

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal rechazó el recurso de casación deducido por la defensa de Miguel S contra la sentencia por la que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 lo condenó a tres años y seis meses de prisión, en carácter de coautor del delito de defraudación por circunvención de un incapaz.

Contra dicho pronunciamiento, el defensor dedujo recurso extraordinario federal (fs. 26/43) cuyo rechazo dio lugar a la articulación de esta queja (fs. 45/49).

II

En el escrito de la apelación, el recurrente sostuvo que la decisión es arbitraria porque se apoyó en fundamentación aparente y afirmaciones dogmáticas que no dieron respuesta a los agravios que formuló esa parte.

Al respecto, dijo que el *a quo* rechazó de forma escueta el planteo relacionado con la prescripción de la acción y se limitó a coincidir con el tribunal oral en computar el inicio de ese plazo a partir de la escritura traslativa de dominio del campo en cuestión, sin explicar por qué resultaría incorrecta la interpretación de esa defensa en el sentido de que correspondía hacerlo desde la firma del boleto de compraventa. Añadió que tampoco dio respuesta al argumento relativo al carácter interruptivo del llamado a prestar declaración indagatoria, según el cual éste cortarí la continuidad de aquel plazo únicamente en la fecha en que se hiciera efectiva la notificación de dicha convocatoria.

Asimismo, sostuvo que el *a quo* rechazó por cuestiones formales la alegada afectación de la garantía contra la doble persecución penal, en la medida en que achacó a esa defensa la omisión de exponer la cuestión de manera suficiente indicando los elementos de juicio y actos procesales en que basaba esa pretensión, y de explicar por qué no planteó el asunto oportunamente ante el tribunal oral.

Agregó que no se cumplió con la revisión del fallo condenatorio en los términos establecidos por la Corte en el precedente publicado en Fallos: 328:3399, pues el *a quo* no analizó desde la perspectiva del principio de inocencia las cuestiones vinculadas con el desconocimiento sobre la incapacidad de Jaime R. y la valuación del campo al momento de los hechos. Al respecto, indicó que se limitó a coincidir con la valoración de la prueba efectuada por el tribunal oral, reiterando sus fundamentos, y analizó los elementos del tipo penal atribuido sin relacionarlos con las concretas circunstancias del caso.

También consideró arbitrario al pronunciamiento en lo tocante con la determinación del monto de la pena.

En ese sentido, dijo que el *a quo* omitió considerar la crítica contra la valoración que el tribunal oral hizo de la falta de arrepentimiento de S. como circunstancia agravante, exigiéndole de esa manera que asumiera una postura contraria a la que mantuvo durante el juicio en el que negó haber cometido un delito.

Con cita del precedente “Maldonado” publicado en Fallos: 328:4343, el apelante agregó que los magistrados se desentendieron del deber de ponderar los efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, de conformidad con el mandato constitucional que impone que toda pena privativa de la libertad esté

dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social del condenado y que el tratamiento penitenciario se oriente a su reforma y readaptación social. Al respecto, señaló que su defendido tiene 74 años, no tiene antecedentes condenatorios, cuenta con una familia y se le atribuyó un delito de mero peligro, pese a lo cual fue condenado a una pena que excede el monto mínimo previsto en la ley para esa conducta, y que resulta de cumplimiento efectivo, sin explicar qué aspectos de aquella función de la pena resultarían alcanzados con dicha sanción. Añadió que tampoco fueron tenidos en cuenta los principios de estricta necesidad, *ultima ratio*, intervención subsidiaria, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, y humanidad o proscripción de la crueldad, “*a partir de los cuales puede inferirse la necesidad de anclar la penalidad en el mínimo de la pena de la escala legal en las sanciones divisibles*”.

Sumado a lo expuesto, sostuvo que la cámara no evaluó las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal en relación con las concretas circunstancias del caso, ni consideró al respecto la duración del trámite de la causa, y basó la decisión sobre la pena en afirmaciones dogmáticas acerca de la falta de arrepentimiento de S , la indigencia de la víctima y una gravedad que no tiene proporción con el hecho atribuido.

III

En mi opinión, la apelación federal carece de la fundamentación que exigen el artículo 15 de la ley 48 y la acordada n° 4/2007 del Tribunal.

Conforme lo ha dicho V. E., para la procedencia del recurso no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella

no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya (Fallos: 310:1147 y 1465; 312:587; 315:325 y 323:1261, entre otros). A mi modo de ver, el escrito del recurso no cumplió con esas exigencias.

