

ACTUALIDAD JURÍDICA



UNIDOS
POR
LA JUSTICIA

Nº 1, AÑO 2018

ÍNDICE

1. *Editorial: Tecnología de la información y funcionamiento del sistema judicial. Por Mariano A. Scotto, p. 2*
2. *Equipo de Publicación, p. 4*
3. *Actividades, p. 4*
 1. *Próximas, p. 4*
 2. *Pasadas, p. 5*
4. *Actualización Legislativa, p. 7*
 1. *Leyes Nacionales, p. 7*
 2. *Leyes de la Provincia de Buenos Aires, p. 10*
 3. *Leyes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 10*
5. *Jurisprudencia de interés (Sumarios), p. 11*
 1. *Civil, p. 11*
 2. *Penal, p. 18*
6. *Artículo: El principio de contradicción en el nuevo régimen de flagrancia (Ley n° 27.272). Soluciones brindadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en torno a los institutos de la excarcelación y la prisión preventiva. Por Nicolás E. Renom, p. 35*
7. *Autoridades de Unidos por la Justicia y contacto, p. 42*

I.**Editorial****Tecnología de la información y funcionamiento del sistema judicial.**

El 12 de abril de 2018 se presentó al plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación los resultados de la auditoría realizada sobre el fuero federal de todo el país, que fuera ordenada por ese organismo mediante resolución 342/16 del 30 de junio de 2016. La misma comenzó a mediados de 2016 y abarcó el periodo 1996-2016.

En el punto 45 del Anexo II, además se fijó el 10 de mayo de este año para poner a disposición del pleno el informe completo referido a los modos de culminación de los procesos judiciales en el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (CNACCF); el 10 de junio de 2018 los datos de la evaluación de las vistas conferidas a la Cámara Federal de Casación Penal y 6 Tribunales Orales Federales; y el 30 de agosto el informe final de las vistas conferidas a 15 jurisdicciones del interior del país.

También se reconoce en el informe las dificultades del trabajo, no solo por el periodo que abarcó - 2 décadas- sino que también porque demandó relevar información dispersa, volcada tanto en formato papel como digital, que luego debió ser unificada en un único soporte digital (pto. 10 Anexo II). Para esta tarea fue necesario crear una plataforma digital, que permitiera recibir y reflejar los datos.

Asimismo, y mas allá de los resultados de la auditoría sobre el lapso mencionado -reflejados en el Anexo I y que han sido difundidos en distintos medios de comunicación-, resulta importante destacar que en el informe también se destaca la intención de hacer de la auditoría un *“proceso permanente y no como un acto de ejecución instantánea”* (pto. 15, Anexo II; y en similar sentido pto.44).

No obstante, mas allá de que se aluda al carácter *“permanente”*, el relevamiento que se propone sería de año a año. Recién para agosto de 2018 estarían disponibles los datos del período 2017 (ptos. 10 y 45 del citado Anexo).

Esa circunstancia impide conocer, en tiempo real, el estado de situación de un juzgado o tribunal, o de un subconjunto del sistema judicial federal, y las problemáticas que pudieran presentarse serán advertidas bastante tiempo después.

Desde ya que se considera indispensable contar con información anualizada que, sumada a los datos estadísticos del período, permitirán conocer como funcionó el sistema en su conjunto -en el caso, fuero federal-, y del subconjunto -jurisdicción e instancia-, pero el real valor de la información de una organización -desde el punto de vista de la gestión- radica en la posibilidad de diagnosticar adecuadamente una situación anómala que permita su seguimiento para su evaluación y solución en tiempo oportuno.

En ese marco, las tecnologías de la información cumplen un rol esencial porque permiten optimizar el relevamiento de los datos, como la formulación de índices y mediciones, para luego arribar a un diagnóstico que no sea tardío.

Desde Unidos por la Justicia siempre hemos reconocido el valor de la información -como dan cuentas las cuatro ediciones de *Información y Justicia*-, y señalado que la falta de estadísticas judiciales afecta no solo la transparencia sino también la posibilidad de diseñar políticas públicas que permitan mejorar el sistema de justicia. A esto se agrega, la necesidad de que la información de valor llegue en el mínimo tiempo posible a las personas que la necesiten.

Por ello, si bien celebramos la idea de que se produzcan informes anualizados, consideramos indispensable que, mediante el aprovechamiento de la tecnología existente -y la que se pueda incorporar-, se obtenga información en cualquier momento para efectuar un verdadero seguimiento y diagnóstico de los tribunales que integran el poder judicial.

A la par, el mismo sistema de gestión y software que se use, debe ser capaz de producir alertas e informes estadísticos en forma automática, evitando el suministro manual por parte de los distintos operadores judiciales, tanto por el margen de error que puede generar, como para evitar la recarga de trabajo de aquellos que tienen que dedicarse a tareas jurisdiccionales.

Por último, a fin de conocer la real carga de trabajo de cada tribunal, cualquier estudio debería abarcar todo el universo de causas y no solo los denominados casos de “corrupción”.

Mariano A. Scotto

Director Académico de Unidos por la Justicia

2.

Equipo de Publicación

Director de Publicación: Mariano A. Scotto

Coordinador General: Nicolás E. Renom

Colaboradores: Agustina Dannwolf, Marcela Oyagüe y Hernán Sosa

Reseña de Fallos: Agustina Dannwolf, Marcela Oyagüe y Nicolás E. Renom

3.

Actividades

I. PRÓXIMAS

A. *Programa de Capacitación en Abordaje de la Violencia de Género. Aspectos jurídicos, psicológicos y médicos (14, 15 y 16 de mayo de 2018).*

B. *Programa de Capacitación en Litigación en Cibercrimen (28, 29 y 30 de mayo de 2018).*

C. *Programa Intensivo en Litigación Oral Civil (6, 7 y 8 de junio de 2018).*

INFORMACIÓN GENERAL: Todos ellos se llevarán a cabo en el Salón de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -JUFEJUS- sito en la Avenida Leandro N. Alem 1074, 2º piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Para acceder al programa completo, cuerpo docente y costos de las capacitaciones, ingresar a: <http://unidosjusticia.org/cursos-primer-semester-2018/>

2. PASADAS

A. Actividades realizadas en el año 2017:

Cursos dictados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Delitos Informáticos: Se realizaron dos ediciones, la primera durante la semana del 15 al 19 de mayo, y la segunda entre los días 20 y 24 de noviembre. Se capacitó un total de 55 alumnos entre empleados, funcionarios y magistrados de diversos poderes judiciales del país. La coordinación estuvo a cargo de la Dra. Daniela Dupuy.

Litigación Oral Penal: Realizado en tres ediciones, y bajo la conducción del Dr. Miguel Kessler, se llevaron a cabo durante las semanas del 14 al 16 de junio, del 28 al 30 de junio, y del 5 al 7 de julio, con un total de 80 personas capacitadas.

Litigación Oral Civil: Bajo la conducción de los Dres. Gustavo Calvino y Miguel Kessler, se realizaron dos ediciones, una entre el 6 al 8 de junio, y otra del 15 al 17 de noviembre, con un total de 50 personas capacitadas.

Aportes para el abordaje de la violencia contra la mujer: Se realizó la primera edición de este nuevo módulo de capacitación, a cargo de la Dra. Genoveva Cardinali, que tuvo como objetivo fundamental la capacitación de operadores de los distintos ámbitos de intervención en la problemática de la Violencia de Género, especialmente desde un enfoque jurisdiccional. Con abordaje del marco normativo y análisis de la promoción de acciones tendientes a la protección de las partes involucradas, se llevó a cabo entre el 14 y el 16 de mayo.

Todos los Programas de Capacitación contaron con el auspicio y difusión del CEJA - Centro de Estudio de Justicia de las Américas y se dictaron en la sede de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA.

Cursos dictados en el interior del país:

Provincia de Buenos Aires, Morón: Se llevó a cabo la primera jornada de *Litigación Oral Civil* en la provincia de Buenos Aires, a cargo de los docentes Miguel A. Kessler y Gustavo Calvino.

Río Negro: En conjunto con La Escuela de Capacitación Judicial de Río Negro, durante los meses de abril y mayo, se llevaron a cabo cuatro jornadas de capacitación de 3 días en materia de *Litigación Oral Penal*. Las mismas se realizaron en las ciudades de Cipoletti, General Roca, Bariloche y Viedma.

En el mes de junio se llevó a cabo en la ciudad de Gral. Roca el taller sobre *La Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial*. También se realizó un *Taller de Gestión y Gobierno Judicial* en las ciudades de Cipoletti y Gral. Roca. Los docentes fueron los Dres. Norberto Brotto y Pablo Ferrari.

San Juan: En el mes de julio se llevó a cabo el *Programa de Capacitación en Audiencias Preliminares y Procedimiento de Flagrancia*.

Santa Cruz: En el mes de diciembre se realizó una edición del *Programa Intensivo de Capacitación en Litigación Oral Civil*, a cargo de los docentes Miguel Kessler y Gustavo Calvino, en la ciudad de Caleta Olivia.

La Pampa: En el mes de junio se llevó a cabo una edición del *Programa Intensivo de Capacitación en Litigación Oral Civil* en la ciudad de Santa Rosa a cargo de los docentes Miguel Kessler y Gustavo Calvino.

Santiago del Estero: En el mes de octubre se llevó a cabo una edición del *Programa Intensivo de Capacitación en Litigación Oral Civil* a cargo de los docentes Miguel Kessler y Gustavo Calvino.

Convenios de Cooperación y Colaboración.

Fundación Konrad Adenauer: Con el apoyo y aporte de esta institución, se realizó la nueva edición de la *Guía de Acceso a la Justicia*, que finalizó con el diseño, impresión de doce (12) mil ejemplares y su distribución. El proyecto fue coordinado por el Dr. Fernando Yuri.

Open Society Foundations: Mediante el convenio firmado con esa asociación, se llevó a cabo una investigación con el objeto de determinar, a través del diagnóstico, las condiciones de Acceso a la Justicia en algunas provincias de la República Argentina, que permitieron efectuar propuestas para la superación de los obstáculos detectados. La actividad incluyó visitas a la ciudad de Santa Fe, La Plata, Bahía Blanca, Catamarca, Jujuy y Chaco.

B. Actividades realizadas en el año 2018:

Cursos dictados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Programa de Capacitación en Delitos Informáticos: Se realizó durante la semana del 23 al 27 de abril con una duración de 35 horas. La dirección estuvo a cargo de la Dra. Daniela Dupuy y participaron los Dres. Marcos Salt, Daniela Dupuy, Ezequiel Sallis, Gustavo Presman, Tomas Vaccarezza y otros docentes invitados.

4.**Actualización legislativa****I. LEYES NACIONALES****A. Civil:**

LEY 27.363: Se incorpora el artículo 700 *bis* y se modifica el artículo 702 del Código Civil y Comercial de la Nación. Responsabilidad parental y condena penal, B.O. 26/7/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276135/norma.htm017>

LEY 27.365: Creación del programa de acompañamiento para el egreso de adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales, B.O. 26/6/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276156/norma.htm>

B. Convenios y tratados internacionales:

LEY 27.402: Acuerdo entre la República Argentina y la República de Colombia para la prevención e investigación del delito de trata de personas y la asistencia y protección de sus víctimas, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291658/norma.htm>; Anexo: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291658/ley27402.pdf>

LEY 27.403: Acuerdo marco entre la República Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia para la prevención e investigación del delito de trata de personas y la asistencia y protección de sus víctimas, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

[anexos/290000-294999/291660/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291660/norma.htm); Anexo: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291660/ley27403.pdf>

LEY 27.404: Tratado de extradición entre la República Argentina y la Federación de Rusia, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291673/norma.htm>; Tratado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291673/ley27404.pdf>

LEY 27.405: Tratado entre la República Argentina y la Federación de Rusia sobre la asistencia legal recíproca en materia penal, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291667/norma.htm>; Tratado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291667/ley27405.pdf>

LEY 27.406: Tratado sobre traslado de condenados para la ejecución de sentencias penales privativas de la libertad entre la República Argentina y la Federación de Rusia, B.O. 04/01/2018. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291671/norma.htm>; Tratado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291671/ley27406.pdf>

LEY 27.407: Tratado de extradición entre la República Argentina y la República de El Salvador, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291669/norma.htm>; Tratado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291669/ley27407.pdf>

LEY 27.409: Convenio entre la República Argentina y la República del Ecuador para la prevención y lucha contra el tráfico ilícito y la restitución de bienes culturales transferidos, apropiados, exportados o importados ilícitamente, B.O. 28/11/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291662/norma.htm>; Convenio: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/291662/ley27409.pdf>

LEY 27.411: Convenio sobre ciberdelito del Consejo de Europa, B.O. 15/12/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/304798/norma.htm>; Anexo: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/304798/ley27411.pdf>

C. Derechos Humanos:

LEY 27.360: Se aprueba la Convención Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, B.O. 31/5/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/275347/norma.htm>; Convención: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/275347/ley27360.pdf>

LEY 27.362: Se declara que de conformidad con lo previsto en la Ley 27.156, el artículo 7° de la Ley 24.390 —derogada por Ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, B.O. 12/5/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274607/norma.htm>

D. Penal y Procesal Penal:

LEY 27.347: Se modifican los artículos 84, 94 y 193 *bis* del Código Penal. Se incorporan los artículos 84 *bis* y 94 *bis* al Código Penal, B.O. 6/1/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/270433/norma.htm>

LEY 27.352: Se modifica el artículo 119 del Código Penal, B.O. 17/5/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274739/norma.htm>

LEY 27.372: Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Disposiciones generales. Se modifica el Código Procesal Penal de la Nación. Se modifica la Ley 27.149, B.O. 13/7/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm>

LEY 27.375: Creación del Registro Nacional de Beneficios u otras medidas procesales (RENABEM), B.O. 28/7/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/277449/norma.htm>

LEY 27.384: Actuación unipersonal de los jueces de Cámara. Código Procesal Penal de la Nación, B.O. 2/10/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/280000-284999/280184/norma.htm>

LEY 27.401: Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, B.O. 1/12/2017. *Consulta:* <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>

LEY 27.436: Se modifica el artículo 128 del Código Penal, B.O. 23/4/2018. *Consulta:* <https://www.boletinoficial.gob.ar/web2/utills/pdfView?>

<file=%2Fpdf%2Fpaginas%2F1%2F20180423%2F3%2F3%2F1oNVVJVzYa6ybk0PQ8nHCi1bLS1JVi1bLS8cCLgkMESaTZ3ofD9R6os%3D>

2. LEYES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

A. Procesal Penal:

LEY 15.001: Se modifican los artículos 259 y 362 de la Ley 11.922, Código Procesal Penal (Inspección Judicial – Reconocimientos – Careos –Rueda), B.O. 16/01/2018. *Consulta:* <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-15001.html>

LEY 15.004: Se modifica el artículo 358. Facultades del imputado, B.O. 16/01/2018. *Consulta:* <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-15004.html>

B. Organización Judicial:

LEY 14.765: Fuero de Familia y Fuero Penal del Niño, B.O. 27/10/2015. *Consulta:* <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14765.html>

LEY 14.901: Departamentos Judiciales, Tribunales de Trabajo, Casación Penal, Cámaras en lo Contencioso Administrativo, Magistrados, B.O. 1/2/2017. *Consulta:* <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14901.html>

3. LEYES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Competencia Penal:

LEY 5.935: Transferencia de competencias de delitos cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, B.O.C.B.A. 3/1/2018. Relacionada con: Ley 26.702; Resolución n.º 29/DG/18, n.º 19/AGT/18 y n.º 46/FG/18.

5.

Jurisprudencia de interés (Sumarios)

I. CIVIL

CSJN, CN^a 40500/2009/CS1 “G., C. V. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios” y CIV 114474 “G., C. V. c/ Google Inc. s/ habeas data”, 12/9/17 (Votos de los Dres. Lorenzetti -en disidencia parcial-, Highton de Nolasco, Rosatti, Maqueda -en disidencia parcial- y Rosenkrantz -con ampliación de fundamentos-).

Voces: DERECHO A LA IMAGEN - INTERNET - MOTORES DE BUSQUEDA - LIBERTAD DE EXPRESION - DERECHOS PERSONALISIMOS - RESPONSABILIDAD - CONSENTIMIENTO

La actora inició dos demandas contra Google, fundó la primera acción en la Ley 25.326 — Protección de los Datos Personales— donde solicitó que la demandada eliminara de sus archivos informatizados sus datos personales (nombre, apellido e imagen personal) que, adujo, utilizaba sin su consentimiento previo y escrito. Sostuvo que Google vincula su nombre con sitios de internet relacionados con prácticas sexuales que considera denigrantes. Asimismo requirió, con sustento en los arts. 31 de la ley 11.723 y 5° de la ley 25.326, que cesara en el uso de las imágenes que archiva, edita y publica sin su autorización en el buscador de imágenes. La segunda fue para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios por la vinculación de su nombre con sitios de contenido pornográfico y prostitución, en violación a sus derechos personalísimos al nombre, honor e intimidad. Reclamó también por la reproducción, difusión y utilización comercial de su imagen realizada sin su consentimiento mediante el servicio de búsqueda por imágenes.

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un pronunciamiento único en razón de la vinculación entre las pretensiones, confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado ambas demandas.

La CSJN sostuvo, con voto de los Dres. Highton de Nolasco, Rossati y Rosenkratz, que las cuestiones planteadas vinculadas con la naturaleza y alcance de la responsabilidad de los motores de búsqueda han sido examinadas por la Corte Suprema en el precedente "Rodríguez, María BelénH (Fallos: 337: 1174).

Entendió que para determinar la responsabilidad adquiere especial trascendencia el concepto de "efectivo conocimiento", que en principio constituye el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda. De ahí que, como se dijo en el precedente referido, solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes.

Los buscadores de imágenes como el de Google no "captan", "reproducen" ni "ponen en el comercio" imágenes en el sentido empleado por los arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que simplemente facilitan al público usuario de internet, mediante la indexación y la provisión de un modo de enlace, el acceso a las imágenes "captadas", "reproducidas" o "puestas en el comercio" por otros.

No cabe perder de vista la función limitada y específica del servicio en cuestión, en tanto constituye una herramienta de búsqueda automatizada de las imágenes, de libre acceso y contenidas en páginas de terceros ya existentes en la red de internet, con el fin de informar al usuario el sitio web en los que se encuentra la imagen original, cumpliendo así una función de enlace que no difiere de la que se efectúa mediante el buscador de contenido o textos.

El Dr. Rosenkratz, al ampliar fundamentos, agregó que aun cuando -por hipótesis- pudiese considerarse que un buscador "capta", "reproduce" o "pone en el comercio" de algún modo la imagen de la actora, tampoco podría afirmarse la responsabilidad de la demandada pues la actora consintió que su imagen fuera puesta a disposición de los usuarios de internet por el buscador de la demandada.

Señaló que lo que exige el arto 31 de la ley 11.723, es una manifestación de voluntad positiva de aceptar la exhibición de una imagen propia. No basta una manifestación meramente tácita, contrafáctica o hipotética, ni tampoco una manifestación que sea el mero producto de una presunción legal (arts. 917, 918 Y 919 del anterior Código Civil y 262, 263 Y 264 del Código Civil y Comercial de la Nación). Cuando una persona, mediante una manifestación de voluntad positiva, consiente una determinada acción, obligación o estado

de cosas, también consiente todas las acciones, obligaciones o estados de cosas que sabe son su usual consecuencia normativa o fáctica.

Concluyó que quien consiente mediante una manifestación de voluntad positiva, que su imagen sea alojada en una página de internet, y conoce que Internet funciona con buscadores, consiente también que los buscadores faciliten al público usuario de internet el acceso a su imagen.

En disidencia parcial, los Dres. Lorenzetti y Maqueda sostuvieron que las cuestiones planteadas relacionadas con la naturaleza y el alcance de la responsabilidad de la demandada tanto por la vinculación que efectúa de la actora con páginas de contenido sexual como por la utilización de su imagen, resultaron sustancialmente análogas a las resueltas en la causa "Rodríguez, María Belén" (Fallos: 337:1174, disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda), cuyos fundamentos dieron por reproducidos.

Argumentaron que la mera actividad de la demandada de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador, se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye un comportamiento antijurídico base de un eventual deber de responder. Sin embargo, tal comportamiento antijurídico por parte del motor de búsqueda se configura cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y, no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena.

Para que se configure su participación antijurídica en la producción del evento lesivo se requiere, por un lado, que el buscador tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre o imagen de una persona en una página web y, por el otro, que pese a ello no elimine el enlace que asocia al nombre o la imagen del damnificado con la página en cuestión. Concluyeron entonces que, dado que la demandada actuó con diligencia al notificada, cabía confirmar la sentencia de grado en cuanto la exime de responsabilidad por su falta de culpa.

En cuanto al agravio central de la recurrente, vinculado a la responsabilidad de la demandada por el servicio buscador de imágenes, consideraron que diferente es la solución al caso, en lo que hace a su reproducción y/o utilización. Argumentaron que el legislador ha prohibido -como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a

ella, que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (conf. Fallos: 311:1171; 335:2090 y 337:1174, disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda). Dado que el caso no presenta particularidades que configuren una excepción a la regla mencionada, cabía hacer lugar al agravio de la actora y revocar la decisión del *a quo* en este aspecto.

Agregaron que la Constitución Nacional protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal (art. 19) pues, no solo ampara el respeto de las acciones realizadas en privado, sino también el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Uno de los aspectos centrales de la protección de dicho ámbito está constituido por la tutela del derecho a la imagen de la persona, cuya dimensión jurídica trasciende las fronteras del derecho de propiedad. Por ello, la ausencia de consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de su imagen es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, pues lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas (conf. Tribunal Constitucional de España, sentencia 19/2014 del 10 de febrero de 2014 y sus citas).

Indicaron que ésta interpretación se ve reforzada por el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que en el artículo 53 establece que la captación o reproducción -que son dos estadios diferenciados, aunque el segundo pueda conllevar al primero- de la imagen de una persona no está permitida si no median circunstancias habilitantes que el mismo precepto contempla, entre ellas y en lo que aquí interesa, el consentimiento del sujeto titular del derecho.

CSJN, CN° CSJ 678/2013 (49-F)/CS1 “E., L. R. c/ G., M. O. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, 6/12/17 (Votos de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkratz -por su voto- y, Rosatti y Maqueda -en disidencia parcial-)

Voces: ACCIDENTE DE TRANSITO - DAÑOS Y PERJUICIOS - FRANQUICIA - Oponibilidad a terceros - Citación en garantía - Contrato de seguro - Responsabilidad civil

La Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al demandado a pagar los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito y modificó el monto de la condena. Por otra parte, respecto a la responsabilidad de la aseguradora citada en garantía, revocó lo ordenado en la instancia anterior, declarando inoponible a la actora el límite de cobertura establecido en la póliza. La alzada hizo hincapié en que los contratos no pueden perjudicar a quienes no revisten la condición de partes o no sean sus sucesores universales, tampoco oponérseles ni ser invocados por ellos.

La aseguradora –citada en garantía- interpuso recurso extraordinario. Sostuvo que la sentencia de la cámara incurrió en arbitrariedad toda vez que omitió la aplicación del límite de cobertura pactado en el contrato de seguro, el cual fue consensuado en cumplimiento de una obligación legal. Afirmó que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los contratantes y -en consecuencia- el damnificado, como tercero, debe circunscribirse a sus términos si pretende invocarlo. Por último, señaló que si un tercero pudiese percibir del asegurador una suma superior a la contratada, no solo se violaría la Ley de Seguros -17.418- sino que se consagraría una obligación sin causa.

Con Votos de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, sostuvo la CSJN que la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 330:3483 y 331:379 y causas CSJ 166/2007(43-0)/CS1 "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y CSJ 327/2007 43-G)/CS1 "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008). También que esa Corte decidió que no obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro (CSJ 1319/2008 (44-M) /CS1 "Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009 y "Buffoni" (Fallos: 337:329).

Señalaron que la función social que debe cumplir el seguro no implica que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca (causa "Buffoni" -Fallos: 337:329-, citada) y que no se advertían razones que conduzcan a no aplicar los criterios sostenidos en el caso.

Sin perjuicio que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (artículos 957, 959 y 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (artículo 1022 del Código Civil y Comercial de la Nación)

Los contratos tienen efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. La relación obligacional legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre esta y el asegurado, enlazadas únicamente por el sistema instituido por la ley 17.418 (artículo 118 citado). Ambas obligaciones poseen distintos sujetos -no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación- tienen distinta causa -en una la ley, en la otra el contrato- y, además, distinto objeto -en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado-, en la medida del seguro.

En tal sentido destacaron que la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente "contractual", y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. Concluyeron que la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización "más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato" carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil.

Por su parte, el Dr. Rosenkratz destacó en su voto que cuando la letra de una norma es clara no cabe apartarse de su texto (Fallos: 327: 5614; 330: 2286), de modo que si su interpretación no exige esfuerzo, debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042).

Señaló que del tenor literal del artículo 68 de la Ley 24.449 no surge que la cobertura deba ser integral, irrestricta o ilimitada. La norma dispone, sí, la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para poder circular en un vehículo automotor pero en modo alguno determina cuál debe ser la extensión de la responsabilidad de la aseguradora. Agregó que del texto del mencionado artículo se deriva con facilidad que la extensión y las condiciones del seguro obligatorio del automotor serán las que determine la autoridad reguladora.

El seguro obligatorio del automotor tiene una finalidad social que excede el interés individual de los particulares que se encuentran alcanzados por el plexo normativo en cuestión. No obstante, la finalidad social del seguro de responsabilidad civil, que según la ley y la autoridad regulatoria es tanto proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito como permitir un fácil acceso de la comunidad al seguro, no autoriza *per se* a los jueces a declarar inoponible al actor el límite de la cobertura pactada entre aseguradora y asegurado.

Añadió que la decisión del tribunal *a quo* no puede encontrar sustento en el principio de compensación integral, ya que tal principio no es absoluto pues en materia de responsabilidad civil el legislador puede optar por diversos sistemas de reparación, siempre que estos se mantengan dentro del límite general impuesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional. El principio de la reparación integral no es incompatible con sistemas que establezcan una indemnización -limitada o tasada-, en la medida que el sistema en cuestión sea razonable (Fallos: 325:11; 327:3677, 3753; 335:2333). Por tanto, no toda disposición que tenga como consecuencia que algunos de los daños de la víctima no serán compensados necesariamente merece reproche legal o constitucional.

Por otro lado, argumentó que la regla de derecho según la cual los contratos no pueden perjudicar ni oponerse a terceros no es un fundamento válido para concluir que el límite de cobertura pactado en la póliza, de acuerdo con las condiciones fijadas por la Superintendencia, no es oponible a la víctima. Por el contrario, ese principio sugiere la conclusión opuesta. El contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (artículos 1137 y 1197 del código civil; actuales artículos 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación). La víctima de un daño es un tercero en relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, en tanto no fue parte de ese contrato (artículo 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. Si la víctima desea invocar el contrato de seguro en su beneficio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la ley 17.418, y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribirse a los términos de la póliza (artículos 1195 y 1199 del código civil; actuales artículos 1021 y 1022 del Código Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 337:329; 338:1252).

Finalmente, sostuvo que la Ley de Defensa del Consumidor (texto según la ley 26.361) no condiciona en modo alguno lo expuesto, ya que se trata de una ley general posterior que no deroga ni modifica una ley especial anterior, cuando dicha ley regula un régimen singular tal como ocurre en el caso de los contratos de seguro (Fallos: 337:329).

Por otro lado, los Dres. Maqueda y Rossati entendieron que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

2. PENAL

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Autos “P., L. M. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nro. 75.647 del Tribunal de Casación Penal, Sala V”, 25/10/17 (votos de los Dres. Lázzari, Pettigiani, Genoud y Negri)

Voces: NON BIS IN IDEM - JUICIO

Se interpuso Recurso de Casación contra la resolución del Tribunal en lo Criminal nro. 1 del Departamento Judicial La Plata que absolvió a Lucas Manuel Puig por los delitos de corrupción de menores agravada, en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la calidad especial del autor, en virtud de hallarse encargado de la educación de la víctima, y bajo la modalidad de delito continuado; en concurso real a su vez, con idénticos delitos, en idéntica relación concursal y modalidad comisiva, por tratarse de dos víctimas menores.

La Sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia anuló el veredicto absolutorio y ordenó el reenvío de las actuaciones a la instancia de origen para la celebración de un nuevo juicio, toda vez que la resolución carecía de motivación suficiente en tanto había prescindido de la evaluación de gran parte del plexo probatorio.

La defensa del imputado interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. Destacó que el reenvío de los autos a la instancia de origen a efectos de la sustanciación de un nuevo juicio, constituye una violación al principio non bis in ídem.

En oportunidad de emitir su voto, el Dr. de Lázzari sostuvo que “el caso de autos, en suma, no reúne las características necesarias para que se configure una violación a la garantía invocada. Dado que la sentencia anulada según el régimen ritual aplicable, carece de efectos, por lo que mal podría afirmarse que su reedición implique juzgar dos veces el mismo hecho, pues como ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos casos, hay solo uno que puede considerarse válido”.

Así las cosas, el Dr. de Lázzari estuvo por la negativa. Los Dres. Pttigiani, Genoud y Negri votaron por la negativa también por los mismos fundamentos que su colega.

Sala I, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, CN° 84069 “M., M. A. s/ RECURSO DE CASACIÓN”, 15/11/17 (Votos del Dr. Maidana, al que adhirió el Dr. Carral)

Voces: VIOLENCIA DE GÉNERO - DOBLE CONFORME - PRISIÓN PERPETUA - REINCIDENCIA - CONSTITUCIONALIDAD

El 11 de abril de 2017 el Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial La Matanza, condenó a M. A. M. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, con declaración de reincidencia, por resultar autor material y penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado por el vínculo y aborto, en concurso material entre sí (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 80 inc. 1 y 85 del CP.).

La defensa del condenado basó su agravio en que el Tribunal ha incurrido en errónea aplicación del régimen legal correspondiente a la valoración probatoria. Sostuvo además, en relación a la responsabilidad del imputado, que la sentencia contenía afirmaciones sin sustento probatorio, consecuencia de conjeturas regidas por el sistema de las libres convicciones y que el Tribunal analizó arbitrariamente la declaración de su representado. Consideró que la figura del homicidio debe encuadrarse dentro de las previsiones del homicidio preterintencional, pues no existió intención de parte de M. de causar la muerte de su pareja. Por último, planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y la declaración de reincidencia.

Expuso el Dr. Maidana que nos encontramos frente a un caso caracterizado por violencia de género, lo que implica la utilización de pautas analíticas e interpretativas específicas y particulares a dicha circunstancias. Frente a este tipo de violencia, es necesario aplicar una perspectiva de género, reconociendo que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer en todas sus formas (citó TCPBA, Sala VI, Causa n° 58.758 “Rodríguez, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación” del 29 de agosto de 2014, entre otras). La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres.

Agregó que ésta perspectiva reconoce, asimismo, la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática. Sin embargo, plantea a su vez que la dominación de género produce la opresión de género y ambas obstaculizan esa posibilidad. Una humanidad diversa y democrática requiere que mujeres y hombres (refiriéndome puramente al sistema binario al solo efecto de clarificar conceptualmente para el presente caso) seamos diferentes de quienes hemos sido, para ser reconocidos en la diversidad y vivir en la democracia genérica (citó Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N.º. 13, 2009, págs. 37- 55).

El derecho y la administración de justicia no pueden ser ajenos a ello. Y en consecuencia, la perspectiva de género debe ser entendida como comprensiva también del derecho en general y del derecho penal en particular. Así pues, sin perjuicio de que el legislador busque la igualdad empírica incluyendo a todos quienes pertenecen a la sociedad en diversidad de género, también corresponde a quienes formamos parte del sistema de justicia realizar una interpretación legal abarcativa de esta perspectiva.

Argumentó que cuando abordamos el análisis de la perspectiva de género particularmente en el derecho penal, las distintas posturas tendientes a la igualdad de género han sostenido que tanto las normas penales como la aplicación que de ellas hacen los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, cuando el juez aplica la norma tal como ésta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma, han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos (citó Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N.º. 13, 2009, págs. 37-55).

Por otro lado, destacó que de la simple lectura de la impugnación traída surgía que los motivos de agravio son, en su mayoría, una reedición de los reclamos efectuados en la instancia pero desechados con acabados fundamentos y sin que el impugnante ofrezca en esta ocasión un motivo eficaz que permita su revisión y haga procedente su admisión. Agregó que la motivación o expresión de agravios es el razonamiento de censura que el peticionante formula contra la resolución atacada, sea para destruir las premisas y

conclusiones de ella o para demostrar su ilegalidad y, por tanto, debe ser clara, precisa y específica (citó CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. V: La Actividad Procesal, Bs. As., EDIAR, 1966, ps. 468/469); de este modo, si la parte prescindió de formular una crítica concreta y eficaz contra los argumentos desarrollados en la sentencia que ataca, su recurso deviene inidóneo para torcer la decisión que aquélla contiene.

En relación al primer motivo de agravio sobre la interpretación probatoria, reiteró que el sistema probatorio consagrado por el art. 210 C.P.P. no prevé formas determinadas para acreditar un hecho delictivo, lo que procura afianzar la búsqueda de la verdad como objeto del proceso, e impide sostener que sus reglas sometan la convicción acerca de un determinado hecho o circunstancia, a su comprobación por un medio de prueba específico (arts. 209, 210 y 373 C.P.P.; citó TCPBA, Sala VI, Causa n° 56.107 “Sonda, Juan Alejandro s/ recurso de casación” del 21 de mayo 2013 y Causa n° 56.097 “Chávez, Alexis Sebastián s/ recurso de casación” del 27 de noviembre de 2013, entre otras). Adujo que contrario a la arbitrariedad y parcialidad aducidas por la defensa de M., el *a quo* hizo una valorización pormenorizada del plexo probatorio que lo llevó a acreditar sobradamente su autoría sobre el hecho y, consecuentemente, el dolo de homicidio cuestionado, restando entidad a las críticas del impugnante.

Sostuvo que no puede pretenderse que todas y cada una de las manifestaciones vertidas durante la audiencia de debate y las piezas incorporadas por lectura, sean meritadas en pie de igualdad y se les atribuya el mismo valor (arts. 209, 210 y 373 C.P.P.; citó TCPBA, Sala VI, Causa n° 56.107 “Sonda, Juan Alejandro s/ recurso de casación” del 21 de mayo 2013 y Causa n° 56.097 “Chávez, Alexis Sebastián s/ recurso de casación” del 27 de noviembre de 2013, entre otras) porque la propia naturaleza del deber encomendado a los magistrados los fuerza a sopesar los argumentos y pruebas sometidas a su consideración, descartando algunos y acogiendo otros, siguiendo a tal efecto las reglas del sentido común y la experiencia.

La intermediación impide revisar aspectos ligados a la comunicación directa y cuestiones singulares de percepción que hacen a la recepción oral de la prueba, y necesariamente otorga a los jueces de mérito un amplio margen de discrecionalidad, no arbitrariedad, ya que no pueden relegar el deber de documentar y exponer los motivos de su convicción, según las reglas de la sana crítica racional, a fin de cumplir con el mandato constitucional que exige que las sentencias sean fundadas.

En relación al agravio que plantea la inconstitucionalidad de la prisión perpetua y la reincidencia, advirtió que el análisis de la validez de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y la declaración de inconstitucionalidad debe estimarse como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino en casos de estricta necesidad (citó CSJN, Fallos: 260:153, 286:76; 288:325; 300:241, entre otros). Se trata de un remedio extremo, que sólo puede operar cuando resulte imposible compatibilizar la ley con la CN y los tratados internacionales que la integran (citó CSJN, Fallos: 328:1491), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (v. CSJN, Fallos 315:923; 321:441; SCBA, P. 70498, Ac. 29-XII-2004).

Argumentó que la crítica a la “perpetuidad” debe contextualizarse con lo impuesto por los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4.2, 5.2, 5.3, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.2, 10.1, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestra CN por el artículo 75 inc. 22, en virtud de los cuales se ratifica que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos (art. 18 CN), y se ha definido con mayor precisión la finalidad de la pena bajo términos de prevención especial positiva. La ejecución al orientarse a la readaptación y reforma de los condenados, con resguardo del concepto de persona y dignidad humana, excluye en todo aspecto legitimar un encierro de por vida, el que por propia naturaleza no cumpliría con la reintegración social, por lo que debe rechazarse toda acepción literal del término, pues ello haría trocar esa finalidad por otra y asignarle a la privación de libertad un componente de inocuización, retributivo y/o de defensa social vedado constitucional y convencionalmente.

Sin embargo, una interpretación dinámica del tópico impone un análisis que compatibilice y armonice el sentido y alcance de la pena a perpetuidad, negándole una duración *sine die* pues, de ser así, además, se atentaría contra el fundamento de proporcionalidad que rige respecto de la reacción penal del Estado, por aplicación del principio de culpabilidad que impide que la pena sea una sanción desmedida que transforme la privación en castigo o retribución (citó fallo de esa Sala, causa n° 55.384, “Vairo, Luciano Fabián s/ Recurso de Casación”, sent. del 31 de julio de 2013, reg. 296/13).

Añadió que en el ámbito del derecho internacional no existe una norma que impida la aplicación de una pena perpetua y que la prisión perpetua aplicada a M. no constituye un acto cruel, inhumano ni degradante de los que prohíbe el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en virtud que no

se consideran tales, aquellos dolores o sufrimientos que sean consecuencia de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (cfr. art. 1.1. de dicho plexo).

Señaló que el TEDH ha admitido la compatibilidad de sentencias de condena a encierro por tiempo indeterminado con la respectiva CEDH, sólo bajo la premisa de que se asegure debidamente el control judicial de las condiciones de la liberación y de que haya existido un examen concreto de la situación del afectado (citó Caso 7906/77, Serie A 50, “Van Droogenbroek”, del 24/6/82; Caso 23/1989/241-243, Serie A 190-A, “Thynne, Wilson y Gunnell”, del 25/10/90; Caso 9787/82, “Weeks”, Serie A, N° 114, del 2/3/87; Caso 6301/73, “Winterwerp”, Serie A 33, del 24/10/79; Caso 7215/75, “X v. United Kingdom, Serie A 46, del 5/11/81; cfr. citas en el Cons. 44 del voto del doctor Enrique Santiago Petracchi, en “Gramajo, Fallos 329: 3680).

Asimismo, que la constitucionalidad de la figura cuestionada ha sido convalidada por numerosos pronunciamientos de los tribunales superiores. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el principio constitucional del *ne bis in idem* no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurra en una nueva infracción criminal (citó Fallos 311:1451, 311:552). Ha establecido, además, que esto es así aun cuando se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comporta una pena más gravosa, pues lo que se sanciona con más rigor es sólo la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia. Este incremento en la severidad se debe al mayor grado de culpabilidad y desprecio por la pena que evidencia quien recae en el delito, tras haber cumplido una pena privativa de la libertad (citó Fallos 308:1938).

Finalmente, refirió que en igual sentido ha pronunciado también la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que incluso ha destacado que el instituto ha pervivido las numerosas reformas legales que se han sucedido y el escrutinio de la CSJN (P. 70.498, Ac. 29-XII-2004, P. 100.629, Ac. 6-V-2009, P100.924, Ac. 3-11-2010, P. 57.387, Ac. 1-XII-1999; P. 58.385, Ac. 22-XII- 1999; P. 65.719, Ac. 10-IX-2003; P. 94.467, Ac. 7-V-2008, entre otras).

Sala III, Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Isidro, CN° SI-31140-2018 “G. H. A. S/ ROL DE PARTICULAR DAMNIFICADO”, 15/3/18 (Votos de los Dres. Blanco y Herbel)

Voces: PARTICULAR DAMNIFICADA – OPORTUNIDAD – PRECLUSIÓN – DERECHO DE LA VÍCTIMA – DERECHO DE DEFENSA – ACUSACIÓN – CONTRADICCIÓN

V. G. C., hermana de quién en vida fuera N. C. C., víctima de homicidio en un contexto de violencia de género, solicitó ser tenida como particular damnificada (art. 77 C.P.P.) fuera del plazo previsto por el artículo 78 de dicho ordenamiento que prevé que "*...Para constituirse como Particular damnificado bastará su presentación espontánea, sin que con ella pueda retrogradarse la tramitación de la causa. [...] La constitución en calidad de particular damnificado solo podrá tener lugar hasta la oportunidad prevista en el artículo 336...*".

El magistrado del Tribunal en lo Criminal n° 5 de San Isidro decidió rechazar la petición, argumentando que el sistema de enjuiciamiento penal provincial es un proceso dialéctico de partes que reserva al juzgador el rol de árbitro; que no existen derechos absolutos, y las reformas al ordenamiento adjetivo obligan a presuponer que la oportunidad temporal contemplada en el artículo 78 aparece como razonable; que no se trata de un caso que connote factores denominados de gravedad institucional; y que no se trata de relativizar los derechos de la víctima, sino de concederle oportunidad de intervención en los momentos procesales que la legislación establece.

La Dra. S. A. S., letrada patrocinante de V. G. C., designada por la Comisión de Defensa a la Víctima del Colegio de Abogados de San Isidro, dedujo formal recurso de apelación y sostuvo que se ha realizado una interpretación aislada y restrictiva del art. 78 C.P.P., puesto que si bien no existen derechos absolutos, la reglamentación de los mismos debe respetar el principio de razonabilidad consagrado por el art. 28 de la CN; que la interpretación efectuada por el *a quo* se traduce en un excesivo rigorismo formal; que las particularidades y complejidades del evento investigado, sumado a las dificultades en materia afectiva, emotiva y social, y principalmente porque las sobrinas de su asistida habían quedado desamparadas, motivaron que recién el 22/11/17 el Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados de San Isidro le designara un abogado, y en el marco de una reunión el 06/12/17 se confeccionara el escrito oportunamente presentado ante el Tribunal en lo Criminal Nro. 5 el 07/12/17. Que no advierte qué inconveniente podría generar la admisión como particular damnificada de su patrocinada.

La Sala III hizo lugar al recurso interpuesto por la letrada patrocinante de V. G. C. El Dr. Blanco sostuvo que en las últimas décadas se ha producido un "redescubrimiento global" del rol de las víctimas y que la legislación bonaerense se ha adaptado a esta moderna coyuntura mediante la sanción de la Ley 13.943.

Argumentó que cabe realizarse, respecto del art. 78 del ritual, una interpretación extensiva de los derechos establecidos a favor de las personas vinculadas al proceso (cfrme. art. 3 C.P.P.), aun más atendiendo también a la inviolabilidad de la defensa en juicio (cfrme art. 1 C.P.P.). Entendió que la ausencia de retrogradación del procedimiento reclamada por el legislador bonaerense en el párrafo primero de la norma en estudio se erige como una condición de posibilidad para constituirse en el rol de particular damnificada, y la limitación temporal del párrafo segundo debe necesariamente conjugarse y analizarse en dicho contexto.

La compatibilidad de ambos párrafos en el caso no acarrea mayores inconvenientes, puesto que encontrándose en los preliminares del juicio y no habiéndose celebrado aún la audiencia preliminar, de receptarse favorablemente la pretensión de la Dra. S. de tener por particular damnificada a su patrocinada C., ambas podrían ejercer dicho rol conforme lo establecido en los arts. 79 y 338 párrafo 6° del C.P.P., en la oportunidad prevista por el art. 338 párrafo 4° del mismo cuerpo legal.

Destacó que no se invocó ni se advertía perjuicio alguno al derecho de defensa del imputado ni al plazo razonable de duración del proceso. Por tanto, habilitar a C. para ejercer la calidad de particular damnificada mal podía resultar violatorio de garantías constitucionales del imputado, máxime cuando el requerimiento acusatorio de citación a juicio ha sido formulado por la agente fiscal con una acusación principal de homicidio doblemente agravado por el vínculo y por ser perpetrado en un contexto de violencia de género -femicidio- (Art. 80 incs. 1° y 11° C.P.) y, con una acusación alternativa de homicidio preterintencional agravado por el vínculo (art. 82 en función del art. 81 inc. 1° apartado b y 80 inc. 1° C.P.).

Concluyó que el justiciable y su defensor particular se encontrarán en condiciones de controvertir -merced a los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen el juicio oral- la hipótesis de cargo y, consiguientemente los argumentos que C. y su asistente técnica pudieran esgrimir.

Agregó que resultaban trascendentes las explicaciones brindadas por la Dra. S. A. S. relacionadas con la demora en la presentación del escrito peticionando la admisión de C. en calidad de particular damnificada, pues destacó que su patrocinada debió contener a sus sobrinas menores de edad, hacerse cargo y peticionar judicialmente la tenencia de las mismas, continuar con su educación, costear su manutención, dedicarse a su formación y cuidado, todo ello con las consecuencias afectivas, emocionales y sociales que conllevó la

muerte de su hermana, y a pesar de carecer de recursos económicos para ello; en definitiva, priorizar la preservación de sus sobrinas menores de edad quienes quedaron desamparadas, e intentar superar incluso ella misma tan traumático evento.

Por su parte el Dr. Herbel adhirió al voto de su colega, con los siguientes fundamentos: Sostuvo que el art. 78 C.P.P. niega a la víctima la posibilidad de constituirse en particular damnificado una vez transcurrida la oportunidad del art. 336 del ritual y que sin duda esto opera categóricamente en la etapa para la cual fue realizado el precepto, ya que pretender que este sujeto procesal eventual pueda requerir independientemente una vez que ya precluyó su oportunidad para constituirse en parte, importaría una retrogradación del proceso solo fundada en la imprevisión de esa parte y en perjuicio del imputado respecto de quién el fiscal ya se expidió.

Sin embargo, ese precepto no debe ser interpretado restringiendo el derecho otorgado a una persona (art. 3 C.P.P.); sino que por el contrario, siempre debe estarse a la inteligencia que brinde mayores derechos a las partes, máxime cuando el ejercicio pretendido tenga respaldo constitucional (art. 8.1 y 25 CADH); y siempre que no perjudique al imputado en su defensa en juicio, retrogradando el proceso a etapas precluidas o lesionando sus posibilidades defensivas al incorporar directamente al debate un nuevo acusador, en detrimento de la estrategia ensayada para resistir la imputación de otro acusador, en base al cual se materializa el juicio.

Concluyó que en el presente caso, opera el precepto del art. 78 del ordenamiento de forma, como obstáculo para que la víctima, tenida por particular damnificada, realice un requerimiento independiente del fiscal; mas, con la interpretación que aquí se insta, no abarcaría su eventual participación en los pasos procesales del juicio que aún no han sido perfeccionados.

Tribunal en lo Criminal nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro, CN° 4915 (Sorteo nro: SI-237-2017) “C. T., G. F. s/homicidio y tva. de homicidio”, 15/12/17 (voto de la Dra. Márquez, a los que adhirieron de manera unánime los Dres. Ortolani y Aquino)

Voces: CULPABILIDAD - INIMPUTABILIDAD - CARGA DE LA PRUEBA – DOLO EVENTUAL – CULPA CONSCIENTE – ART. 84 BIS DEL C.P.

Tras el debate, el Fiscal y los querellantes tuvieron por comprobado que el día 17 de enero del año 2016 con anterioridad a las 4.21 horas, G. C. T. se encontraba conduciendo el rodado marca Ford Fiesta dominio (...) bajo el consumo de sustancias alcohólicas, verificados entre 1.3 y 0.8 gramos de alcohol en sangre por la Autopista Panamericana en sentido a Capital. Luego de unos minutos -presumiblemente a la altura de la calle Quintanilla de la traza principal de Panamericana- cambió su rumbo, y comenzó a conducir en forma anti reglamentaría, de manera temeraria y bajo el consumo de las sustancias antes manifestadas, dado que condujo en contramano por la traza principal en sentido Pilar Campana. Acto seguido, en pleno conocimiento de esa circulación anti reglamentaría y sin optar por acciones que hubieran evitado el desenlace final, prosiguió su marcha en sentido inverso de la traza por el carril rápido y tras circular así por casi dos kilómetros, colisionó frontalmente contra la camioneta Volkswagen Saveiro dominio (...), conducida por N. A., siendo que además en el mismo viajaban L. N. Z. y V. E. C., vehículo éste que circulaba con el debido deber de cuidado y en el sentido correcto. Producto del impacto ocasionado por el vehículo conducido por C. T., se produjo el deceso inmediato de quien en vida fuera N. A., mientras que L. N. Z. falleció a consecuencia de las lesiones infringidas por el delictivo accionar de C. T. a las 9.30 horas en el Hospital de trauma de Pablo Nogues, en tanto que V. C. sufrió lesiones que fueran caracterizadas como graves, siendo que el accionar de C. T. además puso en riesgo la vida de la misma quien expulsada del rodado y quedó tendida sobre la traza principal de la Autopista Panamericana. Indefectiblemente este resultado final fue receptado y aceptado por C. T. al momento de llevar a cabo su designio criminal esto es, circular en sentido contrario por Panamericana desde las proximidades de la Ruta 202 en la localidad de Don Torcuato hasta el kilómetro 28,5 sin importar las consecuencias del delictivo accionar que desarrolló con pleno conocimiento, provocando a ésa altura de la traza el fallecimiento de los mentados Z. y A., como así también provocó un grave daño en la salud respecto de C. y puso en riesgo la vida de esta última.

Tanto el acusador público como los particulares reclamaron que se condene al imputado por los delitos de homicidio simple reiterado (dos hechos) en concurso real con homicidio simple en grado de tentativa –arts. 42, 45 y 79 del Código Penal-.

Al realizar sus alegatos la defensa planteó que su defendido, al momento de producirse el hecho no se encontraba consciente de lo que sucedió, encontrándose en una de aquellas situaciones previstas por el art. 34 inc. 1º del Código Penal. Adujo que el alcohol no es el único elemento que debe tenerse en cuenta para determinar la inimputabilidad de su ahijado

procesal, ya que éste actuó como “disparador” sobre una patología física que inhibió su conciencia.

Subsidiariamente, en relación a la calificación legal, alegó un estado de duda sobre el dolo de su asistido y que éste pudo haberse encontrado en una “inimputabilidad disminuida” que le impidiera encarrilar su acción dentro de la figura dolosa, argumentando que el hecho debe ser calificado como homicidio culposo (art. 84 del Código Penal).

Agregó que la redacción del artículo 84 *bis* segundo párrafo que incorporó la Ley 27.347 al Código Penal, al agravar el delito imprudente con la configuración de las circunstancias que usualmente se utilizan para dar basamento a una imputación a título de dolo eventual, implica la imposibilidad de tal imputación dolosa por dichas circunstancias.

El Tribunal en lo Criminal n° 1 tuvo por comprobada la materialidad del hecho y la responsabilidad del imputado. Respecto a la primera cuestión alegada por la defensa, sostuvo que es principio procesal que cada parte tiene la obligación de probar los extremos en los que se apoya su pretensión, así como que quien pretende la aplicación de una eximente de responsabilidad, cualquiera que fuera, carga con el imperativo legal de demostrar su concurrencia al caso (Citó TCPBA, Sala II, 10-10-02, “Espada, Matías Ernesto”).

Señaló que en este caso no se encontraba controvertida la circunstancia de que el imputado hubiera bebido y en esas condiciones asumiera la conducción de su rodado, y que lo que puso en duda la defensa es que hubiera podido comprender la criminalidad del hecho y/o dirigir sus acciones, no ya por la ingesta alcohólica en sí, sino porque ésta operó sobre un “foco epileptógeno” del imputado, que conllevó a que perdiera la conciencia y entrara en un estado crepuscular.

Expuso el Tribunal que durante el debate no se acreditó que el imputado se trate de un individuo con una patología física de base, que permita concluir acerca de situaciones de episodios epileptoides previos, ni ello surgía de su descargo.

Por tanto, descartó la hipótesis planteada por la defensa, agregando que “El estado de inimputabilidad debe ser corroborado de manera fehaciente; no alcanzan, al efecto, las meras conjeturas. Quien alega la ebriedad como eximente de pena o como atenuante, debe probarla” (citó Terragni, Marco Antonio, Responsabilidad penal del ebrio, Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, p.90)

En cuanto a la calificación legal, el Tribunal encuadró los hechos en los delitos de homicidio –dos hechos- y homicidio en grado de tentativa, en concurso ideal entre sí (arts. 42, 45, 54 y 79 del Código Penal).

Destacó que no existe en el ordenamiento penal la figura de inimputabilidad disminuida, lo que zanjaba la cuestión al respecto. Por otro lado, con citas en la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, argumentó que el imputado se encontraba en el primer período de embriaguez y que en ese período de intoxicación no hay alteración de la conciencia, el individuo conserva sus funciones cognitivas y volitivas, manteniendo el control de la conducta, por lo que la persona puede comprender la criminalidad de los actos que realiza y dirigir las acciones. La memoria está conservada por lo que no hay amnesia de lo ocurrido (citó Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, c. 72.016 “M., M. E. s/ recurso de casación, rta. 27/10/15).

En cuanto a la actual redacción del artículo 84 *bis* segundo párrafo del C.P., incorporado por la Ley 27.347 al Código Penal, el Tribunal hizo eco de un voto del Dr. Pitlevnik de la Sala II de la Cámara de Apelaciones y de Garantías en lo Penal de San Isidro, quien señaló que “... no acompañó la pretensión de parte de la defensa en cuanto a que la reforma ha puesto fin a la discusión sobre dolo eventual. Ciertamente es que aquello que puede extraerse de los antecedentes legislativos permitiría suponer que la intención de algunos legisladores podía encaminarse en ese sentido conforme parece surgir de las sesiones del 10 de junio de 2015 (Honorable Cámara de Diputados de la Nación) y 23 de noviembre de 2016 (Honorable Cámara de Senadores de la Nación), de los registros disponibles en la Dirección de Información Parlamentaria de la HCD... Además, dable es destacar que varios legisladores entendieron también que la inclusión de la culpa temeraria en la reforma resultaba asistemática y no zanjaba la discusión que la defensa entiende terminada (senadores Paía, Pinedo). De hecho, el diputado Garrido había mencionado que la exclusión del dolo eventual a partir de la inclusión de la culpa temeraria podía resultar evidente en el último anteproyecto de reforma del Código Penal que excluía expresamente al dolo eventual, pero resultaba más difícil de afirmar en este caso cuando se trata de una reforma parcial a dos artículos del Código vigente... Por último, también cabe señalar que es irrazonable sostener que el legislador haya excluido el dolo eventual en el homicidio y las lesiones, sólo para el caso del tráfico automotor. En primer lugar porque crearía una categoría dogmática solamente para los hechos de lesiones y homicidio cometidos en el tránsito. Además porque nada habilita a pensar que tácitamente el congreso ha abolido el dolo eventual de todos los demás delitos del código. Y en tercer lugar porque si no lo hizo, la reforma habría tenido un

efecto –en parte- contrario a lo que sus impulsores pregonaban: que sólo para los casos de homicidio con dolo eventual en el tránsito la pena sería mucho más baja que la de cualquier otro homicidio con dolo eventual (o de cualquier otro delito cometido con dolo eventual que no incluyera supuestos de culpa temeraria)” (citó Cám. de Apelación y Garantías en lo Penal, Sala II San Isidro “N.A.,T. s/incidente de apelación eximición de prisión”, rta. 13/02/2017).

Argumentó el Tribunal, entonces, que el imputado había actuado con dolo eventual ya que resultaba legítimo entender que, habiendo C. T. ingresado de manera consciente a la Panamericana, también fue consciente la elección de aquellas decisiones asumidas mientras conducía el rodado en dirección a la ciudad de Buenos Aires, como la de cambiar el sentido de circulación y transitarla de manera antirreglamentaria desafiando el sentido del tránsito, por el carril de la mano rápida, sin haber optado por realizar alguna otra maniobra, desplazándose por alrededor de dos kilómetros a pesar de los numerosos avisos lumínicos que le realizaban los otros rodados.

En tal sentido sostuvo que “una conducta imprudente importa la asunción de un riesgo que se desencadena en un resultado lesivo. Pero cuando los riesgos asumidos son de tal magnitud que la probabilidad del resultado se acerca a la certeza, es correcto adecuar la conducta al tipo doloso, en la modalidad de dolo eventual. Esto quiere decir que aún cuando el autor diga que no desea el resultado, hay un momento en el que el aumento del peligro ocasionado y conocido por él es tal, que el hecho ya no importa temeridad o asunción desmedida de riesgos, sino más bien la probabilidad rayana en la certeza de que la conducta derivará en un resultado lesivo”.

Argumentó el Tribunal que resulta irracional concluir que el imputado carecía de algún elemento que no le permitiera obtener un diáfano pronóstico a su conducta, frente a la certeza y proximidad del resultado lesivo que finalmente aconteciera, y no hizo absolutamente nada para neutralizar el curso de los hechos.

Concluyó que circulando de contramano en las condiciones antedichas el imputado “de ninguna manera pudo dejar de representarse como posible o probable el resultado allegado, y (...) continuó adelante con dolo eventual” (citó T.C.P. de Buenos Aires, Sala II, “S.,C.L. s/ recurso de casación”, causa nro.79.752, rta. 01/06/2017).

Tribunal en lo Criminal nº 2 de Bahía Blanca “L., J. O Y. O. por homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (Grooming) y robo en concurso real”, 19/10/17 (votos de los Dres. Fortunatti, Baquedano y Casas)

Voces: ACOSO TECNOLÓGICO (GROOMING) - VIOLENCIA DE GÉNERO - HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO - ALEVOSÍA - FEMICIDIO - CONCURSO DE DELITOS.

Llegan los autos al Tribunal en lo Criminal nro. 2 del Departamento Judicial Bahía Blanca para resolver en el marco de la causa que se le sigue a L., J.O. por el siguiente hecho: “Desde el mes de febrero de 2016, J. O. L., quien mantenía frecuentes comunicaciones electrónicas con múltiples mujeres menores de edad, comenzó a comunicarse con M. A. O., de 12 años de edad, a través del sistema de mensajería de la red social *Facebook*, con la intención de abusar de la integridad sexual de la niña. Utilizó para ello la cuenta de usuario de nombre ‘L. R. d. R.’, en la que simuló ser una persona de sexo femenino, en tanto que M. A. O. utilizaba la cuenta de usuario de nombre ‘K. C.’. Posteriormente, entre las 20.30 hs. del día 22 de abril de 2016 y las 03.20 hs. del día 23 de abril de 2016, utilizando las mismas cuentas de *Facebook* mencionadas, el imputado y M. A. O. mantuvieron diversas conversaciones. En las mismas, J. O. L. aprovechó la intención de la niña de irse de su domicilio y haciéndose pasar por una persona de sexo femenino, con la intención de abusar de la integridad sexual de la niña, le ofreció a M. A. O. alojarla en su domicilio que falsamente le indicara como ubicado en el barrio Villa Rosas de Bahía Blanca. Asimismo, con el fin de lograr el consentimiento de M., quien desconocía cómo llegar hasta ese sector de la ciudad, le propuso que un primo pasaría a buscarla para llevarla hasta su domicilio, lo que M. finalmente aceptó, conviniendo en encontrarse con él horas más tarde en la vereda del colegio al que asistía la niña, sito en la calle Bolivia n.º de esta ciudad, desde donde sería guiada a pie por el supuesto primo de “L. R. d. R.” hasta la vivienda de esta última. El 23 de abril de 2016, alrededor de las 09.00 hs., J. O. L., simulando ser el primo de ‘L. R. d. R.’, se encontró con M. A. O. en el lugar indicado. Desde allí, con el propósito de abusar sexualmente de la niña y apoderarse de sus efectos personales, la condujo a pie durante un largo trayecto, llegando fuera de las zonas pobladas de la ciudad hasta el km. 702 de la Ruta Nacional nro. 3, para luego ir hacia la derecha por las vías férreas, hasta aproximadamente el cruce con el arroyo Saladillo o Dulce, desde donde se dirigieron también hacia el sector derecho, a unos 50 metros desde las vías. En dicho lugar, despoblado y de difícil acceso, donde la niña no podía procurarse ningún auxilio, J. O. L., aprovechándose de esa situación

de indefensión en la que había colocado a la menor así como de su superioridad física, intentó abusar sexualmente de M. y se apoderó de un teléfono celular marca LG color blanco IMEI n.º, una plancha para cabello marca Gamma Titanium 661 y una campera, objetos de propiedad de la niña. En esas mismas circunstancias de tiempo y lugar, con el fin de procurarse la impunidad de las acciones precedentemente descritas y evitar que lo denuncie e identifique, agredió físicamente a M. A. O., provocándole importantes traumatismos encefalocraneanos que le ocasionaron hemorragia intracraneal con compromiso irreversible de centros nerviosos vitales superiores (lesiones compatibles con las ocasionadas por golpe o choque con o contra una superficie dura, de gran masa y animada de gran violencia) y concomitantemente aplicó a la víctima compresión cervical externa, utilizando una remera blanca anudada fuertemente al cuello, ocasionándole infiltración hemorrágica de músculos cervicales anteriores remanentes y congestión de mucosa laringea y fractura de huesos hioides, provocándole asfixia mecánica (síndrome asfíctico), todo lo cual llevó al deceso de la niña. Los hechos descritos fueron realizados por J. L. hacia una mujer menor de edad mediando violencia de género, en tanto se cometieron en el contexto de una desigual relación de poder establecida respecto de la víctima, a quien el imputado eligió por su condición de género y edad (mujer menor), contactó mediante engaños y atacó con extrema violencia y en “circunstancias desventajosas para la niña, aprovechando la situación de subordinación y sometimiento en la que la había colocado”; constitutivo de los delitos de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género, comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (Grooming) y robo, todos en concurso real. Tal fue la acusación del Ministerio Público Fiscal, compartida por el particular damnificado (los padres de la niña víctima). Ambas partes solicitaron se le imponga a J.L.O. la pena de prisión perpetua con más declaración de reincidencia.

La defensa técnica del encartado sostuvo que la calificación legal debería ser la de homicidio en ocasión de robo, por lo que le correspondería la imposición de 20 años de prisión.

En su voto, la Dra. Baquedano, analizó pormenorizadamente la conclusiones de la autopsia llevada a cabo sobre el cuerpo de la menor, siendo la causa de su deceso *“traumatismo severo de cráneo y compresión cervical externa. La manera de muerte fue violenta, compatible con la homicida”*.

Respecto a la estrangulación y heridas concordantes con ataduras, las mismas se habrían infringido *post mortem* o encontrándose la víctima en estado de inconsciencia previo a la

muerte. Tales circunstancias, llevan a la jueza. a hablar de la comisión del hecho mediando alevosía y cita a D'Alessio diciendo que “la alevosía requiere dos requisitos: uno objetivo, por el cual la víctima debe encontrarse en un estado de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, aún la agravante es compatible con una resistencia mínima (...), la indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima y puede haber sido procurada por el autor o simplemente aprovechada por él. Y el requisito subjetivo, es que el autor obre sobre seguro, es decir, sin el riesgo que puede significar la reacción de la víctima o de terceros con el fin de oponerse a la agresión, requiriendo ello una preordenación de la actividad de la agente para actuar con esa seguridad, es decir, la procuración o el aprovechamiento de ese estado de indefensión, lo cual no implica premeditación”.

Continuando con el análisis, la Dra. Baquedano menciona que el contacto con la menor víctima se produjo sin dudas con fines sexuales, ello a la luz de los diversos testimonios vertidos en el juicio oral de otras menores con las que el imputado habría mantenido contacto cibernético, y teniendo en consideración el informe glosado que evidencia una clara intención de acceso carnal coetáneo al hecho. Sobre esto, cita textualmente: “cabe destacar que si bien no se constataron elementos que indiquen acceso carnal coetáneo al hecho (lesiones genitales o para genitales), las características previamente descriptas permiten inferir que el homicidio resulta consecuencia de haber querido concretar una relación sexual, probablemente no consentida. Al respecto dice el Dr Osvaldo H. Raffo ‘La vinculación de la estrangulación con delitos sexuales siempre debe sospecharse, especialmente cuando se trata de mujeres y de menores. Debe tenerse en cuenta que este género de muerte admite esquemáticamente tres períodos: a) resistencia y lucha, b) inconsciencia. C) asfixia y muerte (...)’”.

Concomitante con aquello, la perito especializada afirmó “se infiere una intención de índole sexual, una vez que se produce el ataque la ata de pies y manos, le sustrae las zapatillas – una vez que estaba en la posición final – y los demás elementos (teléfono y planchita). En cuanto a los indicios que el hecho fue de índole sexual, es por la elección del lugar, sumamente apartado del casco urbano, la distancia existente entre el primer encuentro y el hecho – 10 km –, diferenciando que si era un robo se podía haber concretado mucho antes, además, el hecho se comete en el medio de una vegetación frondosa, el torso de la joven estaba semidesnudo, los breteles hacia abajo. La hipótesis de robo es la más devaluada por el informe integrador”.

Respecto a la autoría, el defensor oficial sostuvo que si bien quedó demostrada la comunicación entre su asistido y la menor víctima, no se encontraba acreditada la finalidad que requiere el *Grooming* como elemento subjetivo y negó la existencia de delito sexual alguno, como así también la agravante de violencia de género.

Tales circunstancias, a criterio del Tribunal, sí se encontraban acreditadas. Sostuvo la Dra. Baquedano que “sin dudas estamos ante un homicidio triplemente calificado por haberse cometido sobre una mujer mediando violencia de género, por alevosía y para ocultar otros delitos y por no haber logrado el fin e intención que guiaba su conducta de cometer un delito contra la integridad sexual, en concurso real con los delitos de acoso sexual tecnológico y robo”.

A continuación, mencionó que estamos frente a un homicidio conexo con otro delito (*criminis causa*) porque L. al matar tuvo como finalidad ocultar una conducta delictiva anterior, procurando su impunidad y como reacción al no haber logrado el fin propuesto de concretar abuso sexual.

Sobre la restante agravante de calificación del homicidio en trato, recuerda la Dra. Baquedano que la violencia de género se da en aquellas circunstancias en que la víctima mujer es escogida por un varón, la que no es considerada como un igual, sino como algo menor o incluso como un objeto.

Cita la jueza la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, siendo que a la luz de ella, nos encontramos frente a un femicidio. Resalta que “para que pueda hablarse de violencia de género no se requiere de la existencia de pluralidad de hechos o de conductas o episodios de violencia hacia la mujer, un solo hecho violento, pero que tenga fundamento o motivo en la relación desigual de poder que implica una situación de dominación del varón sobre la mujer, basta para que pueda hablarse de violencia de género”.

Sobre el análisis del tipo penal del art. 131 del código de fondo, la magistrada citó un fallo del mismo departamento judicial que sostuvo que “Se trata de un delito doloso, autónomo, de peligro, en el que el legislador adelanta la barrera de protección tipificando actos preparatorios de un eventual abuso sexual, a fin de prevenir la comisión de estos delitos en perjuicio de los menores, dada su vulnerabilidad. La acción típica consiste en contactar a un menor de 18 años a través de cualquier medio de comunicación tecnológica, es decir se trata de entablar una conexión personal a través de medios tecnológicos, un contacto

‘virtual’ como fase previa para la comisión de un delito que afecte la integridad sexual a través de un contacto corporal, aunque el delito subsiguiente podría cometerse sin este contacto directo. Por eso, el contacto virtual con el menor no basta para configurar el delito sino que es necesaria la presencia de un elemento subjetivo ultraintencional distinto del dolo, un propósito subyacente del autor, que aparece redactado por la ley de la siguiente forma: ‘...con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma’.

Adhiriendo los Dres. Casas y Fortunatti a los fundamentos de la Dra. Baquedano, se resolvió condenar al procesado como autor penalmente responsable del delito calificado *ut supra*, a la pena de prisión perpetua, dejándose constancia de su condición de reincidente.

6.

Artículo

El principio de contradicción en el nuevo régimen de flagrancia (Ley n° 27.272). Soluciones brindadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en torno a los institutos de la excarcelación y la prisión preventiva.

Por Nicolás E. Renom

Introducción

Con la aplicación de la ley de flagrancia (Ley n° 27.272) se han suscitado nuevos escenarios en el seno de la instancia de instrucción de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, muchas veces asociados al nuevo paradigma introducido por dicha norma.

De hecho, el artículo 353 *bis* del C.P.P.N., en su nueva redacción, expresa que las decisiones jurisdiccionales que se tomen en las distintas audiencias previstas para casos de flagrancia, debe ser realizadas en forma oral y contradictoria, respetándose los los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Estas formas y principios, que evidencian una tendencia legislativa hacia un proceso acusatorio y adversarial, eran otrora

ajenas a la etapa investigativa del Código Procesal Penal de la Nación y escapan casi totalmente al trámite común que aún rige el proceso penal en dicho ordenamiento legal, aunque en los últimos tiempos -desde la jurisprudencia- se haya intentado incorporar al proceso ordinario principios de corte acusatorio.

Este artículo se propone exponer algunas de las soluciones que han sido brindadas desde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, específicamente en fallos vinculados a los institutos de la excarcelación y la prisión preventiva, donde se han debatido los alcances del principio de contradicción y sus consecuencias, especialmente sobre los roles y las facultades de las partes y de los magistrados intervinientes, tanto en primera como en segunda instancia.

En efecto, gran parte de los nuevos escenarios que se suscitan con motivo de la aplicación del nuevo régimen de flagrancia en las audiencias de la etapa de instrucción se vinculan con el contradictorio. Se ha sostenido que el principio de contradicción implica “la exigencia institucional de conferirle a las partes, iguales oportunidades para el ataque y defensa de sus intereses”(cfr. Borthwick, Adolfo E. C., *Principios Procesales*, Editorial MAVÉ, Corrientes, 2003, p. 49). Tal sería el alcance básico en cualquier proceso contradictorio, incluso en el trámite común previsto en el Código Procesal Penal de la Nación. Sin dudas, en el ámbito penal no podría considerarse que se ha respetado la garantía constitucional de debido proceso si no se ha escuchado a alguna de las partes del conflicto (ya sea el imputado, el fiscal o la querrela). Sin embargo, el principio de contradicción, desde un punto de vista procesal adversarial -como al que parecieran dirigirse las nuevas reglas que rigen el trámite de flagrancia- también implicaría que la decisión jurisdiccional se encuentra únicamente habilitada cuando existe una controversia entre las partes y deba basarse en lo alegado por éstas.

La cuestión en los diversos fallos de la cámara que examinaremos, entonces, ha sido establecer -expresa o tácitamente- el alcance del principio mencionado en el nuevo régimen de flagrancia, determinando si el juez puede resolver sin que exista un planteo efectivo de las partes o, incluso, de manera contraria a lo acordado por éstas.

El principio de contradicción en las audiencias previstas en los artículos 353 ter, quater y quinquies del C.P.P.N.

Como dijimos, una de las cuestiones abordadas por la alzada ha sido la posibilidad de que el juez de primera instancia resuelva de manera adversa cuestiones atinentes a la libertad del imputado, cuando no ha existido controversia entre las partes, es decir, cuando no ha habido contradicción. Por ejemplo, en un caso la defensa solicitó la excarcelación de su asistido bajo caución juratoria, sin objeción por parte de la fiscalía, y el Juez interviniente, no obstante, resolvió denegarla.

Opinó de forma unánime la Sala 6 (con votos de los Dres. Lucini y Pociello Argerich), que el juez de primera instancia había excedido sus facultades, ya que éste únicamente se encontraba habilitado a expedirse cuando hubiere existido contradicción entre las partes. Concluyó la Alzada que la ausencia de oposición a la soltura del fiscal sólo le permitía resolver en ese sentido (Cfr. C.N.Crim. y Correc., Sala 6, Dres. Lucini, Pociello Argerich, c. 8.256/17 “Ruiz Franco David s/ excarcelación”, rta, 15/2/2017). Según este criterio, entonces, los Jueces se encuentran vedados de resolver cuestiones relativas a la libertad por fuera de las pretensiones de las partes, por lo que el magistrado de primera sólo se encuentra habilitado a denegar la excarcelación del imputado cuando existe un requerimiento del Ministerio Público Fiscal en tal sentido.

Este criterio fue también sostenido en relación con el tipo de caución que puede escoger el magistrado de primera instancia al conceder la excarcelación del imputado. De hecho, en un caso donde la defensa había solicitado la libertad bajo caución juratoria de su asistido - sin oposición por parte de la fiscalía- y el Juez interviniente resolvió excarcelar al imputado bajo caución real, la mayoría de la Sala 1 (con votos de los Dres. Bunge Campos y Rimondi) consideró que en ese caso el magistrado de la instancia anterior había resuelto *ultra petita* porque la propuesta de la defensa no había sido controvertida por el Fiscal y la decisión de agravar la caución excedía las facultades que le otorga el actual régimen de flagrancia. Argumentó que el órgano jurisdiccional sólo puede pronunciarse mediando contradicción y concluyó que la ausencia de ésta sólo habilitaba a la homologación de lo acordado por las partes, esto es, la excarcelación bajo caución juratoria (Cfr. C.N.Crim y Correc. Sala 1, Dres. Bunge Campos, Rimondi, Lucini, en disidencia parcial, c. 8.963/17 “Bogado, Manuel Juan s/ suspensión del juicio a prueba – excarcelación”, rta. 1/03/2017).

Sin embargo, en el fallo mencionado, esa postura no fue pacífica. En lo tocante a la posibilidad del Juez de imponer una caución diversa a la solicitada por las partes, la disidencia sostuvo que, aunque no haya existido objeción por parte de la fiscalía, el juez de primera instancia se encontraba facultado a fijar una caución diversa a la solicitada, pues la

opinión del Fiscal no resultaba vinculante en ese sentido, al no encontrarse ello expresamente establecido en el catálogo procesal.

Otra cuestión debatida en la alzada fue si existen escenarios en los cuales el magistrado de primera instancia se encuentra habilitado a tomar una decisión jurisdiccional sin que hubiere existido un planteo concreto de las partes durante la audiencia. En este sentido, resulta interesante la opinión brindada por el Dr. Pinto quien trazó una diferencia en el rol del juez y la facultad de éste para decidir, conforme nos encontremos en la audiencia inicial, prevista en el artículo 353 *ter*, o en la audiencia de clausura del 353 *quinquies* del C.P.P.N.

Argumentó que la audiencia inicial del nuevo régimen de flagrancia se asemeja a las audiencias de control de la detención previstas en los ordenamientos procesales acusatorios, donde el juez tiene la obligación de examinar la detención del imputado sin que medie pedido de parte en ese sentido, ya que el impulso para que resuelva la cuestión estaría dado por la detención que produjo la prevención policial (Cfr. C.N.Crim y Correc, Sala 5, Pinto, López González, c. 2.645/17 “Goroso, Pablo E. s/ excarcelación”, rta. 10/02/2017). Entonces, en la audiencia inicial la controversia en torno a la procedencia de la detención del imputado viene ya planteada por la propia privación de la libertad en la que el imputado llega a la misma (que, vale agregar, ha sido promovida por el fiscal al darle el trámite de flagrancia), que debe ser controlada por el juez interviniente, aún cuando no hubiere un pedido expreso de liberación.

En dicho fallo, el mencionado magistrado señaló que la situación es distinta cuando se trata de la audiencia de clausura ya que -según la letra del artículo 353 *quinquies* del C.P.P.N.- es la parte acusadora la que debe solicitar la imposición de la prisión preventiva. Por tanto, el juez de primera instancia carece de la facultad de dictar la medida cautelar mencionada sin pedido expreso de esa parte, incluso si la fiscalía no lo hiciera en toda la audiencia, ya que la oportunidad de ésta para pedirla habría precluido (debiendo liberarse al detenido). Conforme este punto de vista, la prisión preventiva se encontraría sujeta a la pretensión de la fiscalía, sin la cual -y previa vista a la defensa- el juez no podría resolver en tal sentido.

Otro fallo en el que se debatió la posibilidad de que exista una decisión jurisdiccional sin un planteo efectivo de la parte, tuvo lugar en un caso en el cual, durante la audiencia multipropósito se rechazó la excarcelación plantada por la defensa del imputado -mediando oposición del Fiscal- y luego, al convertirse la audiencia en aquella prevista por el artículo 353 *quinquies* del C.P.P.N. (audiencia de clausura), el juez de primera instancia dictó de

oficio la prisión preventiva, sin una petición expresa del fiscal, de lo que se agravó la defensa ante la Cámara.

En este caso, la Sala 5 (con votos de los Dres. Pinto y Pociello Argerich) rechazó los agravios de la defensa, argumentando que en la misma audiencia se había debatido previamente la libertad del imputado, por lo que el ulterior dictado oficioso de la prisión preventiva no vulneraba el debido proceso. Se destacó que en el caso mencionado, el fiscal expresamente se había pronunciado en contra del pedido de libertad del acusado, replicando a la defensa cuando esta había solicitado la excarcelación, por lo que el juez de primera instancia resolvió el dictado de la prisión preventiva habiendo mediado contradicción entre las partes, en tanto la libertad del acusado ya había sido motivo de discusión en la misma audiencia (Cfr. C.N.Crim y Correc, Sala 5, Pinto, Pociello Argerich, c. 5.690/17 "De Nacimiento Giménez, Darío s/ excarcelación", rta. 20/02/17).

El principio de contradicción en las audiencias ante la Cámara

Hasta aquí hemos examinado algunos fallos donde, directa o indirectamente, se han debatido los alcances del contradictorio en las audiencias de flagrancia de la primera instancia. No obstante, las implicancias del principio mencionado también han sido debatidas respecto a las audiencias celebradas ante la alzada, pues se discutió si la ley que estableció el nuevo régimen de flagrancia modificó también el régimen de los recursos ante esa instancia.

En este sentido, una cuestión debatida por algunas de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha sido si la ausencia del Fiscal de Cámara en las audiencias celebradas ante esa instancia, como consecuencia de la apelación interpuesta por la defensa del imputado frente a la denegatoria de la excarcelación, implica el desistimiento de la oposición a la libertad formulada por su inferior jerárquico y, por ende, la ausencia de contradicción respecto a ese punto.

Opinó la mayoría de la Sala 5 (con votos de los Dres. Pinto y Cicciaro), que la Ley n° 27.272 no modificó el régimen general de los recursos ante esa instancia y que por tanto la audiencia celebrada en los términos del artículo 454 del C.P.P.N. no resultaba equiparable a las audiencias multipropósito introducidas por la mencionada ley, que se rigen por los principios de inmediación, continuidad, bilateralidad y contradicción. De tal manera, la

ausencia del Fiscal de Cámara para replicar los argumentos del apelante de la denegatoria de la libertad, no significaba un desistimiento implícito del criterio adoptado por el Fiscal de Instrucción ni imponía la liberación del imputado, en la medida que -al carecer de la calidad de recurrente- la actividad y asistencia del Fiscal de Cámara en esa instancia resultaba facultativa (Cfr. C.N.Crim y Correc., Sala 5, Dres. Pinto, Pociello Argerich (en disidencia), Cicciaro, c. 6.501/17 “Olivera Carmen, Oscar L. s/ excarcelación”, rta. 16/02/2017).

Esta postura también fue sostenida por la mayoría de la Sala 4 (con votos de los Dres. Seijas y Cicciaro) que opinó que la ausencia del Ministerio Público Fiscal en la audiencia celebrada en la alzada no podía ser interpretada como una postura diversa a la asumida en primera instancia, donde el fiscal se había opuesto a la libertad del imputado, añadiendo que la Ley n° 27.272 no exige que tal posición sea mantenida por el Fiscal de Cámara, dado que los recursos continúan siendo regulados conforme las prescripciones del artículo 454 y ss. del C.P.P.N. (Cfr. C.N.Crim y Correc., Sala 4, Seijas, González Palazzo (en disidencia), Cicciaro, c. 4.238/17 “Romero, Julio Wilmen s/ excarcelación”, rta. 14/2/17).

No obstante ello, el criterio opuesto entendió que el párrafo segundo del artículo 353 *bis* del C.P.P.N. (conforme la Ley n° 27.272) establece claramente que todas las decisiones jurisdiccionales que se tomen bajo el régimen de flagrancia deben ser adoptadas en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración; por lo que la ausencia del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de Cámara sería contrario al espíritu de la norma mencionada y sólo podía interpretarse como su desistimiento a la oposición formulada por el Fiscal de Primera Instancia en relación a la libertad del imputado (Del voto en disidencia del Dr. Pociello Argerich en C.N.Crim y Correc., Sala 5, c. 6.501/17 “Olivera Carmen...”). Este criterio fue sostenido de manera unánime y con mismos argumentos por la Sala 6 (Cfr. C.N.Crim y Correc., Sala 6, Dres. Lucini, Pociello Argerich, c. 72.795 “Bafaro, Fernando Andrés s/ incidente de excarcelación”, rta. 6/12/16).

Conclusión

De la lectura los fallos examinados, es posible resaltar un denominador común. Los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en su mayoría, le han otorgado al principio de contradicción en el nuevo régimen de flagrancia, los alcances propios de los procesos acusatorios adversariales. De hecho, parece no estar discutida la

necesidad de que exista un pedido expreso de alguna de las partes y controversia entre éstas, para que el Juez de primera instancia pueda decidir una cuestión específica. Por tanto, el contradictorio en el régimen de flagrancia no se satisface con el mero hecho de que las partes hayan tenido la posibilidad de ejercer una defensa de sus intereses, sino que además exige que existan pretensiones opuestas. Si no se verifica un pedido expreso de las partes, el juez carece de la facultad de decidir, y la ausencia de controversia entre éstas, sólo lo habilita a homologar lo acordado.

No obstante, podemos señalar algunos escenarios que exceptuarían la regla mencionada. El primero de ellos, relacionado con la necesidad en un Estado de Derecho de controlar la legalidad de la detención de un ciudadano, como interpreta el Dr. Pinto en el fallo expuesto *supra*. Pues resulta lógico que el juez de primera instancia pueda examinar la procedencia de la detención y la necesidad de que ésta sea mantenida hasta la audiencia de clausura, aun cuando no existiere un pedido expreso de la defensa o del fiscal. El segundo de ellos, relacionado a la necesidad de evitar la reiteración de planteos con el mismo objeto durante una única audiencia, si la cuestión de fondo ya fue debatida y han sido oídas todas las partes, dado que ello alcanzaría para satisfacer el contradictorio.

Por otro lado, se observa en los fallos examinados, que no se ha llegado a una solución pacífica en relación a si la Ley n° 27.272 modificó el régimen de los recursos ante la alzada (en lo atinente a los casos de flagrancia), y si en las audiencias ante esa instancia es de aplicación el principio de contradicción con los alcances mencionados. Los opuestos criterios esgrimidos, influyen directamente en los roles y facultades que a las partes se le asignan en esa instancia.

Queda pendiente, pues, zanjar la discusión en tal sentido, lo que sin dudas permitirá a las partes conocer plenamente la actividad que de ellos se espera ante la alzada. Sin embargo, aunque también restan abordar otros tópicos relacionados a los alcances del principio de contradicción, podemos resaltar que la actividad recursiva ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y las soluciones brindadas por los Jueces que la componen a las cuestiones introducidas, han allanado el camino a una aplicación correcta y responsable del nuevo paradigma legal, lo cual no es poco, en el marco general de la Justicia Nacional a la que muchas veces se le critica vetustez y reticencia al cambio.

7.

Autoridades de Unidos por la Justicia y contacto

Presidente: Alan Martín Nessi

Vicepresidente: Miguel Kessler

Comité Ejecutivo:

Secretario: Fernando Gabriel Yuri

Vocal Titular Primero: Daniela Dupuy

Vocal Titular Segundo: Milena Ricci

Vocal Titular Tercero: Hernán Sosa

Vocal Suplente Primero: Alejandra Alliaud

Vocal Suplente Segundo: Liliana Raminger

Vocal Suplente Tercero: Nicolás Quinn

Tesorero: Francisco Pont Verges

Titular de Comisión Revisora de Cuentas: Gustavo Adolfo Letner

Director Académico: Mariano A. Scotto

CONTACTO

TE: (5411) 4516-0158

Correo electrónico: info@justiciaunidos.org

Dirección: Paraguay 435 Depto. 38 CABA

EN PRENSA