



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, que había condenado a Fernando José M a cinco años y tres meses de prisión y multa por ser autor de los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en concurso real con tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, y a Silvia Noemí M a la de tres años de prisión y multa por ser partícipe secundaria del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario la defensa de ambos, que fue rechazado y dio origen a la presente queja.

II

En la apelación federal invocó la violación de las garantías de imparcialidad del juzgador, defensa en juicio y debido proceso; los derechos a ser oído y al doble conforme, y los principios de inocencia, derecho penal de acto, proporcionalidad y resocialización de la pena. Asimismo, descalificó la sentencia por arbitrariedad.

Sostuvo que la decisión reprodujo los argumentos del tribunal de juicio y no respondió a los agravios expresados en el recurso de casación, lo cual lesionó los derechos a ser oído y al doble conforme según el alcance amplio establecido en el precedente de Fallos: 328:3399.

En ese marco, reiteró el planteo de invalidez de las actuaciones por falta del requerimiento fiscal de instrucción exigido por el artículo 188 del Código Procesal

Penal de la Nación y porque, al serle remitido el sumario policial, el juez ordenó, de oficio, medidas de investigación, allanamientos, detenciones, indagatorias, procesamiento, etc., afectando así el principio *ne procedat iudex ex officio* y la imparcialidad del juzgador. Asimismo, controvirtió las razones argüidas por el *a quo* al rechazarlo; negó que fuese extemporáneo por tratarse de una nulidad absoluta o que el procedimiento fuese válido en virtud del artículo 195 del código procesal por ser una norma incompatible con el artículo 120 de la Constitución Nacional.

También se agravio por la afectación de la inmediación y continuidad del debate en tanto la parte dispositiva de la sentencia y sus fundamentos se dieron a conocer ocho días después de cerrado aquél, cuando el artículo 400 del código procesal, según su interpretación, solo autoriza a diferir la redacción de la sentencia. Negó que la nulidad haya sido consentida —como adujera el *a quo*— por tratarse de la afectación de garantías constitucionales y estimó probable que, por la pérdida de conexión inmediata con la prueba, no hayan sido consideradas las contradicciones entre los testigos.

Se quejó porque la sala no atendió sus críticas a la valoración de la prueba relativa a la participación de su asistida, aduciendo que no respetaban la visión conjunta de los elementos de juicio o que escapaban a su control las impresiones de los testigos por ser propias de la inmediación de los jueces. Consideró que al eludir el control de las contradicciones entre los testigos, que fue la prueba de cargo principal, se afectaron los derechos a ser oído, a la revisión amplia de la condena y el principio de inocencia.

Sostuvo que el *a quo* no reparó en la instancia los agravios relativos a la afectación al principio acusatorio por habérseles impuesto a sus asistidos la pena de multa pese a que no fue requerida por el fiscal en su alegato y por falta de



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

fundamentación del *quantum* punitivo, al limitarse a una enunciación genérica de las pautas contenidas en el artículo 41 del Código Penal. Estimó que al haber omitido la audiencia *de visu* incurrió en una nueva arbitrariedad; en apoyo de su postura invocó los precedentes de Fallos: 330:393 y 328:4343 en tanto exigen el conocimiento directo del acusado previo a determinar la pena, en razón del derecho a ser oído y para asegurar un mínimo de intermediación.

Por último, descalificó por falta de fundamentación, la imposición de la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo a su asistida, pese a que estaban reunidas las condiciones para que fuese dejada en suspenso (art. 26 del Código Penal). En esas condiciones, concluyó que la pena efectiva, además de arbitraria, resulta contraria a los fines de resocialización y se aparta de la doctrina establecida en "Squilario" (Fallos: 329:3006).

III

Al ingresar al fondo del asunto, estimo oportuno recordar que la Corte ha dicho reiteradamente que si 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, se reconoce excepción a ese principio cuando la decisión frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 329:1436 y citas del dictamen de esta Procuración General al que V.E. hizo remisión).

Bajo esas restrictivas pautas, advierto que excepto en cuanto al agravio relativo al modo de cumplimiento de la pena impuesta a Silvia M la queja resulta inadmisibile.