En efecto, en relación con la supuesta prescripción de la acción, el apelante sostuvo de manera dogmática que el *a quo* no atendió el argumento según el cual cabía tener por cometido el delito en el acto de celebración del boleto de compraventa. Sin embargo, el análisis completo del pronunciamiento permite advertir que los magistrados coincidieron con sus colegas del tribunal oral en considerar que el delito del que resultó víctima Jaime R consistió en una maniobra compleja desplegada en varios actos con la específica finalidad de despojarlo de sus derechos sobre el campo en cuestión, en la que, por consiguiente, fue la escritura traslativa del dominio la que generó el peligro concreto en el patrimonio de aquél y resultó, entonces, el momento consumativo a partir del cual correspondía computar dicho plazo de prescripción (fs. 17). Frente a tal argumento, el recurrente se ciñó a reiterar que R habría resultado despojado del campo mediante aquel boleto, y que la escritura únicamente habría tenido por función refrendar ese documento anterior, sin hacerse cargo -nuevamente- de analizar la fundamentación con la que coincidió el *a quo* ni de exponer por qué sería -a su juicio- arbitraria.

Por ello, pienso que tales agravios sólo evidencian discrepancias en relación con el alcance de normas de derecho común y con la valoración de circunstancias de hecho y prueba, cuya apreciación

constituye, en principio, facultad propia de los jueces de la causa y es ajena, por ende, a esta instancia de excepción (Fallos: 300:390; 303:135; 307:855; 308:718; 311:1950; 312:809; 313:525, entre otros), en particular si -como a mi entender ocurre en el *sub examine*- la decisión del *a quo* cuenta con fundamentos razonables y suficientes con base en el análisis de la figura penal aplicable y los elementos de juicio incorporados al proceso que descartan la tacha de arbitrariedad (Fallos: 301:909; 310:2376; 312:1859; 313:473; 319:1728).

Lo mismo ocurrió, en mi opinión, con la interpretación que propuso esa defensa acerca del llamado a prestar declaración indagatoria como causal interruptora de la prescripción de la acción penal. En efecto, y sin perder de vista que fue omitida ante el tribunal oral y formulada recién en el recurso de casación, estimo factible considerar que resultó tácitamente rechazada mediante los argumentos por los que se desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.990 que también postuló dicha asistencia letrada, en la medida en que el *a quo* señaló que no constituye un tribunal de consulta y que en el marco de la instancia de casación sólo deben ser considerados los agravios que resulten verosímiles y sean correctamente argumentados, cualidades de las que aquél carecía (fs. 17 vta.).

Similar defecto de fundamentación aprecio en el agravio relacionado con la garantía contra el doble juzgamiento.

Así lo considero, al advertir que el *a quo*, además de destacar que la defensa omitió ese planteo ante el tribunal oral y lo formuló recién en esa instancia de casación (fs. 18/vta.), señaló que tampoco se hizo cargo de exponer, de manera concreta, cuáles son la circunstancias que podrían llevar a considerar afectado aquel principio

en el *sub examine*. En ese sentido, sostuvo que “*nos encontramos con serios déficits de presentación por parte del recurrente, en cuanto a la...demostración precisa y autosuficiente de las identidades reseñadas. El representante de la defensa no explicó ni demostró en qué se basó para afirmar la violación del principio ne bis in ídem, simplemente forjó una mención huérfana de la existencia de una causa que fue concluida con el dictado de un sobreseimiento, a partir de una solicitud a fs. 70 de ese expediente donde el propio Fiscal lo solicita en virtud de no contar la causa con elementos suficientes que justifiquen otro temperamento. En el caso subjudice, el recurrente no individualiza en qué elementos de juicio y actos procesales se basa o se sustenta para introducir la violación de la alegada garantía, identificando claramente en que se respaldó para invocar la existencia de una persecución penal agotada, con identidad de la persona perseguida, identidad del objeto de la persecución e identidad de la causa de la persecución. Simplemente, se limitó a establecer lo referido ateniéndose a los términos del requerimiento de elevación a juicio de la presente causa y la concatenación de actos que sirvieron de base para la sentencia cuestionada*” (fs. 20).

Frente a tales críticas, sin embargo, en el escrito de la apelación el defensor se limitó a reiterar de manera dogmática que concurrían las tres identidades que configurarían dicha afectación, sin hacerse cargo -nuevamente- de considerar y relacionar los hechos del expediente n° 65.039/01 con los que fueron objeto de juzgamiento en el *sub lite*, tal cual había ocurrido en el recurso de casación (ver fs. 2699 vta./2701 vta. del principal), en el que, cabe agregar, mencionó también otro legajo -n° 5.986/05- que no incluyó luego en la impugnación del

artículo 14 de la ley 48. Ninguna referencia aprecio, en ambos recursos, al objeto de aquellas actuaciones. En tales condiciones, pienso que este planteo no puede prosperar.

