicial de

la Ciudad para intervenir en un recurso contra una decisión proveniente de la justicia nacional, que involucraba la aplicación de derecho común. Así, el Tribunal Superior de Justicia –a través de cuatro votos coincidentes, emitidos por los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe, Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano– sentó posición sobre el asunto aquí discutido y admitió el recurso de queja, para lo cual afirmó la procedencia del recurso extraordinario local contra una decisión proveniente de un proceso que tramitaba ante la Justicia Nacional en lo Civil con asiento en esta Ciudad.

Si bien los votos de los cuatro magistrados que conformaron la mayoría fueron en lo sustancial similares, quiero destacar las reflexiones de la jueza Inés M. Weinberg, quien antes de efectuar un análisis sobre el estatus jurídico especial de la CABA y al alcance de sus facultades jurisdiccionales, sostuvo que

... al igual que en todas las jurisdicciones provinciales, le corresponde a las Cortes o Tribunales Supremos y, por tanto, también a este Tribunal, intervenir en todas las contiendas judiciales que aplican el derecho de fondo como último intérprete local de manera de garantizar la vigencia de la constitución de la Ciudad y de la Nación.

En virtud de lo expuesto, en adelante, recursos como el interpuesto en autos resultarán admisibles en la medida que cumplan con los postulados del artículo 26 de la ley 402, los cuales deberán ser evaluados por los jueces locales y nacionales que integran los tribunales de alzada. Si se considerara inadmisibile, podría el recurrente acudir en queja ante este Tribunal en los términos del artículo 32 de la citada ley para que este Tribunal analice si ha sido correctamente rechazado su recurso. [...] Este Tribunal ya tiene dicho que “los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias en cuestión [es decir, la aplicación del derecho de fondo], mientras que la justicia nacional ordinaria solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas” (conf. “Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia I”, Expte. N° 16368/19, 25 de octubre del 2019).

Ahora bien, aunque este particular reparto de competencias en el territorio de la Ciudad se mantenga (en el que conviven jueces Nacionales con jueces de la Ciudad aplicando el derecho de fondo), nada obsta a que este Tribunal ejerza sus competencias constitucionales de la misma ma-

nera que ocurre en el resto de las provincias, es decir, ocupando el lugar de último intérprete de la Constitución.

Por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA conocerá en todas las causas en las que las partes interpongan los recursos que habilitan su jurisdicción (ley 402, arts. 26 y 32) siempre que las contiendas litigiosas se susciten dentro de los límites territoriales de la Ciudad y en materia ordinaria –ya sea que intervengan jueces nacionales o locales–.

El fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia, correctamente sustentado en normativa de aplicación a las circunstancias del caso –tanto constitucional como legal–, implicó el ejercicio del rol institucional que le fue expresamente encomendado en la Constitución local, al imponerle el

... mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la ciudad, para que en su nombre y representación agote en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional” (art. 7).

Así, tal como se viene diciendo, el diseño institucional que la Constitución Nacional establece para la Ciudad de Buenos Aires conlleva un Poder Judicial con competencia idéntica a los de las provincias, lo que determina el conocimiento de las causas que involucran la aplicación del derecho local (como ya ocurre en la actualidad) y del derecho común (como debiera ocurrir), de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5; 75, inciso 12; 116; 121 a 123; 129 de la CN.

De esta manera, la actuación de la máxima instancia del Poder Judicial de la CABA como tribunal intermedio entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales nacionales ordinarios fortalece la autonomía porteña y contribuye a reducir la desventaja que separa a los habitantes de la Ciudad de los vecinos de las demás provincias.

Así pues, la decisión alcanzada en “Levinas” permite al Tribunal Superior, en su carácter de máximo órgano judicial de la Ciudad, conocer en todos aquellos casos que traten la aplicación de los derechos común y local, sea por la vía ordinaria o extraordinaria, cuando exista una cuestión federal suficiente.

Para finalizar con este tópico, resulta de suma importancia destacar que la postura adoptada por el Tribunal Superior en “Levinas”,

en cuanto a su intervención como máxima instancia judicial local, fue avalada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa N° 325/2021/CS1 “Ferrari, María Alicia c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ incidente de incompetencia”, resolución del 27/12/2024.

Sobre este punto, cabe aclarar que, en forma paralela a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos principales caratulados “Ferrari, María Alicia y otro c/Levinas Gabriel Isaías” (Expte. N° 785001/2015), la parte demandada había presentado un recurso extraordinario federal ante la referida Cámara Nacional, que luego fue denegado y que dio lugar a la interposición de una queja ante la Corte Suprema.

A raíz de ello, la mayoría del Alto Tribunal Nacional declaró que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el superior tribunal de la causa al que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48 para los procesos que tramitan ante la justicia nacional ordinaria de la CABA.