IV

1. El planteo relativo a la invalidez de las actuaciones por falta de requerimiento fiscal de instrucción no puede prosperar pues, como lo señala el *a quo*, fueron iniciadas conforme a uno de los modos alternativos válidos previstos en la ley. En efecto, el artículo 195 del Código Procesal Penal de la Nación, aplicable al *sub judice*, establece que la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los artículos 188 y 186, respectivamente, y se limitará a los hechos referidos en tales actos. La cuestión fue examinada en el precedente “Lemos” (Fallos: 338:1504) y fue resuelta por la Corte Suprema, con remisión a los argumentos de esta Procuración General, de forma contraria a la pretensión de la defensa. Así y para evitar reiteraciones innecesarias me remito a los argumentos y conclusiones allí expuestos (en especial, apartado V del dictamen). Por lo demás y en orden a la posibilidad del juez de instrucción de ordenar de oficio medidas de injerencia, procesamientos, etc. cabe señalar que código procesal luego de prescribir cuál es objeto de la instrucción (art. 193 del CPPN) pone en cabeza del juez la dirección de la investigación (art. 194), quien puede delegarla en el fiscal y luego reasumirla (arts. 196 y 214), es decir que en esa etapa el sistema procesal no es acusatorio en forma plena.

2. Tampoco configura una lesión constitucional que la parte dispositiva y los fundamentos de la sentencia hayan sido dados a conocer ocho días después de concluido el debate. Se trata de una cuestión de hecho y derecho procesal propia de los jueces de la causa, resuelta por el *a quo* con fundamentos suficientes que impiden su descalificación como acto judicial válido.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En ese orden, cabe señalar que luego de considerarlo extemporáneo por haber sido introducido recién en el término de oficina, el *a quo* señaló que en Fallos: 334:1054, se sostuvo que los pronunciamientos que declaran la extemporaneidad de los agravios no son, por sí mismos, contrarios al derecho a obtener una revisión de la condena ya que el acceso a esa instancia no es incondicionado y los Estados pueden subordinarlo al cumplimiento de determinados requisitos formales. Cabe recordar que en similar sentido V.E. ha resuelto que la extensión de la garantía de la revisión del fallo condenatorio reconocida en Fallos: 328:3399 no obliga al tribunal interviniente a tratar los motivos introducidos luego de interponer el recurso de casación, en tanto en ese precedente no se examinó la constitucionalidad de las normas relativas a los plazos y oportunidad en que aquéllos deben ser formulados (conf. voto de la doctora Argibay en Fallos: 333:1619). Asimismo, estimó la cámara que la pretensa nulidad había sido consentida por la defensa; que no se indicó una afectación concreta a las garantías constitucionales invocadas o de qué manera la dilación frustró el recuerdo de lo percibido o deliberado, y puso de relieve que el artículo 400 del código procesal no sanciona con nulidad a la sentencia cuando se difiere su íntegra lectura una vez finalizada la deliberación y dentro del plazo de ley, como se verificó en el *sub lite*.

En esas condiciones el recurso carece del requisito de adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48, toda vez que en su crítica sólo se limita a sostener un determinado criterio sobre aspectos no federales, sin rebatir los argumentos de esa misma naturaleza que sustentan la decisión (Fallos: 325:1530). Por lo demás, es pertinente recordar el criterio de interpretación restrictiva que rige en materia de nulidades. El Tribunal ha establecido que en atención al carácter accesorio e instrumental del derecho procesal se exige, como presupuesto esencial,

que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, porque “de otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público" (Fallos: 323:929 y 325:1404).

3. Igual suerte, en mi opinión, debe correr el agravio relativo a la prueba de la participación de su asistida, por tratarse de una cuestión de hecho y prueba ajena a la vía federal intentada, en tanto no ha sido demostrada arbitrariedad (Fallos: 301:909; 308:718; 311:1950; 312:1311; 319:97, entre muchos otros). La sala expresó que “las impresiones dejadas por los testigos durante la audiencia de debate en los jueces allí presentes, escapan por falta de inmediación al control de este tribunal y que la fundamentación de una condena con apoyo en la credibilidad de ellos no puede ser objeto de controversia. Solo es revisable el razonamiento seguido por los jueces para otorgar peso a unas sobre las otras... Por ello no es cuestionable el crédito que otorgó el tribunal a ciertas declaraciones por la contundencia y verosimilitud...”. El criterio no se aparta de los límites incluso reconocidos en Fallos: 328:3399 en el sentido de que el artículo 456 del código procesal habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

4. El *a quo* también desestimó el agravio de la defensa por la presunta afectación al principio acusatorio por habérseles impuesto a sus asistidos la pena de multa pese a que no fue requerida por el fiscal en su alegato, y convalidó así el criterio del tribunal de juicio que la aplicó en esas condiciones por entender que se



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

trataba de una cuestión de orden público. Según lo veo, el agravio es improcedente; y en este sentido cabe destacar que ellos fueron condenados por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto y reprimido en el artículo 5º, inciso c, de la ley 23.737 con penas de prisión y multa. Ambas especies de pena son principales y se aplican en forma conjunta por lo cual el tribunal no puede condenar solo a prisión porque la otra, como en el *sub lite*, no fue requerida por el acusador. Las dos son efecto de la sentencia condenatoria y, dada esa condición, proceden por imperativo legal.

La decisión del tribunal de juicio, convalidada por el *a quo*, deriva de una interpretación y aplicación razonable de la cláusula que no se aparta en forma inequívoca de la finalidad perseguida mediante su sanción ni afecta el principio de contradicción invocado, por cuanto la ausencia de solicitud expresa del órgano acusador no puede vedar la imposición de la pena que emana de la norma aplicable. Ello es así pues los jueces no están sujetos a las pretensiones punitivas del fiscal, sino solo limitados por los topes máximo y mínimo establecidos en la ley penal (conf. Fallos: 305:494 y 315:807). Cabe poner de relieve que el voto en disidencia en Fallos: 330:2658 no ha conformado doctrina mayoritaria de la Corte; y creo oportuno recordar que esta Procuración General tuvo oportunidad de expedirse al respecto, en sentido concordante con el del *a quo*, al dictaminar el 15 de agosto de 2007 en la causa "A Orlando Daniel s/causa n° 5019" (expdte. A 1491.XL) –a cuyos fundamentos, en lo pertinente, me remito en beneficio de la brevedad– donde se concluyó, que no existía impedimento constitucional a que se imponga una pena mayor a la requerida siempre que exista una adecuada correlación entre el hecho que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia, pues el juez tiene la

facultad, dentro de ese límite fáctico, de modificar la sanción requerida por el órgano acusador (con cita de Fallos: 237:190 y 312:540, entre otros).

5. En relación con el *quantum* de la prisión impuesta a los condenados, estimo que debe desestimarse en virtud de la regla según la cual la graduación de la pena dentro de los límites previstos en las leyes respectivas constituye una facultad propia de los jueces de la causa, que no suscita cuestión federal, salvo arbitrariedad que no fue demostrada —ni aprecio— en el caso (Fallos: 304:1626; 308:2547; 311:2619, entre muchos otros).

6. La omisión de la audiencia *de visu* no acarrea la consecuencia que pretende la defensa con base en los precedentes de Fallos: 328:4343 y 330:393, porque las situaciones allí examinadas difieren de la suscitada en el *sub lite*. En efecto, en ambos casos, como también en el registrado en Fallos: 343:938, se impugnaron pronunciamientos que habían aumentado la pena impuesta sin realizar la audiencia *de visu* y se consideró que era descalificable la condena impuesta sin cumplir con la exigencia prevista por el artículo 41, inciso 2º, *in fine*, del Código Penal, regla destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Por lo demás, la defensa no logró acreditar el compromiso directo de garantías constitucionales ni el gravamen concreto o la incidencia que la audiencia reclamada pudo haber tenido en el pronunciamiento que, cabe destacar, se limitó a confirmar la sentencia sin practicar una nueva individualización de la pena en tanto, según mi opinión, la norma y su inteligencia en los precedentes citados, solo obliga a los magistrados que impongan o agraven una sanción penal.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

7. Por último, con fundamento en la doctrina del precedente “Squilaro” (Fallos: 329:3006), pienso que asiste razón a la defensa en lo relativo a la modalidad de cumplimiento de la pena de tres años de prisión impuesta a Silvia Noemí M En esa oportunidad, sostuvo V.E. que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación habían argumentado que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no era menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debería serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias, juzgó que los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen (considerando 6º). Este temperamento fue reiterado en Fallos: 330:2836.

La ausencia de consideraciones de ese tenor tanto en la sentencia del Tribunal Oral Federal de Neuquén (fs. 774/vta. de los autos principales) como en la del *a quo*, pese a haberse planteado expresamente la cuestión ante esa instancia revisora (fs. 808 vta. y 876/877 y 879 ídem), determina la descalificación de este aspecto de lo resuelto con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad (conf. Fallos: 328:1108).

V

Por todo lo expuesto, considero que con excepción del agravio referido en el punto 7 del apartado que antecede, la apelación que intenta la defensa resulta improcedente pues no alcanza a desvirtuar los fundamentos de la sentencia

impugnada que, en observancia de los términos del precedente de Fallos: 328:3399, revisó las condenas y rechazó el recurso de casación.

En definitiva, opino que V.E. debe hacer lugar parcialmente a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario solo en lo que se refiere al agravio relativo a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta a Silvia Noemí M y, con ese alcance, dejar sin efecto lo resuelto para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 1 de febrero de 2021.

CASAL
Eduardo
Ezequiel

Firmado digitalmente
por CASAL Eduardo
Ezequiel
Fecha: 2021.02.01
08:15:31 -03'00'