Sumado a lo expuesto, considero que igualmente carece de una adecuada fundamentación el agravio vinculado con la revisión que el *a quo* hizo del fallo condenatorio. Al respecto, aprecio que en el recurso de casación la defensa de S sostuvo que éste no era médico ni podía entonces determinar la incapacidad de Jaime R , a quien sólo vio en cuatro o cinco oportunidades, y que en diversos actos en los que se encontró con él también intervino el escribano que dio fe de su capacidad. Agregó que el tribunal oral no valoró de manera completa las declaraciones de los profesionales de la medicina que lo examinaron, pues ninguno fue categórico acerca del momento en que su incapacidad pudo haber sido percibida por terceros. Sobre este aspecto señaló que, frente a una pregunta de esa parte, el médico forense Roberto Luis María Godoy respondió que “*no corresponde retrotraer la pericia a tiempo pasado porque dicho acto no puede conceptualizar términos temporales*” y aclaró que “*sin perjuicio del estado en que se encontraba al tiempo de periciarlo, Jaime podía no haber presentado estado psíquico alterado con anterioridad, pues podrían combinarse períodos de ‘acalmia’ con períodos de crisis*” (fs. 2696 vta. del principal).

Sin embargo, en su pronunciamiento el *a quo* destacó que el tribunal oral se había fundado en otros elementos que analizó en conjunto con las consideraciones de los especialistas del Cuerpo Médico Forense, y que el recurrente pasó por alto. En ese sentido señaló -entre otros- las declaraciones de los doctores José Alberto P , Martín

y Elias A , de familiares y amigos, y de otras personas que no formaban parte de su entorno, quienes coincidieron en expresar que -ya antes de que S entrara en contacto con él- Jaime R presentaba de manera evidente un retraso mental, una personalidad infantil, no mantenía conversaciones coherentes, y se encontraba sucio y desalineado. Y sobre esa base tuvo por acreditado, en consonancia con el tribunal oral, que bastaba tratar con éste una vez para percatarse de esa discapacidad, y que, dado el tiempo que el acusado se relacionó con él, no era factible que la desconociera.

No obstante ello, el recurrente no se ocupó de rebatir esa valoración ni de demostrar una duda razonable sobre esta cuestión frente a todas esas pruebas analizadas en conjunto por el *a quo*. No logró hacerlo, a mi modo de ver, con su insistencia en señalar que dos escribanos y un funcionario judicial participaron en actos en los que dieron fe de la capacidad mental de aquél, pues además de que se ignora qué ocurrió en concreto en esas situaciones, el tribunal oral destacó que -a diferencia del *sub examine*- se trataron de actos que no pusieron en peligro el patrimonio de R , y en los que éste contó con la contención de familiares, que se negaban a aceptar abiertamente su condición y trataban de ocultar esa discapacidad (fs. 2638 vta. del principal). Al efecto, se basó en las declaraciones de diversos testigos que coincidieron en mencionar que sus padres siempre rechazaron las sugerencias de internarlo y habrían comprado el título de bachiller que aquél recibió (fs. 2610 vta., 2612 vta., 2613, 2616, 2636), sin que el apelante se hiciera cargo de demostrar -más allá de la mera afirmación dogmática por la que la calificó como “*antojadiza*”- que esa conclusión que fuese irrazonable. Por otro lado, en relación con la actuación del

acusado el tribunal oral destacó que *“la maniobra descripta contó con la intervención en todos los actos que llevaron al desapoderamiento de Jaime R , del escribano Marcelino C , a quien S reconoció que conocía hacía años y al que hizo intervenir, aunque sospechosamente jamás advirtió el estado de las facultades mentales de aquél y, por el contrario, siempre dio fe de su capacidad para llevar a cabo los mismos. Ahora bien, y conforme se desprende del acta de constatación llevada a cabo el 29/01/04 por la escribana Verónica D en el expediente civil 110.334 (ver fs. 128/9), al ser interpelado C. reconoció que ‘su cliente era A ...cuyo titular y propietario es el señor José M ...’, lo cual termina de correr el velo acerca del verdadero negocio llevado a cabo en relación a la compra venta del predio y quiénes fueron sus beneficiarios reales, es decir S y el fallecido José M , dejándose sentado para encubrir todo esto que la titular registral era una empresa fantasma, es decir A S. A., conformada por G y M. ”* (fs. 2643 vta. del principal). El apelante, sin embargo, también omitió toda consideración al respecto.

En lo tocante con el precio por el que se escrituró la venta del campo, el *a quo* también coincidió con la valoración que el tribunal oral hizo de las pruebas producidas durante el debate (fs. 21 del presente legajo).