En primer lugar, la mayoría de la Corte recordó la doctrina emanada de los casos “Strada” (conf. Fallos: 308: 490), “Di Mascio” (conf. Fallos: 311:2478) y, más recientemente, “Chacón” (conf. Fallos: 347:1434), según la cual, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 48, todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones federales debe arribar a sus estrados solo después de “fenecer” ante el órgano máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en actuaciones que comprendan puntos regidos por la Constitución, leyes federales y los tratados internacionales.

Sobre la base de la interpretación efectuada en tales precedentes y del estancamiento imperante respecto de la transferencia de los fueros nacionales ordinarios al ámbito del Poder Judicial de la CABA (que ya había sido advertido en los casos “Corrales”, “Nisman”, “José Mármol”, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” y “Bazán”), la Corte Suprema se vio compelida a rever el requisito de “superior tribunal de la causa” al que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48 en lo que respecta a los procesos que tramitan ante la Justicia Nacional ordinaria de la Ciudad, que hasta ese momento hacía perdurar la tarea del Alto Tribunal como tercera instancia y, por consiguiente, impedía

al Tribunal Superior su intervención como último intérprete local de la Constitución Nación.

En tal sentido, la Corte expresó que

... la coexistencia en el ámbito de la CABA de tribunales nacionales –aún no transferidos– y tribunales locales, ambos con competencias ordinarias, no puede seguir justificando que, respecto de los primeros, la ciudad porteña sea ajena a la doctrina de esta Corte en “Strada” y “Di Mascio”, ni prolongar indefinidamente una autonomía jurisdiccional limitada del superior tribunal en su ámbito revisor, contraria a la manda convencional constituyente [de conformar una ciudad porteña con autonomía jurisdiccional plena]. Por ende, [...] se establece que el TSJ es el órgano encargado de conocer en los recursos extraordinarios que se presenten ante la justicia nacional ordinaria de la ciudad. Al igual que los superiores tribunales del resto de las provincias, debe concentrar las facultades jurisdiccionales en torno al derecho local y común, y erigirse como el superior tribunal de las causas cuando exista una cuestión federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48.

La doctrina establecida en este fallo, en cuanto a que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA es el tribunal superior de la causa al que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48, fue aplicada en esa misma fecha por el Alto Tribunal Federal, al resolver una contienda suscitada entre ese Tribunal Superior de Justicia y la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el caso “Chocobar” (Causa N° 1069/2023/CS1 “Chocobar, Luis Oscar s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, resolución del 27/12/2024); ocasión en la que, además, afirmó que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA resulta competente para revisar las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Casación referida.

Vencimiento de la IPP

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional

Expediente N° 20155/2018-3,
“Ministerio público - Defensoría general
de la CABA s/ Queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en
incidente de apelación en autos”

CABA, 22 de febrero de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.

Viene el caso a la Fiscalía General Adjunta para dictaminar sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por la Defensora General y la Defensora General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dras. Marcela Laura Millán y Adriana Laura Gigena de Haar, respectivamente, en representación de G., E.

II.

Entre los antecedentes de interés corresponde señalar que, en el marco de una investigación por la posible comisión del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, el día 7 de abril de 2021, la defensa oficial –a cargo de la asistencia técnica de G., E – realizó un planteo que tituló como “EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN”, en el que invocó el vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria, conforme lo previsto en los arts. 104 y 105 del CPPCABA (según la redacción anterior a la reforma de la Ley N° 6020), toda vez que la audiencia de intimación de los hechos había ocurrido

el 14 de febrero de 2020 –hito a partir del cual consideró que debía comenzar a computarse los plazos previstos en los artículos referidos–.

Asimismo, aclaró que debía aplicarse al presente caso la normativa anterior a la reforma introducida por las Leyes N° 6020 y N° 6347 habida cuenta que la discusión sobre los plazos procesales de esta investigación preparatoria era anterior a la entrada en vigencia de dichas leyes y que la consideración del texto actualmente vigente colocaba a su ahijado procesal en una situación más gravosa.

Por tal motivo, expresó que, sin perjuicio de la suspensión de plazos dispuesta por el Consejo de la Magistratura mediante la Resolución CM N° 58/20 –desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 1° de febrero de 2021–, desde la fecha de intimación de los hechos antes señalada se encontraba vencido el plazo de tres meses sin que la fiscalía hubiera realizado el requerimiento de juicio respecto del imputado G., E. Por ello, solicitó que se procediera al inmediato archivo de las actuaciones y al sobreseimiento del nombrado, conforme lo dispone el art. 105, segundo párrafo, del CPPCABA.

Con fecha 29 de abril de 2021 el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 44 –a cargo de la Dra. Gabriela Zangaro– resolvió no hacer lugar a la excepción de falta de acción introducida por la defensa.

Para decidir de ese modo, la magistrada señaló, por un lado, que no correspondía hacer lugar al archivo por vencimiento de la investigación penal preparatoria en tanto los plazos legales resultaban ser ordenatorios, a la vez que destacó que, conforme la Resolución del Consejo de la Magistratura referida anteriormente, los plazos estuvieron suspendidos por gran parte del año 2020.

Por otro lado, en cuanto a la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la jueza entendió que, más allá de que la defensa no lo había demostrado, el mismo no había sido violado. Para ello, valoró las características del hecho imputado, así como también que la investigación había tenido inicio por ante el fuero nacional y luego pasó a la justicia de la ciudad con fecha 26/06/18; que inicialmente tomó intervención el Juzgado PCyF N°11 y, luego, el tribunal a su cargo. Sumado a ello, en relación al tiempo transcurrido desde la fecha del hecho, se señaló que no se había demostrado qué perjuicio concreto le había traído

al imputado el tiempo que llevaba en trámite la presente causa, máxime cuando no pesaba sobre él ninguna medida restrictiva o cautelar.

Además, advirtió que, una vez recibida la causa del fuero nacional, el representante del Ministerio Público Fiscal había dispuesto medidas de prueba tendientes a citar a los imputados, entre ellas, la publicación de edictos e, incluso, la averiguación de su paradero luego de los resultados negativos de las citaciones cursadas.

Por todo eso, no advirtió que hubieran existido en la presente causa demoras injustificadas por parte del Sr. Fiscal en la tramitación del caso.

Frente a esa decisión, la asistencia técnica del imputado interpuso recurso de apelación y la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, con fecha 2 de septiembre de 2021, confirmó el temperamento adoptado por la magistrada de grado.

Para decidir de ese modo, los magistrados señalaron que “tal como se ha afirmado en anteriores precedentes de esta sala (cfr. causa N° 17401-02-CC/2010, “Incidente de apelación en autos ‘Haedo, Nicolás Matías s/ Infr. art. 149 bis – CP’”, rto.: 02/05/2011) que el mero vencimiento del término del art. 104 CPP no puede conllevar sin más el archivo de las actuaciones, pues la sola inobservancia de plazos que ciertamente apuntan al lapso en que la investigación deberá desarrollarse no importa per se una violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, sino que ello debe evaluarse en atención a las particularidades de cada caso en concreto”.

Asimismo, agregaron que “(s)i bien no puede desconocerse que el establecimiento de plazos que el investigador debe tender a cumplir es una forma de realizar el derecho de un imputado a ser juzgado en un plazo razonable, lo cierto es que la extinción de la acción penal como consecuencia del archivo del art. 105 CPP solo ha de recaer en aquellos supuestos en que el proceso, considerado en su conjunto, haya durado más allá de lo admisible, no se haya atendido a una tramitación diligente, se reflejen dilaciones innecesarias, es decir, teniendo en cuenta las especificidades propias de cada investigación. Vale destacar que estas características no se presentan en el *sub lite*”.

En consecuencia, la defensa oficial dedujo recurso de inconstitucionalidad, ocasión en que denunció la afectación a las garantías de plazo razonable, debido proceso legal y defensa en juicio, como así también la vulneración de los principios de legalidad y de razonabilidad, al con-

siderar que los jueces de la Sala II habían efectuado una interpretación arbitraria de la ley y de la jurisprudencia aplicable al caso, al desconocer el plazo máximo legalmente establecido para que se llevara a cabo la investigación penal preparatoria, y desconocer los plazos previstos por el art. 110, inc. 2 del CPPCABA, desatendiendo los límites temporales allí fijados y apartándose de lo previsto en el art. 111 del mismo cuerpo normativo (conf. arts. 10 y 13.3 CCABA y 1º, 18, 28, 33 y 75 inc. 22 CN; 8.1, 8.2 y 9º CADH; 14.3 y 15.1 PIDCyP; 26 DADDH; 11.1 DUDH).

Por pronunciamiento de fecha 3 de diciembre de 2021, la Cámara de Apelaciones del fuero declaró inadmisibile el remedio constitucional intentado, lo que dio lugar a la presentación directa por la que se corre vista.

III.

En cuanto a la admisibilidad del remedio procesal, cabe señalar que fue interpuesto en tiempo oportuno y por una de las partes habilitadas para hacerlo; sin embargo, no puede prosperar puesto que la recurrente no ha logrado rebatir con éxito todos y cada uno de los fundamentos en los que se apoyó el decisorio de la Cámara de Apelaciones del fuero al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto a que los agravios invocados no se dirigen contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal por sus efectos, como en lo relativo al incumplimiento del requisito de introducir debidamente una cuestión constitucional.

Ciertamente, es pacífica la jurisprudencia en torno a que la decisión cuya única consecuencia para el imputado sea la de continuar sometido al proceso, por regla, no reúne el carácter de sentencia definitiva ni tampoco es asimilable a tal ya que no pone fin al pleito, no impide su continuación ni acarrea un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. TSJ, Expte. N° 10978/14 “Ministerio Público –Defensoría General de la CABA– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en recurso de inconstitucionalidad en autos ‘Rago, Leonardo Sebastián y otros s/ Inf. art. 95 CP?’” –del voto de la jueza Inés M. Weinberg–, sentencia del 22/12/2014, entre muchos otros).

Sobre este punto corresponde recordar que la resolución contra la que, en definitiva, se dirige la vía recursiva intentada es aquella dictada por los magistrados de la instancia anterior, la cual confirmó la decisión

de primera instancia que no hizo lugar al planteo de excepción de falta de acción por vencimiento del plazo de la investigación preparatoria.

En particular, V.E. ha dicho en un supuesto similar al de autos que, “[l]a sentencia de Cámara, que confirmó la resolución de grado en cuanto no hizo lugar a la excepción de falta de acción por vencimiento del plazo de la investigación y afectación del plazo razonable solicitada por la defensa no es definitiva conforme lo dispone el art. 27 de la Ley N° 402. Además, no se ha acreditado que ponga en vilo una garantía constitucional o federal que requiera una tutela inmediata” (conf. Expte. N° 12271/15, “Ministerio Público –Defensoría General de la CABA– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Amozain, Fabián Alberto s/ Infr. art. 181, inc. 1°, CP’” –del voto de la jueza Inés Weinberg–, sentencia del 19/08/2016).

En el caso traído a estudio, la parte interesada no ha logrado demostrar que el trámite ulterior del proceso no habrá de otorgarle una oportunidad eficaz para ver reparadas las ofensas que invoca.

Es que, contrariamente a lo aducido por la defensa, existe la posibilidad en autos de que un pronunciamiento posterior disipe el supuesto gravamen invocado, por ejemplo, a través de un fallo absolutorio, luego de producido el pertinente debate y, en todo caso, de subsistir el agravio, las supuestas cuestiones de orden superior invocadas podrán ser eficazmente reeditadas ante V.E. en oportunidad de impugnarse la ocasional resolución definitiva adversa.

En este escenario, cabe recordar que, “[e]l recurso de inconstitucionalidad está previsto, en principio, para revisar todos los agravios una vez que se obtenga la sentencia definitiva, esto es, para que se pueda ocurrir una única vez ante este Tribunal. Tal recurso no está previsto, en cambio, y aún en caso de yerro en la decisión del tribunal de alzada, para cuando el procedimiento prosigue en busca de la sentencia definitiva” (conf. TSJ, Expte. N° 4962/06 “Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2– s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘López, Marcos Damián s/ Inf. art. 189 bis CP’” –del voto del juez Julio B. J. Maier–, sentencia del 20/12/2006).

Sin perjuicio de que lo expuesto sella la suerte adversa de la queja presentada, debe agregarse que la recurrente tampoco introdujo un caso constitucional en los términos del art. 26 de la Ley N° 402, lo que también imposibilita la apertura de esta vía excepcional.

En efecto, los agravios desarrollados por la defensa, tal como fueron formulados, no pueden habilitar la competencia de ese Tribunal Superior, puesto que se refieren a la supuesta afectación a principios y garantías convencionales en función de la interpretación y aplicación que el tribunal *a quo* realizó de normas locales infraconstitucionales –concretamente del Código Procesal Penal de la CABA–, sin que se hubiese demostrado una ostensible irrazonabilidad.

En este sentido, la queja deducida se limita a afirmaciones dogmáticas y fundamentos aparentes, en tanto se invocan genéricamente preceptos de raigambre superior –principio de legalidad y razonabilidad; garantías de plazo razonable, defensa en juicio y debido proceso–, sin acreditar precisa y razonadamente su supuesto cercenamiento por parte del decisorio de la Cámara de Apelaciones; por el contrario, más allá de las aseveraciones realizadas, el recurso se circunscribe a expresar su desacuerdo genérico con el modo en que se resolvió la cuestión y con la interpretación que hicieron los jueces de la Sala II al confirmar la decisión de la magistrada de grado, respecto de la disposición del art. 110 del CPP, siendo ello insuficiente para excitar la instancia pretendida (conf. TSJ, Expte. N° 10108/13 “Ministerio Público – Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Alfaro Quispe, Juan Carlos s/ Infr. art. 183 CP’”, sentencia del 11/06/2014).

A este respecto tiene dicho V.E. que “para demostrar la presencia de un caso de naturaleza constitucional, la invocación de principios constitucionales tiene que venir respaldada de una explicación sólida que permita advertir de qué manera lo resuelto por la alzada pudo haber comprometido a esos principios” (conf. Expte. N° 10108/13 “Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Alfaro Quispe, Juan Carlos s/ Infr. art. 183 CP’”, sentencia del 11/06/2014).

En estas condiciones, la defensa no ha logrado demostrar la relación existente entre las garantías y los principios que entiende conculcados y la decisión que en concreto cuestiona, en tanto sólo propone otra interpretación posible de las reglas procesales locales aplicadas al caso –relativas al período que posee el titular de la acción pública, a partir del acto de intimación del hecho, para efectuar el requerimiento

de juicio—, sin que se demuestre que la cuestión exceda el ámbito privativo de los jueces de mérito de la causa.

Por último, la quejosa alegó también la arbitrariedad del cuestionamiento impugnado; sin embargo, más allá de esa invocación, no demostró que la resolución atacada no constituya una derivación lógica y razonada del derecho vigente y de las constancias de la causa, por lo que la tacha de arbitrariedad tampoco puede prosperar.

En efecto, debe tenerse presente que la aplicación de la doctrina respectiva es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (conf. CSJN, Fallos: 325:3265), circunstancias que no se configuraron en el caso sometido a análisis, en el que la decisión impugnada cuenta con un desarrollo argumental suficiente que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido.

De todas maneras, cabe recordar que, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la invocación de arbitrariedad de la sentencia no autoriza a prescindir de la existencia de una decisión que revista carácter definitivo (conf. Fallos: 276:366; 294:376; 304:749; 304:1717; 306:1679; 308:62 y 312:311).

Si bien entiendo que con las consideraciones efectuadas no puede sino rechazarse la queja articulada, para el hipotético caso en que V.E. de por superadas las exigencias de admisibilidad y entienda que la decisión impugnada puede equipararse a una definitiva por sus efectos y que se ha introducido un verdadero caso constitucional —extremos que, por lo dicho más arriba, no comparto—, igualmente cabe expresar que la vía extraordinaria habrá de fracasar.

La discusión que la parte recurrente pretendió introducir se vincula con el carácter perentorio de los plazos establecidos en el art. 110 (ex art. 104) y la consecuencia del art. 111 (ex art. 105), ambos del CPPCABA, esto significaría que, frente a su agotamiento sin que, dentro del quinto día, el Fiscal requiera la elevación a juicio, el caso se deberá archivar.

Según tiene dicho calificada doctrina “Plazo perentorio es aquel cuyo mero vencimiento provoca automáticamente la caducidad de la facultad procesal otorgada” (conf. Francisco J D’Albora, “Código Procesal Penal de la Nación”, pág. 211).

A ello, agrega Palacio “Todo plazo perentorio es improrrogable, ya que, por esencia, descarta la posibilidad de que pueda ser prolonga-

do con motivo de la petición unilateral formulada por la parte a quien afecta. Pero no todo plazo improrrogable es perentorio, pues mientras éste ... opera a su simple vencimiento la caducidad automática de la facultad para cuyo ejercicio se concedió, sin necesidad de que la otra parte lo pida o medie declaración judicial, el primero es susceptible de prolongarse de hecho por cuanto el acto correspondiente puede cumplirse con posterioridad a su vencimiento” (Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T° IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967/1988, pág. 73/74).

Por oposición, los términos ordenatorios son por naturaleza prorrogables y “determinan la actuación antes de su vencimiento, pero si ocurrido Este los actos no pudieran ya cumplirse, se produciría una ilógica muerte del proceso. Por eso es que rigen para los actos que de ninguna manera pueden omitirse, como son la generalidad de los actos del tribunal, las requisitorias del ministerio fiscal, y algunos actos del imputado y su defensor, principalmente la contestación a la acusación” (Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T° IV, La actividad procesal, Buenos Aires, Ediar SAECIF, Buenos Aires, 1964, p. 129/130).

En esa dirección, corresponde señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76 del Código Procesal Penal de la CABA, “Los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley”.

Por su parte, adviértase que el art. 110 del mismo código prevé la sucesiva prórroga del plazo: la disposición legal otorga al Fiscal interviniente la facultad de solicitar a su superior jerárquico una prórroga del término y que, para el supuesto de agotarse, también cuenta con la posibilidad de requerirle otras más al tribunal interviniente. Es decir que, por la forma en que está regulado, lejos está de adecuarse a los conceptos y características señaladas por la doctrina citada respecto de los términos perentorios, como lo postula la asistencia técnica, pues “se trata de términos prorrogables de acuerdo con cuanto establece expresamente la ley procesal” (conf. en tal sentido Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, causa N° 52714-00-CC/2010, “D.S.F., G. y otros”, del 07/09/10, voto de los jueces Bosch, De Langhe y Bacigalupo).

Coincidentemente, se ha dicho que el artículo 110 de la ley procesal local no establece plazos perentorios y, admite su prórroga antes de que se adopte alguna consecuencia legal en caso de incumplimiento

(conf. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, Causas N° 22232/2018, “Flores Isaac Valentín s/ art. 89 CP”, rta. el 19/12/2018; N° 21109/2019, “Romero Garay, José Santo s/ art. 1 Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, rta. el 05/08/2019; N° 9877/2019-1 “Incidente de apelación en autos ‘Magalhes Mourao, Juliana s/ art. 181 inc. 1 CP’”, rta. el 18/2/2020; entre otras).

No obstante, a continuación de la disposición legal de la que cabe concluir la naturaleza meramente ordenatoria de los plazos, el legislador local pretendió disponer en el artículo 111 del CPPCABA –ex artículo 105– como consecuencia de su vencimiento, el archivo definitivo de las actuaciones, con la consecuente extinción de la acción penal, disposición que, más allá de apartarse del sistema general de los arts. 76 y 110 citados -aspecto sobre el que volveré-, resulta susceptible de descalificación por poner en crisis el esquema de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Carta Fundamental en tanto establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”.

En este último aspecto, una hermenéutica que otorgue carácter perentorio a los plazos establecidos en el artículo 110 del CPPCABA por la que se aplique, sin más, la aparente solución fatal de su artículo 111 como pretende la recurrente, llevaría a la consecuencia indeseada de tener que concluir que las normas, así interpretadas, avasallan las competencias constitucionales atribuidas al Congreso Nacional por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, dado que las causales de extinción de la acción penal sólo pueden estar previstas en el Código Penal –art. 59 de dicho código– y, por ende, son competencia exclusiva y excluyente del Poder Legislativo Nacional.

Precisamente en esa dirección se ha expedido de manera reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación con una disposición procesal provincial similar a la del art. 111 del CPPCABA, al disponer que “cualquiera sea el propósito de su legislación, las provincias no pueden alterar en forma alguna la ley de fondo y que, por consiguiente, carecen de facultades para establecer una causa de extinción de la acción penal que no está prevista en el Código Penal (Fallos: 178:31)”

(cfr. CSJ 2646/2015/CS1 “Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple”, resuelta el 12/08/21, Fallos: 344:1952).

Es decir, que toda disposición procesal local por la que se pretendiera regular la acción penal, en el sentido de prever determinadas circunstancias propias del trámite que pudieran llevar a su extinción, importan el ejercicio por parte de la legislatura local respectiva de competencias constitucionales atribuidas al Congreso Nacional por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional y, por ello, se encuentra en contraposición con nuestra Carta Magna.

Que, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una resolución jurisdiccional de extrema gravedad, que exige la mayor medida y prudencia de parte de los magistrados, ya que, mediante un acto jurídico desplegado por un integrante del poder judicial, se deja sin efecto, en el caso concreto, un acto legislativo en el que tomaron debida intervención los miembros de los otros dos poderes del estado que conforman la tríada propia de un sistema republicano de gobierno. En función de ello y, ante un posible conflicto de leyes, debe evitarse tan extremo remedio, recurriendo a una interpretación que compatibilice las normas con la Constitución Nacional por sobre aquella otra que las coloque en colisión.

Que, en ese orden de ideas, el Máximo Tribunal ha establecido inveteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como “ultima ratio” del orden jurídico –conf. CSJN, Fallos: 264:364–; de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las pone en colisión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de interpretación de las leyes, “debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional; de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental” (cfr. Fallos: 200:180 y doctrina de Fallos: 14:425; 105:22; 112:63; 319:1818, 1840; 323:1635; 331:1234, entre otros).

Con tal finalidad, corresponde volver sobre la objeción adelantada en párrafos precedentes, en cuanto a que el ya referido art. 111 se aparta del sistema establecido por el Código Procesal Penal de la CABA, lo

que debe superarse, de modo necesario, en base a una interpretación sistemática de sus disposiciones.

En tal sentido, si tal como lo dispone el art. 76 del CPPCABA es dable establecer excepciones al carácter perentorio e improrrogable de los términos, y si de acuerdo con el texto del art. 110, el legislador local previó expresamente el otorgamiento de prórrogas del plazo de duración de la investigación preparatoria, no puede sino interpretarse que el término respectivo es ordenatorio y no perentorio.

Y, ese es el criterio que evita una aplicación mecánica de una disposición contraria a la Constitución Nacional y, simultáneamente, la declaración de inconstitucionalidad de una norma, merced a una interpretación sistemática de las disposiciones legales del cuerpo normativo en juego, que las compatibiliza con los postulados de la Constitución Nacional, manteniendo todas su vigencia.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, corresponde el rechazo de la vía impugnativa emprendida por la defensa oficial

IV.

En virtud de lo expuesto, considero que el recurso de queja deducido por la defensa de G., E. debe ser rechazado, que
ES JUSTICIA.

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional
Dictamen N° 25-2022

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto

Comentario

En el caso anteriormente expuesto, el objeto de discusión principal se circunscribía a determinar la naturaleza de los plazos establecidos en los entonces artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal (según la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley N° 6020), que regulaban la duración de la investigación preparatoria y las consecuencias que corresponde asignar a su transcurso. A este respecto, la

Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional sostuvo el carácter prorrogable –y por ello meramente ordenatorio– de tales términos y la imposibilidad de asignarles un efecto concluyente del proceso penal, so pena de invadir competencias legislativas nacionales.

Preliminarmente, corresponde aclarar que el criterio asentado en el dictamen transcrito mantiene su plena vigencia más allá de la reforma introducida al digesto procesal local por la Ley N° 6020 (BOCBA N° 5490, 01/11/2018), que –en lo que aquí importa– vino a extender los términos de duración de la investigación preliminar a partir de la intimación del hecho al imputado y se mantuvo la previsión legal que pretende asignar carácter fatal al transcurso de los plazos establecidos.

Aclarado el punto y para una comprensión más acabada de la cuestión discutida en el dictamen que se analiza, estimo conveniente recordar que el texto del entonces artículo 104 del CPP prescribía:

Artículo 104. Duración. La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal deberá solicitar prórroga a el/la Fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, el/la Fiscal podrá solicitar que la prórroga otorgada exceda excepcionalmente dicho plazo, por lo que debe fijar el Tribunal el término perentorio de finalización de la investigación preparatoria que, no podrá exceder de un año a partir de la intimación de los hechos. Si hubiere más de un/a imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos. El imputado/a podrá cuestionar las prórrogas ante el juez, solicitando que se fije un plazo razonable para que se clausure la investigación preparatoria, que no podrá exceder los previstos precedentemente.

Por su parte, el entonces artículo 105 determinaba:

Artículo 105. Vencimiento del término. Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la Fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones. Vencido el plazo previsto en el párrafo que antecede sin que el/la Fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa

respecto del imputado/a por el/la cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido/a penalmente por el mismo hecho.

La Defensa Oficial en representación del imputado pretendía imponer su visión acerca del carácter perentorio de los plazos establecidos para la duración de la investigación preparatoria. Esto significa que, frente a su agotamiento sin que el Ministerio Público Fiscal postule el requerimiento de juicio, el caso debía archivarse y el imputado no podía ser nuevamente perseguido por el mismo hecho (de conformidad con lo previsto en el último párrafo del anterior art. 105 –actual art. 112–).

Esta tesisura no fue compartida por quien suscribe y, por eso, para demostrar los términos ordenatorios de la investigación preliminar, expliqué en primer lugar que, de acuerdo con la inveterada opinión de autores, como L. Palacio, Clariá Olmedo y F. J. D'Albora, los plazos perentorios son improrrogables. Así pues su esencia radica, por un lado, en producir automáticamente a su vencimiento la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se otorgó y, por el otro, en no admitir su prolongación ante el pedido formulado en ese sentido por el afectado por el término. Entonces, por oposición, los plazos ordenatorios son prorrogables frente a la petición unilateral de la parte interesada.

En segundo lugar, señalé que el Código Procesal Penal de la Ciudad, al regular en su capítulo sexto los plazos en que deben llevarse a cabo los actos procesales, determina que “los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley” (conf. anterior art. 70 –actual art. 76–, cuyo texto se mantuvo incólume con la reforma introducida por la Ley N° 6020). Por su parte, la norma que prescribe la duración de la investigación preliminar (anterior art. 104, actual art. 111) permite la sucesiva prórroga de sus términos.

Así pues, por la forma en que estaban y están regulados los plazos de la investigación preparatoria, esto es, en contraposición con las características que deben reunir los términos perentorios –en cuanto la propia disposición legal permite su prolongación–, no puede más que concluirse la naturaleza ordenatoria de los plazos previstos en el código de procedimiento para llevar a cabo la IPP y, por consiguiente, su subsunción dentro de las excepciones al principio establecido en el capítulo sexto.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en el dictamen transcripto realicé otro orden de consideraciones que, al mismo tiempo, me llevaron a sostener los términos ordenatorios de la investigación preparatoria.

En el caso, como ya se explicó, la parte recurrente proponía una lectura de los plazos establecidos para la duración de la investigación según la cual su mero vencimiento conduciría al archivo de las actuaciones y a la imposibilidad de volver a perseguir penalmente al imputado por ese mismo hecho, en función de la sanción prevista en el entonces art. 105 –actual art. 112– del CPP.

Sin embargo, la aplicación de dicha consecuencia fatal, en cuanto significa el cese definitivo del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal, comportaría una indebida alteración del Código Penal por parte de los legisladores locales, en cuanto estos –al igual que los legisladores provinciales– carecen de facultades para introducir en el Código de forma –y, por ende, en el ámbito de la CABA– una causal de extinción de la acción penal que no esté prevista en la ley de fondo –de aplicación en todo el territorio nacional–.

Tal atribución, por imperio del artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, incumbe exclusivamente al Congreso de la Nación. Así, la pretensión del legislador local de regular la acción penal, al disponer determinadas circunstancias propias del trámite de la causa que pudieran conducir a su extinción, resulta susceptible de descalificación, pues amén de poner en crisis el esquema de jerarquía normativa que rige en nuestro país (art. 31 de la CN), importa el ejercicio de una competencia constitucional reservada al Poder Legislativo de la Nación.

Por ello, una hermenéutica que otorgue carácter perentorio a los plazos de duración de la investigación por la que se aplique sin más el efecto prescripto por el entonces artículo 105 –actual art. 112– del CPP llevaría a la consecuencia indeseada de tener que concluir que las normas locales así interpretadas avasallan las competencias constitucionales otorgadas al Congreso Nacional por la Carta Magna, dado que, como ya se dijo, las causales de extinción de la acción penal solo pueden estar establecidas en el Código Penal (art. 59).

Ahora bien, no escapa al suscripto que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional; razón por la cual el Máximo Tribunal Federal tiene dicho que tan extremo remedio debe ser considerado como ultima ratio del orden jurí-

dico. De ahí que, ante un posible conflicto de leyes, corresponde acudir a una interpretación que compatibilice las normas de la Constitución Nacional por sobre aquella otra que las coloque en colisión.

Sobre tales premisas y ante el escenario previamente descripto, la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional postuló una interpretación sistemática de las disposiciones del Código Procesal Penal. Así, si la propia normativa adjetiva admite excepciones a la regla consistente en el carácter perentorio e improrrogable de los términos procesales (anterior art. 70, actual art. 76) y, paralelamente, contempla la posibilidad de que los términos de la investigación preparatoria sean prorrogados (anterior art. 105, actual art. 111), lógicamente la naturaleza de los plazos de duración de la IPP es ordenatoria –más allá del improcedente texto legal–.

La postura expuesta fue reiterada por el suscripto en numerosas ocasiones, incluso luego de la reforma operada por la Ley N° 6020, al emitir los dictámenes FGA N° 351-2022 (Expte. TSJ N° 10956/2020-2 “Parisi, Luis Eduardo”), N° 368-2022 (Expte. TSJ N° 7707/2018-3 “Argentino, Fabiana y otros”) y, N° 31-2025 (Expte. TSJ N° 23100/2018-14 “Pascual, Gonzalo y otros”).

Quiero detenerme en el último caso citado, pues considero relevante reproducir algunas opiniones que desarrollé en torno a la tesis introducida por la parte recurrente en cuanto a que los plazos previstos en el Código Procesal Penal para que el Ministerio Público Fiscal lleve adelante su investigación constituyen una reglamentación directa de la garantía constitucional que tutela la duración razonable del proceso (art. 18 de la CN).

El alcance propuesto por la recurrente no fue compartido por el suscripto. La garantía de plazo razonable protege a toda persona frente a los retrasos o dilaciones injustificadas que pueda sufrir el proceso durante su sustanciación integral; esto es, desde que el proceso comienza y hasta que se dicta una resolución definitiva que pone fin a la situación de incertidumbre que pesa sobre tal persona (conf. CSJN, Fallos: 344:1930; 344:378; 342:584; 327:327).

Así pues, la normativa local solo hace referencia a la duración de la IPP y no a la íntegra tramitación del proceso, de modo que no se advierte una relación inmediata o necesaria con la garantía invocada. Esta, como se explicó, no se circunscribe a una sola etapa del proceso,

sino que intenta impedir las eventuales demoras que podría sufrir durante todas las etapas que lo componen.

En función de ello, y si se consideran los rasgos particulares que presentaba el caso –pues la duración razonable del proceso depende de diversas circunstancias propias de la causa, por lo que su referencia aparece como ineludible (conf. CSJN, Fallos: 327:327)–, sostuve la inexistencia de dilaciones injustificadas por parte del órgano acusador, en cuanto advertía una actividad constante de la fiscalía interviniente en el impulso de la acción penal pública. Por eso, concluí que no hubo menoscabo alguno al derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento sin demoras indebidas.

En el caso “Altamirano” citado al inicio de este acápite, como así también en los precedentes “Parisi” y “Argentino”, el Tribunal Superior de Justicia resolvió por mayoría rechazar el recurso de queja interpuesto por la defensa, para lo cual sostuvo que la decisión de la Cámara impugnada no reunía el carácter de “sentencia definitiva” –exigido en el art. 27 de la Ley N° 402– ni era asimilable a tal, a lo que agregó que la recurrente tampoco demostraba que existieran razones que justifiquen una intervención anticipada de ese Tribunal (sentencias de fecha 07/09/2022, 05/04/2023 y 26/04/2023). Por último, he de aclarar que el caso “Pascual” se encuentra pendiente de resolución por ante el Tribunal Superior de la CABA.