En ese sentido, se basó en la tasación realizada en el expediente n° 110.334/02 del Juzgado Nacional en lo Civil n° 28, “R , Jaime c/ S , Miguel s/ nulidad de acto jurídico”, en la que el ingeniero agrónomo Melchor H fijó el valor en U\$S 1.496.099,40 en diciembre del 2001 -casi tres veces mayor que aquél por

el que se realizó la cuestionada operación-, para lo que tuvo en consideración las lluvias de 1999 y 2001, y separó el campo por zonas reconociéndole menor valor a las supuestamente invadidas por agua. Asimismo, fueron valorados los testimonios de los ingenieros agrónomos Luis D B -dijo que en marzo de 2001 le formuló a S una oferta por U\$S 1.000.000, cuando el setenta por ciento de la superficie del campo se encontraba inundada- y Alejandro G -en cuanto declaró que en los primeros meses del 2001 realizó un informe técnico para la venta, en el que arribó a un valor por metro cuadrado por el cual el precio del campo era de U\$S 1.798.000- (ver fs. 2640 vta./2641 del principal).

Estimo entonces que, al contrario de lo expresado por el apelante, tanto el tribunal oral como el *a quo* también en este aspecto valoraron en conjunto los diversos elementos de prueba, sin soslayar la concreta situación del campo dentro del análisis de su valor, por lo que la crítica formulada al respecto no constituye más que una mera afirmación dogmática que no se ajusta a las constancias de las actuaciones.

Sin perjuicio de ello, considero pertinente señalar que el *a quo* también apoyó su decisión acerca de la responsabilidad de S , entre otras circunstancias, en el peritaje contable que constató la imposibilidad de que A S.A., supuesta compradora del campo, cancelara incluso el precio insignificante fijado en la escritura; en la tasación del inmueble dado en parte de pago, que estableció un valor inferior a la mitad del que surge de ese documento; y en el desconocimiento sobre el destino de los cheques que el acusado

habría recibido actuando como apoderado de R (ver fs. 11 del presente legajo y fs. 2642/2643 del principal).

En tales condiciones, pienso que el tribunal *a quo* examinó las objeciones presentadas por esa defensa y cumplió con el estándar establecido en el pronunciamiento de Fallos: 328:3399 en relación con el derecho de recurrir el fallo condenatorio (artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

IV

Distinta es la situación, a mi modo de ver, del cuestionamiento relacionado con la valoración que en el pronunciamiento apelado se hizo de las circunstancias previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal para la determinación de la pena.

No me refiero, cabe aclarar, a la pretendida interpretación sobre la incidencia de los principios invocados en esta materia, a partir de la cual, según el recurrente, “*puede inferirse la necesidad de anclar la penalidad en el mínimo de la pena de la escala legal en las sanciones divisibles*” (fs. 32). Tal cuestión, a mi modo de ver, además de que fue planteada de manera tardía -la omitió en la instancia de casación e introdujo por primera vez en el recurso extraordinario federal- resulta infundada en la medida en que fue apoyada en una mera cita de doctrina que no estuvo acompañada por la explicación de los fundamentos y razones de tal criterio.

Sin embargo, considero que asiste razón a la defensa en punto a que el *a quo* no atendió ciertos cuestionamientos vinculados

con el cómputo de la pena que resultaban conducentes para la correcta solución del caso.

No pierdo de vista que el agravio examinado se vincula con la valoración de las pautas para la individualización de la pena, cuestión que -en principio- excede el marco que V.E. puede decidir por la vía intentada, pues la graduación de las sanciones dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas para ello, constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (conf. Fallos: 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699, entre otros). Sin embargo, como excepción a esa regla, se ha reconocido que cuando lo resuelto fue posible merced a una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal efecto, se comprometen las garantías de defensa en juicio y del debido proceso y, por lo tanto, es posible habilitar el recurso extraordinario con sustento en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 315:1658 y, más recientemente, Fallos: 320:1463).

Así ocurrió, en mi opinión, con la alegada omisión del tribunal oral de valorar la ausencia de antecedentes por parte de S , y que el *a quo* pasó por alto, pese a que se trata de un elemento que el artículo 41 del Código Penal exige tener en cuenta para fijar las penas divisibles. Asimismo, el pronunciamiento tampoco dio respuesta a la crítica dirigida contra la ponderación con carácter agravante de la supuesta “*falta de arrepentimiento alguno en los años que duró este proceso*” (fs. 2649 del principal), lo que, conforme sostuvo el recurrente, implicó la valoración negativa de expresiones defensivas del imputado, relativas a que no habría cometido el delito que se le atribuye, y resultó entonces violatoria de la protección contra la

autoincriminación consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (en este sentido, apartado VI del dictamen de esta Procuración General en los autos S.C. C.2016, L. XLII, “Casas, Alejandro Esteban -homicidio culposo-”, al que remitió la Corte -Fallos: 330:1975-).

En tales condiciones, pienso que este agravio debe ser tenido en cuenta.

V

Por lo expuesto, opino que debe hacerse lugar parcialmente al recurso extraordinario, sólo en lo referido al monto de la pena impuesta que fue objeto de análisis en el apartado IV del presente, para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia conforme a derecho en relación con ese punto.

Buenos Aires, 17 de marzo de 2020.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación