

Poder Judicial de la Nación

**CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES
DE
SAN MARTIN**

BOLETIN DE JURISPRUDENCIA

Salas I y II – Año 2011

Segundo semestre

Editado: Junio 2012

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín

Presidente: Dr. Jorge Eduardo Barral

Vicepresidente: Dr. Hugo Daniel Gurruchaga

Sala I

Presidente: Dr. Juan Manuel Culotta

Vicepresidente 1°: Dr. Hugo Rodolfo Fossati

Vicepresidente 2°: Dr. Jorge Eduardo Barral

Sala II

Presidente: Dr. Daniel Mario Rudi

Vicepresidente 1°: Dr. Alberto Daniel Criscuolo

Vicepresidente 2°: Dr. Hugo Daniel Gurruchaga

Ministerio Público

Fiscal: Dr. Pablo Hernán Quiroga

Defensor Oficial: Dr. Aníbal J. L. Gilardenghi

Prosecretaría de Jurisprudencia

Prosecretario: Dr. Alberto Dillon

Colaboradores: Dra. Roxana Melluso, Dra. María Alcira Prack, Sra. Elisa Zárate de Riuz, Sra. Susana Galatti y Sr. Gaston Luis Jour

C O N T E N I D O

ÍNDICES

1° Índice de la Sumarios Penales

2° Índice de Partes Penal

3° Índice de Sumarios Civiles

4° Índice de Partes Civil

SUMARIOS

Sumarios Penales Pág. 1

Sumarios Civiles Pág. 69

Sumarios Penales

Indice de Sumarios Penales

Acordada CFASM 40/97

67

AMNISTIA. Naturaleza. Extensión temporal. Fundamento y alcance (hechos que comprende). Valoración. Pautas de interpretación. Improcedencia de extender la aplicación del REGIMEN DE REGULARIZACION IMPOSITIVA. (Ley 26.476) a hechos contemplados en el REGIMEN PENAL CAMBIARIO. 1

ARREPENTIDO (art. 29 ter, Ley 23737). Alcance y sentido. Ausencia, en el caso, de las circunstancias previstas por la norma. PRUEBA. Valoración. 2

ASOCIACION ILICITA (Art. 210 CP). CONSTITUCIONALIDAD. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. No afectación. PRINCIPIO DE LEGALIDAD y PRINCIPIO DE RESERVA. No afectación. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA. 3

ASOCIACION ILICITA. Fundamento y razonabilidad de su penalización. 4

CLAUSURA. AFIP. MONOTRIBUTO. Régimen simplificado para pequeños contribuyentes. Ley 26.565, arts. 25 y 26. Falta de exhibición del comprobante del pago realizado por un olvido involuntario. Procedencia de la sanción (del voto mayoritario de los Dres. RUDI Y CRISCUOLO). Improcedencia (del voto en disidencia del Dr. GURRUCHAGA). 5

CLAUSURA. Improcedencia. Impertinencia de asociar al incumplimiento de obligaciones formales una responsabilidad objetiva. AFIP. MONOTRIBUTO. Momentáneamente no exhibido por la necesidad de obtener una fotocopia. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD DE LA PENA. 6

COMPETENCIA de la alzada. Improcedencia de receptar en la instancia peticiones o motivos distintos de los que fundaron el recurso. 6

COMPETENCIA en los delitos permanentes. 7

COMPETENCIA en razón del territorio cuando no se conoce el lugar de desarrollo de la conducta típica. FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO. USO DE DOCUMENTO PUBLICO. 7

COMPETENCIA en razón del territorio. Improcedencia. FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO presentado ante un Registro Automotor de la provincia pero confeccionado en la Ciudad de Buenos Aires. 8

COMPETENCIA en razón del territorio. Lugar por consumación típica. REGIMEN PENAL CAMBIARIO (Ley 19359 art. 1, inc. e) y f) y art. 2, inc. f, primer párrafo). Falta de liquidación e ingreso tardío de divisas provenientes de exportaciones efectuadas.

8

COMPETENCIA en razón del territorio. Sociedad y fideicomisos con DOMICILIO FISCAL en la localidad de Tigre.

9

COMPETENCIA POR CONEXION. CONEXIDAD SUBJETIVA. Improcedencia de la prórroga legal de competencia por conexidad subjetiva tratándose de magistrados de diversa jurisdicción.

9

COMPETENCIA. CSJN. Jurisdicción originaria y exclusiva.

10

COMPETENCIA. DELITO DE DESOBEDIENCIA. Orden de pago que no indica el lugar de su depósito.

10

COMPETENCIA. DERECHOS HUMANOS. DELITO DE LESA HUMANIDAD cometido (el 23 de abril de 1975) fuera del plan de acción único diagramado desde el Comando de Institutos Militares (1976/1983 "Zona de Defensa IV"), ajeno al objeto de la C. 4012 del JF 2 de San Martín. Determinación en orden al lugar de comisión de la Privación de la libertad del caso.

10

COMPETENCIA. Improcedencia de la declaración de INCOMPETENCIA en razón de la materia por resultar prematura. TRATA DE PERSONAS (ley 26.364). Probables modos de comisivos que deben considerarse en la investigación. CSJN. Pautas jurisprudenciales.

11

COSA JUZGADA. Circunstancias consolidadas en sentencia que comprende el mismo suceso. Improcedencia de modificar para un solo implicado el encuadre de su conducta en un tipo penal más gravoso.

12

DECLARACION ESPONTANEA. Manifestaciones ante la prevención. Ausencia de coacción. Obligación de actuar de los funcionarios policiales. INTERPRETACION DE LA LEY. Integral y en el marco del sistema normativo. NULIDAD. Improcedencia.

12

DERECHO DE DEFENSA. Compulsa del expediente a fin de evaluar asumir o no la defensa, con antelación a la indagatoria del imputado.

13

DESESTIMACION DE LA DENUNCIA (art. 180, últ. párr. CPPN). Procedencia. Magistrado que declaró su incompetencia por conexidad sin instruir sumario (art. 180 CPPN). QUERELLANTE. Alcance de sus facultades.

14

DETENCION DOMICILIARIA. Fundada en razones de salud –ataque de pánico- Improcedencia.

16

DETENCION DOMICILIARIA. Procedencia. Hipótesis legal de grave enfermedad. Antecedentes del caso. PRUEBA: Valoración. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Inadmisibilidad de distinciones entre sus destinatarios.

16

DISCRIMINACION. Ley 23592, art. 3, párrafo 1°. PRUEBA. Valoración.

18

ENCUBRIMIENTO AGRAVADO. CULPABILIDAD. DOLO requerido conocimiento del carácter ilícito del rodado de conformidad con la reforma de la Ley 25.815. DOLO EVENTUAL.

18

ESTADO DE INOCENCIA. Necesidad de que cese su afectación derivada de la pretensión punitiva del Estado, recuperando la certidumbre originaria cuando se ha cumplido holgadamente el plazo prescripto por el art. 207 del CPPN. SOBRESEIMIENTO.

18

ESTADO DE NECESIDAD (Art. 34 CP). Oportunidad de su evaluación. Extremos cuya acreditación requiere.	19
ESTUPEFACIENTES. Art. 44 de la ley 23.737. Registro Nacional de Precursores Químicos. Obligación de inscripción. Sustancias controladas cuyo origen y destino no ha sido acreditado. Cuadro de sospecha suficiente.	19
ESTUPEFACIENTES. CONFABULACION (Ley 23.737, art. 29 bis). TIPICIDAD. PRUEBA. Valoración.	19
ESTUPEFACIENTES. RESTITUCION de bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito (art. 30 últ. párrafo ley 23.737). Improcedencia.	20
ESTUPEFACIENTES. TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL (art. 14, 1° párrafo, Ley 23737). PRINCIPIO DE RESERVA (art. 19 CN.). SOBRESEIMIENTO.	21
ESTUPEFACIENTES. TENENCIA SIMPLE. PROCESAMIENTO. Material endilgado carente de aptitud toxicomanígena. Improcedencia. SOBRESEIMIENTO.	21
ESTUPEFACIENTES. TRANSPORTE. TENTATIVA. Imposibilidad tratándose de delitos de peligro abstracto. Consumación a partir del inicio del traslado. Delito de peligro abstracto.	22
EVASION TRIBUTARIA. TIPICIDAD. Carácter fraudulento de la figura.	22
EXCARCELACION. Improcedencia. Valoración de elementos que llevan a presumir fundadamente la existencia del riesgo de fuga del encartado en caso de accederse a su pretensión.	23
EXCEPCION DE FALTA DE ACCION POR PRESCRIPCION. REGIMEN PENAL CAMBIARIO (Ley 19.359). PRINCIPIO DE LA LEY MAS BENIGNA (art. 2° CP). Improcedencia. Prevalencia de la LEY ESPECIAL más gravosa.	23
EXCEPCION de Previo y Especial Pronunciamiento. Improcedencia en atención a que no resulta manifiesta la invocación de la presentante. ESTUPEFACIENTES.	24
EXENCION DE PRISION. Imputado que registra condena previa. Inexistencia de pautas que hagan presumir peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Procedencia.	24
EXENCION DE PRISION. Procedencia de conformidad con las pautas del art. 319 del CPPN y la doctrina plenaria del precedente “Díaz Bessone” (Plenario 13 de la CNCP, del 30/10/08). LEY PENAL TRIBUTARIA (Ley 24.769).	25
EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Improcedencia por la suspensión de su curso para todos los que hubiesen participado en el hecho en el que hubieran intervenido funcionarios públicos mientras se encontrasen en funciones.	25
EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Improcedencia. EVASION TRIBUTARIA. Acto de consumación a partir del cual corre el término de prescriptito. El	

DESISIMIENTO posible como indicador del momento de la CONSUMACION.

26

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Procedencia en atención a que las imputaciones que actualmente se dirigen a los causantes, carecen de capacidad interruptiva en tanto a su respecto no se verifica sentencia firme (Ley 24.050). **DEBIDO PROCESO** (art. 18).

27

FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO DESTINADO A ACREDITAR LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS (Art. 292, 2° párrafo CP). **BIEN JURIDICO PROTEGIDO.** Concepto. Afectación. **TIPICIDAD.** Verificación. **PRUEBA.** Valoración. **INIMPUTABILIDAD.** No verificación objetiva.

27

IMPUESTOS. Carga fiscal: Obligación del contribuyente de autodeterminarla conforme el régimen impositivo vigente (arts. 11 y 13, Ley 11.683).

28

INCONSTITUCIONALIDAD del art. 35, inc. f de la ley 11683. Improcedencia. **AFIP.** **CLAUSURA PREVENTIVA.** Improcedencia por su aplicación con carácter sancionatorio bajo el subterfugio de la norma cuestionada, no acreditándose el estándar de necesidad que podría justificarlo y desatendiendo el **PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD** y el **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD**, comenzando la intervención con la medida de rango más gravosa en infracción a los subcriterios de intervención y daño mínimos. **GARANTIAS CONSTITUCIONALES.** **DERECHO DE DEFENSA.** Afectación. **DERECHO DE PROPIEDAD** y **LIBERTAD DE TRABAJAR.** Afectación. **ARBITRARIEDAD** e **ILEGALIDAD** manifiestas. **NULIDAD** del procedimiento que culminara con la clausura.

28

INCONSTITUCIONALIDAD del art. 35, inc. f de la Ley 11683 que autoriza a la AFIP a la **CLAUSURA** preventiva de un establecimiento comercial con noticia inmediata al juez ante la constatación de determinadas infracciones. Procedencia. **GARANTIAS CONSTITUCIONALES.** Afectación.

29

INHIBICION. Improcedencia en función de los hechos acreditados, los que no habilitan la intervención del fuero de excepción, y de la mejor y más pronta administración de justicia.

32

INSTRUCCION. RECURSO DE APELACION. Irrecurribilidad de las diligencias de instrucción ordenadas por el juez (art. 199 CPPN).

33

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y COMUNICACIÓN (Art. 194 CP). **TIPICIDAD.** **BIEN JURIDICO PROTEGIDO.** Afectación. **DERECHO DE MANIFESTACION O PROTESTA** y **DERECHO DE REUNIRSE Y PETICIONAR.** Conducta que exorbitó el marco de protección constitucional de esos derechos al no ajustarse a las leyes que reglamentan su ejercicio. Equivalencia de la conducta, por la que se optara como medio de exteriorización del reclamo, con cualquier otra de carácter delictivo.

33

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y COMUNICACION (art.19 c/ CP). **TIPICIDAD.** **BIEN JURIDICO PROTEGIDO.** Afectación. **GARANTIAS CONSTITUCIONALES.** **DERECHO DE MANIFESTACION O PROTESTA.** No afectación.

34

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACION (art. 194 CP). **SOBRESEIMIENTO.** Improcedencia. **GARANTIAS CONSTITUCIONALES.** Procedencia de la Interpretación que las concilia.

34

LEY PENAL TRIBUTARIA (Ley 24.769). Ejercicio o Período Fiscal. Interpretación. CSJN.

35

LEY PENAL TRIBUTARIA. AGENTE DE RETENCION. APROPIACION INDEBIDA DE RECURSOS DE LA SEGURIDAD (Art. 9, ley 24.769). Condición objetiva de punibilidad. ESTADO DE NECESIDAD. TIPICIDAD. Improcedencia. Falta de acreditación de la situación de extrema gravedad invocada. 36

MARCAS Y DESIGNACIONES (Ley 22362). TIPICIDAD. BIEN JURIDICO. 37

MEDIDA DE NO INNOVAR. Sobre ámbitos en que funcionaron centros clandestinos de detención. Carácter provisional de la medida. Necesidad de compatibilizar los intereses en juego (eventuales reconocimientos) y preservación de los inmuebles para las funciones institucionales que les corresponden. Procedencia del levantamiento bajo los lineamientos fijados en la presente resolución. Realización de obras imprescindibles para evitar el deterioro sin alterar la estructura original, previa autorización del magistrado instructor.

37

MEDIDA DE NO INNOVAR. Sobre lugares en que funcionaron centro clandestinos de detención. Compatibilización de intereses en juego. Vista a las partes, en cada caso, previo al otorgamiento de autorización de obras de mantenimiento o restauración a fin de evitar que alguna alteración sustancial impida que esos lugares sean utilizados como elementos de prueba en el juicio pertinente. Programación de inspecciones oculares con los testigos.

38

MENORES. Evaluación e interpretación de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su aplicación al caso. Mantenimiento de la internación. 39

MULTA. Ajustado cuestionamiento de la AFIP a la reducción del monto de la sanción por parte del juez de grado. Incumplimiento de registración de trabajadores por parte de empleador con más de diez dependientes. 40

NOTIFICACION AL DEFENSOR DEL PROCESAMIENTO y EMBARGO. Procedencia. 41

NULIDAD DEL ACTA por ausencia de testigos. Desestimación. DERECHO DE DEFENSA. No afectación. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. 42

NULIDAD del pedido fiscal de llamado a prestar DECLARACION INDAGATORIA y de la convocatoria judicial a ese fin por indebida suplantación del "Fiscal natural". Procedencia (del voto mayoritario de los Dres. Forns y Farah). Improcedencia (del voto en disidencia del Dr. Freiler). 42

NULIDAD DEL REQUERIMIENTO DE ELEVACION A JUICIO. Improcedencia. Respeto del PRINCIPIO DE CONGRUENCIA de las GARANTÍAS CONSTITUCIONALES de DEFENSA EN JUICIO y DEBIDO PROCESO. 46

NULIDAD. Improcedencia. REQUERIMIENTO DE INSTRUCCION. Imposibilidad de que en el se describan en detalle elementos que, justamente, deben ser investigados. 47

NULIDAD. Por falta de convocatoria de testigos del ACTA. Improcedencia por no estar conminada de nulidad dicha omisión. 48

NULIDAD. PROCESAMIENTO. QUEBRANTAMIENTO DE CLAUSURA -art. 44 ley 11.683-. CONTRAVENCION.	48
PREJUZGAMIENTO. (ART. 55, 10° CPPN). Amplias y contundentes manifestaciones extraprocesales a medios de comunicación. Objetivo riesgo de prejuzgamiento. JUEZ. Obrar reñido con la obligación de “observar una conducta irreprochable”. REGLAMENTO PARA LA JUSTICIA NACIONAL (art, 8, inc. b). Deber de “guardar absoluta reserva”.	48
PRESCRIPCION. Cómputo. CONCURSO IDEAL.	49
PRESCRIPCION. EXTINCION DE LA ACCION. Procedencia. DERECHO DE DEFENSA. Derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad. CSJN.	49
PRISION DOMICILIARIA. Procedencia.	49
PRISION DOMICILIARIA. Solicitud de concurrir semanalmente a oficios religiosos. Procedencia de la negativa.	49
PROCEDIMIENTO FISCAL (Ley 11683, art. 40 inc. “a” y 49 párrafo final). MULTA por infracción a la obligación formal de facturar (arts. 1 y 8, inc. “a” de la RG 1415/03 –AFIP-). PRUEBA. Valoración. Doctrina del Estudio del Cuadro Completo (disidencia del Dr. Gurruchaga). ACTA, VALIDEZ. Su fuerza probatoria en el caso.	50
PROCESAMIENTO. Insuficiencia de elementos para mantener la imputación efectuada. DENEGACION DE AUXILIO (Art. 250 CP.). Justificación atendible en atención a las circunstancias que motivaron el retraso en la ejecución de la manda judicial.	52
PROMOCION O FACILITACION DE LA PERMANENCIA ILEGAL DE EXTRANJEROS EN EL PAIS CON EL FIN DE OBTENER UN BENEFICIO (Art. 117 Ley 25.871). No Configuración.	52
PROMOCION O FACILITACION DE LA PERMANENCIA ILEGAL DE EXTRANJEROS EN EL PAIS CON EL FIN DE OBTENER UN BENEFICIO (art. 117, Ley 25.871). PRUEBA. Valoración. Situación de vulnerabilidad.	53
PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA. Mero reconocimiento fotográfico realizado en el marco de una deposición testimonial diferente del RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO propiamente dicho (art. 274 CPPN). PRUEBA DE TESTIGOS. ALLANAMIENTO. PRUEBA DOCUMENTAL. FALTA DE MERITO (art. 309 CPPN). PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO.	54
QUERELLANTE. Derecho a ser parte (tutela judicial efectiva). Extensión de su legitimación. CONSTITUCION NACIONAL.- LEY DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (Ley 23102). Facultades de prevención y seguridad del personal afectado a ese fin.	55
RECURSO DE APELACION. Pertinencia de su rechazo por el instructor tratándose de la denegatoria del SOBRESEIMIENTO peticionado y de la consecuente ELEVACION A JUICIO de las actuaciones.	56
RECURSO DE CASACION. Contra la resolución de la alzada que dispuso confirmar la desestimación de la denuncia y archivo de las actuaciones por inexistencia de delito decidida por el magistrado de grado. Disidencia en torno a su procedencia.	56
RECURSO DE CASACION. Improcedencia. PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME.	57

RECURSO DE CASACION. Improcedencia. REBELDIA y CAPTURA.	57
RECURSO DE CASACION. Improcedencia. REBELDIA. Decisión no equiparable a definitiva.	57
RECURSO DE CASACION. Inadmisibilidad. Confirmación del PROCESAMIENTO que no es sentencia definitiva ni equiparable a ella.	57
RECURSO DE CASACION. Inadmisibilidad. EXCEPCION DE FALTA DE ACCION. Resolución que no constituye sentencia definitiva ni resulta equiparable a ella.	58
RECURSO DE CASACION. Procedencia. DESESTIMACION DE LA DENUNCIA (Art. 180, último párrafo CPPN).	58
RECURSO DE REPOSICION ante el tribunal de revisión. Improcedencia de su admisibilidad no mediando circunstancias extraordinarias reñidas con un adecuado servicio de justicia.	59
RECUSACION por denuncia del encausado contra el magistrado interviniente, posterior al inicio de las actuaciones. Improcedencia.	59
RECUSACION. Improcedencia.	59
RECUSACION. Improcedencia. PREJUZGAMIENTO. Inexistencia.	60
RECUSACION. Irrecurribilidad salvo situación de gravedad institucional. Taxatividad de las impugnaciones. RECURSO DE QUEJA Improcedencia.	60
REGIMEN CARCELARIO. SALIDAS TRANSITORIAS (art. 313 y 496 CPPN, y art. 166 Ley 24.660). Solicitud de asistir a la Primera Comunión de una hija. Improcedencia por no resultar el fundamento del pedido un deber moral de gravedad que justifique la autorización excepcional. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Interpretación de su alcance en relación al caso. MENORES.	61
REGIMEN PENAL CAMBIARIO. Variación vertiginosa de la normativa aplicable. PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. DOLO. Imposibilidad de afirmar con certeza la existencia de un obrar doloso.	61
SECRETO DE SUMARIO. Circunstancias excepcionales en las que cabe autorizar la vista del expediente con anterioridad a la indagatoria a fin de que el letrado pueda decidir sobre la aceptación del cargo.	62
SECUESTRO. Límite temporal (art. 238 CPPN).	63
TENTATIVA. Imposibilidad en los delitos de peligro abstracto. ESTUPEFACIENTES. Transporte.	63
TIPICIDAD. Interpretación adecuada del plural contenido en la prescripción penal (Art. 33 inc. “c” Ley 20974).	63
TRATA DE PERSONAS (Ley 26.364, art. 4, inc. a y b; art. 145 ter. CP). Explotación de dos niñas de nacionalidad paraguaya, menores, mediando engaño, violencia,	

amenaza, abuso coactivo, aprovechamiento de situación de vulnerabilidad, concesión y recepción de pagos. Captación y traslado desde el exterior y en el país y acogida. PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA. PROCESAMIENTO. PRISION PREVENTIVA. Confirmación. EMBARGO (\$ 500.000 –art. 45 CP., art. 306, 312 y 518 CPPN-). Confirmación. MENORES. ACORDADA 40/97 CFASM. Recomendación de su urgente cumplimiento. 63

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO. TIPICIDAD. Alcance del encuadre típico. Conducta involucrada. Entrega del documento falso a otro para su eventual presentación o exhibición. 68

Indice de Partes Penal

A.G.O. (Legajo Tutelar)	40
A.L.G.	21
Acordada CFASM 40/97	70
Adolfo L. (Defensa de)	59
Agostino, Francisco	50
Aguilar Risco, Johny y otros	19 y 58
Alpla Argentina S.A.	8
Altamira, Miguel	49
Alvarez, Néstor D	7
Aranguren, Ricardo y otros	27
Aspiazu, Miguel A	7
Bahamondes Bravo, Rodrigo A	23
Balaz, Germán Dr.	60
Barcia, Diego Ezequiel	63
Barrios, Claudio	57
Bituron, Horacio A	32
Bobbio, Lucas y otros	18
Bonelli, Roxana N	36
Bonseiro, Miguel A	62
Bussi, Alejandra M	8
Bustamante, Alberto y otro	54
Carvallo, Fabian y otros	14
Castillo, Gabriel A	25
Chávez, Jose María	49
Christian, Gonzalo Osmar	13
Colony Park S.A	60
Comas, Agustín Dr.	48
Comrey SRL	41
Condori Sullca H	53
Conte, Juan Manuel	1 Y 24
Corrales, A. y otros	22
Costilla, Hugo Alberto	34
Cristaldo, Alberto José	2
Cúneo Libarona, Mariano Dr.	59
Defensa de Adolfo L.	61
Defensor Público Oficial	42
Devoto, Javier	26
Díaz	48
Díaz, Jorge y otros	20
Díaz, Sofía S	28
Dieguez Herrera, Esteban Julián y otra	15
Domeniani, Miguel Ángel	26
Estrada, Bernabé Rosendo	57

Favre, Julia	65
Ferreccio Dr.	62
Ferrobaires	63
Figueroa, del Valle Victorina	29
Gauto, Miguel Ángel	41 y 59
Gegunded, María Patricia	6
Guerrero, Ricardo V.	11
Gulich, Adrián	25
Hankins, Matthew	10
Hudson, Federico	62
Jiménez, Marcelo Adrián	10
Lamothe, María Fernanda	6
Lanusse, Pedro	9
Lavecchia, Elizabeth	4
Macedra, Carlos	61
Madagan, José María	51
Marquevich (Defensa)	46
Martínez, Víctor Damián	4
Medive, Roberto	55 y 56
Méndez, Carlos Esteban	48
Merlo, Pablo y otros	35
Moreno, Ángela Graciela	19
Moreno, Antonia María	58
Moreno, Gustavo Horacio y otros	63
Moro, Daniel	24
Niz, Ana María	12
Noriega Lescano, Héctor Fabián	68
Novello, J.E.	58
Ortega, Gisella Iratí	58
Pacheco Haydee	49
Peralta, Nelly y otras	22
Pesciallo, Adolfo Ángel	28
Pesciallo, Enrique Eduardo	28
Pesciallo, Héctor Isral	28
Portorreal	48
Reynoso (Defensa)	47
Rivero, Carlos	18
Riveros, S.	55
Roberto Mendive	57
Rodríguez, Honorio Ángel (Defensa)	46
Rosa, R.	55
Sánchez, Ramón Alberto y otros	21
Secreto, Juan Daniel	29
Segovia, Mario Robert	58
Skrobacki, Alan Darío	4
Somoza, Carlos Eduardo	17
Soria, Mario y otro	34
Sosa, Jorge Omar	7
Spitz, Carlos Martín	33
Tigre Argentina S.A.	37 y 57

Ugofe	65
Unidad Fiscal de Asist en Sec. Extorsivos y Trata de Personas	67
Visca Bonelli	22
Zamorano, Eduardo Arturo y otro	19
Zappia, Guido Francisco	16

Sumarios Civiles

Indice de Sumarios Civiles

ABOGADO. MULTA. Improcedencia. DEFENSA EN JUICIO. Conducta del letrado que constituye un razonable ejercicio de defensa de los intereses de su asistido. PRUEBA DE TESTIGOS. Procedencia de que el testigo de respuesta al interrogatorio cruzado dando suficiente razón de sus dichos. 69

ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA. Requisitos. TASA COMUNAL. Estado de incertidumbre que ha cesado aunque se mantiene en relación a períodos anteriores. CUESTION ABSTRACTA. Improcedencia. 69

ASESOR DE MENORES. Intervención esencial y legítima bajo pena de nulidad. Subsanación. 70

ASTREINTES dejadas sin efecto en la instancia de grado. Procedencia. Naturaleza jurídica compulsiva y no indemnizatoria. Precisión del objeto nuclear de la acción. ACCION DE AMPARO. Ausencia de un derecho definitivamente incorporado al patrimonio del acreedor. 70

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. Alcance. Procedencia de incluir en el beneficio la TASA DE JUSTICIA devengada con anterioridad a su solicitud. 71

CODIGO DE DISCIPLINA DE LAS FUERZAS ARMADAS (Anexo IV ley 26.394). RECURSO DE APELACION. Sanción que afectaría la dignidad personal, la autoestima, el espíritu de cuerpo o el trabajo en equipo (Inc. 3, art. 4, Anexo IV). Improcedencia por no referirse la presentación en forma expresa a las prohibiciones invocadas. 71

COMPETENCIA. CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RECURSO DE APELACION contra SENTENCIA de JUEZ FEDERAL (Leyes 24463 –art 15- y 24655 –art. 3-) Improcedencia por recurso contra sentencia interlocutoria. 72

COMPETENCIA en RECURSO DE APELACION contra decisiones de la Caja Complementaria de Previsión para la Activ. Docente en el interior del país. 72

COMPETENCIA FEDERAL. Procedencia. OBRA SOCIAL. 73

DECLARACION DE CAUSAHABIENTES. Inscripción. Procedencia previo cumplimiento de recaudos legales y fiscales. DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA. EFECTOS. 73

DERECHO A LA SALUD. AMPARO. MEDICINA PREPAGA. Cobertura de tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad (Técnica ICSI) para portador de HIV. Ley 14.208 de la Pcia de Buenos Aires que no resulta aplicable a una empresa que integra el Sistema Nacional de Seguro de Salud, no obstante la determinación de la demandada de brindar los beneficios que establece. Improcedencia por no reunir los reclamantes los requisitos exigidos por esa normativa (edad). Consideración de la

sustentabilidad económica del sistema de salud.

74

DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA. MEDICINA PREPAGA. Provisión de medicación prescrita (“eculizumab”) que resulta la única alternativa para la paciente aunque no esté incluida en el PMO ni en la cobertura médica. 76

DERECHO A LA SALUD. Medicina Prepaga. Necesidad de tratamiento en una clínica que no es prestadora por cartilla. MEDIDA CAUTELAR. Procedencia. Constitución Nacional. Derechos Humanos. Convención sobre los Derechos Del Niño. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ASESOR DE MENORES. 77

DERECHO ELECTORAL. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. INTERPRETACION DE LA LEY orientada a que la voluntad expresada no quede desvirtuada. 78

DOMICILIO FISCAL. Efectos. NULIDAD de la notificación de la intimación de pago y citación a oponer excepciones. Improcedencia. 79

EXCEPCION DE LITISPENDENCIA. Improcedencia fundada en la diferencia de objeto y eventuales efectos de los pleitos. HABILITACION DE INSTANCIA en el marco de una demanda de Empleo Público. Procedencia. Prevalencia de la garantía de acceso a la Justicia. 79

HABILITACION DE LA INSTANCIA en el marco de una demanda de Empleo Público. Procedencia. Prevalencia de la garantía de acceso a la Justicia. 80

HABILITACION DE LA INSTANCIA. PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE. Exceso ritual en el requerimiento al administrado de recaudos formales no esenciales. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (art. 16 CN.) DEFENSA EN JUICIO. 80

HONORARIOS. Base regulatoria. Causa cuyo objeto no es de inmediato contenido económico sino de un -hasta entonces- incierto derecho superlegal. Porcentaje art. 14 Ley Pcial 6.716. 81

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA. Ganancia inexistente. CONSTITUCION NACIONAL. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD DE LA LEY. INCONSTITUCIONALIDAD del Título V de la Ley 25.063 ante la probada inexistencia de ganancias en el ejercicio. 82

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. EXENCION DE GRAVAMEN. Ley 20.628, art. 20, inc. f. Improcedencia. INTERPRETACION DE LA LEY. Sujetos y actividades comprendidos. PRINCIPIO DE REALIDAD ECONOMICA Y TRIBUTARIA. SANA CRITICA JUDICIAL 82

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Inaplicabilidad de la prohibición del ajuste por inflación (117,96%) que llevaría a tomar como base del gravamen ganancias ficticias. Inexistencia de una ganancia real representativa a los fines de la liquidación del impuesto. DERECHO DE PROPIEDAD. PRUEBA PERICIAL. 85

JUEZ. FACULTADES. LEGITIMACION. Examen de su resorte y función. 87

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA AUTONOMA. Improcedencia por no verificarse la situación extrema y urgente y la inexistencia de otras vías de defensa. 87

MEDIDA CAUTELAR . Solicitud de su levantamiento fundado en su errada concesión no habiéndose modificado las circunstancias consideradas para otorgarla. Improcedencia. 87

METROLOGIA (Ley 19.511) MULTA. Confirmación y ajuste de su graduación y modalidad de cumplimiento. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. 88

METROLOGIA (ley 19.511). MULTA de la Dirección Nacional de Comercio Interior por no dar cumplimiento a la obligación formal de verificación periódica del instrumento de medición – balanza – [art. 9, b de la ley 19.511]. Confirmación. PRUEBA. Valoración. 88

PRESCRIPCION LIBERATORIA. Comienzo de su cómputo. Interrupción del plazo. MEDIDA CAUTELAR. Capacidad interruptiva de su traba no obstante no haber procedido a su reinscripción. 89

PRUEBA DOCUMENTAL. Carta Documento. Valor Probatorio. Carga de la prueba relativa a su autenticidad. 90

RECURSO EXTRAORDIANRIO Improcedencia en atención al consolidado criterio establecido por la C.S.J.N que fijó la doctrina para atender la problemática. 90

RECUROS EXTRAORDIANRIO sobre MEDIDA CAUTELAR y COMPETENCIA. Improcedencia insalvable (bajo los alegados argumentos de afectación de GARANTIAS CONSTITUCIONALES, ARBITRARIEDAD o GRAVEDAD INSTITUCIONAL) por no constituir SENTENCIA DEFINITIVA en los términos del art. 14 de la ley 48. 91

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECIAL INTEGRAL S/ HIV. Acogimiento de la demanda de fertilización in vitro ICSI, que resulta la que menor riesgo de transmisión vertical involucra. CONSTITUCIÓN NACIONAL. 91

Indice de Partes Civiles

AFIP.	79, 85 y 90
Anzola, María Fernanda.	75
Asoc. Civil Los Castores.	85
Astilleros Argentinos Río de La Plata (ASTARSA).	69
Banco Cetelem Arg.	86
Bellani, Néstor Marcelo.	71
Bodegas y Viñedos Giol	93
Bonavena, Benjamín	78
Bonavena, Leandro Antonio.	78
Caja Comp. de Prev. para la Actividad Docente.	79 y 90
Cardozo, Mario.	71
Centro Cultural Italiano Asoc. Civil.	79
CICAN S.A.	69
COCIVIAL S.A.	81
Consejo de Adm. de la Caja Comp. de Prev. para la Act. Docente.	73
Conti, Gilberto Oscar y otros.	91
Continanza, Sergio Ariel.	70
D.N.C.I.	89
Di Carlo, Miguel Angel.	89
Diocesis de San Miguel.	73

DNCI.	88
E.F.A.	71
E.N. Mrio. De Defensa – Ejercito Argentino.	88
E.N.	85 y 91
E.N. Mrio. De Just., Seg. Y DDHH – Serv. Penit. Federal.	72
Estado Nacional	82
Estévez, José María.	74
Estévez, Pablo	74
Fisco Nacional.	69 y 79
Galeno Argentina S.A.	93
Garay, Esteban Maximiliano.	88
Lettari, Mariano Gabriel.	81
Mastrantonio, Sergio.	73
Menito, Wendy Melissa.	77
Municipalidad de Vicente López.	87
Muñoz, Bruno Alejandro.	72
Nextel Comunicaciones Argentina S.R.L.	87
O.S.E.C.A.C.	81
OSDE.	70 Y 75
OSECAC.	73
P.M.D.	93
P.N.A.	91
Palacios, Raúl Roberto.	72
Pavoni, Alberto Jorge.	91
PEN.	86 y 87
Pereira, Delia Rosario.	90
Profe.	71
Rivero, Facundo.	79
Rodríguez Belardo, Horacio Manuel.	79
Salmena, Jorge N.	80
Schiariti, Roberto	87
Servitruck S.A.	88
Silva, César Horacio.	90
Susari, Luis Alberto	90
Swiss Medical S.A.	77
Swiss Medical S.A. (Docthos).	78
Szieber, Gaspar y otros	93
TAMSE.	69
Tren de la Costa.	82
Universidad Nacional de La Matanza.	80 y 81
Universidad Nacional de Lujan.	79
Vela, Elba.	71

AMNISTIA. Naturaleza. Extensión temporal. Fundamento y alcance (hechos que comprende). Valoración. Pautas de interpretación. Improcedencia de extender la aplicación del REGIMEN DE REGULARIZACION IMPOSITIVA. (Ley 26.476) a hechos contemplados en el REGIMEN PENAL CAMBIARIO.

En cuanto al instituto de la amnistía, la Sala, en consonancia con autorizada doctrina, entiende que se trata de un acto de soberanía política que el Estado ejerce por intermedio del Poder Legislativo (art. 75, inc. 20, de la CN), fundado en razones de orden público cuya existencia y oportunidad sólo a él compete valorar, y que consiste en el olvido de ciertas y determinadas infracciones de naturaleza penal, ocurridas con anterioridad. Es decir que se refiere a hechos del pasado considerados de manera objetiva (1).

El fundamento de la institución es una necesidad extraordinaria y superior, prudentemente evaluada por el órgano legislativo, que hace imperioso optar por el mal menor de dejar impunes ciertos hechos delictivos ya ocurridos.

Entre sus caracteres debe mencionarse que su alcance –es decir cuáles son los hechos comprendidos en la medida de clemencia y cuáles resultan excluidos- debe ser determinado por la propia ley que la concede en la forma más clara y precisa posible (2).

En este sentido, Carlos G. Gerscovich en su obra Derecho Económico Cambiario y Penal, incluye la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, comentada y concordada, (3) con cita a pie de página de Carlos Martínez Pérez recordó que en la materia penal cambiaria antaño se ha dispuesto la extinción de la acción para ciertas infracciones y bajo condiciones especiales (Art. 2do. de la ley 22.338) y que la descriminalización de conductas en sede legislativa (Art. 75, inc. 20 –anterior 67, inc. 17, *in fine*-) era vista con disfavor ético en el caso de los delitos económicos ya que hace sentir al profano, que son tan distintos de los delitos tradicionales que no son merecedores de protección beneficiante, y por ende, discriminados.

En cuanto a las denominadas cuestiones políticas no justiciables Néstor Pedro Sagüés en su obra Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario (4) sostuvo que los conflictos de poderes no siempre tienen una solución fácil, especialmente cuando las competencias entre uno y otro no son nítidas o resultan cambiantes. El autor señala que una situación paradigmática puede ser en este orden de ideas, el concepto de “cuestiones políticas” no justiciables, las que han sufrido períodos de repliegue y de expansión.

Sentado ello, en la tarea de interpretar la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que ella persigue, evitando suponer la inconsecuencia (5).

Así, el entendimiento de una ley debe atenerse a los fines que la inspiran, y debe preferirse siempre la interpretación que los favorezca y no la que los dificulte (6).

En esa interpretación, debe evitarse suponer la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador y con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos, de ahí que cuando la ley emplea determinados términos y omite, en un caso concreto, hacer referencia a un aspecto, la regla más segura de interpretación es que esos términos no son superfluos, sino que su inclusión se ha realizado con algún propósito, por cuanto, en definitiva el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (7).

En conclusión, las leyes de amnistía deben ser interpretadas con alcance extensivo en lo relativo a los individuos beneficiados, pero de modo restrictivo en cuanto a las infracciones que las comprenden, pues, por su propia naturaleza jurídica de medidas de carácter excepcional, sus beneficios no pueden ser extendidos a infracciones distintas de las expresadas en ellas o de las que surjan claramente implícitas de su propio espíritu.

Así las cosas, la solución propuesta, a criterio de la Sala es la más adecuada a la naturaleza de la institución, su carácter general y su finalidad, sin menoscabo de la prudencia que necesariamente debe ser aplicada en los casos concretos y que debe extremarse para no superar los límites que el legislador tuvo en cuenta, para que de ese modo no se aprovechen quienes lejos estuvieron de tales situaciones, y con ello evitar una deformación favorecedora de una conciencia colectiva de impunidad.

C. 1777/11. **“Inc. de exc. promovido por la defensa en C. Conte, Juan Manuel”**. Fecha: 25/11/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 1 ad hoc, Reg: 8901.
Firmantes: Dres Barral, Fossati y Culotta.
Sec. Act. Dr. Badorrey.
J F Morón 2, Sec 6.

Nota: La defensa interpuso recurso de apelación contra el rechazo de la Excepción de Falta de Acción por amnistía (art. 339, inc. 2° CPPN)

En su presentación refirió, sustancialmente, que a tenor de la sanción de la ley 26.476 el artículo 32 de esa norma contenía un beneficio que consistía en una amnistía penal para conductas como la imputada a su asistido y que circunscribió a las destinaciones con vencimiento 31 de julio, 14 de agosto y 3 de octubre de 2002 –ingresadas fuera de término–.

En apoyo de su postura transcribió el dictamen 88/09 del 5 de mayo de 2009 de la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto se concluía que el beneficio contenido en la norma señalada debía alcanzar al Régimen Penal Cambiario.

Citó y transcribió –a partir del punto 3ro- el fallo pronunciado por el titular del Juzgado en lo Penal Económico n° 6 en los autos 999/08 de la Secretaría n° 11 “Huyck Argentina”.

En oportunidad de apelar sostuvo que el fallo cuestionado resultaba inconstitucional, toda vez que plasmaba una flagrante inequidad e injusticia.

La resolución del tribunal aclaró previo a adentrarse en el tratamiento del tema central del recurso, con relación al precedente citado “Huyck”, que el magistrado de la instancia absolvió a los acusados por cuestiones ajenas al motivo traído ahora a debate.

Lo expuesto, por cuanto la aplicación extensiva del instituto fue tratada *obiter dictum* que, en principio y por su propia naturaleza marginal no tiene el carácter que la parte pretende otorgarle, toda vez que esa manifestación no fue decisiva para la resolución del pleito que, como se expuso, descansa en otros fundamentos.

(1) Fallos: 165:199.

(2) *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial*; Baigún-Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Tomo 2 pág. 588 y siguientes; *Código Penal Argentino Parte General*, de Jorge De La Rúa, Ed. Depalma, 2da. Edición, octubre de 1997, pág. 1037 y siguientes; *Código Penal Comentado y Anotado*, de Andrés José D’Alessio, Ed. La Ley, Tomo I, 2/2011, pág. 949 y subsiguientes; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada* de María Angélica Gelli, 2da. edición, ampliada y actualizada, Ed. La Ley, agosto de 2004, pág. 586.

(3) Ed. Lexis-Nexis 2006.

(4) Ed. Astrea, tomo 1, pág. 149, 169; tomo 2, pág. 538.

(5) Fallos: 331:1215.

(6) Fallos: 311:2751, entre otros.

(7) Fallos: 299:167; 321:2453; 331:866, entre otros.

ARREPENTIDO (art. 29 ter, Ley 23737). Alcance y sentido. Ausencia, en el caso, de las circunstancias previstas por la norma. PRUEBA. Valoración.

La ley 24.424 incorporó como artículo 29 ter de la ley 23.737, la denominada figura del arrepentido, facultando al Tribunal a reducir las penas hasta la mitad del mínimo o del máximo, e inclusive a eximirlas, cuando durante el proceso o antes de iniciado éste: a) se revelare la identidad de autores, copartícipes o encubridores de los hechos investigados, y proporcione datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados, o un significativo progreso en la investigación; y b) cuando aporte información, que permita secuestrar sustancias, materias primas y valores provenientes de los delitos previstos en la ley. Es decir, el instituto en trato importa necesariamente que los datos proporcionados sean efectivamente útiles para la individualización de personas cuya responsabilidad en el hecho sea superior a la del “arrepentido”. Circunstancias, por el momento, ausentes en el caso sub examen.

Así, los presuntos datos incriminatorios aludidos por el justiciable no importaron *per se* una fuente de información independiente y significativa para el desbaratamiento de una organización criminal superior; por ende, aparecen estériles por ahora para dar sustento a la pretensión de su defensa oficial.

Es del caso puntualizar que el relato del encausado aparece como un intento de desvincularse de la conducta ilícita que se le imputa. Es decir, sus dichos revelan una motivación exculpatoria, pero no evidencian, de ningún modo, un aporte de datos que se

consideren útiles al progreso de la investigación exigido por el artículo 29 ter, de la ley 23.737.

En efecto, por un lado, debe advertirse que aclaró que *“cuando llegué [estación de servicio] estaba la policía a la que Oscar le [había] contado todo. Que ahí, le dije a los policías todo, y que tenía más droga en mi casa...y que Oscar me vendió”*; de este modo sus propios dichos relativizan el argumento referido a la trascendencia de su aporte en punto al comiso de la droga en su domicilio.

Por otro lado, debe resaltarse que sólo aludió a “Walter”, “Alfonso”, “Lescano” y “el tío del camionero”, pero en ningún momento los identificó. Tanto es así que el juez instructor, para mayor claridad y mejor conocimiento de los hechos, ordenó tareas de inteligencia con el objeto de establecer el origen y procedencia de los estupefacientes secuestrados, y de los sujetos que intervinieron en los sucesos abarcados por la narcocriminalidad que se pesquisa.

C. 2163/11. **“Inc. de excarcelación de Cristaldo, Alberto José”**. Fecha: 15/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6243.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. de Guzmán.

J F Morón 3, Sec 9.

ASOCIACION ILICITA (Art. 210 CP). CONSTITUCIONALIDAD. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. No afectación. PRINCIPIO DE LEGALIDAD y PRINCIPIO DE RESERVA. No afectación. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA.

El estudio de la cuestión sometida a revisión impone adelantar que la figura penal cuestionada por la parte apelante (art. 210 del CP.), en modo alguno controvierte cláusulas de raigambre constitucional.

En efecto, corresponde señalar que la mentada norma sustantiva ha venido a criminalizar excepcionando los principios generales que informan el derecho penal- actos de carácter preparatorio; sin que ello importe avanzar indebidamente sobre las cláusulas constitucionales de legalidad y de reserva (arts. 18 y 19 Const. Nac).

Porque al reprimir el legislador el mero hecho de asociarse en forma organizada para cometer delitos, ilustra sobre la razonable necesidad que tiene todo estado de derecho de intervenir en forma anticipada con miras a conjurar la ejecución de otros ilícitos que eventualmente puedan producirse dada la extrema peligrosidad que entraña la existencia misma de asociaciones de la índole tenida en cuenta por el legislador al proyectar esta figura penal. Más aún cuando la organización criminal con el carácter de estabilidad que es propio de su esencia, naturalmente conlleva a lesionar la tranquilidad y la paz social al acrecentar con un alto grado de probabilidad el riesgo de que otros delitos se produzcan; todo lo cual ocasiona una mayor amenaza al bien jurídico.

Precisamente estos motivos legitiman la normativa observada a la luz de los principios constitucionales de legalidad y reserva, habida cuenta que el legislador con miras a afianzar la seguridad común reguló en forma precisa cuál es la conducta prohibida siguiendo el valor justicia; es decir respetando la regla constitucional de la razonabilidad.

Por otro lado y en línea con el argumento precedente se anota que el cuestionamiento del artículo 210 del CP., guarda semejanza con aquel que en general se dirige contra los denominados delitos de peligro abstracto (v.g. arts. 189 bis y 299 del CP). Se considera tales al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones o acciones y sobre todo del empleo de determinados medios.

En nuestro caso el peligro se materializa con la existencia misma de la asociación y no a partir de las acciones que ella pudiese emprender en cumplimiento del “objeto social”. La unión de los individuos con una predeterminada finalidad criminal es ya suficiente para afectar la tranquilidad pública. De ahí la precisa descripción legal que anota “el que tomare parte de una asociación”.

Y, en modo alguno, ello puede estar protegido por el ámbito de reserva que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, habida cuenta que esta garantía no cubre aquellas acciones que -tal como sucede en autos- se manifiestan ofensivas al orden público y afectan derechos de terceros, al crear una situación que menoscaba la noción de intangibilidad, integridad o incolumidad del bien jurídico -orden público- que al derecho le interesen proteger.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Stancanelli (Fallos 324:3952, del 20-11-01).

En definitiva, los argumentos de marras hacen que la norma bajo análisis respete las pautas rectoras que dimanen de la Carta Magna.

Sentado cuanto precede, los antecedentes del caso permiten, a primera vista, convalidar la imputación (art. 210 del Cód. Penal). Damos razones.

Alan Darío Skrobacki y Víctor Damián Martínez habrían intervenido deliberadamente en el incendio de vagones de trenes producido el 2 de mayo del corriente en la estación Ciudadela del Ferrocarril Sarmiento (art. 306 CPPN.).

En ese despliegue criminal se advierte prima facie la intervención de una pluralidad de agentes que superaría con amplitud el mínimo legal de tres personas (2).

Este aspecto encuentra aval en las siguientes evidencias. Los documentos fílmicos obtenidos de los sucesos revelan que en la ocasión un número indeterminado de personas ejecutaban los actos criminales.

El testigo Q. dijo “el día de los hechos a las dos o tres de la mañana salió de su casa a comprar cigarrillos porque estaba desvelado; al llegar a la avenida Rivadavia frenó un micro escolar que venía por la arteria desde el lado de Provincia, bajándose dos personas que le preguntaron dónde podían comprar cerveza. Luego salió nuevamente de su domicilio a las siete aproximadamente y se dirigió para el lado de la estación Liniers, cuando observó a gran cantidad de personas que habían estado tirando piedras contra una formación que se ubicaba sobre las vías del lado de la Iglesia de San Cayetano, y luego fueron hacia otra formación que estaba de la mano contraria y también la apedrearon. Se acercó y pudo observar a los dos jóvenes que viera la noche anterior, arrojándole piedras al tren y a los bomberos que trataban de apagar el fuego de los vagones. Estas dos personas, entre otros que vestían en su mayoría con capuchas, arremetían contra los trenes. Le llamó poderosamente la atención las mochilas que tenían estos dos hombres, siendo las mismas grandes y de diseño viejo, es decir de doble correa. Que mientras algunas personas atacaban al tren, recuerda a uno en particular que se ponía el buzo y se preparaba como para ir a la guerra. Tenían capuchas colocadas mientras armaban los disturbios, el tema de las capuchas le llamó la atención ya que la gran mayoría de los atacantes tenía buzos de diferentes diseño, pero todos con capuchas. El micro que vio en la madrugada del que se bajaron las dos personas estaba bastante lleno, calcula que unas veinte o treinta personas”.

En línea con lo dicho, toca señalar que los hechos criminales desarrollados en la estación de Ciudadela, en principio, no se presentaron como un acontecimiento aislado. Las evidencias de autos demuestran que ese mismo día y durante la misma franja horaria [2-5-11, por la mañana], sucesos criminales de igual naturaleza y magnitud fueron ejecutados en las estaciones Haedo y Ramos Mejía. En la primera con destrozos de boleterías y el incendio de dos vagones y en la segunda con cuatro vagones incendiados, uno con sus vidrios rotos y daños en carteleras de publicidad de la estación. (Informe y fotografías de la Superintendencia Federal de Transporte de la PFA)

La investigación de esos sucesos [Haedo y Ramos Mejía], quedó a cargo del Juzgado Federal n° 2 de Morón y en dicha sede –en relación al caso Estación Haedo- se dispuso el procesamiento de Miguel Ángel Segovia Benítez, Roberto Sequeiro, Ezequiel Gastón Luna y Fernando David González en orden a los delitos de hurto agravado en grado de tentativa (3).

De este modo, las evidencias adquiridas en autos valoradas bajo las reglas de la sana crítica conducen con alta probabilidad a convocar la responsabilidad de Alan Darío Skrobacki y Víctor Damián Martínez bajo la selección normativa escogida, porque se encuentran satisfechos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

En efecto, la investigación demuestra en principio el actuar organizado de un grupo de personas [mas de tres] que, en un espacio continuado de tiempo, obraron en forma concertada para ejecutar plurales hechos delictivos en distintos lugares con afectación de distintos bienes jurídicos. Lo que indica a esta altura un acuerdo delictivo con estabilidad temporal y diversidad de objetivos en pos de intervención delictiva plural.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6078.
Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo.
Sec. Act. Dr. Passero.
J F San Martín 2, Sec 4.

Nota: Se resolvió **Rechazar** el planteo de inconstitucionalidad del artículo 210 CP y **Confirmar** el pronunciamiento que dispuso ampliar el procesamiento de Alan Darío Skrobacki y de Víctor Damián Martínez, en orden al delito de asociación ilícita.

(1) CFSM, Reg. 6045 del 28-06-2011.

(2) CFSM del 28-6-11, C. 5867, "Inc. excarcelación Víctor Martínez", Reg. 6047 e "Inc. excarcelatorio de Alan Skrobacki", Reg. 6046.

(3) C. 4650.

ASOCIACION ILICITA. Fundamento y razonabilidad de su penalización.

Del voto por la mayoría de los Dres. Rudi y Criscuolo, coincidente en este punto con el voto del Dr. Gurruchaga (según su voto).

Es atendible la decisión del legislador de reprimir el mero hecho de asociarse en forma organizada para cometer delitos, pues responde a razonable necesidad que tiene el Estado de intervenir en forma anticipada con miras a conjurar la ejecución de otros ilícitos.

Así, puede decirse que el delito afecta en sí mismo la tranquilidad de la población en general, por cuanto el fenómeno de la delincuencia organizada implica una razonable amenaza para la seguridad personal y una mayor cuota de alarma social. La criminalidad no reside en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que aquel tiene en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública produciendo alarma y temor por lo que puede suceder (CSJN, Fallos 324:3952, "Stancanelli, Néstor E. y otro").

C. 991/11. "*Lavecchia, Elizabeth s/ dcia. Art. 292 CP*". Fecha: 7/07/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5365.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F San Isidro 2, Sec 5.

Nota: El fallo merece ser tenido en cuenta, no obstante su análisis casuístico por su valoración de la prueba reunida y fundamentación del encuadre jurídico aplicable a los complejos hechos analizados. Analiza la participación de los diversos imputados en una asociación ilícita, como así los delitos imputados. Entre ellos, los vinculados a la sustracción de automotores, falsificaciones y estafas, corrupción de funcionarios policiales –cohecho y otros- confabulación para el tráfico de estupefacientes, etc. Para el análisis de esos sucesos, tanto en el voto de la mayoría como en el Dr. Gurruchaga se analiza prueba compleja y concurrente en el modo documental, pericial, testimonial y indiciaria, sopesada conforme criterios de la sana crítica.

CLAUSURA. AFIP. MONOTRIBUTO. Régimen simplificado para pequeños contribuyentes. Ley 26.565, arts. 25 y 26. Falta de exhibición del comprobante del pago realizado por un olvido involuntario. Procedencia de la sanción (del voto mayoritario de los Dres. RUDI Y CRISCUOLO). Improcedencia (del voto en disidencia del Dr. GURRUCHAGA).

Del voto mayoritario de los Dres. RUDI Y CRISCUOLO:

En cuanto a la infracción formal comprobada y su subsunción legal, cabe remitirse a lo que disponen los art. 25 y 26 de la ley 26.565 [Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS)] que establecen que: Art. 25 "...Los contribuyentes adheridos al Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes deberán exhibir en sus

establecimientos, en lugar visible al público, los siguientes elementos: a) placa indicativa de su condición de pequeño contribuyente y en la categoría en la cual se encuentra adherido al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS), b) comprobante de pago correspondiente al último mes vencido....La exhibición de la placa indicativa y del comprobante de pago se considerarán inseparables a los efectos de dar cumplimiento a la obligación prevista en el presente artículo. La falta de exhibición de cualquiera de ellos, traerá aparejada la consumación de la infracción contemplada en el inc. a) del art. 26, con las modalidades allí indicadas”; en tanto que el art. 26 determina: “a) Serán sancionados con clausura de uno a cinco días -los pequeños contribuyentes que incurran en los hechos u omisiones contemplados en el art. 40 de la citada ley o cuando sus operaciones no se encuadren respaldadas por las respectivas facturas o documentos equivalentes por las compras, locaciones o prestaciones aplicadas a la actividad. Igual sanción se aplicará ante la falta de exhibición de la placa indicativa de su condición de pequeño contribuyente y de la categoría en la cual se encuadra en el régimen o del respectivo comprobante de pago”.

De modo que verificado en el caso la omisión de la exhibición en lugar visible del comprobante de pago correspondiente al último mes vencido, quedó configurado el aspecto objetivo del tipo infraccional.

En su descargo, la contribuyente manifestó que al tiempo de la inspección no tenía exhibida en su local comercial el último comprobante de pago del monotributo por un olvido involuntario. Dicha explicación aislada sin otro sustento que justifique razonablemente la omisión no es suficiente excusa exoneratoria y deja incólume la realidad objetiva del hecho y responsabilidad de la infraccionada.

Del voto en disidencia del Dr. Gurruchaga:

Si bien comparto las consideraciones realizadas por mis colegas en punto a los antecedentes del caso discrepo en orden a la decisión a adoptar.

En efecto, el caso remite en principio a la constatación realizada por los funcionarios en el comercio de la sumariada, verificando la omisión de la exhibición en lugar visible del comprobante de pago correspondiente al último mes vencido, conforme a la reglamentación vigente.

Ello, trae aparejado el reproche de la infracción formal prevista por el art. 26 inciso a) de la ley 26.565.

Ahora bien, conferido que fue el traslado a la contribuyente, ésta refirió que tenía pago el mes vencido de la condición de monotributista, pero el comprobante estaba en su domicilio. Agregó que sí tenía exhibida la condición de monotributista, respecto de la cual no hubo objeción. Para avalar su versión sobre la constancia de abono aporta el recibo pertinente; así se verifica que incluso el pago se hizo con anterioridad a la constatación efectuada el 18 de junio de 2010.

Al respecto, si bien es cierto que la norma dispone la obligación de exhibición del pago y se trata de una infracción formal, debe entenderse como excesivo rigorismo ritual, el reproche y sanción a una persona que omitió la exhibición pero que ya había efectuado el pago al momento de la verificación, lo cual acreditó en autos.

En esa línea se ha pronunciado el Tribunal en el precedente “PLOMER” (1). En estas especiales circunstancias es razonable la decisión adoptada por el magistrado. En consecuencia, corresponderá confirmar la resolución y en consecuencia, dejar sin efecto la clausura.

C. 2166/11. **“Gegunded, María Patricia s/ apelación de clausura”**. Fecha: 03/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5496.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga (en disidencia).

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Mercedes, Sec 4.

Nota: Llegó el expediente a esta Alzada por la apelación interpuesto de la AFIP contra el decisorio que dispuso revocar la resolución administrativa y dejó sin efecto la sanción de un día de clausura aplicada al establecimiento comercial respectivo.

(1) CFASM, Sala II, Sec Penal II, C. 5730, Rta. 29/12/10, Reg. 5866

CLAUSURA. Improcedencia. Impertinencia de asociar al incumplimiento de obligaciones formales una responsabilidad objetiva. AFIP. MONOTRIBUTO. Momentáneamente no exhibido por la necesidad de obtener una fotocopia. PRINCIPIO

DE RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA.

Tras la lectura de las actuaciones surgen dos elementos de importancia a tener en cuenta en favor de la sancionada: el primero, que luego de la confección del acta de inspección, el mismo día presentó el comprobante exigido, que había sido correctamente abonado con anterioridad; el segundo, que señaló que lo había sacado de exhibición, momentáneamente, para extraerle una fotocopia que le era solicitada para efectuar un trámite (confr. descargo y sucesivos escritos lucientes en el expediente). Incluso cabe señalar que también dijo que esa circunstancia fue anotada al funcionario actuante por su empleada, quien le solicitara aguardarse el retorno de Lamothe, a lo que no accedió.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el monotributo había sido efectivamente abonado y que las razones expuestas por la contribuyente para explicar su falta de exhibición, aparecen en el caso, como razonables.

Tiene dicho este Tribunal que la razonabilidad y protección de bienes valiosos no implica indefectiblemente aplicación de una sanción por el sólo hecho de comprobarse un incumplimiento objetivo, pues cada caso deberá decidirse según las peculiaridades que ofrezca, las defensas y las pruebas que a su respecto pueda producir el inculpado, y las causales de exención de la sanción si éstas cupieren. Es que rigen en esta materia los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena.(1). desde que el incumplimiento de obligaciones formales no significa responsabilidad objetiva. (2).

Al efecto, se entiende que el argumento de la administración acerca de que la contribuyente no demostró el trámite que dijo debía practicar con fotocopia del comprobante, no aparece como relevante frente a las demás circunstancias del caso.

Por tales motivos, la versión de Lamothe importa, a esta altura, un argumento válido para desechar su voluntad de incumplimiento de la norma administrativa.

C. 1664/11 "**Lamothe, María Fernanda s/ apelación de clausura**" Fecha: 04/10/2011

CFSM. Sala I. Sec. Penal 3. Reg: 5769.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec Act. Dra. Oribe.

J F Mercedes, Sec 4.

Nota: El magistrado de primera instancia revocó la resolución dictada en la faz administrativa por la AFIP y dejó sin efecto la sanción de dos días de clausura impuesta contra el establecimiento comercial de María Fernanda Lamothe.

Se le endilgó a la nombrada no haber tenido exhibido en su local comercial –tal como lo exige la ley 26.565, arts. 25 y 26- el comprobante de pago del último mes vencido del régimen simplificado para pequeños contribuyentes.

(1) CSJN. Fallos: 316:1163 y 271:297 entre otros.

(2) CFSM. Sala I. Sec. Penal 3. C. 408/01 "Wilson Trade SA s/ Apelación clausura", Reg. 2078 del 24-05-2001.

COMPETENCIA de la alzada. Improcedencia de receptar en la instancia peticiones o motivos distintos de los que fundaron el recurso.

En relación a la solicitud de reducción del monto del embargo introducida en la instancia, habida cuenta lo expresamente normado en los arts. 445, primer párrafo, y 454, tercer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, el planteo no habrá de recibir tratamiento en esta ocasión.

C. 911/11. "**Alvarez Néstor D s/ infracción art. 277 del CP**". Fecha: 06/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec Penal 1, Reg: 8740.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

COMPETENCIA en los delitos permanentes.

El tribunal ha señalado en los numerosos pronunciamientos que se encuentran agregados al sumario 4012, que el hecho de que algunas víctimas domiciliadas en la ciudad de Buenos Aires fueran allí capturadas, y posteriormente trasladadas y alojadas en Campo de Mayo, en nada obstaba a tener por acreditada la competencia de esta judicatura (1).

Tampoco la vinculación del secuestro con otros sucesos similares ocurridos a parientes o conocidos de las víctimas –en ajena jurisdicción territorial- resultó ser un elemento de peso para declinar la competencia en favor de otros tribunales (2).

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 37 del digesto de forma, establece, como criterio rector de competencia en el caso de delitos permanentes, que deberá conocer el magistrado de la circunscripción judicial en que cesó la permanencia del hecho, circunstancia que, vale destacar, habría ocurrido, conforme los dichos del denunciante, en la ruta frente a la Escuela “General Lemos”.

Así las cosas, la valoración conjunta de los elementos obrantes en los autos 4012 a que se hiciera referencia en el acápite anterior, permite arribar a la conclusión de que la declaración de incompetencia es prematura, al no estar precedida de una investigación suficiente que permita individualizar las circunstancias de modo y lugar en que los sucesos se habrían desarrollado.

C 1592/11. “**Sosa Jorge Omar , Caso 458**”. Fecha: 20/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1 ad hoc, Reg: 8826.

Firmantes: Dres. Barral y Culotta. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Badorrey.

J F San Martín 2, Sec Penal ad hoc.

Nota: En similar sentido CFASM, Sala I Sec. Penal 1, ad hoc, C 1591/11, Arancibia Roberto, Zago, María Eugenia Caso 437”, Reg: 8834 del 27-09-2011; CFSM, Sala I Sec. Penal 1, ad hoc, C: 1708/11.” Obreque Valenzuela Marilú, Reg: 8827 del 20-09-2011.

(1) Entre otros casos 16, 51, 118, 134

(2) Caso 51, entre otros.

COMPETENCIA en razón del territorio cuando no se conoce el lugar de desarrollo de la conducta típica. FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO. USO DE DOCUMENTO PUBLICO.

Para determinar la competencia en razón del territorio, debe estarse a aquel en cuya circunscripción judicial se desarrolló la conducta típica. Sin embargo, el principio que debe guiar decisiones como la que demanda este caso, es el que privilegie una mejor administración de justicia y economía procesal.

En tal direccionamiento, si bien hasta el momento se desconoce el lugar de creación del instrumento que atañe a la falsificación de la rúbrica correspondiente al vendedor de la unidad, sí se cuenta con la concreta referencia de haber sido presentado en esas condiciones por ante la escribana Ana María Cianci, con motivo de la certificación de la firma del comprado, en la Provincia de Santa Fe.

Súmase a ello la circunstancia de que el adquirente del rodado, así como la persona que figura como compradora del formulario 08 y la gestora que encomendó el trámite de transferencia, tienen su residencia en la señalada provincia, lugar en el que también el auto fue objeto de verificación.

En consecuencia, ese primer uso verificado por ante la fedataria de Villa Gobernador Gálvez, en concurso con las pautas mencionadas, aconsejan que la dirección del proceso deba quedar a cargo del magistrado rosarino, ya que decidir lo contrario, por el sólo hecho de haber sido presentado el trámite en un Registro del Automotor de otra jurisdicción, no comulgaría con los principios procesales citados *ut supra*.

C. 1736/11. “**Aspiazu Miguel A s/ infracción art. 292 y 296 del CP.** “ Fecha: 08/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8806.
Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.
Sec. Act. Dr. Cassani.
J F San Isidro 1, Sec 3.

COMPETENCIA en razón del territorio. Improcedencia. FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO presentado ante un Registro Automotor de la provincia pero confeccionado en la Ciudad de Bs. Aires.

Lo actuado en el legajo revela que el obrar falsario se vio consumado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por lo cual, al haberse determinado prima facie el lugar de creación del instrumento cuestionado, su ulterior presentación ante un Registro del Automotor ubicado en otra jurisdicción, no permite soslayar el principio de territorialidad, ya que el injusto se vio perfeccionado con absoluta independencia de esa posterior utilización, y a efectos de determinar la competencia rationae loci cabe estar al sitio en donde se produjo el documento falso, ya que la regla del art. 37 del código de forma, sólo cede cuando se ignore o dude acerca de tal circunstancia (1).

De acuerdo con ello, la Sala comparte y hace suyos los fundamentos que nutren el recurso, por lo que la queja de la fiscalía debe ser favorablemente atendida en la instancia.

Ahora bien, desde que el señor juez instructor declarara la incompetencia en razón del territorio hasta el presente, no se han incorporado otros elementos que permitan variar el temperamento allí adoptado, que, por otra parte, fue aceptado por el juez en cuyo favor fuera declinada.

Fue entonces que, por indicación de su Alzada, a su vez declaró su incompetencia rationae loci volviendo estos autos a los estrados de origen, por lo que, en definitiva, el magistrado de grado deberá plantear la cuestión por intermedio de su par capitalino, a fin de que aquélla, de no compartir este criterio, eleve las actuaciones de práctica al Superior común para que dirima la contienda negativa que, de tal suerte, quedaría formalmente trabada.

C. 1257/08. "**Bussi Alejandra M s/ denuncia**". Fecha: 16/08/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8786.
Firmantes: Dres: Barral, Fossati y Culotta.
Sec. Act. Dr. Cassani.
J F San Martín 2, Sec 4.

Nota: Llegaron estos autos a estudio del Tribunal, a raíz del Recurso de Apelación Fiscal contra el decreto que aceptó, de manera tácita, la competencia adjudicada por el magistrado porteño.

(1) Fallos: 306:1387, entre muchos; CFSM, Sala I , Regs: 6479, 6786, 7694, 7725, 8559 y 8745, de la Sec. Penal 1, entre otros.

COMPETENCIA en razón del territorio. Lugar por consumación típica. REGIMEN PENAL CAMBIARIO (Ley 19359 art. 1, inc. e) y f) y art. 2, inc. f, primer párrafo). Falta de liquidación e ingreso tardío de divisas provenientes de exportaciones efectuadas.

Más allá de las contingencias relativas al lugar donde la firma habría realizado operaciones de exportación, en el período investigado la liquidación de las respectivas divisas surgiría efectuada a través de Bank Boston Nacional Association, en su sede de la calle Reconquista 134, de Capital Federal. Se suma que la firma registra domicilio legal en el mismo ámbito [*calle Reconquista 336, 11° piso "X"*].

Por lo demás, la mencionada entidad bancaria, a partir del 1° de abril de 2007 habría continuado su actividad en una única casa, sita en Della Paolera 265, piso 10, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ahora bien, la estructura típica de las infracciones imputadas conlleva a sostener que su consumación tendrá lugar donde debía efectivizarse la obligación incumplida y/o cumplida tardíamente.

Por ello, en función del emplazamiento de la sede bancaria que habría efectuado el seguimiento de las operaciones de exportación de la empresa, es al magistrado con competencia territorial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a quien le corresponde conocer en la causa, de acuerdo con lo normado por el art. 37, CPPN (de aplicación supletoria cfme. art.8, último párrafo, ley 19.359).

C. 2346/11. **“ALPLA ARGENTINA S.A. s/ inf. Ley 19.359”**. Fecha: 22/11/2011

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6211.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F Campana, Sec 2.

Nota: Llegaron las presentes actuaciones en virtud de la contienda negativa de competencia territorial suscitada entre el Juzgado Federal de Campana y el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 2.

Se investiga en autos la falta de liquidación e ingreso tardío de divisas provenientes de exportaciones efectuadas por *Alpla Argentina S.A.* entre el 30/04/02 y el 12/10/04, situaciones comprendidas en la ley 19.359, arts. 1° inc. e) y f) y art. 2°, inc. f), primer párrafo.

COMPETENCIA en razón del territorio. Sociedad y fideicomisos con DOMICILIO FISCAL en la localidad de Tigre.

Merece computarse que los fideicomisos Santa Teresa, San Francisco y San Gabriel, así como la firma Eidico S.A, tienen domicilio fiscal en la Localidad de Tigre. A lo que se aduna que las fiscalizaciones realizadas por la entidad recaudadora estatal, si bien en un principio, respecto del fideicomiso San Francisco, comenzaron en la Capital Federal, durante su transcurso la empresa se mudó a la señalada localidad bonaerense, donde se continuó con tal tarea y fueron también inspeccionados los otros dos emprendimientos.

A su vez, se libró orden de presentación y allanamiento en subsidio respecto del domicilio de Tigre, donde personal policial se hizo presente, junto con agentes de la AFIP, y se les hizo entrega de la documentación requerida.

Se advierte, entonces, que si bien la firma Eidico S.A posee domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su actividad principal es desarrollada en esta jurisdicción, donde también tiene su domicilio fiscal, al igual que los fideicomisos mencionados *ut supra*, y sus oficinas administrativas.

Por lo demás, no corresponde la aplicación del art. 38 del código de forma, pues en el caso de autos se verifica la regla general del 37 del mismo cuerpo legal, correspondiendo dar intervención al juzgado en cuya circunscripción judicial se habría visto cometido el delito.

C. 1807/11. **“Inc. de Falta de Competencia planteado en C. Lanusse, Pedro .”** Fecha: 06/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8906.

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Isidro 1, Sec 3.

Nota: Llegaron las actuaciones al Tribunal por el recurso de apelación deducido por el Dr. Pedro P. Lanusse, contra el auto que rechazó el planteo de incompetencia formulado en razón del territorio.

COMPETENCIA POR CONEXION. CONEXIDAD SUBJETIVA. Improcedencia de la prórroga legal de competencia por conexidad subjetiva tratándose de magistrados de diversa jurisdicción.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que, por principio, no corresponde la prórroga legal de competencia fundada en razones de conexidad subjetiva cuando -como en el caso- se trata de magistrados de distinta jurisdicción (1).

En tales condiciones, tratándose de sucesos escindibles y habiendo el señor Fiscal General dictaminado en la instancia, se acuerda en que sea el Juzgado Federal N° 3 de La Plata en cuya circunscripción judicial se vieran verificados prima facie los delitos- quien continúe entendiendo en estas actuaciones.

C. 2327/11. "**Jiménez Marcelo Adrián s/ dcia**". Fecha: 23/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8894.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Morón 1, Sec 1.

(1) C.495/04, "ROMERO, Mónica s/inf. Art. 292 del CP.", Reg. 2887, del 30/4/04, de la Sec. Penal N° 3; C. 7949, "CORIA, Juan Alberto s/ inf. Ley 23.737", Reg. 6923, del 5/10/06; C. 8399, "ASOC. MUTUAL del TRANSPORTE AUTOMOTOR s/ inf. Ley 24.769", Reg.7366, del 5/2/08 y C. 9263, "ACUÑA, Víctor Manuel Ramón s/ inf. art. 292 del Código Penal", Reg. 8216, del 10/2/10, de la Sec. Penal 1; en igual sentido CNCP, Sala II, Causa N° 7546, "CAPURRO, Claudio Martín s/ recurso de casación", Reg. N° 9792, del 30/3/07; entre otras.

COMPETENCIA. CSJN. Jurisdicción originaria y exclusiva.

Liminarmente, los antecedentes del legajo informan que el 23 de marzo de 2011 personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria en el marco de un operativo de ingreso, interceptó a quien resultó ser empleado de la embajada estadounidense M.S.H cuando pretendía acceder al Aeropuerto Internacional de San Fernando portando –sin autorización para ello- en el vehículo que conducía, dos rifles de alto calibre con sus respectivas municiones. En ese contexto, se estableció que su presencia en el lugar obedecía a una disposición de la Embajada de EEUU de América para arreglar una aeronave en su condición de mecánico.

Al respecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto remitió copia de la nota proveniente de la citada embajada por la cual se sostiene que el imputado está acreditado como miembro de su equipo administrativo y técnico, y como tal, conforme los arts. 37, inc. 2 en función del 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, goza de total inmunidad en la jurisdicción penal argentina, y no está obligado a brindar testimonio, siendo que por el art. 29 de la citada norma convencional también goza de inviolabilidad personal.

Sobre la base de dicha situación fáctica y jurídica, corresponde a la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema, el conocimiento de las presentes actuaciones, en función de la inmunidad antes invocada y en armonía con los propósitos de los arts. 116 y 117 CN, y 24 inc. 1, primer párrafo del DL 1285/58 (1).

Ello así, en tanto se verifica la realización de un acto al servicio de la embajada por un agente respecto del cual se invoca inmunidad, que además es parte en el proceso.

C. 1445/11. "**Hankins, Matthew s/ inf. art. 189 bis del CP.**" Fecha: 11/08/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5412.

Firmantes: Dres Criscuolo, Rudi y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F San Isidro 2, Sec 6.

(1) CSJN, Fallos 332:1622, 329:1330; 329:1019, entre otros.

COMPETENCIA. DELITO DE DESOBEDIENCIA. Orden de pago que no indica el lugar de su depósito.

Los antecedentes del caso imponen atribuir el conocimiento del proceso al juzgado capitalino. Porque la investigación del presunto delito de desobediencia corresponde al juez del lugar donde se habría omitido el cumplimiento de la orden impartida en autos; lo que habría tenido lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto se trata de una orden de pago que no indica el lugar del depósito.

C. 2350/11. **“Expte. s/ inf. art. 239 del CP.”** Fecha: 24/11/2011.
CFSM. Sala II, Sec Penal 2, Reg: 6213.
Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.
Sec. Act. Dr. Passero.
J F Tres de Febrero, Sec 3.

COMPETENCIA. DERECHOS HUMANOS. DELITO DE LESA HUMANIDAD cometido (el 23 de abril de 1975) fuera del plan de acción único diagramado desde el Comando de Institutos Militares (1976/1983 “Zona de Defensa IV”), ajeno al objeto de la C. 4012 del JF 2 de San Martín. Determinación en orden al lugar de comisión de la Privación de la Libertad del caso.

Sucintamente reseñadas las posturas de los contrincantes en esta traba de competencia, entiende la Sala que la cuestión debe ser resuelta acudiendo a las posturas ya sentadas en anteriores pronunciamientos.

En efecto, en el caso n° 400 se recepitó la declaración que motivara el conflicto de competencia que debe dirimir esta Alzada y allí tuvo que expedirse la Sala para decidir en el recurso de apelación que interpusiera el Fiscal actuante contra la decisión de mantener la instrucción del caso en esa jurisdicción judicial. En tal ocasión se le adjudicó el conocimiento del suceso al Juzgado Federal N° 2 de esta ciudad, haciendo aplicación de lo dicho en los autos n° 8.332 “Incidente de competencia –Juzgado Federal de Campana y Juzgado Federal de San Martín- en causa n° 4012”, en cuanto a que los hechos acaecidos respondían, en principio, a un mismo plan de acción diagramado desde el Comando de Institutos Militares, que durante el gobierno de facto de 1976-1983, estuvo a cargo de los que se denominó Zona de Defensa IV; siendo estas circunstancias dirimientes para la adjudicación de conocimiento al fuero federal de esta ciudad (1).

Pero el caso aquí ventilado no se asienta sobre ese criterio rector atributivo de competencia, porque precisamente el suceso generador tuvo inicio y quedó agotado con anterioridad al período en el que se desarrolló el llamado proceso de reorganización nacional, pues de las declaraciones testimoniales de Claudia Edith Quintana, surge que fue secuestrada el 23 de abril de 1975 y puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional el 29 de abril de ese mismo año por medio del decreto N° 1.142, cuya copia obra en el referenciado caso n° 400.

Por lo tanto, al no quedar dentro del lapso fijado como objeto de investigación de la causa n° 4012, que determina el conocimiento del Juzgado Federal N° 2 de esta ciudad (2), corresponde que la instrucción sea realizada por el Juzgado Federal de Campana, porque es donde ocurrió el hecho delictivo de privación ilegal de la libertad de la nombrada (art. 37 del CPPN), siendo legalizada su situación a través del posterior decreto del entonces gobierno constitucional.

C. 2745/11. **“Competencia entre Juzg. Fed. De Campana y San Martín en autos Guerrero, Ricardo V. s/ su dcia de desaparición forzada de persona”.** Fecha: 27/12/2011.
CFSM. Sala I, Sec Penal 1 ad hoc, Reg: 8933.
Firmantes: Dres Barral y Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.
Sec. Act. Dr. Ferraro.
J F San Martín 1, Sec. 2.

(1) C. 9.030 “Comp. por apelación fiscal en autos ‘Gimenez María L., s/desaparición de Giménez, L.’, Rta. el 6/10/09, Reg. 8050; C. 9.021 “Comp. por apelación fiscal en autos ‘Yoshimiya, T. s/ desaparición de Yoshimiya, Emilio’, Rta. el 6/10/09, Reg. 8049; C. 9058 “Comp. en autos ‘Pinto de Grano C., s/desaparición de Grano, Domingo’”, Rta. el 8/10/09, Reg. 8072, entre muchas otras.

(2) CFASM, en pleno, en C. 85 “Riveros, Santiago Omar y otros s/privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.”; Rta. el 18/09/03, Reg. 5908; y Sala I en C. 85, Rta. el 08/07/1987, Reg. 20.

COMPETENCIA. Improcedencia de la declaración de INCOMPETENCIA en razón de la materia por resultar prematura. TRATA DE PERSONAS (ley 26.364). Probables modos comisivos que deben considerarse en la investigación. CSJN. Pautas jurisprudenciales.

Llegaron los obrados a la Sala por el recurso de reposición con apelación en subsidio, formulado por el Fiscal contra el auto del J. F. C. C. 1 de San Martín, que declaró la incompetencia de ese tribunal en razón de la materia y dispuso la remisión de las actuaciones al juzgado de garantías en turno.

La Sala comparte el criterio expuesto por el recurrente en cuanto a que la decisión adoptada deviene prematura.

Se advierte que se ha corroborado la existencia del lugar y la actividad allí desarrollada y que, si bien las tareas de inteligencia citadas por el *a quo* en la decisión apelada, no evidenciaron, a su entender, la infracción a la ley de trata de personas, lo cierto es que las tareas producidas por la Policía Federal Argentina arrojaron que, si bien habría una cantidad de cinco alternadoras continuamente, ese número se incrementaría el fin de semana; y que el lugar estaría a cargo de una mujer apodada “Dora”. (Ver Nota al pie).

Entiende la Sala que en atención al estado de la pesquisa, de la cual no ha podido descartarse aún determinadas modalidades de comisión del delito, resulta conveniente que continúe con la investigación la justicia federal.

Debe coincidirse con el recurrente acerca del modo en que corresponde evaluar los elementos de prueba hasta el momento incorporados. Y de conformidad con ello, los extremos plasmados en los informes producidos por los agentes encargados de las tareas de inteligencia, en cuanto a que las mujeres que se había entrevistado refirieron que trabajaban en el lugar por propia voluntad y que podían salir del mismo libremente, no deben ser analizados como un recurso suficiente para dar por configurado o no el delito de trata de personas y, particularmente, de algunos de los medios comisivos exigidos por la norma, tales como engaño, intimidación, coerción o abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad –todos ellos, elementos que permitirían presumir un estado de sometimiento de las mujeres que habrían ejercido la prostitución-; o bien la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de las mismas (1).

También ha destacado la C. S. J. N. que incluso el ejercicio de la prostitución válidamente consentido, en la actualidad puede haber tenido origen en un proceso de captación previo o en un traslado rotativo –con la finalidad de renovar la oferta de mujeres– en los términos del art. 145 bis y ter del Código Penal. Por tal razón, consideró que la decisión del juez federal de no intervenir en las actuaciones resultaba prematura en tanto debía haber orientado la investigación a los fines de establecer, por ejemplo, de qué modo las mujeres que se encontraban en los lugares investigados habían llegado allí, cómo fueron contactadas, quién las había recibido y en qué circunstancias permanecían en esos lugares (2).

El avance de la pesquisa permitirá, además, determinar si se dan los elementos de la conducta analizados por la Sala en los autos 8948, “Pérez, Luís Alberto s/inf. ley 26.364”, Reg. n°. 7900 del 2/6/09 de la Secretaría Penal n° 1 -citado por el magistrado instructor en la decisión apelada-, que no resulta aplicable al caso por el momento, en virtud de las consideraciones hasta aquí expuestas.

En orden a lo señalado, corresponde que continúe con la instrucción en los presentes obrados el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Martín, sin perjuicio de lo que resulte del trámite ulterior de la causa.

C. 2096/11. **“Test. En c. 5500 s/ av. Delito de trata de personas”**. 23/11/2011
CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5815
Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.
Sec Act. Dra. Oribe.
J F San Martín 1, Sec 3.

Nota: El expediente tuvo inicio en virtud de la denuncia efectuada por G. D. F. en representación de la organización no gubernamental “Newen”, que dio cuenta de que en el domicilio sito en la calle Balcarce esquina Aristóbulo del Valle de la localidad de Villa Ballester, Pcia. de Buenos Aires, se desarrollaría la explotación de la prostitución de niñas y mujeres, así como la reducción a servidumbre de ellas. Refirió que había recibido un llamado telefónico anónimo dando cuenta de la existencia allí de mujeres privadas de su libertad y que se había aludido a que una de ellas habría sido trasladada tres veces.

Las tareas de inteligencia efectuadas en virtud de esa denuncia corroboraron la existencia del inmueble indicado donde se encontrarían unas cuatro o cinco mujeres ofreciendo servicios sexuales que, por apariencia, eran mayores de edad y que, por dichos de ellas, realizarían esa actividad durante 8 ó 12 horas y luego se retirarían de allí. También refirió que durante la noche se pudo visualizar a una persona a cargo de la seguridad en el ingreso, sin determinarse si se encontraba armada.

Por su parte, el gendarme M. F. A. refirió sobre las tareas efectuadas, que no surgía de ellas el delito de trata de personas, sino una infracción a la ley de Profilaxis n° 12.331, en tanto las alternadoras trabajarían en el lugar por su propia voluntad y luego de la jornada se retirarían.

De acuerdo con los elementos de prueba reseñados, el magistrado instructor entendió que no se advertía motivo alguno para la intervención del fuero de excepción y, por ello, declaró la incompetencia del juzgado a su cargo.

(1) CS, Comp. N° 611. XLV, “Actuaciones instruidas s/presunta infracción a la ley 26.364”, del 13 de abril de 2010, con remisión a las conclusiones del Procurador General.

(2) Comp. 398; L. XLVII, “Ministerio Público de la Nación s/presunta infracción ley 26.364”, del 15 de noviembre de 2011, con remisión al dictamen del Fiscal.

COSA JUZGADA. Circunstancias consolidadas en sentencia que comprende el mismo suceso. Improcedencia de modificar para un solo implicado el encuadre de su conducta en un tipo penal más gravoso.

No se puede pasar por alto que el suceso claramente recreado en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 (considerando II) ha consolidado circunstancias que reflejan ínsita atingencia con el caso en trato. Concretamente, en virtud de que no se han incorporado nuevas pruebas que permitan modificar el hecho reprochado y/o la intervención de la justiciable, el fallo de referencia *“resulta óbice en la actualidad para ubicar al encartado en la posición más perjudicial, ya que modificar para un solo procesado el encuadre de su conducta en el tipo penal más gravoso cuando se trata del mismo suceso, implicaría alterar el mentado principio [cosa juzgada], dado que los presupuestos fácticos del pronunciamiento primitivo no son otros que los que ahora cabe meritarse en relación al justiciable”* (1).

C. 1991/09. **Testimonio C. 256/07 p/ av. Inf. Ley 23.737; imp: Niz, Ana María**”. Fecha: 20/09/2011.
CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6138.
Firmantes: Dres. Gurruchaga y Rudi. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.
Sec. Act. Dr. Passero.
JF Tres de Febrero, Sec 2.

(1) CFSM, Sala II, Sec. Penal 2, C. 1619, “Testimonios de la causa Barrera, Héctor Ricardo y otros p/inf. Ley 23.737”, Reg. 1497, Rta. 13-06-2000.

DECLARACION ESPONTANEA. Manifestaciones ante la prevención. Ausencia de coacción. Obligación de actuar de los funcionarios policiales. INTERPRETACION DE LA LEY. Integral y en el marco del sistema normativo. NULIDAD. Improcedencia.

La norma contenida en art. 184 del código de forma, en cuanto dispone que los funcionarios de la policía o fuerzas de seguridad “no podrán recibir declaración al imputado”, no debe entenderse como una previsión aislada, sino que ha de interpretarse a través de su integración en el marco más específico del sistema procesal al que pertenece y, dentro del

mismo, relacionarse con las disposiciones referentes a la función y atribuciones de la policía en el proceso penal.

De ahí que debe ser valorada en relación a otras contenidas en el mismo ordenamiento, como la del art. 183, las del propio art. 184 señalado, así como las del 284 y 285.

De tal forma, resultaría contrario al conjunto de atribuciones que la ley le otorga a la policía y fuerzas de seguridad, impedirles escuchar las manifestaciones vertidas por los sujetos sometidos a investigación, ya sea que revistan la calidad de simples sospechosos o imputados; o en el momento de llevarse a cabo el procedimiento policial o la detención. Una interpretación distinta conllevaría una hipótesis contradictoria a la aplicación armónica del sistema procesal.

Es así que las expresiones, como las receptadas en el sub examen, vertidas ante la policía en su función de prevención en un caso particular, son válidas y resultan consecuencia de la obligación de investigar que le impone el art. 183 del código ritual, toda vez que sería inimaginable o absurdo que el preventor, en presencia de un hecho ilícito, consumado o en vías de consumación, no pueda tomar en cuenta a efectos de su labor específica, los dichos y demás aportes que los protagonistas viertan al momento de efectuarse el procedimiento o durante su detención.

Es más, podría agregarse que cualquier omisión de actuar le irrogaría el compromiso al oficial público de hallarse incurso en los delitos de incumplimiento de sus deberes funcionales, encubrimiento u otros.

Lo expuesto lleva a concluir en que la norma no prohíbe que la autoridad pueda receptar manifestaciones espontáneas en la forma que se verificara en este caso en particular, ya que la mera comunicación de datos o circunstancias, en la medida en que no sea el producto de coacción, no contraría el ordenamiento procesal vigente y al no existir en tal sentido ninguna pauta objetiva en el sumario, no se advierte la presencia de vicios formales ni menoscabo alguno a garantías superiores (1).

En tal dirección -a contrario de lo sostenido por el recurrente- del examen de las actuaciones no surge ningún elemento que permita siquiera inferir o presuponer que las afirmaciones espontáneas del imputado ante los funcionarios públicos, hayan sido inducidas u obligadas por los preventores, o respondido a un insistente interrogatorio de éstos, como lo postula la parte.

Adviértase que tales manifestaciones, se produjeron tras haber sido convenientemente asistido, luego de que el procedimiento a su respecto había finalizado, en dependencias de la unidad de investigación actuante y cuando el personal de la Gendarmería Nacional estaba procediendo bajo la órbita y dirección de la autoridad judicial competente.

Por lo expuesto y compartiéndose los fundamentos que nutren la decisión de la señora juez a quo, se concluye en que el planteo de nulidad articulado por la defensa, no habrá de ser favorablemente atendido en la instancia, al hallarse ausentes los presupuestos para la procedencia de la sanción propiciada y no advertirse, además, agravio alguno a garantías superiores.

C.1023/11. ***“Incidente de Nulidad promovido por la Defensa de Christian Gonzalo Osmar”***

Fecha: 15/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal1, Reg: 8757.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Isidro 1, Sec 1.

(1) CFASM, Sala I, sec. Penal 1, Reg. 3820 del 21-11-95 y sus citas.

DERECHO DE DEFENSA. Compulsa del expediente a fin de evaluar asumir o no la defensa, con antelación a la indagatoria del imputado.

Del voto de los Dres: Rudi y Criscuolo.

En lo sustancial el caso remite a la presentación por escrito de la imputada proponiendo dos letrados como sus abogados defensores y solicitando se les confiera el derecho de tomar vista de las actuaciones a fin de decidir si se hacen cargo o no de su defensa. Ello en función del llamado a prestar declaración indagatoria inicialmente el 30 de junio de 2009 y, luego nuevamente, el 8 de agosto de 2011, en esta ocasión con el apercibimiento en caso de incomparecencia de declarar su rebeldía y detención.

Limitada la jurisdicción del Tribunal a los motivos del agravio que sustentan la impugnación, se aprecia que en el sub lite se encuentran en colisión dos derechos. Por un lado, el del abogado propuesto a compulsar el expediente para analizar si asume o no la defensa. Por el otro, el de la sociedad en preservar en secreto las actuaciones para garantizar el éxito de la pesquisa. (arts. 106 y 204, CPPN).

En el caso concreto, parecería dadas las particularidades del suceso, es decir, un expediente iniciado hace más de dos años, donde la encausada fue convocada a prestar declaración indagatoria inicialmente en el año 2009 y, existen una pluralidad de sujetos investigados algunos de los cuales ya han sido indagados y procesados, que la compulsión del sumario por parte del letrado propuesto en modo alguno podría entorpecer el éxito de la investigación.

En consecuencia, por los fundamentos aquí expuestos, es que el magistrado de intervención debió garantizar a la parte el pleno ejercicio del derecho de defensa y permitir la compulsión del expediente a los fines de analizar si asume o no la defensa.

Del voto del Dr. Gurruchaga (según su voto):

El plexo normativo contiene dos disposiciones distintas que resultan de consideración para el caso.

Por una parte, el art. 106 del CPPN establece: "El defensor tendrá derecho a examinar los autos antes de aceptar el cargo, salvo el caso de secreto del sumario".

Por otra, el art. 204 del mismo cuerpo normativo establece: "El sumario será público para las partes y sus defensores que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el derecho establecido en el segundo párrafo del art. 106".

En ese marco, del análisis legal se advierte que se contemplan dos derechos diferentes. Uno, el del abogado propuesto que no ha aceptado el cargo, para ver las actuaciones y determinar si asumirá la representación en el caso. Así, el derecho del letrado ampara su facultad de desechar los casos que no sean de su interés o que rechaza por motivos personales, éticos o de cualquier otra índole, y lo cubre de posibles prevaricatos (doct. art. 106 CPPN).

Otro, el del imputado o de su representante que ya ha aceptado el cargo, para ver la causa antes de la indagatoria. Este último caso, es el único que tiene la restricción legal contemplada en el art. 204 del CPPN.

Esa parece ser la manera de interpretar dos normas distintas que prevén derechos diferentes y que deben ser armonizadas de la forma descripta precedentemente.

Ahora, el caso de autos, importa la situación prevista en el primer lugar y no en el segundo.

Por tanto, el abogado propuesto tiene derecho a ver la causa para determinar si acepta el cargo según lo prescripto por el art. 106 del CPPN. Esa facultad se limita a revisar el proceso. Por tanto, corresponde **REVOCAR** el decreto apelado, con los alcances fijados en los considerandos.

C. 2039/11. "**Carvalho, Fabian y otros s/ inf. ley 11.723 y 22.362**". Fecha: 03/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5495.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga (según su voto).

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

DESESTIMACION DE LA DENUNCIA (art. 180, últ. párr. CPPN). Procedencia. Magistrado que declaró su incompetencia por conexidad sin instruir sumario (art. 180 CPPN). QUERELLANTE. Alcance de sus facultades.

Cabe recordar, que el derecho a la querrela regulado en los arts. 82 a 86 del catálogo instrumental, en cuanto a impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción,

argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en el Código se establecen, se refiere a un proceso válidamente iniciado, esto es, por requerimiento fiscal de instrucción o por prevención policial (1).

Sin perjuicio de lo cual, con motivo del recurso de casación deducido por los pretensos querellantes, la Sala IV de la CNCP, resolvió que ante un pedido de desestimación por parte del Ministerio Público Fiscal, el pretense querellante se encuentra en condiciones de impulsar la prosecución del sumario, agregando que la falta de interés estatal en la persecución del hecho denunciado, no impide a la víctima impulsar en solitario o en forma autónoma el proceso, es decir por la sola instancia del particular ofendido (2).

Así las cosas, no se observa en el *sub examen* pauta objetiva alguna que autorice a apartarse de la doctrina sentada en el precedente señalado, por lo que la línea trazada por el mencionado Tribunal no puede ser desatendida, pues resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (3), más si se tiene en cuenta la radicación de las actuaciones vinculadas a este legajo ante el mencionado Tribunal de Alzada.

Además, si bien lo decidido no resulta obligatorio para este caso, al tiempo de no encontrarse firme por haberse deducido recurso extraordinario federal, también es cierto que los tribunales inferiores tienen el leal deber de conformar sus decisiones a la doctrina del Superior en virtud de la autoridad institucional que reviste, resultando necesario, para poder apartarse, el aporte de nuevos argumentos que justifiquen la modificación de las posiciones sustentadas, circunstancia que no se advierte en el caso.

Sentado ello, La Sala comparte los argumentos del señor Fiscal y por el magistrado de grado, no advirtiendo en la tramitación de las actuaciones delito de acción pública alguno.

En efecto, conforme lo establece el artículo 39 del código de forma, en cualquier estado del proceso, el tribunal que reconozca su incompetencia territorial deberá remitir la causa al que considere competente, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de instrucción.

Toda vez que la competencia constituye un instituto de orden público, sobre cuyo análisis es posible un avocamiento oficioso, la falta de vista al Ministerio Público en los términos del art. 180 del ordenamiento de rito, no constituye un proceder irregular –ni conducta delictiva– por parte del Dr. Norberto Oyarbide, ya que obró con arreglo a las atribuciones que la ley le confiere; tanto más si se tiene en cuenta que notificó su decisión al señor Fiscal, quien no efectuó oposición alguna a tal declinatoria.

C. 1946/11. “**Dieguez Herrera, Esteban Julián y otra s/dcia. Av. Inf. art. 249 del CP**”.

Fecha: 21/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8928.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Martín 1, Sec 1.

Nota 1: El expediente tuvo su origen en la denuncia formulada por Dieguez Herrera y Thomson ante la Fiscalía de Tres de Febrero, contra el Dr. Norberto Oyarbide –titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de la Capital Federal–, por no haber dado cumplimiento a lo normado en el art. 180 del código de rito, en el marco de la causa N° 7890/2010, del registro de la judicatura a su cargo.

Dichas actuaciones se iniciaron el 18 de junio de 2010, y en ellas el denunciado resolvió declarar la incompetencia del Juzgado a su cargo y remitirla, por conexidad, al Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, en virtud de la relación íntima existente con las “Actuaciones Complementarias formadas en la C. 16123/10”.

Radicadas las actuaciones en ese Juzgado se corrió vista al señor Fiscal, quien postuló la desestimación en los términos del art. 180, último párrafo, del código de forma, por inexistencia de delito, al sostener que no correspondía la instrucción de un sumario penal, dentro de su ámbito discrecional de evaluar la necesidad de ejercer la acción penal pública, agregando que en el caso no resultaba necesario practicar prueba alguna.

En tal sentido, consideró que el pronunciamiento aludido en el considerando precedente fue notificado al Fiscal, no habiendo efectuado oposición alguna, de conformidad con las previsiones de los artículos 449 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

Entendió que la declaración de incompetencia procede aun de oficio y puede ser recurrida por el fiscal o quien pretenda ser querellante.

Nota 2: Por su parte, el magistrado *a quo* sostuvo que el juez no puede promover o dar inicio a una investigación penal por delitos de acción pública, por iniciativa propia, sino que la acción debe ser instada por el Ministerio Público Fiscal, o en su caso, por la fuerzas de seguridad.

También resaltó que el dictamen del señor Fiscal, además de resultar razonable, estaba provisto de las características exigidas por la ley adjetiva que regula la forma de actuación de ese Ministerio, en cuanto dispone que sus requerimientos y conclusiones deberán formularse motivadamente –conf. art. 69 del CPPN

Entendió –de manera coincidente con lo dictaminado por la Fiscalía-, que el hecho por el que se consideraban ofendidos los denunciantes, no configuraba delito de acción pública.

Agregó, que el sentirse particularmente disconforme y entender que existe un agravio ocasionado por una decisión judicial, por sí sólo no hace viable la prosecución de un proceso penal, respecto de la autoridad que intervino en la ocasión, para que se juzgue su discrecional criterio, cuando este fuera distinto al pretendido, dado que dicha diferencia en la apreciación fáctica y jurídica –que puede o no resultar válida y fundada- tiene prevista en el orden procesal y como tutela constitucional de quienes se sienten agraviados, la vía recursiva que el ordenamiento adjetivo establece, para que pueden hacer valer su pretensión ante los organismos revisores competentes.

En similar sentido: CFSM, Sala I, Sec. Penal 1, C. 1758/11, Reg. 8929. Rta. 21/12/11.” Dieguez Herrera, Esteban Julián y Thomson, Natalia s/ dcia. Av. Inf. art. 249 CP.

(1) CFSM, Sala I, Sec. Penal 1. Reg.8428.

(2) CNCP, Sala IV, C.13.139, “DIEGUEZ HERRERA, Esteban s/recurso de casación”, Reg. 15486.4, del 6/9/11.

(3) Fallos: 326:417.

DETENCION DOMICILIARIA. Fundada en razones de salud –ataque de pánico- Improcedencia.

Con respecto a la detención domiciliaria se coincide con la postura del “a quo”.

Ello en tanto tras analizar las constancias de autos y de lo glosado en el incidente de salud, se concluye en que el padecimiento que exhibió al ser detenido -un ataque de pánico, que fue controlado con la medicación pertinente- no aparece como alguno de aquellos supuestos establecidos por la ley 24.660 como capaces de motivar en el Juez una decisión en su favor.

Se estima por el momento que la dolencia de marras, en caso de repetirse, podrá ser tratada adecuadamente en el Hospital Penitenciario mediante la administración de la medicina respectiva –la cual, por otra parte, según surge del legajo de salud, habría sido voluntariamente abandonada por el imputado-.

C. 1808/11. “**Inc. Exc. Zappia, Guido Francisco**”. Fecha: 29/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5821

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F Campana, Sec 2.

DETENCION DOMICILIARIA. Procedencia. Hipótesis legal de grave enfermedad. Antecedentes del caso. PRUEBA: Valoración. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Inadmisibilidad de distinciones entre sus destinatarios.

El Defensor Público Oficial Subrogante, al momento de requerir la modalidad morigerada de cumplimiento de prisión preventiva respecto de Somoza, expuso que el nocente resultaba ser un individuo sexagenario, con padecimientos cardíacos severos. En apoyo de su postura citó las conclusiones emitidas por el médico cardiólogo del CPF I de Ezeiza y de los Dres. Cliff y Huggelmann, galenos pertenecientes al Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación, en el marco del incidente de detención domiciliaria formado en los autos 6859/98, de la Secretaría n° 8 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4, de la ciudad de Buenos Aires.

A tenor de lo expuesto, se solicitó al mencionado tribunal la remisión de copias del incidente, que se agregaron.

De ellas se desprende que en dos oportunidades la asistencia de oficio de aquella jurisdicción pidió la concesión del beneficio de la detención domiciliaria con fundamento en la dolencia ahora en trato, rechazándose en sendas ocasiones. (el 14 de abril de 2010, y el 22 de junio de 2011). En ambos casos, la decisión adoptada fue confirmada por el tribunal de alzada porteño, el 6 de julio de 2010 y el 18 de agosto de 2011.

En los pronunciamientos del magistrado y de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones, se tuvo en cuenta al decidir, los informes agregados en autos, correspondientes al médico del complejo penitenciario donde se encuentra detenido Somoza, y los emitidos por los ya mencionados peritos de parte. A ello cabe agregar que en las últimas resoluciones se valoró, asimismo, la conclusión de la junta médica celebrada el 23 de mayo del corriente año, a la que fueron convocados el perito de parte, el director de la unidad carcelaria junto con médico cardiólogo de la misma y los galenos que asisten a Somoza en el Sanatorio Otamendi.

Allí se concluyó, en lo que aquí importa, que Somoza podía permanecer en el lugar de alojamiento donde se encontraba, de no variar su estado clínico y debiendo ser controlado por los especialistas de sus afecciones de la Unidad de detención, debiéndose asimismo, respetarse los controles periódicos de los especialistas tratantes de cabecera extramuros.

El perito de parte, en su disidencia parcial compartió las conclusiones clínicas a las que arribaron los restantes profesionales, pero difirió en cuanto al lugar de privación de la libertad.

Liminarmente habrá de señalarse que la ley 26.472 reformó el artículo 32, de la ley 24.660, ampliando los supuestos que autorizan la detención domiciliaria a la hipótesis de grave enfermedad que no pueda ser tratada en el establecimiento penitenciario u hospitalario, manteniendo la prerrogativa de decisión del juzgador mediante la locución "podrá", por lo que ninguna de las hipótesis previstas para su aplicación resulta automática, sino que debe ser el magistrado quien evalúe, en cada caso en particular, la conveniencia o no de disponer la excepción a que se alude, fundando su decisión en los informes médico, psicológico y social.

Así, surge de éstos que Somoza padece enfermedad del nódulo sinusal, cursando con arritmias, lo que requirió la colocación de un marcapasos definitivo, que se encuentra anticoagulado y el 6 de abril del corriente año fue sometido a una angioplastia coronaria sin colocación de stent. Se concluyó que de no variar su situación clínica y siendo controlado por un especialista en cardiología podía permanecer en su lugar de alojamiento.

No obstante ello, se agregaba que se debían respetar los controles periódicos de los especialistas tratantes extramuros.

Recientemente, el 3 de noviembre de 2011, el cardiólogo del Cuerpo Médico Forense concluyó que Somoza es un paciente coronario severo que requiere control periódico con personal idóneo y si la unidad penitenciaria no cuenta con cardiólogo, deberían arbitrarse los medios para que se lo aloje en un lugar adecuado para controlar una emergencia cardiológica.

Por su parte, el informe psicológico obrante, confeccionado por la asesora psiquiatra integrante del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación, recomendó la concesión de la modalidad morigerada de detención preventiva.

Centrada la intervención de la Sala en lo que ha sido motivo de agravio, cabe tener en cuenta, en primer lugar, que las afecciones de la salud que presenta el interno son de tipo crónico y resultan incurables, con lo que podría ubicarse su situación en la hipótesis contemplada en el inc. a) de la norma citada, lo que debe conjugarse en el particular caso que convoca este acuerdo, con las demás circunstancias también plasmadas en los informes incorporados al legajo.

Entre ellos, cobra especial relevancia el hecho que el encausado haya tenido que ser atendido de sus dolencias en un nosocomio extramuros no público, a través de su obra social.

Asimismo se han reseñado en autos las dificultades técnicas, humanas y de transporte que padece el complejo penitenciario y ello fue advertido por la Sala al compulsar el sumario y percatarse de la demora en el traslado del interno al Cuerpo Médico Forense, ante la orden del *a quo* y que conforme se alegara, ocurrió por carecerse de móviles.

Sobre el particular, cobra trascendencia la documental que aportó el Defensor Público Oficial, donde una vez más, se patentizan las dificultades en la asignación de móviles para el traslado del interno; de igual modo deben destacarse las carencias humanas y técnicas tanto del Hospital del Complejo Penitenciario I como del nosocomio más cercano, "Hospital Alberto Eurnekian" de la localidad de Ezeiza, para atender adecuadamente las afecciones que aquejan a Somoza.

Ello habilita a inferir que el caso excede la capacidad de respuesta que el organismo penitenciario federal pueda tener para con el cuadro que presenta el nocente; a lo que cabe adunar, como sostuvo el informe psicológico al que se ha hecho referencia, el lógico estado de angustia que la situación de encarcelamiento provoca en cualquier hombre medio, que necesariamente debe incidir en forma negativa sobre la situación global de salud del nombrado, portador de afecciones cardíacas severas, tanto más si se tiene en cuenta que de permanecer alojado en el Penal, deberá –como se ha visto- ser trasladado para su atención a un nosocomio externo.

Por tanto, no puede afirmarse de un modo absoluto que en estas condiciones Somoza no vea agravado su estado de salud en prisión.

En tal sentido, las características especialmente delicadas y severas del cuadro que presenta, enlazadas con razonables cuestiones que entroncan con la dignidad del ser humano lo colocan, en definitiva, en la situación de carácter excepcional que el legislador ha tenido en miras al introducir la reforma en la ley 24.660 (Cfr. exposición de motivos y art. 1 de la ley 26.472), cuando la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario implica una grave afectación a los derechos fundamentales, situación que, por las razones reseñadas, se verifica en el *sub examine* (1).

Para concluir, el Tribunal quiere mencionar que tiene presente la gravedad de los delitos atribuidos a Somoza, los que evaluó al tratar su responsabilidad penal en los autos 9924, del 8 de noviembre de 2011, Reg. 8874, de la Sec. Penal 1; pero esta situación no puede vulnerar garantías constitucionales que amparan a los imputados, independientemente del repudio que generen los delitos por los que ha sido cautelado, toda vez que los principios y derechos constitucionales no admiten distinciones entre sus destinatarios y deben aplicarse sin más, cuando por derecho corresponda.

Por ende, resulta autorizado modificar las condiciones de su detención en la dirección propiciada por el recurrente.

C. 2633/11. **Legajo de prisión domiciliaria de Somoza, Carlos Eduardo**". Fecha: 27/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1 ad hoc, Reg: 8932.

Firmantes: Dres. Fossati y Barral. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Badorrey.

J F San Martín 2, Sec ad hoc.

(1) C. 9133, "Inc. de prisión domiciliaria solicitado a favor de Oscar Rodolfo Nieto", Rta. el 18/01/10, CFASM Sala I, Reg. 8194, Sec. Penal 1.

DISCRIMINACION. Ley 23592, art. 3, párrafo 1°. PRUEBA. Valoración.

A esta altura de la investigación -al igual que lo ocurrido oportunamente con Lucas Bobbio-, corresponde valorar en primer término que los ahora encausados fueron vistos, junto al mencionado Bobbio, caminando por las vías del tren desde la estación Munro hacia la de Carapachay. Momentos después, al acercarse la prevención al centro de la estación divisaron sendos graffittis del nacionalsocialismo, con una dirección de correo electrónico y dos cruces esvásticas. Entendiendo que esas tres personas –por el horario y ausencia de otras- pudieron ser sus autoras, dieron aviso a la policía adicional quienes lograron interceptarlos a pocas cuadras del lugar, secuestrándose al procesado Bobbio una mochila con aerosoles con pinturas, mientras que los imputados que ahora ocupan la presente, lucían sus manos manchadas con pintura (ver sobre este último punto, declaración del agente de la Policía Federal Páez.

Tras la falta de mérito decretada por esta Alzada respecto de Mc Key y Cosentino, la Sra. Juez colectó distintos elementos informativos sobre ellos, de cuya lectura se concluye que ambos tenían conexión con grupos skinhead zona norte.

Por ello se considera que, aun cuando el bolso con los aerosoles era portado por Bobbio, corresponde “prima facie” concluir en la coautoría de los ahora inculcados Mc Key y Cosentino, en la confección de los grafittis de índole discriminatorio investigada en autos.

Los agravios defensoriales tendientes a demostrar la falta de pruebas sobre la participación de sus asistidos en el hecho, encuentran respuesta en todo lo señalado precedentemente. Ello ya que a la prueba fehaciente de hallarse los tres juntos -uno de ellos con aerosoles y todos con sus manos manchadas de pintura- se suma a esta altura el indicio de conexión de los tres con grupos skinhead zona norte.

Con respecto a las fotografías obtenidas por la prevención en el domicilio de Mc Key y como posiblemente pertenecientes a él, cabe señalar que su comparación con otras relacionadas con grupos discriminatorios se halla demostrada pericialmente.

En este contexto, teniendo en cuenta cada uno de los elementos de autos ya citados y la circunstancia de que las fotografías fueron obtenidas del acceso al domicilio de Mc Key, sin perjuicio de eventuales medidas probatorias que pueda llegar a solicitar la defensa, se considera que se encuentra “prima facie” probado que la persona fotografiada se trata del investigado en autos.

C. 1583/11. “**Test. C. 15912/08 Bobbio, Lucas y otros s/ inf. Ley 23.592**”. Fecha: 20/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5754.

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F San Isidro 1, Sec 1.

ENCUBRIMIENTO AGRAVADO. CULPABILIDAD. DOLO requerido (conocimiento del carácter ilícito del rodado) de conformidad con la reforma de la Ley 25.815. DOLO EVENTUAL.

En relación a la exigencia del dolo directo invocado por la parte, a partir de la reforma introducida por la ley 25.815, la figura del encubrimiento prevé específicamente la alternativa del dolo eventual por lo cual la oposición deviene abstracta.

C. 789/2011. “**Rivero Carlos s/ Encubrimiento** “. Fecha: 15/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5686.

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Mercedes, Sec 2.

Nota: La defensa del imputado interpuso recurso de apelación contra el auto interlocutorio que dispuso su procesamiento por el delito de encubrimiento agravado.

Sustentó su postura en que no se había probado en autos que su asistido hubiera estado en conocimiento del carácter ilícito del rodado, remarcando la necesidad de acreditar en el caso el dolo directo.

ESTADO DE INOCENCIA. Necesidad de que cese su afectación derivada de la pretensión punitiva del Estado recuperando la certidumbre originaria cuando se ha cumplido holgadamente el plazo prescripto por el art. 207 del CPPN. SOBRESEIMIENTO.

De acuerdo con la doctrina sentada por esta alzada en la C. 3462 “CHAZARRETA, Daniel s/ inf. art. 292 CP.”, Sala I – Sec. Penal 1- Reg. 2804, se ha establecido que: “Si la pretensión punitiva del Estado primero pone en duda el estado de inocencia y luego, tras una

exhaustiva investigación, no logra transferir la ‘presunción de culpabilidad al grado de certeza que se requiere para una declaración de responsabilidad, razones de equidad y justicia imponen exigir que aquel estado de inocencia, de esa manera cuestionado e innegablemente afectado, recupere la certitud originaria. Y ello debe ocurrir en el mismo camino transitado, es decir, durante el proceso, siendo el sobreseimiento el único remedio con que cuenta el código de rito”.

Al respecto vale tener presente que en el mes de marzo de 2007, se dictaron las faltas de mérito de los encartados, no aportándose al sumario desde entonces elemento de cargo alguno que permitiera revertir la incertidumbre que motivara tales decisorios.

Cumplido así holgadamente el plazo tomado como base en el precedente citado – establecido en el artículo 207 del CPPN.-, la única decisión posible resulta ser el sobreseimiento.

C. 1091/11. **“Zamorano, Eduardo Arturo y otro s/ estafa”**. Fecha: 18/08/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 5720.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Mercedes, Sec 2.

ESTADO DE NECESIDAD (Art. 34 CP.) Oportunidad de su evaluación. Extremos cuya acreditación requiere.

Respecto al estado de necesidad alegado por el justiciable, debe tenerse presente que es criterio de esta Alzada que las cuestiones de análisis negativo respecto de algunos de los estratos que componen la teoría del delito, deben ser evaluadas en esencia en el eventual juicio oral a desarrollarse por la amplitud de debate y prueba que merece el tópico en trato (1). Sin perjuicio de lo cual, tal estado de cosas debe ser angustioso, sin salida, impostergable, y la acreditación de dichos extremos no se verifica por el momento en el sub examen.

C. 1931/11, **“Aguilar Risco, Johnny y otros s/ inf. Ley 11.723 y 22.362”** Fecha: 13/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6166.

Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo

Sec. Act. Dr. De Guzmán.

J F Campana, Sec 1.

(1) CFSM, Sec. Penal 4, C. 5095, Rta. 22/02/11, Reg. 5211, entre otras.

ESTUPEFACIENTES. Art. 44 de la ley 23.737. Registro Nacional de Precursores Químicos. Obligación de inscripción. Sustancias controladas cuyo origen y destino no ha sido acreditado. Cuadro de sospecha suficiente.

Conforme fuera expuesto por la denunciante y S.E.D.R.O.N.A.R., La empresa imputada fue intimada en reiteradas oportunidades a inscribirse en el Registro Nacional de Precursores Químicos. Esas intimaciones fueron persistentemente desoídas. En dicho ínterin, se constató en la firma la existencia de 3929 litros de ácido muriático y de 150 kilogramos de hidróxido de sodio –sustancias controladas según la normativa aplicable-. No obstante haberle sido exigido, la encartada no pudo aportar comprobante alguno de su origen, como así tampoco de su destino. Ante el cuadro de situación planteado, el Tribunal entiende que, de adverso a la solución propugnada por el a quo, le asiste razón al titular de la vindicta pública, en tanto la conducta manifestada por la incusa, en principio, da pie para enmarcarla en un cuadro de sospecha que impone la continuación de la pesquisa conforme lo impulsa el Ministerio Público, más allá del encuadramiento legal que en definitiva pudiere corresponder al suceso que fuera comprobado.

C. 2219/11 **“Moreno, Ángela Graciela s/ Inf. Art. 44 de la ley 23.737”** Fecha: 22/12 /2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5846

Firmantes: Dres. Barral, Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F San Martín 1, Sec 3.

ESTUPEFACIENTES. CONFABULACION (Ley 23.737, art. 29 bis). TIPICIDAD. PRUEBA. Valoración.

La concreta imputación dirigida por el “a quo” que constituyera materia de intimación (art. 294 del CPPN) y de reproche provisorio (art. 306, *idem*), refiere a la planificación por parte de los ya procesados Jorge Gregorio Díaz, Jorge Eduardo Giménez y el ahora cautelado Carlos Damián Randazzo, para traficar marihuana en los meses de noviembre y diciembre de 2008; a tal fin, la droga sería traída desde la República de Paraguay a este país y desde aquí se enviaría en camión a la República de Chile.

Al momento de resolver este Tribunal las situaciones procesales de los consortes de proceso Díaz y Giménez -a cuyas constancias corresponde remitirse íntegramente-, se sopesaron variadas comunicaciones telefónicas que daban cuenta del obrar mancomunado y disvalioso por parte de aquéllos y que permitieron concluir “prima facie” en la existencia de un contexto asociativo con miras a comercializar con estupefacientes durante el marco temporal aludido; lo cual habría dado forma, al menos, al tipo de confabulación contemplado por el art. 29 *bis* de la ley 23.737.

De tal manera no se pretendía perseguir el hecho de la mera asociación, pues como ha quedado acreditado “prima facie” en el caso su punición está vinculada con la realización por alguno de sus miembros de *actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado*.

Precisamente, en esa trama delictiva habría confluído la actividad de Randazzo a tenor de las probanzas y valoraciones efectuadas por el “a quo” que este Tribunal comparte y hace suyas.

En efecto, las constancias indican la relación que unía al causante con sus consortes de proceso Díaz y Giménez, al tiempo que las glosadas del legajo del abonado 4098-9293 dan cuenta de su vínculo con María Acosta de Serviano, quien fuera condenada en Chile por el concreto acto de narcotráfico descubierto el 31 de diciembre de 2008.

Asimismo, del teléfono utilizado por Díaz (legajo abonado 6658-7010) en diálogo con Randazzo y mediante la utilización de un lenguaje solapado referían al hecho de haber dejado “cosas” en la casa de otro individuo. Justamente, en la conversación sostenida entre este último y Díaz, refiriéndose a “Carlitos” señalaban que *“tiene todo parado, le llevó las cosas, llevó todo”*.

De ese legajo surge que Díaz le proporciona a Randazzo el número telefónico de la condenada de Serviano y luego se registra el 17/12/2008 el siguiente intercambio: Díaz: “llamala a la mujer, pedile que te tire un número para que te ponga en contacto con el personaje este, así entregas esa “parcita”, para no perder todo”, Randazzo: “Ya no la querían éstos de acá”, Díaz: “Yo ya no puedo seguir mandando y gastando, olvidate Carlí”, Randazzo: “pero Ariel tiene la línea para ir a buscar esto que está del otro lado”, Díaz: “vos hablá con la mujer y fijate que se puede hacer”.

Para lo cual se habría comunicado Randazzo al abonado 4098-9293 explicándole a de Serviano que tenía “todo” allá, respondiendo ésta que ya estaban saliendo para ese lado. Incluso “Carlitos” expresa que “canceló eso (...) faltan mil dólares (...) a mi lo único que me interesa es recuperar la mercadería, para tu conocimiento yo ya cancelé pero si él quiere más plata se la damos”, aludiendo luego a términos como “65, 48 panes”.

Es más, refiriéndose nuevamente a “panes” en diálogo con el identificado como “Richard” manifestaban preocupación por la aparente diferencia de cantidad de mercadería recibida, así como con respecto al precio abonado.

En definitiva, las constancias del sumario revelan que con anterioridad al malogrado tráfico internacional de marihuana que fuera descubierto el 31 de diciembre de 2008, y por el que resultaran condenados distintos sujetos en la República de Chile, el aquí procesado se habría relacionado -entre otros, con Jorge Díaz y María Acosta de Serviano-, de modo que sugiere una concreta y previa ideación para comercializar con estupefacientes.

Como se anticipara, tales hechos encuentran de momento adscripción normativa en el tipo de confabulación, sin perjuicio de su eventual modificación en virtud del pendiente análisis por el juez “a quo” supeditado al cumplimiento de las medidas ordenadas y sugeridas.

C.1205/11. **“Díaz, Jorge y otros p/ inf. Ley 23.737”** Fecha: 20/09/2011

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6140.

Firmantes: Dres. Gurruchaga y Rudi. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. De Guzmán.

J F San Isidro 2, Sec 5.

ESTUPEFACIENTES. RESTITUCION de bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito (art. 30 últ. párrafo ley 23.737). Improcedencia.

En el vehículo en cuestión fueron detenidos los procesados Torres y Quispe, el día 5 de agosto del corriente año, trasportando un bolso que contenía aproximadamente tres kilogramos de cocaína –este último, ex concubino de Acosta (peticionante) y con autorización para manejar el rodado, según surge de autos. La nombrada fue indagada por la facilitación del automotor para efectuar el transporte del estupefaciente, habiéndose dictado su falta de mérito.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en su automotor se llevó a cabo el transporte de la cocaína; que el mismo partió de su domicilio –Namuncurá 526, Ingeniero Maschwitz-; y que la finca donde moraba fue relacionada desde el inicio de la investigación con los hechos delictivos anoticiados a la prevención.

Lo dicho hasta aquí indica que la restitución solicitada no reviste las características descriptas en el art. 30, último párrafo, de la ley 23.737, ya que la ajenidad absoluta con el hecho requerida por la norma no puede ser sostenida inequívocamente, al menos por el momento. Máxime cuando el procesado Quispe se hallaba autorizado a conducirlo.

C. 2048/11. **“Inc. dev. Rodado solíc. por A. L. G.”**. 24/11/2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5818

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F Campana, Sec 2.

Nota: Apeló la defensa de L. G. A., la negativa del “a quo” a hacerle entrega en carácter de devolución del rodado Volkswagen Gol, dominio ENG-247 de su propiedad, secuestrado en autos.

ESTUPEFACIENTES. TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL (art. 14, 1° párrafo, Ley 23737). PRINCIPIO DE RESERVA (art. 19 CN.). SOBRESIEMIENTO.

Asiste razón a la defensa al señalar que los dichos de su pupilo guardan relación con las constancias de la causa. En tal sentido, corresponde calificar su conducta como aquella prevista en el art. 14, inc. 2° de la ley 23.737.

Adviértase que el encausado fue detenido al retirarse de la casa sospechada de vincularse al narcotráfico, secuestrándose un envoltorio de pequeñas dimensiones con menos de un gramo de cocaína y 1,17 dosis umbrales.

Al momento de declarar en indagatoria, admitió la tenencia del estupefaciente, el que dijo era para su exclusivo uso personal. Si bien al momento en que el a quo analizó su situación no contaba con el examen del Cuerpo Médico Forense, a esta altura ya fue incorporado, determinándose a través de varios estudios que se trata de un consumidor de cocaína. Todo ello, lleva a considerar su conducta dentro de lo previsto en el art. 14, segundo párrafo de la ley de drogas.

Así las cosas, y atento los agravios formulados por la defensa del causante, cabe resaltar que los lineamientos trazados por la Corte Suprema en el fallo “Arriola” (Fallos: 332:1963), donde se dejó de lado la doctrina de “Montalvo” (Fallos: 313:1333) y se volvió a adherir a los postulados de “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), corresponde analizar –como allí se expresa- si la tenencia de estupefacientes para uso personal se realizó en condiciones tales que traigan aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, los argumentos desarrollados en “Arriola” por la Dra.

Argibay y, en especial, su particular análisis de los diferentes decisorios posteriores a “Bazterrica”, pero previos a la modificación de criterio en “Montalvo”, resultan parámetros a tener en cuenta para poder precisar el concreto ámbito de aplicación de la doctrina del Alto Tribunal (considerandos 12 y 13 del voto de la Dra. Argibay con cita y transcripción de lo pertinente de Fallos 310:2836, 311:2228, 312:587 y 1892).

En ese marco, y dadas las circunstancias del presente caso, en que Trigas acababa de adquirir el material en cuestión, la tenencia reprochada no excedió la esfera de privacidad contemplada por el art. 19 de la CN. y, en consecuencia, no resulta pasible de reproche penal, deviniendo atípica, debiendo decretarse su sobreseimiento.

C. 4300/11. **“Sánchez Ramón Alberto y otros s/ ley 23737”**. 21/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8761.

Firmantes: Dres. Criscuolo, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. Lorenz.

J F Morón 2, Sec 8.

ESTUPEFACIENTES. TENENCIA SIMPLE. PROCESAMIENTO. Material endilgado carente de aptitud toxicomanígena. Improcedencia. SOBRESEIMIENTO.

Según surge del pronunciamiento cuestionado, se enrostra al imputado haberse descartado de un envoltorio de nailon color blanco a modo de “bochita”, conteniendo en su interior vestigios de una sustancia blanca, preliminarmente determinada como clorhidrato de cocaína, calificándose su conducta como configurativa del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes, previsto y penado en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737.

Al practicarse el estudio químico pericial sobre la sustancia comisada, la correspondiente muestra se identificó como “M8-LAVADO”, debido a su escasa cantidad, pudiendo establecerse, a la postre, que se trataba de vestigios de cocaína “no cuantificables”.

En vista de tales resultados, procede revocar el procesamiento apelado si la droga secuestrada no alcanza a contener al menos una dosis umbral, ya que resulta claro que no es posible atribuir al causante el delito de tenencia de estupefacientes, cuando el material endilgado carece de aptitud toxicomanígena, de acuerdo al concepto acuñado en el art. 77 del ordenamiento sustantivo.

En consecuencia, corresponde dictar sobreseimiento parcial en esta causa, respecto del imputado, en orden al tipo penal por el que fuera indagado y procesado, con la declaración contenida en el último párrafo del art. 336 del código de forma.

C. 650/2011. **“Peralta Nelly y otras s/ infracción ley 23.737”**. Fecha: 18/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8789.

Firmantes: Dres. Fossati y Culotta. El Dr Barral no suscribe por hallarse Inhibido.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Morón 3, Sec 11.

Nota: El sobreseimiento resuelto lo es respecto de un imputado diverso del que figura en la carátula de la causa.

ESTUPEFACIENTES. TRANSPORTE. TENTATIVA. Imposibilidad tratándose de delito de peligro abstracto. Consumación a partir del inicio del traslado. Delito de peligro abstracto.

La Sala ha sostenido en diversos precedentes que la figura del transporte queda consumada a partir del momento en que se comienza el traslado desde un punto indeterminado con el cargamento, aunque fuera detenido en otro punto cualquiera del

trayecto que iba desarrollando. A lo que se ha agregado que como los delitos de tráfico de estupefacientes son de peligro abstracto –en tanto tipifican conductas que importan una situación de riesgo para los ciudadanos- en principio no son susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa (1).

Por ello, no cobra relevancia la posible circunstancia alegada por el encartado y su asistencia técnica, de que Corrales haya perdido el poder de disposición sobre el material con anterioridad a la llegada a destino.

C. 2245/11. **“Incidente de apelación en C. Corrales, A. y otros sobre Ley 23.737”**. Fecha: 28/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5850.

Firmantes: Dres. Barral y Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Morón 3, Sec 9.

(1) Entre otras, CFSM Sala I y Sec. Penal 3, C. 4073/06 “Arce Rodas, Martha y otro s/inf. ley 23.737”, Reg. 3982, Rta. El 25/1/07.

EVASION TRIBUTARIA. TIPICIDAD. Carácter fraudulento de la figura.

Cabe coincidir con la decisión del “a quo”, desde que las particularidades de la causa indican que los imputados no han desarrollado una conducta ardidosa a los fines de evitar abonar el importe correspondiente al impuesto a las ganancias del año 2008.

Basando la cuestión en la postura de esta Sala –a la que hiciera referencia el “a quo”-, plasmada en los autos “Ryder Argentina SA” del 11-5-2011, Reg. 8667 de la Secretaría Penal n° 1, y sus citas (1), cabe entender que lo que se pena en la evasión impositiva es la acción de evadir el pago de los tributos mediante conductas fraudulentas u omisivas; por lo cual, para ser punible esta figura, debe estar acompañada de fraude. Y al efecto resulta importante determinar si ha existido por parte del ente controlador un esfuerzo fuera de lo normal para poder detectar la maniobra. Esta distinción es la que llevará a considerar el hecho como una infracción o un delito tributario.

La simple presentación de las declaraciones con contenido diverso al debido o bien la omisión de su entrega, no resultan ser elementos suficientes, por sí mismos y en todos los casos, para endilgar la comisión delictiva intentada.

C. 2445/11. **“Visca Bonelli s/ den. ley 24769 – imput. Burgos, Rubén Alberto y Julio-”**

Fecha: 16/12/2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5836

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F San Isidro 2, Sec 5.

(1) Sumario en Boletín de Jurisprudencia C.F.A.S.M. –Año 2011, Primer Semestre- Pág. 41/42.

EXCARCELACION. Improcedencia. Valoración de elementos que llevan a presumir fundadamente la existencia del riesgo de fuga del encartado en caso de accederse a su pretensión.

Tal como lo señalara el Sr. Fiscal y el “a quo”, las particularidades de la conducta ilícita endilgada en autos, similar a los hechos bajo análisis en la causa certificada en el principal, y el serio contenido en su perjuicio a los efectos de la incidencia, que surge del allanamiento de la finca en la que denunciara vivir, tras las diferentes numeraciones aportadas erróneamente, en cuanto a que sus parientes expresaron que ese domicilio es el que daba Bahamondes Bravo cuando estaba detenido, pero que no reside, no residió ni residirá allí, resultan ser elementos contundentes para, a esta altura del proceso, presumir fundadamente en que existe riesgo de fuga en caso de recuperar su libertad, en los términos del art. 319 del CPPN., particularmente respecto de sus condiciones personales.

La circunstancia de que se haya denunciado que vivirá, en el supuesto de concesión de la petición, en el domicilio de su actual pareja no logra despejar, por lo dicho, la presunción referida.

Los argumentos de la defensa tampoco resultan eficaces para dejar a un lado lo que se viene sosteniendo, en tanto la permanencia del encausado a derecho en autos resulta ser un elemento primordial a tener en cuenta antes de proceder a su liberación.

C. 2116/11. **“Inc. excarcelación de Bahamondes Bravo, Rodrigo A”**. Fecha: 24/11/2011.
CFSM. Sala I, Sec Penal 3, Reg: 5819
Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.
Sec. Act. Dra. Oribe.
J F Tres de Febrero, Sec 2.

EXCEPCION DE FALTA DE ACCION POR PRESCRIPCION. REGIMEN PENAL CAMBIARIO (Ley 19.359). PRINCIPIO DE LA LEY MAS BENIGNA (art. 2° CP). Improcedencia. Prevalencia de la LEY ESPECIAL más gravosa.

En oportunidad de apelar sostuvo que el fallo cuestionado omitió tratar la aplicación receptada en el artículo 2 del Código Penal, que se violaba el principio republicano de división de poderes y que el tiempo de duración del proceso afectaba los derechos constitucionales de su ahijado procesal.

Puesta la Sala a resolver el recurso en trato, debe recordarse que en materia penal cambiaría el legislador se aparta de las reglas que gobiernan a un instituto de la parte general del Código Penal y establece un régimen de excepción.

Asimismo, en consonancia con lo expuesto, el artículo 4 del digesto de fondo dispone que se aplicarán las disposiciones de ese código en todos aquellos delitos que previstos por las leyes especiales no dispusieren lo contrario.

En este sentido en el Régimen Penal Cambiario se advierten reglas propias en esferas tales como la aplicación de la ley penal en el tiempo, la reincidencia y la prescripción.

Este alejamiento de las reglas del derecho penal común se ha cimentado en la característica de la materia penal cambiaria, lo cual ha quedado plasmado en la exposición de motivos de la ley 19.359, que da base al apartamiento de los principios penales comunes en la gravedad e importancia económico social que los delitos cambiarios representan para los intereses públicos y la dimensión de los daños que de ellos emanan.

Existiendo regulación expresa en cuanto al modo de interrupción de la prescripción de la acción en la ley del régimen penal cambiario, resultan inaplicables las disposiciones relativas a la materia contenidas en la parte general del Código Penal; y si bien en la nueva redacción del artículo 67 del digesto de fondo se instaura que la interrupción de la prescripción de la acción penal se establece por la comisión de otro delito, la ley 25.990 no ha modificado ni derogado las normas específicas de la ley 19.359.

En este sentido la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, sostuvo en los autos “Noel & Cía.” del 11 de octubre de 2005, que la ley 25.990 sólo dispuso modificar los párrafos 4to. y 5to. del artículo 67 del Código Penal, sin reformar o derogar las normas de la ley especial 19.359, por lo que los casos expresamente establecidos por el Código Penal no son los únicos con entidad para interrumpir la prescripción de la acción en el caso de infracciones cambiarias (1).

En lo atinente a la aplicación de la ley penal mas benigna la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la aplicación indiscrimina del principio, importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo (2).

De este modo, la ley especial dispone que la prescripción se interrumpirá por procedimientos que impulsan la investigación practicados con conocimiento del inspeccionado, por actos procesales de impulsión dictados por la jurisdicción administrativa o judicial y por la comisión de otra infracción (art. 19).

Así, y conforme lo expuesto por el magistrado, el término extintivo de la acción penal cambiaria debe juzgarse interrumpido por la conducta asumida por el BCRA que el 21 de febrero de 2008 ordenó instruir sumario contra el nocente.

En este sentido la Sala advierte, en consonancia con lo expuesto por el apelante que las demoras que se observan en el sumario, si bien podrían ser cuestionables, no son únicamente imputables a una eventual desidia administrativa.

Por lo demás, el dictado del acto administrativo, y los actos previos tendientes a ubicar y notificar al nocente de la instrucción del sumario y, posteriormente, las diversas actuaciones de la entidad, resultaron ser una muestra clara de la voluntad administrativa de ejercer la acción penal.

A mayor abundamiento, cabe señalar que tiene dicho la doctrina que el primer acto interruptivo relevante en materia penal cambiaria es la resolución del Banco Central que ordena instruir sumario, porque es allí cuando se concreta la imputación respecto de la persona o firma determinada por hechos concretos (3).

C. 1742/11. **“Inc. de excepción de falta de acción promovida en C. Conte, J. M.”** Fecha: 25/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. ad hoc, Reg: 8902.

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Badorrey.

J F Morón 2, Sec 6.

(1) En igual sentido: CNCP, Sala III, C. 5384 “Cioffi, Adolfo” del 16-06-2005.

(2) Fallos: 311:2453 y *El derecho penal en la actividad económica*, de Juan María Rodríguez Estévez, Ed. Abaco, 2/2000, pág. 113/5.

(3) *Derecho Económico Cambiario y Penal, incluye la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, comentada y concordada* de Carlos G. Gerscovich, Ed. Lexis-Nexis, 2006; *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*. Andrés José D’Alessio, Tomo III –Leyes Penales Especiales comentadas-, 2da. Ed. La Ley, 2/2011, pág.403 y subsiguientes.

EXCEPCION de Previo y Especial Pronunciamiento. Improcedencia en atención a que no resulta manifiesta la invocación de la presentante. ESTUPEFACIENTES.

Tal como lo entendiera el “a quo”, pretensiones como la presente (que se considere que la droga estaba destinada al consumo personal) donde se argumenta la inexistencia de delito o bien la inocencia del imputado, son aspectos que –como regla- atañen al debate de fondo y, por tanto, resultan ajenas al instituto de la excepción previa (1).

Dicha regla es aplicable en el caso ya que, a diferencia de lo que sostiene la presentante, lo invocado no resulta manifiesto, requiriendo su solución, al menos un análisis y valoración de fondo, que escapa al instituto pretendido.

Por tanto, de conformidad con lo resuelto por el Juez, el planteo de excepción de previo y especial pronunciamiento no habrá de prosperar.

C.1528/11. **“Incidente de excepción de falta de acción : Moro Daniel”**. Fecha: 28/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5790.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F Morón 3, Sec 10.

(1) C. 2010/06 “Inc. excepción de falta de acción, prom. por el Dr. Zurrís”, CFASM, Sec.penal 3, Rta. el 7-9-06, Reg. 3834.

EXENCION DE PRISION. Imputado que registra condena previa. Inexistencia de pautas que hagan presumir peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Procedencia.

La circunstancia de que el imputado registre una condena de la que da cuenta el oficio que luce agregado, no constituye un obstáculo suficiente para denegar el derecho que tiene todo ciudadano de hacer frente al proceso en libertad (art. 18 de la CN), si no se ha comprobado pauta alguna que haga presumir que existe peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación (art. 280 del CPPN). Ello así, toda vez que el encausado actualmente se encuentra a derecho en aquellos expedientes en los cuales fuera declarado rebelde (1).

Así, la libertad provisional deviene procedente a esta altura, máxime si se repara en que el encartado aún no ha prestado declaración en estos obrados, y que la ley procesal prevé cautelas de otra índole que permiten resguardar los fines del proceso sin necesidad de encarcelarlo anticipadamente, como lo es la caución real impuesta por el a quo.

C. 9885/2011. **“Testimonios en inc. de exención de prisión de Gabriel A Castillo”**. Fecha: 13/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8845.

Firmantes: Dres. Barral y Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse Inhibido.

Sec. Act: Dr. Cassani.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

(1) C. 28.714/5 del Juzg. Nac. en lo Criminal de Instrucción 42, y C. 43.875 del Juzgado Nacional en lo Correccional 5.

EXENCION DE PRISION. Procedencia de conformidad con las pautas del art. 319 del CPPN y la doctrina plenaria del precedente “Díaz Bessone” (Plenario 13 de la CNCP, del 30/10/08). LEY PENAL TRIBUTARIA (Ley 24.769).

El Tribunal estima que corresponde confirmar la exención de prisión concedida a Adrián Fernando Gulich, bajo la caución discernida en el auto apelado.

En efecto, las constancias del proceso señalan que se le imputa provisoriamente al causante el delito previsto en el artículo 15, inciso “c” *in fine* de la ley 24.769, en calidad de organizador. En tal situación, el encartado estaría al margen de las hipótesis liberatorias que establecen los artículos 316 y 317 del CPPN.

Entonces, aclarado ello, corresponde analizar las pautas contenidas en el artículo 319 del código adjetivo y la doctrina plenaria emanada del precedente “Díaz Bessone” [CNCP, Acuerdo n° 1/2008, en Plenario n° 13, del 30/10/08].

En el caso concreto, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de la causa, a esta altura el Tribunal aprecia que no está acreditado en el sub lite el concreto peligro de fuga. Pues, el justiciable mantuvo su residencia conocida; designó asistencia letrada, constituyó domicilio legal y compareció a la citación cursada por el instructor en los términos del artículo 294 del digesto ritual. A todo lo cual se suma que el nocente no registra antecedentes penales.

En ese marco, no se aprecia razonablemente que la permanencia en libertad del justiciable cause un peligro efectivo para el avance de la investigación, ni para asegurar el descubrimiento de la verdad.

Ello así, la ausencia de peligro de fuga o riesgo procesal verificable en el caso, permite confirmar la decisión recurrida conforme los lineamientos del plenario “Díaz Bessone”

C. 1772/11, **“Inc. de exención de prisión de Adrián Gulich”**. Fecha: 27/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6185

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F San Martín, Sec 3.

En igual sentido: C. 2520/11, **“Inc. de exención de prisión de Gustavo Soto Mayor”**, CFSM, Sala II, Sec. Penal 2, Reg. 6186 y C. 1772/11, **“Inc. de exención de prisión de Carlos Vidiri”**. CFSM, Sala II, Sec. Penal 2. Reg. 6187.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Improcedencia por la suspensión de su curso para todos los que hubiesen participado en el hecho en el que hubieran intervenido funcionarios públicos mientras se encontrasen en funciones.

Con miras a decidir sobre la petición defensiva habrá de tenerse en cuenta que en autos, se halla “*prima facie*” comprobada la intervención de un funcionario público en la irregular transferencia del mentado vehículo (con auto de procesamiento dictado en orden a los delitos de falsedad ideológica de documentos públicos de los destinados a acreditar la titularidad y habilitación para circular de un automotor, en concurso real con asociación ilícita, por el que fuera procesado en el marco de la C. 3825; arts. 45, 55, 293, 2º párr. y 210 del Cód. Penal).

En virtud de ello, el curso de la prescripción se encuentra suspendido para todos los que hubiesen participado en el hecho en el que habrían intervenido funcionarios públicos, mientras ellos se encuentren en funciones; aspecto que, en principio, aparece materializado en autos [art. 67, segundo párrafo, CP, texto según ley 25.188] (1).

C. 2092/11, “**Inc. de extinción de la acción por prescripción de Miguel Ángel Domeniani.**”

Fecha 25/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6180

Firmantes: Dres. Rudi, y Criscuolo. El Dr. Gurruchaga no suscribe por hallarse inhibido.

Sec. Act. Passero.

J F San Martín 1, Sec 3.

Nota: Además, en el caso se aplicó el PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME, en tanto recayeron, en relación al PROCESAMIENTO de los imputados, pronunciamientos concordantes de dos instancias judiciales.

(1) CFSM, Sala II, Sec. Penal 2, C. 5837 Reg.5981

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Improcedencia. EVASION TRIBUTARIA. Acto de consumación a partir del cual corre el término de prescriptivo. El DESISIMIENTO posible como indicador del momento de la CONSUMACION.

La acción penal en el presente proceso se encuentra vigente, ya que el tipo penal endilgado amenaza para la conducta del causante la imposición de una pena máxima de **seis años** de prisión (art. 1º de la ley 24769); y tal plazo no transcurrió desde la *comisión* del delito el 12 de octubre de 2004 hasta la convocatoria judicial para recibir declaración indagatoria al imputado el 8 de octubre de 2010 (arts. 63 y 67 del CP, según ley 25990)

La tesis contraria es sostenida por la defensa al considerar que el tiempo de comisión del ilícito, ergo, del momento a partir del cual habría comenzado a correr el plazo de prescripción, coincide con el de la presentación el 6 de octubre de 2004 de la declaración jurada del impuesto *luego* evadido.

Sin embargo, habrá de repararse en que el aludido tipo penal se estructura sobre la base de un accionar ardidoso o engañoso dirigido a evadir total o parcialmente el pago de tributos, en el sentido que vencido el término sin que el obligado haya satisfecho el pago, por más que lo haga luego, su responsabilidad no se ve modificada.

De ahí que no sea suficiente la sola verificación de la concurrencia de un medio dirigido a tal fin –en el caso, la realización de una declaración del contribuyente que no refleja su real capacidad económica ni la medida del hecho imponible–, sino que se requiere en el *iter criminis* la comprobación de ese designio evasor en el plazo legal determinado a través de la ausencia o ingreso en menor proporción de la obligación tributaria.

De tal suerte, la fecha de vencimiento de la obligación impositiva, en el caso, el 12 de octubre de 2004 es en la especie el *dies a quo* del comienzo del término de prescripción de la acción (art. 63, CP) del delito de evasión tributaria, porque es en ese momento cuando se concreta la voluntad realizadora del tipo objetivo, esto es, el sustraerse al pago de la deuda fiscal a través de la concreción del verbo típico definido por el texto legal.

En línea con ello, se sostuvo que “la consumación del delito ya se había concretado típicamente a partir de la falta de ingreso del monto dinerario respectivo a la fecha en que el tributo resultaba exigible” (1).

Precisamente se ha interpretado en la doctrina que “el delito de evasión se consume por la omisión total o parcial del pago del tributo y, por lo tanto, se consume cuando **ha concluido el término legalmente previsto para efectuar aquel pago**. En efecto, debe resolverse de esta manera la posible disyuntiva planteada en torno a si es con la

presentación de la declaración jurada (en los casos de auto-liquidación) cuando se entiende por consumado el delito o cuando se cumple el periodo de pago legalmente previsto” (2).

O más concretamente, “el delito se consuma el día en que vence la obligación de pagar el tributo” (3) o bien “con el no pago íntegro de la obligación impositiva nacional en cuestión (4).

Tan es así, que los responsables de la sociedad investigada podrían haber desistido voluntariamente luego de colocada esa presunta manifestación mentirosa y abonado al vencimiento de la fecha de pago el tributo en su justa medida.

Por lo demás, la diferenciación basada en el momento de comisión y el tiempo de consumación rige para el supuesto especial de los delitos permanentes donde la actividad voluntaria se despliega en el tiempo, y ese no es el caso de autos.

Finalmente, si bien la persecución penal nace a partir del momento en que el delito se comienza a ejecutar, el curso de la prescripción opera desde la medianoche del día en que, como en el caso, el delito se consumó por haberse evadido el impuesto a las Ganancias por una suma que supera los \$ 100.000.

C. 2291/11. **“Incidente de extinción de la acción penal respecto de Devoto, Javier”**

Fecha: 24/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6219.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. de Guzmán.

J F Morón 1, Sec 2.

(1) CFSM, Sala II, Sec Penal 4, “C. 2160 “Incidente de apelación en C. 1791 ‘Pereyra Torres, Jorge s/dcia. inf. ley 24769’”; Reg. 2104, Rta. 4/6/2002

(2) Alejandro Catania, Régimen Penal Tributario; Buenos Aires, año 2007, pág. 82.

(3) Ricardo G. Thomas, Régimen Penal Tributario Ley 24.769; Buenos Aires, año 1997, pag.37.

(4) Carlos Alberto Chiara Díaz, Ley Penal Tributaria y Previsional n° 24.769. Buenos Aires, año 1997, pag 252.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCION. Procedencia en atención a que las imputaciones que actualmente se dirigen a los causantes, carecen de capacidad interruptiva en tanto a su respecto no se verifica sentencia firme (Ley 24.050). DEBIDO PROCESO (art. 18).

La decisión liberatoria adoptada por el juez de grado, se encuentra ajustada a derecho. Frente a los períodos fiscales considerados que conforman la plataforma delictiva y con vista en los términos prescriptivos de los arts. 7° (6 años) y 8° (9 años) de la ley 24.769, han transcurrido los plazos máximos de seis y nueve años aplicables –según se trate- al caso (arts. 59, inc. 3°, 62 y cc del Código Penal).

Por lo demás, las paralelas imputaciones que actualmente se les dirigen a los causantes en el marco de este proceso, no tendrán capacidad interruptiva para enervar la conclusión liberatoria precedente. Porque a su respecto se carece en la actualidad de una sentencia judicial firme que haya declarado la responsabilidad de los inculpados para hacerlos merecedores de determinada pena.

También se anota que los imputados no registran otros antecedentes.

Así las cosas, la pretendida suspensión del estudio de la prescripción implicaría de hecho considerar la jurisprudencia del precedente “Prinzo E.H” de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital (junio 7-949, La Ley T.59-págs. 769/771), la que “a partir de la vigencia de la ley 24.050 (B.O. 7/01/92) –art. 52- ha dejado de ser doctrina plenaria de aplicación obligatoria en la justicia penal nacional, por lo menos para la resolución de causas que, como esta, se iniciaron posteriormente...Sobre la base ello se concluyó en que estando la causa en pleno trámite...no es posible diferir el pronunciamiento definitivo sobre la extinción de la acción penal planteada”(1).

En línea con lo cual se ha dicho que “la creación pretoriana de una causal de interrupción o de suspensión resulta contraria a la garantía del debido proceso legal establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que deviene necesario, tanto por el principio de progresividad como por el de preclusión, que reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitar que los procesos penales se prolonguen indefinidamente” (2).

C. 1442/11. **“Aranguren, Ricardo y otros s/ inf. ley 24.769”**. Fecha: 27/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6257.

Firmantes: Dres. Criscuolo y Gurruchaga. El Dr. Rudi no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F San Isidro 2, Sec 5.

(1) CNCP, Sala I, 2005/06/30, “Raso, Eugenio T. s/rec. casación”.

(2) CNCP, Sala III, in re “Villar, Manuel Oscar s/rec. de casación, C. 6834, Reg. 729/2006, Rta. 4/7/2006. En este mismo sentido, se ha expedido la Sala II de ese Tribunal en los autos caratulados “Reyes, Dalmira A. s/rec. de casación”, Reg. 1592 del 27/8/97, y la Sala IV en la causa 3202 caratulada “Barlett, Daniel Esteban s/rec. de casación”, Reg. 4267, del 16/09/02.

FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO DESTINADO A ACREDITAR LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS (Art. 292, 2° párrafo CP). BIEN JURIDICO PROTEGIDO. Concepto. Afectación. TIPICIDAD. Verificación. PRUEBA. Valoración. INIMPUTABILIDAD. No verificación objetiva.

El planteo de falta de perjuicio o posibilidad de causarlo, no habrá de ser favorablemente atendido.

En tal sentido, es del caso señalar que en atención a la índole social de este tipo de injusto, no se requiere un perjuicio efectivo sino que basta que sea potencial, es decir, que la falsedad obre como mera posibilidad dañina, y esa sola potencialidad hace que el delito quede consumado y perfecto. No se debe perder de vista el carácter y finalidad del instrumento secuestrado, cuya apariencia externa de genuinidad basta para afectar ese bien jurídico tutelado por la norma, esto es, la confianza general en determinados documentos que por su forma y origen constituyen una expresión de verdad y merecen crédito indiscutido.

Por otra parte, a los fines de la tipicidad de la conducta, resulta absolutamente irrelevante el hecho de que la causante no lo haya exhibido o utilizado conforme su destino, ya que con el obrar falsario en estudio, se estaría afectando nada menos que la función reglada para la expedición en forma regular por parte del Estado del documento que acredita la identidad de una persona, comprometiendo la actividad destinada a la identificación, clasificación y registro del potencial humano nacional (ley 17.671).

En otro orden de ideas, en cuanto concierne al planteo subsidiario, fundado en la posibilidad de que la conducta endilgada haya sido realizada cuando su pupila era menor no punible, conforme lo establecido por el art. 1° de la ley 22.278, no existe pauta objetiva alguna anexada al sumario que permita sostener tal hipótesis, a lo que cabe agregar la evidente actualidad de la foto utilizada en la maniobra, de modo que este planteo, tampoco habrá de tener andamio.

Finalmente, en cuanto a la falta de idoneidad del obrar falsario introducida en la instancia al expresar agravios, habida cuenta lo expresamente normado en los arts. 445, primer párrafo, y 454, tercer párrafo, del ordenamiento adjetivo, no habrán de recibir tratamiento en esta ocasión; sin perjuicio de advertirse con la simple observación del documento secuestrado, que reúne las mínimas características de capacidad de afectación al bien jurídico, visto desde la óptica del hombre medio.

C. 1297/11. **“Díaz Sofía S s infracción art. 292 del CP.”** Fecha: 14/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8814.

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Isidro 2, Sec 4.

IMPUESTOS. Carga fiscal: Obligación del contribuyente de autodeterminarla conforme el régimen impositivo vigente (arts. 11 y 13, Ley 11.683).-

El régimen impositivo vigente establece que el cumplimiento de los deberes tributarios se confía al propio sujeto pasivo, conocedor de los elementos de hecho que integran la obligación tributaria (arts. 11 y 13 de la ley 11.683). Este sistema genera en el contribuyente la obligación de autodeterminar la carga fiscal y, en modo alguno, ello constituye una mera facultad sino la imposición de un deber que como tal lo responsabiliza por las consecuencias derivadas de su accionar, ya sea de naturaleza comisiva u omisiva.

C. 1282/11 **“Pesciallo Enrique Eduardo, Pesciallo Héctor Isral, Pesciallo Adolfo Ángel y Secreto Juan Daniel s/ inf. Art. 1° ley 34.769”**. Fecha: 18/08/2011
CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6088.
Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.
Sec. Act. Dr. Passero.
J F Mercedes, Sec 2.

Nota: En el caso se confirmó el procesamiento de los imputados por el delito de evasión simple con fundamento en la presentación de su declaración jurada con movimiento económico “cero”, cuando del peritaje pertinente surgió la existencia en el período de actividad económica relevante y de la documentación examinada la realización de “gastos improcedentes” que en realidad resultaron erogaciones particulares de los socios originadas en proveedores cuestionados, todo lo cual otorga a su obrar relevancia criminal

INCONSTITUCIONALIDAD del art. 35, inc. f de la Ley 11683. Improcedencia. AFIP. CLAUSURA PREVENTIVA. Improcedencia por su aplicación con carácter sancionatorio bajo el subterfugio de la norma cuestionada, no acreditándose el estándar de necesidad que podría justificarlo y desatendiendo el PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD y el PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, comenzando la intervención con la medida de rango más gravosa en infracción a los subcriterios de intervención y daño mínimos. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. DERECHO DE DEFENSA. Afectación. DERECHO DE PROPIEDAD y LIBERTAD DE TRABAJAR. Afectación. ARBITRARIEDAD e ILEGALIDAD manifiestas. NULIDAD del procedimiento que culminara con la clausura.

Tal como ya ha sostenido este Tribunal en los precedentes “Bonelli”, C.4829, Rta. 4/5/10, Reg. 4902; “Berg”, C 5258, Rta. 28/6/11, Reg. 5359 y “Salinas”, C. 5259, Rta. 28/6/11, Reg. 5358, todos de esta Sala, Sec. 4, se advierte que las potestades y deberes de la policía fiscal para la verificación e inspección, están subordinadas a los principios de progresividad, razonabilidad y necesidad.

Así las cosas, no está justificado en autos el escalamiento de la pesquisa si no se verifica que, al contrario, se comenzó por la intervención de rango más gravosa en clara infracción al subcriterio de intervención y daño mínimos que surge de la citada progresividad.

Es decir, en autos no está acreditado ni siquiera a primera vista el estándar de necesidad para decidir sin más el cierre del comercio. Precisamente desde esa arista la clausura aparece como un gesto apresurado y excesivo si consideramos que la inspección general [razón de la intervención] había concluido con la determinación de las infracciones del contribuyente. Así las cosas, el desnudo cierre sin causa eficiente de la actuación policial que la justifique solamente en orden a la fiscalización en el caso, aparece claramente, no como una medida cautelar para evitar que el estado de las cosas no se modifique hasta la disposición de la autoridad judicial competente (doct. art. 184, 2 CPPN), sino materialmente como una sanción del derecho penal administrativo aplicada bajo el subterfugio del art. 35 f) de la ley 11.683 sin el debido proceso administrativo respetuoso de las garantías constitucionales que hacen a la defensa en juicio (doct. art. 1, ley 19.549 y 18, CN).

En efecto, la policía fiscal actuó con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en orden a la letra y espíritu de la Constitución Nacional, de la ley procesal administrativa y la ley procesal tributaria, tornando en consecuencia nulo el procedimiento que culminara con la clausura preventiva del comercio. Esto es, ingresaron al local y en forma desmedida lo clausuraron sin más, atentando contra la libertad de trabajo y el derecho de propiedad.

Por tanto, el Tribunal aprecia que por los argumentos vertidos supra la clausura preventiva fue indebidamente dispuesta por los funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos. Tal fundamento resulta suficiente para dejar sin efecto dicha medida, con la abstracción de la opinión que pueda sostenerse en orden a la validez constitucional del art. 35 inc. f) de la ley 11.683.

Por lo demás, en línea con lo sostenido por el más alto Tribunal, tampoco están verificados los recaudos establecidos por el art. 35 inc. f) de la ley 11.683 por cuanto no se encuentra constatado el antecedente requerido ni se ha demostrado el grave perjuicio invocado. Tal ha sido el criterio sostenido por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 331:2656.

C. 1186/11 **“Figuroa, del Valle Victorina s/ clausura preventiva”**. Fecha: 07/7/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6053.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F Morón 2, Sec 6.

Nota: En el caso, se cuestionó la validez constitucional del art. 35 inc. f) de la ley 11.683, cuyo texto legal se encuentra incorporado en el capítulo V “Verificación y Fiscalización”, art. 35 que reza: “la Administración Federal de Ingresos Públicos tendrá amplios poderes para verificar en cualquier momento, inclusive respecto de períodos fiscales en curso, por intermedio de sus funcionarios y empleados, el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes, reglamentos, resoluciones e instrucciones administrativas, fiscalizando la situación de cualquier presunto responsable”. Para ello establece una serie de facultades enumeradas en las letras a) a la g) entre las cuales podrá, por ejemplo, citar a los responsables, exigir presentaciones de comprobantes, inspeccionar los libros, requerir el auxilio de la fuerza pública cuando se entorpezca el desempeño de las funciones, requerir orden de allanamiento y (inc. f) **clausurar preventivamente** un establecimiento cuando se constate la configuración de uno o más de los hechos u omisiones previstos en el art. 40 de la ley 11.683 y, concurrentemente exista un grave perjuicio o el responsable registre antecedentes por haber cometido la misma infracción en un período no superior a un año desde que se detectó el anterior.

El Tribunal resolvió **CONFIRMAR** el levantamiento de la clausura preventiva impuesta sobre el local comercial n° 1 de la feria sita en la calle Sarmiento, entre Uruguay y Boatti, de la localidad de Morón, Pcia. de Buenos Aires, cuya responsabilidad se atribuyera a Victorina del Valle Figuroa, por resultar inaplicable en la especie lo dispuesto por el art. 35 inc. f) de la ley 11.683, sin perjuicio de la continuación del trámite en la forma que corresponda.

En igual sentido: CFSM. Sala II. Sec. Penal 2. C. 1195/11 “Ovejero, Ramón Jorge s/ clausura preventiva”. Reg. 6055 y CFSM. Sala II, Sec. Penal 2. C. 1189/11 “Fariña, Adalberto Esteban s/ clausura preventiva”. Reg. 6054.

INCONSTITUCIONALIDAD del art. 35, inc. f de la Ley 11683 que autoriza a la AFIP a la CLAUSURA preventiva de un establecimiento comercial con noticia inmediata al juez ante la constatación de determinadas infracciones. Procedencia. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Afectación.

El ejercicio del poder de policía por parte de entes estatales a fin de fiscalizar las acciones que -de continuar- producirían situaciones de extrema gravedad debe guardar proporción con los fines perseguidos por el legislador.

La CSJN en diferentes momentos se enroló en doctrinas restrictivas o amplias al respecto, entendiendo ya desde 1922 (1) que el Estado podía limitar los derechos de los habitantes cuando se encontraba en riesgo la moral, la salud, la seguridad pública y los intereses económicos de la comunidad. En 1934 (2) se reconoció claramente esta potestad, indicando que no es la emergencia quien la crea, sino que ésta le brinda al Estado la ocasión de ejercerlo, incluso para atacar las consecuencias de la desocupación (3).

En la interpretación de una teoría amplia sobre estos poderes, el Alto Tribunal marcó un límite, aclarando que los derechos y las actividades pueden reglamentarse o limitarse, pero no prohibirse en su totalidad y debiendo hallarse el ejercicio del poder de policía sujeto a un control judicial efectivo (4).

Por otro lado, es de la propia Carta Magna de donde surgen esos principios limitantes: el de libertad o reserva, de legalidad, de igualdad de trato y oportunidades y de razonabilidad.

En el ámbito de los tratados internacionales, el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados a adoptar las vías necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura. Por su parte el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados pueden someter los derechos allí garantizados únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de ellos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de la sociedad democrática.

En el presente caso se advierte que la norma cuya constitucionalidad se debate, aparece cuestionada desde su creación.

En el mensaje del Poder Ejecutivo sobre el proyecto de ley se resaltó que se trataba de “una medida preventiva de clausura para los casos en que la prosecución de la actividad del responsable implique un riesgo inminente de incrementar el perjuicio fiscal derivado de su acción, repercutiendo también sobre los demás contribuyentes, en cuanto ella importa una violación flagrante a las reglas de la libre competencia” (5).

No obstante ello, en las observaciones al dictamen de comisión, Patricia Bullrich el 4 de diciembre de 1996, destacó que “esta discrecionalidad al funcionario genera el riesgo de fomentar el ejercicio abusivo de las atribuciones, la irrazonabilidad en la decisión de clausuras preventivas y la arbitrariedad en la evaluación de los antecedentes del contribuyente. Esto implicaría la asunción de responsabilidades del Estado por el hecho de sus dependientes”.

Por su parte, José Cafferata Nores destacó que en el proyecto la clausura está pensada como una sanción, no como una medida cautelar. Continuó diciendo: “el procedimiento posterior a la ‘clausura preventiva’ revela, una vez más, el propósito de utilizar, desnaturalizándolas, las medidas procesales precautorias, como sanciones inmediatas y anticipadas. Cuando la Dirección General Impositiva quiera, comunicará la clausura al juez que podrá levantarla o ‘mantenerla hasta que se regularice la situación’” (6).

Además, numerosa jurisprudencia ha entendido que la clausura constituye una sanción de carácter penal (7). De allí que la adherente recalcará que no es ese el sentido de la facultad admitida en el art. 35, inc. f, de la ley 11.683.

Sin embargo cabe expresar que, aun reconociendo que pudiera tratarse de una medida cautelar, su utilización debe efectuarse dentro de determinados parámetros de razonabilidad a fin de resguardar las garantías que fija la Carta Magna.

Al respecto, debe especialmente tenerse en cuenta que este tipo de medidas procuran impedir que la ejecución de un acto torne abstracto cualquier intento de discusión posterior. Se requiere la presencia de elementos de urgencia y perjuicio grave que ameriten el remedio, de manera que se debe evaluar y ponderar en el caso concreto el daño a la comunidad y aquel que se ocasiona al titular del derecho que se restringe.

Ya ha sostenido el Tribunal la importancia del proceso cautelar y del análisis que allí se efectúa, que no se debe confundir con el fondo de la cuestión.

Ello requiere un ejercicio puntual de la prudencia a fin de no pasar los límites de las vías precautorias, de modo que no se vulnere el derecho de defensa.

En esa tramitación, será el juez quien tratará de minimizar los costos de esa decisión, la que podrá ser revisada.

Por otro lado, no puede soslayarse que aun en el ámbito administrativo la legislación positiva nacional reconoce el derecho al debido proceso adjetivo; así el art. 1, inc. f, de la ley 19.549 asegura el “*derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la*

posibilidad: ... de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente”.

El derecho a la tutela judicial efectiva en la materia ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales. Cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) hizo expresa referencia al ámbito tributario: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.* De allí se desprende que todo aquel sobre quien pese una imputación, debe poder ejercer su descargo con las debidas garantías.

En ese mismo sentido se expresa la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art 8): *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.*

Ha señalado la doctrina que el derecho tributario es una rama del derecho público con significativas inferencias en la propiedad y el ejercicio de la actividad económica, por lo tanto, es en ese ámbito donde el fortalecimiento de la función judicial debe primar, a fin de evitar perjuicios de suma gravedad.

En este entendimiento, cabe resaltar que la norma bajo análisis otorga la facultad a la AFIP de disponer la clausura preventiva cuando se dan las circunstancias del art. 35, inc. f. En tal caso *“deberá ser comunicada de inmediato al juez federal... para que éste, previa audiencia con el responsable resuelva dejarla sin efecto en razón de no comprobarse los extremos requeridos por el artículo 35, inciso f); o mantenerla hasta tanto el responsable regularice la situación que originó la medida preventiva”* (art. 75 de la ley 11.683).

De ese modo, se dispone la medida restrictiva sin intervención judicial previa.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al analizar la validez de la facultad del organismo recaudador de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares (embargo) contenida en la misma ley (art. 92), señaló que: *“si bien se ha admitido que, en pos de adecuar el citado principio a las necesidades de la vida cotidiana, en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones el Poder Ejecutivo u organismos de la administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, la funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas (8). Es que, en definitiva, no debe perderse de vista que la disposición constitucional que niega al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales o el derecho de conocer en causas pendientes o de restablecer las fenecidas responde al propósito de poner a cubierto a los habitantes de los abusos del gobierno y al de marcar la línea divisoria de los tres poderes que lo integran (9)... Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no sólo violenta el principio constitucional de la división de poderes sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75... A tal conclusión es posible arribar a poco de que se observe que, de acuerdo con el sistema implementado en la normativa cuestionada tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares – ‘verosimilitud del derecho’ y ‘peligro en la demora’- como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de la causa no son realizadas por un tercero imparcial sino por la propia acreedora, que no tiene obligación de aguardar la conformidad del juez para avanzar sobre el patrimonio del deudor”* (10).

Que el citado precedente deviene aplicable al caso toda vez que la norma aquí cuestionada, aun entendida como medida cautelar, contiene las mismas deficiencias que las señaladas por el Alto Tribunal en el fallo referido.

En efecto, el artículo 35, inciso f de la ley 11.683, al otorgar a los funcionarios de la AFIP la potestad para clausurar unilateralmente un establecimiento comercial, sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, tampoco se adecua a los principios y garantías

constitucionales antes mencionados, máxime cuando la intervención que la norma asigna al magistrado es posterior, estando la medida en plena ejecución.

Es decir, en el plano fáctico las objeciones y defensas podrán articularse cuando ya se sufre la limitación impuesta por el órgano administrativo, pudiendo en algún caso de extrema demora tornarse abstractas por la misma limitación temporal contemplada en la ley. Es el ejercicio postergado de los derechos, el que produce una concreta vulneración de las garantías reconocidas en la Carta Magna.

A mayor abundamiento, es de señalar que en el caso de autos, la diligencia que culminó con la cautelar cuestionada se llevó a cabo el 11 de mayo a las 11,15 hs., en un local denominado "Tienda Nicolás", local 49 del predio Ferial Peatonal Morón, donde la empleada que atendía el lugar no pudo dar respuesta a ninguno de los requerimientos de los inspectores que, frente a tal circunstancia, dispusieron clausurar preventivamente el establecimiento, dejando constancia que se hizo saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2, Secretaría n° 6 de Morón, que fijó audiencia al responsable del local, para el día siguiente a las 08:00 hs.

Al concurrir a sede judicial, el titular del comercio Horacio Andrés Biturón acompañó la constancia de opción del régimen simplificado de donde surge la fecha de inicio de monotributo el 01-01-1999 y la constancia de pago del 25-4-11; también explicó el motivo por el cual no tenía las facturas en el lugar y acompañó una.

Se advierte claramente que los inspectores, ante la ausencia de conocimiento de la empleada del local, asumieron la falta de inscripción del titular como contribuyente y sin constatar antecedentes procedieron a la clausura preventiva, la que, si bien fue revocada por el magistrado, se extendió por aproximadamente 24 hs.

Con lo expuesto resulta evidente el perjuicio que en el caso concreto produjo la postergación de la intervención judicial prevista en la norma, toda vez que la medida impuesta tuvo que ser soportada por el contribuyente, sin una previa revisión judicial y antes de poder ser sometido a un proceso administrativo como consecuencia de la constatación de la infracción por la que eventualmente podría haber la imposición de una sanción.

Todo ello, demuestra la clara vulneración a las garantías y derechos constitucionales antes reseñados.

C. 1183/11. "**Bituron Horacio A s/ Clausura Preventiva**". Fecha: 09/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8808.

Firmantes: Dres. Barral, Culotta y Fossati.

Sec. Act. Dra. Lorenz.

J F Morón 2, Sec 6.

Nota: Llegó la causa al tribunal por la apelación fiscal contra el auto que declaró la inconstitucionalidad de la norma del art. 35, inc. c, de la ley 11.683, el que fue confirmado por esta alzada.

(1) Fallos: 136:161.

(2) Fallos: 172:21.

(3) Fallos: 247:121.

(4) Fallos: 269:393.

(5) www.laleyonline.com.ar, antecedentes parlamentarios de la ley 24.765, del 12 de noviembre de 1996.

(6) www.laleyonline.com.ar, antecedentes parlamentarios de la ley 24.765, 1ra y 2da observación al dictamen de comisión.

(7) C. Yu Jian s/ infracción Ley 11683, Rta: 24-05-99, Juzg. Penal Económico n° 3, Cámara Federal de Mar del Plata, Expte: 2383 "Afip DGI C/ Sodio s/ Clausura Preventiva", Rta: 18-04-00, entre otras.

(8) Fallos: 247:646 "Fernández Arias".

(9) Fallos; 149:175.

(10) Fallos: 333:935.

INHIBICION. Improcedencia en función de los hechos acreditados, los que no habilitan la intervención del fuero de excepción, y de la mejor y más pronta administración de justicia.

La justicia federal esta dada en razón del carácter interjurisdiccional que este fuero posee, lo que permite actuar con celeridad en las causas de secuestro extorsivo durante la etapa de cautiverio, con el propósito de preservar la vida de quien resulta secuestrada. Esa circunstancia lamentablemente en el caso fue superada con el homicidio de la menor.

Siendo así, no se advierte en función de los hechos acreditados más que una inequívoca y estricta motivación particular sin que se vea afectada la seguridad del Estado Nacional o alguna de sus instituciones que habilite la intervención del fuero de excepción (1). Sumamos desde otra mirada convergente y como argumento sobreabundante que esta solución es la más adecuada en función de la mejor y más pronta administración de justicia, dada la complejidad del objeto procesal, la voluminosidad de las actuaciones y la cantidad de las personas imputadas porque el eventual traspaso de esta sede importaría una injustificada obstaculización de la garantía del juzgado en un plazo razonable (doct. art. 7, 2, Convención Americana Sobre Derechos Humanos art. 75, inc. 22, Const. Nac).

C. 2330/11. **“Inc. De inhibitoria en causa 4740”**. Fecha 29/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5536

Firmantes: Dres. Gurruchaga, Rudi y Criscuolo

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Morón 2, Sec 5.

(1) CS, Fallos 290:362; 293:483, 300:940, entre tantos otros, doct. art.75 inc.12) regla segunda y tercera, Const. Nacional.

INSTRUCCION. RECURSO DE APELACION. Irrecurribilidad de las diligencias de instrucción ordenadas por el juez (art. 199 CPPN).

El recurso de apelación ha sido correctamente rechazado por inadmisibile, en tanto se critica la pretendida realización de una diligencia de instrucción ordenada por el juez que la considera útil y pertinente para el descubrimiento de la verdad; la cual, por regla, es irrecurable (art. 199 del CPPN.).

C. 2514/11. **“Recurso de queja de la defensa de Carlos Martín Spitz”**. Fecha: 29/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6223

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. de Guzmán.

J F San Martín 1, Sec 3.

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y COMUNICACIÓN (Art. 194 CP). TIPCIDAD. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. Afectación. DERECHO DE MANIFESTACION O PROTESTA y DERECHO DE REUNIRSE Y PETICIONAR. Conducta que exorbitó el marco de protección constitucional de esos derechos al no ajustarse a las leyes que reglamentan su ejercicio. Equivalencia de la conducta por la que se optara, como medio de exteriorización del reclamo, con cualquier otra de carácter delictivo.

Se advierte que en los términos provisorios inherentes a esta resolución está probada la participación de los causantes en el evento consistente en el entorpecimiento del normal funcionamiento de los transportes por tierra, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar detalladas en la decisión criticada. Esto es, el 5 de abril de 2011 alrededor de las 15:20, un grupo de manifestantes entre los que se encontraban C. y S., ocuparon los carriles de la Ruta Nacional 3, a la altura del Km. 32 al 34 y sus colectoras provocando la interrupción total del tránsito vehicular.

Tal situación se extendió hasta las 19.30 aproximadamente, cuando luego de una asamblea se produjo la desconcentración de la gente.

Entonces, los hechos investigados encuadran “prima facie” en el tipo penal del art. 194 del CP que sanciona al que, sin crear una situación de peligro común, entorpeciere del modo señalado. Es que la comprobada *intención* de dificultar el tránsito vehicular da forma al

componente subjetivo reclamado por la figura del caso que además incluye, obviamente, el riesgo de afectación de la seguridad de una vía de comunicación interjurisdiccional, al menos como resultado posible.

Luego, al haberse perjudicado en principio derechos de terceros, el obrar imputado exorbitó el marco de la protección constitucional para reunirse y peticionar, y esa lesión del bien jurídico tutelado es tema que debe resolverse en el “sub examine” con prescindencia de todo conflicto de intereses de los causantes con otros terceros. Pues la ley está para resguardar la “*seguridad de todos*” los demás que no tienen porque padecer un menoscabo de sus recíprocos derechos constitucionales cada vez que algunos deciden manifestar inadecuadamente sus opiniones. Antes bien, corresponde que en un Estado de Derecho los actores sociales adecuen sus conductas al exigible respeto que merece esa *seguridad de todos* y esos *derechos ajenos*, demostrando ejemplaridad y un adecuado compromiso con los altos valores que regulan el *bien común* en una *sociedad democrática* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 28).

Por eso, el derecho a peticionar a las autoridades en los términos de la Carta Máxima no es absoluto sino *conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio*, es decir, está prohibido el ejercicio abusivo de ese derecho sobre los de libre tránsito y trabajo de todos los terceros ajenos y perjudicados.

En consecuencia y en atención a los agravios de la defensa, existe la libertad de la petición legítima a las autoridades porque el ejercicio regular de un derecho propio no constituye como ilícito ningún acto. Lo que sí está vedado es el reclamo que excede los límites de ese ejercicio regular porque reúne las características de tipicidad del art. 194 de la ley penal; al igual que si se eligiera cualquier otra conducta delictiva como modo de exteriorización.

Por lo demás, resulta inaudible la aplicación al caso del principio de insignificancia en tanto se verifica una grave afectación a los derechos de terceros (doct. arts. 14 y 19, 2da. regla, Const. Nacional; art. 1071, Cód. Civil).

C. 2376/11. “**Soria Mario y otro s/ infracción art. 194 CP.**” Fecha: 29/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5538

Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo.

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Morón 3, Sec 9.

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y COMUNICACION (art. 194 CP). TIPICIDAD. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. Afectación. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. DERECHO DE MANIFESTACION O PROTESTA. No afectación.

Con relación a la afectación de garantías constitucionales, esta Sala ha dicho –entre otras oportunidades- en los autos 9609 “Tellechea, José Antonio y otros s/inf. art. 194 del Código Penal” Rtos. el 30 de marzo de 2011, Reg. 8621 de la Sec. Penal 1, que no existe conflicto alguno entre los derechos resguardados por la Constitución Nacional y las figuras típicas contenidas en el libro Segundo, Título VII, Capítulo II del Código Penal. Ello es así por cuanto las cláusulas constitucionales encuentran límite en las obligaciones que imponen las otras, por lo que es necesario conciliarlas, impidiendo que la aplicación indiscriminada de una, deje a las demás vacías de contenido (1). Es que la Ley Suprema debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás (2). En el mismo antecedente se citó a la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa “Alais, Julio Alberto” Rta. el 23/4/04, Reg. 199/2004, en cuanto expresó que el considerar como eventualmente incurso en una figura delictual tales sucesos no significa una violación a los preceptos

constitucionales, pues la norma penal que en el caso pueda resultar prima facie aplicable no se encuentra dirigida a limitar indebidamente el ejercicio de ciertos derechos, sino a resguardar la seguridad de los ciudadanos, que no tienen por qué padecer un menoscabo de la misma cada vez que alguien decida manifestar sus opiniones o protestar. Antes bien corresponde que en un estado democrático de derecho todos los actores sociales ajusten sus conductas al debido respeto que merecen los derechos de los demás, demostrando ejemplaridad y un adecuado compromiso con los altos valores que regulan la vida social.

Sobre el siguiente agravio sustentado en la circunstancia de que no fue totalmente cortado el tránsito de la Panamericana, dado que se dejaron carriles libres para permitir la circulación, también tiene dicho esta Sala que, aunque el corte no haya sido total, ello no excluye la efectiva perpetración de la figura penal, desde que el artículo 194 prevé diferentes acciones típicas subsumibles en la especie, entre ellas el estorbo a la circulación vehicular (3). Ante ello, encontrándose prima facie demostrado el corte de circulación de los carriles de la autopista Panamericana -y su colectora-mano a provincia, a excepción de uno que quedara liberado para permitir la circulación y, además, la presencia de neumáticos incendiados la consumación del ilícito reprochado no reviste a esta altura cuestionamiento.

Acerca del tiempo que durara el hecho, entre 20 minutos –conforme la indagatoria del encausado- y alrededor de una hora y media –según la información recogida-, se considera suficiente para vulnerar el bien jurídico protegido por la figura penal. Ello amén la posición de la casación en los autos referidos, en cuanto a la figura de influencia del factor tiempo para tener por configurado el ilícito.

Por último, la determinación colectiva del corte, conforme lo sostiene el imputado y su defensa, no importa el desconocimiento de la actuación ilícita reprochable al nombrado, quien, además, fue individualizado por la prevención –en cumplimiento de la orden judicial- como delegado o representante del sindicato de la carne y empleado de la empresa Paty, y, particularmente, por tratarse de una de las personas que lideraba el corte.

C. 1567/11. **“Av. Inf. Art. 194 CP -imput. Costilla, Hugo Alberto-“**. Fecha: 22/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5756.

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Oribe.

JF San Isidro 2, Sec 5.

(1) Fallos: 304:1524

(2) Fallos: 305:1847

(3) C. “Moyano, Norma y otros s/inf. art. 194 CP” Rta. el 14-2-08, Reg. 4363 de la Sec. Penal 3.

INTERRUPCION O ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACION (art. 194 CP). SOBRESEIMIENTO. Improcedencia. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Procedencia de la Interpretación que las concilia.

La Sala tiene dicho que la acción típica analizada consiste en impedir, obstaculizar, imposibilitar, detener, estorbar, incomodar, molestar o, de cualquier manera perjudicar o hacer mas difícil o trabajoso el tránsito (1), situación que se encuentra acreditada en autos, en tanto surge de lo actuado en el legajo que se debió desviar el tránsito hacia caminos alternativos, independientemente del tiempo que haya durado.

Sobre este punto, también se ha sostenido que “la circunstancia de que de las mismas pruebas pueda deducirse que el corte no fue total y que el tránsito pudo desenvolverse por otra arteria e incluso por el paso de uno en uno y en fila por la zona de corte, no excluye la efectiva perpetración de la figura penal, desde que el art. 194 prevé diferentes acciones típicas subsumibles en la especie, entre ellas, el estorbo a la circulación vehicular” (2).

Por lo demás, en cuanto a una posible colisión de derechos amparados por la Carta Magna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que no existe conflicto alguno entre los derechos resguardados por la Constitución Nacional y las figuras típicas contenidas en el libro segundo, Título VII, Capítulo II del Código Penal. Ello así, por cuanto las cláusulas constitucionales encuentran límite en las obligaciones que imponen las otras, por lo que es necesario conciliarlas, impidiendo que la aplicación indiscriminada de una deje a las demás vacías de contenido (3). Es que la Ley Suprema debe ser analizada como un

conjunto armónico, dentro del cual cada una de las disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás (4).

En un caso similar al ventilado en autos, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que el considerar incurso en una figura delictual a tales sucesos, no significan una violación a los preceptos constitucionales que invoca la defensa, pues la norma penal que pueda resultar *prima facie* aplicable al caso, no se encuentra dirigida a limitar indebidamente el ejercicio de ciertos derechos, sino a resguardar la seguridad de los ciudadanos, que no tienen porqué padecer un menoscabo de la misma cada vez que alguien decida manifestar sus opiniones o protestar. Antes bien, corresponde que en un estado democrático de derecho todos los actores sociales ajusten sus conductas al debido respeto que merecen los derechos de los demás, demostrando ejemplaridad y un adecuado compromiso con los altos valores que regulan la vida social (5); lo cual determina que el reclamo del recurrente deba ser favorablemente atendido en la instancia, sin perjuicio de la evaluación que corresponda efectuar acerca de la participación y responsabilidad de cada uno de los encausados.

C. 2081/11. **"Merlo, Pablo y otros s/ inf. art. 194 del CP."** Fecha: 28/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8935.

Firmantes: Dres. Fossati y Barral. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Mercedes. Sec 4.

(1) "SOSA, Policarpo s/ inf. arts. 191 y 194 del Código Penal", Reg. 5519, del 19/2/02, CFSM Sec. Penal 1, y sus citas.

(2) CFSM, Sala I, C. 2887/07, "MOYANO, Norma y otros s/ art. 194 del Código Penal", Reg. 4363, del 14/2/02, de la Sec. Penal 3, y sus citas.

(3) Fallos: 304:1524.

(4) Fallos: 305:1847.

(5) CNCP, Sala III, C. 4859, "ALAIS, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación", Reg. 199/2004, del 23/4/04.

En igual sentido : C. 2252/11 "Telechea, Domingo y otros s/ inf. art. 194 CP". CFSM. Sala I. Sec. Penal 1. Rta. 29/12/11. Reg. 8937.

LEY PENAL TRIBUTARIA (Ley 24.769) Ejercicio o Período Fiscal. Interpretación. CSJN.

Conforme los lineamientos trazados en su oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al analizar la cuestión en vigencia de la ley 23.771 –cuyos principios son aplicables a la ley 24.769–, se estimó que cuando ley penal tributaria se refiere a la evasión "durante un ejercicio o período fiscal", debe entenderse que es anual, ya que la norma no debe ser interpretada de manera aislada o literal, sino armonizándola con el resto del ordenamiento específico en materia tributaria. (1).

En esa línea, cabe consignar que es la propia ley 24.769, la que determina el alcance del concepto "ejercicio o período fiscal" al establecer expresamente en su art. 1ro. que la evasión de pago debe superar determinado monto "...por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año...".

Lo reseñado determina que el tipo penal implicado conlleva necesariamente a verificar la evasión por el monto fijado, una vez presentada la declaración jurada del último mes correspondiente al ejercicio fiscal anual respectivo. (2).

C.1942/11 **"Inc. de Extinción de la Acción Penal por Prescripción"**. Fecha: 20/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5481.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Bruzoni.

J F San Marín, Sec 3.

Nota: En el caso, merced a la impugnación fiscal, se revocó el auto respectivo en cuanto declaró extinguida la acción penal, por prescripción, y sobreseyó al imputado, en atención a que se llegó a ese resultado por la incorrecta interpretación del concepto del Ejercicio o Período Fiscal.

(1) CSJN, Fallos 322:1699, “Morrone, Roque A. y otros S/Inf. ley 23.771”, con citas de Fallos 307:871 y 315:929 y 942.

(2) CFSM, Sala II, Sec. Penal 4, C. 4807, Rta. 6/4/10, Reg. 4877 entre otras.

LEY PENAL TRIBUTARIA. AGENTE DE RETENCION. APROPIACION INDEBIDA DE RECURSOS DE SEGURIDAD SOCIAL (Art. 9, ley 24.769). Condición objetiva de punibilidad. ESTADO DE NECESIDAD. TIPICIDAD. Improcedencia. Falta de acreditación de la situación de extrema gravedad invocada.

El sujeto activo de la figura penal prevista en el art. 9 de la Ley 24.769, actúa como agente de retención previsional, debiendo depositar la suma retenida siendo, por naturaleza, un obligado por deuda ajena, lo que así se expresa en la propia ley de procedimiento tributario N° 11.683; y desde el punto de vista de la tipicidad, lo relevante es la falta de ingreso en tiempo oportuno del monto retenido en tal concepto, ya que lo punible es la simple omisión de ingresar esas sumas, sin necesidad de despliegue de alguna maniobra ardidosa.

En tal sentido, debe tenerse presente que los montos no depositados, no pertenecía a la sociedad, sino al sistema de la seguridad social; por lo tanto no eran ni podían confundirse con el patrimonio de aquella, ya que forma parte del bien jurídicamente tutelado, es decir la confianza pública con que la ley ha investido a quien designa en el rol de agente de retención.

En el *sub examen*, se encuentra acreditado el aspecto fáctico del injusto, esto es, la retención y falta de depósito dentro del plazo legal de los recursos de la seguridad social por los períodos fiscales señalados.

Sentado ello, ninguna evidencia permite, al menos por el momento, atender favorablemente a la causal de justificación invocada por la defensa, ni existen elementos que desvirtúen la responsabilidad *prima facie* establecida con suficiente grado de razonabilidad como para entender que el imputado ha obrado en estado de necesidad en los términos acuñados en el art. 34 del digesto sustantivo.

Cabe destacar que la pericia efectuada por el profesional perteneciente al Cuerpo de Peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que no se le acercó documentación para poder efectuar un análisis sobre base seria de los puntos requeridos por la defensa. En tal sentido, y sin perjuicio de las probanzas que la parte pueda incorporar en el momento procesal oportuno, período de debate amplio de la prueba y análisis profundo de las circunstancias que rodearon el hecho, hasta el momento no se ha podido demostrar la situación de extrema gravedad invocada.

A partir de esta base fáctica, el aspecto subjetivo requerido por la figura en análisis, se evidencia a través del conocimiento y voluntad de realización del tipo imputado, mediante de la decisión asumida y reconocida de omitir el depósito de los recursos de la seguridad social, optando por privilegiar otras obligaciones, en desmedro del cumplimiento de sus deberes como agente de retención.

C. 2070/11. “**Bonelli, Roxana N por su dcia. por inf. ley 24.769**”. Fecha: 20/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8926.

Firmantes: Dres. Fossati, Culotta y Barral.

Sec. Act. Dra. Lorenz

J F San Isidro 2, Sec 5.

Nota: Llegaron las actuaciones al Tribunal por el recurso de apelación contra el procesamiento de J.C.D. por considerarlo autor penalmente responsable del delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social, reiterando en veintiséis ocasiones (períodos febrero y diciembre del año 2007), y enero a diciembre, ambos inclusive, de los años 2008 y 2009), previsto y reprimido por el artículo 9 de la Ley 24.769, mandando trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de \$ 430.000.

La defensa centró sus agravios en la ausencia de fondos para hacer frente a las cargas sociales, con las que se intentó cumplir a través de una moratoria cuyo pago tampoco pudo concretarse.

En este orden de ideas resaltó la situación crítica que desde hace varios años atraviesa la institución sin fines de lucro dirigida por el encartado, la que surge del libro de actas de la comisión directivas y los libros y papeles que el fisco secuestró en el allanamiento realizado. que en el año 2008 la Municipalidad de Vicente López hizo efectivo un juicio de apremio para cobrar lo adeudado, a lo que se sumaron problemas con los trabajadores quienes hicieron huelgas; sin embargo destacó que nunca existió voluntad de evadir sino que siempre se quiso pagar, no pudiendo hacerlo ya que la deuda hoy denunciada había sido incluida en lo términos de la ley 24.769 perdiendo los beneficios que tenía.

Sostuvo que en el caso de marras ha mediado un estado de necesidad justificante que excluye la ilicitud de la conducta infraccional cometida, toda vez que su mandante optó por el cumplimiento oportuno del pago de los haberes devengados durante los períodos incluidos reclamados.

MARCAS Y DESIGNACIONES (Ley 22362). TIPICIDAD. BIEN JURIDICO.

La esencia de la violación marcaria reposa, fundamentalmente, en el uso en las operaciones comerciales de signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.

Es que el denominador común de todo acto violatorio es justamente la confusión; si existe tal extremo, se compromete la exclusividad, comprendido como todo acto que permita crear en la mente del consumidor una asociación de cualquier índole entre la marca registrada y la utilizada indebidamente, situación que, de acuerdo a lo actuado en autos, no se verifica en el *sub examen*, sin perjuicio de los eventuales derechos que el querellante pudiese hacer valer por la vía civil establecida a tal efecto por la ley de marcas, fuera del ámbito penal, dado el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

C. 1129/11. "**Tigre Argentina S.A. s/ infracción Ley 22362**". Fecha: 08/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8805.

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Campana, Sec 3.

MEDIDA DE NO INNOVAR. Sobre ámbitos en que funcionaron centros clandestinos de detención. Carácter provisional de la medida. Necesidad de compatibilizar los intereses en juego (eventuales reconocimientos) y preservación de los inmuebles para las funciones institucionales que les corresponden. Procedencia del levantamiento bajo los lineamientos fijados en la presente resolución. Realización de obras imprescindibles para evitar el deterioro sin alterar la estructura original, previa autorización del magistrado instructor.

El tribunal ha señalado (1) que la medida de no innovar tiene como fin práctico, conforme a la redacción del art. 230 del CPCCN, la preservación de una determinada situación de hecho y se enmarca dentro de las facultades propias de los jueces penales dirigidas a asegurar el objeto del proceso, esto es, la averiguación de la verdad material, la determinación de los responsables y la imposición de las penas correspondientes.

Tal cometido impone que se lleven a cabo las medidas necesarias y conducentes a fin de evitar la modificación de los lugares donde habrían ocurrido los hechos delictivos, y no se conviertan de ese modo en elementos obstructivos para la recreación histórica de los sucesos (art. 231 y ss. en función del art. 193 del CPPN. y 230 del CPCC.). Máxime que, como en el caso, se busca preservar la evidencia que puedan arrojar sitios que habrían sido utilizados como centros clandestinos de detención y que, por tal cuestión, son decisivos para dicha comprobación.

Pero también es cierto que la medida es esencialmente provisional, que no perdura indefinidamente en el tiempo y que pueden adoptarse diligencias procesales como lo ha llevado a cabo el instructor- para retratar el estado de los lugares utilizados con aquella finalidad.

De modo que debe compatibilizarse el interés del recurrente, que con fundamento en la ley provincial 13.584 busca obtener la preservación de los sitios a efectos de practicar eventuales reconocimientos en el mismo lugar en que las víctimas estuvieron cautivas –con la incorporación en este mismo sentido, en el ámbito nacional, de la ley 26.415-; y el de evitar que el deterioro de los inmuebles por el paso del tiempo y la falta de refacción, los tornen inútiles para que se cumplan allí las funciones institucionales para las que fueron construidos.

En consecuencia, encontrándose aún en etapa de instrucción la causa 4012 que tiene por objeto la investigación de los hechos ilícitos ocurridos dentro de los que se denominó Zona de Defensa IV, que funcionó bajo la órbita del Comando de Institutos Militares, las obras que se consideren de imprescindible realización en los sitios utilizados para la detención clandestina de personas, deberán llevarse a cabo previa autorización del señor magistrado instructor y sin que ello altere sustancialmente la estructura edilicia original, a efectos de que queden resguardados como materia de prueba y ante la eventualidad de que el tribunal de juicio disponga la realización de un examen en el lugar.

C. 1392/11. **“Incidente de levantamiento de medidas de no innovar”**. Fecha: 10/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1 ad hoc, Reg: 8782

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Ferraro.

J F San Martín 2, Sec ad hoc.

Nota: Apeló la apoderada de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, en su calidad de querellante en la C: 4012 -numeración del Juzgado instructor- la resolución por la cual el magistrado de grado decidió levantar la medida de no innovar dispuesta sobre las Comisarías de San Martín 1ra., Maschwitz y Zárate; Subprefectura Tigre y sobre la Delegación de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas de San Isidro.

La querrela señaló que la preservación de los lugares donde funcionaron centros clandestinos de detención colabora con el esclarecimiento de la verdad y que configuran espacios para la reconstrucción de las memorias locales. En tal sentido, citó la ley provincial n° 13.584, el decreto n° 600/07 y la Resolución n° 29/07, como normas que obligan a preservar estos sitios; y subsidiariamente pidió que las eventuales modificaciones que pudieran realizarse no impidan reconocimientos por parte de las víctimas de esos delitos.

(1) Autos 8299 “Incidente de reformas en el Instituto Penal de las Fuerzas Armadas” Rtos. el 09/11/07, Reg. 7293.

MEDIDA DE NO INNOVAR. Sobre lugares en que funcionaron centro clandestinos de detención. Compatibilización de intereses en juego. Vista a las partes, en cada caso, previo al otorgamiento de autorización de obras de mantenimiento o restauración a fin de evitar que alguna alteración sustancial impida que esos lugares sean utilizados como elementos de prueba en el juicio pertinente. Programación de inspecciones oculares con los testigos.

La Sala aprecia que el tema es sustancialmente similar al que tuvo oportunidad de resolver el pasado 10 de agosto en este mismo legajo (1), por lo tanto, las consideraciones vertidas allí son enteramente aplicables al presente, por cuanto fueron fijado límites para la realización de las obras que, en ese momento, se requerían. En particular, se señaló que siendo el objetivo de la imposición de la medida de no innovar sobre inmuebles que fueron utilizados como centros clandestinos de detención, el evitar que una modificación en la estructura edilicia afectase la recreación de lo ocurrido, debía evaluarse para la restauración que las refacciones no echaran a perder dicho objetivo y permitiesen que allí se siguieran realizando las funciones institucionales para las que fueron construidos.

En tal sentido, se fijó como lineamiento a seguir para la ejecución de las obras que se considerasen de imprescindible realización, que éstas debían llevarse a cabo con conocimiento y la autorización del magistrado instructor, precisamente para evitar que una alteración sustancial de la estructura del lugar impidiese que fuese utilizado como un elemento de prueba en un juicio oral posterior.

Sin perjuicio de lo señalado, la pretensión de los recurrentes aparece, en este estado del proceso, como adecuada a los fines perseguidos. De modo que, a las diligencias que ya el magistrado ha ido realizando para retratar el estado de los lugares utilizados como centros clandestinos de detención, esto es, planos, fotografías y filmaciones, debe encomendarse además que previo al otorgamiento de la autorización pertinente, se conceda una vista a las partes con interés directo en cada caso para que puedan emitir su opinión al respecto; como así también, de entenderlo necesario, por ser conducentes para la comprobación de lo sucedido, el magistrado actuante programe inspecciones oculares con los testigos.

Lo hasta aquí indicado, no desatiende la norma citada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (art. 2do, resolución n° 172/06 del Ministerio de Defensa), porque, precisamente, ella coloca finalmente en cabeza del instructor la decisión de llevar adelante una obra sobre sitios respecto de los que se ha probado que fueron utilizados para la ocultación de personas detenidas.

C.1932/11. ***“Inc. de levantamiento de Medidas de no innovar en C. 4012”***. Fecha: 15/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1 ad hoc, Reg: 8883.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Ferraro

J F San Martín 2, Sec Penal ad hoc.

Nota: Llegó el incidente a conocimiento del Tribunal en pos de los recursos de apelación deducidos por quienes revisten el carácter de querellantes en la causa 4012 –numeración del juzgado instructor-, Dr. Llonto; y por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Dras. Mariana Maurer y Rosario Alvarez Garriga, respecto del punto II de la resolución del 6 de septiembre del corriente por la cual el magistrado de grado decidió levantar la medida de no innovar dispuesta, a su tiempo, sobre las Comisarías de: Tigre –Seccional 1ra., San Isidro –Seccional 1ra-, Villa Martelli, todas pertenecientes a la Policía de la Provincia de Buenos Aires-; la Delegación de Reunión de Información para la Prevención del Delito en San Isidro; el Destacamento Policial de Don Torcuato (actual Destacamento Vial Ruta Panamericana); el Arsenal Naval de Zárate (actual Base Naval Zárate); la Fábrica “El Tolueno” (actual empresa Rutilex Hidrocarburos Argentinos S.A. RHASA); y dentro de la Guarnición Militar de Campo de Mayo, los lugares donde funcionaron: “El Campito” o “Los Tordos”; “La Casita” o “Las Casitas”; la Prisión Militar de Encausados en Campo de Mayo (donde funciona actualmente la Unidad n° 34 del Servicio Penitenciario Federal) y el Hospital Militar Campo de Mayo.

En ocasión de celebrarse la audiencia prevista por el art. 454 del CPPN, ambas querellas ampliaron los argumentos que expusieron al apelar, señalando de modo coincidente que la preservación de los lugares donde funcionaron centros clandestinos de detención tiende al esclarecimiento de la verdad al permitir que quienes fueron secuestrados durante el gobierno de la última dictadura militar de 1976-1983, puedan reconocerlos y aportar información útil para el objeto del proceso. En tal sentido, el Dr. Llonto, solicitó que se agregase una copia de la declaración prestada el 8 de noviembre del corriente por Sandra Mónica Missori ante el juzgado instructor. También mencionaron que no se oponen a las reformas o arreglos que sean imprescindibles realizar, pero que previamente se les de intervención para que las partes puedan expedirse, además de solicitar que se realicen inspecciones oculares con los testigos a efectos de que éstos aporten detalles de su cautiverio; como también se realicen planos, filmaciones y toda diligencia que ilustre sobre los inmuebles utilizados para ese fin a efectos de que puedan ser empleados eventualmente como elementos de prueba en los juicios futuros que se lleven a cabo ante los tribunales orales.

A su vez, las letradas representantes de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, señalaron que se observe el art. 2do. de la Resolución n° 172/06 del Ministerio de Defensa; y tildaron de arbitraria la decisión por falta de fundamentación.

Finalmente se resolvió modificar la resolución apelada de acuerdo a los lineamientos fijados.

(1) CFSM, Sec. Penal ad hoc. Reg.8782. Rta. 10-08-2011.

MENORES. Evaluación e interpretación de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su aplicación al caso. Mantenimiento de la internación.

A través de los sucesivos informes realizados por los profesionales del Instituto San Martín se evidencia que al momento del ingreso del menor al establecimiento se encontraba con un déficit en las áreas cognitiva y del comportamiento.

En tal sentido, surge de los informes interdisciplinarios realizados, que este padece dificultades en la memoria mediata, desorientaciones temporales y falta de estimulación temprana, como así también se señaló que el causante no evidencia conciencia alguna sobre las situaciones de riesgo vividas ni de las razones por las que se halla internado, mostrando precariedad de recursos internos e implementación de mecanismos de autodefensa (negación, aislamiento afectivo y evasión).

Por otro lado, se destacó la situación de consumo de sustancias tóxicas, tales como pegamentos, marihuana y cocaína desde los doce años de edad, como también se pudo advertir la falta de contención familiar y de comunicación entre sus miembros.

En el área psicopedagógica, se pudo determinar que el menor no concurría a la escuela desde el año 2008, ocasión en la que cursó el 1er ciclo de educación primaria por escasos meses, sufriendo un descenso en sus niveles madurativo e intelectual, todo ello, provocado por una nula e inadecuada experiencia escolar y la falta de estimulación y ausencia de referentes educativos en su medio familiar.

Se resaltó que el menor se mostró interesado ante los primeros contactos con la vida escolar, manteniendo una relación estable y excelente con sus pares y docentes, expresando voluntad de aprendizaje y buen comportamiento.

A su vez, a lo largo de los meses, los aspectos positivos de su conducta se acentuaron en tanto y en cuanto se muestra integrado al sistema, dirigiéndose en forma cordial a pares y adultos, respetando la institución y sus pautas de convivencia, luciendo cuidadoso en su aspecto personal (vestimenta, pertenencias, etc.) y en la limpieza de su dormitorio; mientras que en el plano educativo continúa cursando el primer ciclo, participando además de talleres formativos y recreativos, evidenciando una mejora en la vinculación con el aprendizaje, lo cual genera un estímulo en el menor para continuar y sostener su conducta.

Entiende el Tribunal que las circunstancias antes señaladas revelan la existencia de una clara situación de mejoría que no puede soslayarse y que justifican la decisión adoptada por el a quo de mantener -por el momento- la internación del menor.

Ello, por cuanto la sola predisposición y buena voluntad expresada por su hermana para hacerse cargo del menor resulta por ahora insuficiente teniendo en cuenta el contexto hostil en el que el menor se encontraría nuevamente inmerso, por lo que entiende el Tribunal, su externación sería una medida contraproducente a los fines de la deseada reinserción social del menor, máxime considerando el escaso tiempo que lleva en el Instituto San Martín, y los antecedentes inmediatos e infructuosos que reveló el período en que estuvo bajo la custodia de su hermana.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el nombrado abandonó el 1er ciclo escolar en el año 2008, sin que su entorno familiar se haya preocupado lo suficiente acerca de las razones de su conducta, lo que confirma la falta de contención eficaz por parte de ese grupo.

El progreso al que se alude en los diversos informes, inclinarían a pensar un pronóstico favorable producto de la institucionalización, mas la reversión de un cuadro de valores que fue forjado a lo largo de su formación, evidencia que el trabajo de recuperación debe tener una constante en el tiempo para que se incorporen y se mantengan nuevos parámetros de vida.

Resulta útil recordar que el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño les reconoce el derecho a la autonomía progresiva en el ejercicio de sus prerrogativas, conforme con la evolución de sus facultades. De ello se desprende que el menor ha de ser también portador de responsabilidades crecientes por sus actos. También el art. 40-1 de la citada normativa, exige que no sólo el menor sea tratado en consonancia con la dignidad y el valor inherente a las personas, sino también de modo acorde con el fomento de su sentido de esos valores. Y, para ello, es necesario que tome conciencia de la gravedad de su conducta y que en relación a ésta, sus actos generen consecuencias.

Lo señalado requiere un proceso de aprendizaje que para ser incorporado como nuevo modo de vida orientado a un proyecto sustentado en un orden normativo, exige un avance progresivo que únicamente a través del tiempo puede ir siendo incorporado a la estructura de personalidad de un ser humano.

En igual sentido, resulta apresurado pretender que el menor pueda adaptarse a un sistema de autodisciplina como el propuesto subsidiariamente por la Asesora de Menores ante esta instancia.

Sin embargo, y habida cuenta de la buena conducta exhibida por el menor, resultaría adecuado ir proveyéndole progresivamente de oportunidades de ejercicio responsable del uso de la libertad, ello toda vez que la actual internación tiene por único fin su formación para que llegue a asumir una función constructiva en la sociedad. Cabe recordar, que el régimen que actualmente tiene de privación de libertad debe mantenerse por el menor lapso posible. Tales oportunidades, además podrían obrar como incentivo para que se motive en el mantenimiento de la conducta favorable que actualmente muestra.

Asimismo, el Tribunal considera que se deberá continuar trabajando en la problemática familiar, tal como se viene actuando con su hermana, para una eventual reinserción social favorable en un marco de legalidad.

En virtud de estas consideraciones y a fin de proseguir con la tarea a la que viene siendo sometido el menor -de modo de poder asegurar su continuidad evolutiva- corresponde homologar el decisorio impugnado.

C. 1876/2011. **“Legajo Tutelar de: A.G.O.”** Fecha: 10/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1. Reg: 8877

Firmantes: Dres. Fossati, Barral y Culotta.

Sec. Act. Dra. Lorenz.

J F Campana, Sec 3.

Nota: Llegaron las actuaciones al Tribunal por el recurso de apelación del Asesor de Menores contra el auto que denegó la externación del menor.

MULTA. Ajustado cuestionamiento de la AFIP a la reducción del monto de la sanción por parte del juez de grado. Incumplimiento de registración de trabajadores por parte de empleador con más de diez dependientes.

Los antecedentes del caso remiten a la verificación y posterior constatación en el establecimiento comercial del sumariado, sito en la calle 9 de julio n° 342 de la localidad de Morón, de la omisión por parte del contribuyente de la debida registración del alta de la empleada Lorena Vanina Palacios con nro. de CUIL 23-27728791-9, con los requisitos, plazos y condiciones que establece la AFIP, (art. 17 RG 1566/2004).

Limitado el Tribunal al alcance del recurso deducido por la Administración Federal, vinculado sólo a la sanción de multa impuesta por el magistrado a quo, pues en relación al hecho y su prueba no hay crítica alguna; cabe remitirse a la Resolución 1891/2006 en sus arts. 1, 2, y 17 que estipulan la obligatoriedad del alta de los empleados ante la AFIP y al art. 17. inc. a) capítulo “J” de la Resolución General 1566/2004 que sanciona su incumplimiento. Dicha normativa establece: “a) el incumplimiento a la debida registración del alta y/o baja de los trabajadores ocupados con los requisitos, plazos y condiciones que establece esta Administración Federal: multa de mil quinientos pesos”. A su vez el art. 18 del citado texto legal prevé que se duplicarán las multas indicadas cuando se trate de empleadores que tengan más de diez trabajadores. Estas infracciones de carácter formal forman parte del agregado a continuación del art. 40 de la ley 11.683, incorporado por ley 25.795 aunque específicamente reglados por la reglamentación citada que establece la sanción de multa a quienes ocuparen trabajadores en relación de dependencia y no los registraren y declararen con las formalidades exigidas por las leyes respectivas.

En el caso bajo examen, la infracción constatada en el acta labrada encuentra su adecuación típica en los artículos supra citados y la consecuencia jurídica de su comisión está prevista en el art. 17 inc. a) y RG 1566/2004.

En tal inteligencia, el monto fijado por el a quo no se adecua a la normativa aplicable por lo que corresponde revocarlo y confirmar la mensura de \$3000 de las resoluciones de la AFIP n. 4435/10 y n. 20/11. Por tanto, el agravio por parte del recurrente resulta adecuado y ajustado a las consideraciones del expediente.

C. 2068/11. "**Comrey SRL s/ inf. Ley 11.683**". Fecha: 18/10/2011.
CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5478
Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.
Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.
J F Morón 1. Sec 4.

Nota: La AFIP interpuso recurso de apelación contra el decisorio que confirmó parcialmente la resolución administrativa que dispuso sancionar al contribuyente reduciendo la multa aplicada a la suma de \$ 300 (art. 40, ley 11.683).

NOTIFICACION al DEFENSOR del PROCESAMIENTO y EMBARGO. Procedencia.

El auto en el que se ordenó el procesamiento y se mandó trabar embargo sobre los bienes del causante, fue notificado por diligencia personal a su defensa técnica.

El art. 146 del código de forma establece, como regla general, que si las partes tuvieren defensor o mandatario, solamente a éstos se les efectuarán las notificaciones, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas deban ser notificadas, extremo que no se verifica en el sub examen.

En tal sentido, no resulta exigible la notificación personal en la medida en que no se dan las circunstancias previstas en el art. 144 del código adjetivo, habiéndose sostenido incluso que la omisión de consignar el nombre del imputado en la cédula que notificaba el procesamiento, carece de relevancia en función de la representación que ejerce el asistente técnico que, en resguardo de la garantía de defensa en juicio, tuvo la posibilidad de recurrir (1).

En definitiva, más allá de que no se configuró vicio alguno en la notificación del procesamiento y embargo del imputado, lo cierto es que de ningún modo se vio conculcado el derecho a recurrirlo, toda vez que no se encontraba privado de su libertad ambulatoria ni carecía de asistencia letrada, aspectos que han sido tenidos en cuenta en distintos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para admitir presentaciones extemporáneas e informales.

C. 1675/11. "**Gauto Miguel Ángel s/ incidente de embargo**". Fecha: 18/10/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8851
Firmantes: Dres. Fossati y Culotta. El Dr. Barral no suscribe por hallarse inhibido.
Sec. Act. Dr. Cassani.
J F Morón 3. Sec 2.

Nota: En el caso se declaró erróneamente concedido el recurso de apelación deducido.

(1) CNCP, Sala IV, C: 12.523, "BEMPOSTA, Pablo Marcelo s/ recurso de casación", Reg. 14158.4, del 18/11/10.

NULIDAD DEL ACTA por ausencia de testigos. Desestimación. DERECHO DE DEFENSA. No afectación. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

Más allá de la eventual ausencia de los testigos, y los motivos que en la posterior declaración dio el preventor Sena lo cierto es que nada indica que tal circunstancia haya tendido a perjudicar de una manera voluntaria al imputado, ni conculcado sus derechos de defensa en juicio, por lo que tal omisión no conlleva a la necesidad de declaración de la sanción nulificante. En este aspecto, cabe reseñar lo sostenido por esta Sala en cuanto "no parece razonable que en un control vehicular de rutina, los funcionarios públicos se vean en la obligación de estar asistidos en todo momento por testigos de actuación".(1).

C. 1157/11. "**Inc. Nulidad promovido por el Sr. Defensor Público Oficial.**". Fecha: 22/09/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5758
Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.
Sec. Act. Dra. Oribe.
J F Campana, Sec 2.

(1) C. 2410/05 "Araujo Romero, Víctor s/ inf. Art. 292 del CP.", Reg. 6416, Rta.23/08/05, Sec Penal 1.

NULIDAD del pedido fiscal de llamado a prestar DECLARACION INDAGATORIA y de la convocatoria judicial a ese fin por indebida suplantación del “Fiscal natural”. Procedencia (del voto mayoritario de los Dres. Forns y Farah). Improcedencia (del voto en disidencia del Dr. Freiler).

Del voto por la mayoría de los Dres. Forns y Farah:

Tras la celebración de la audiencia normada en el art. 454 del ordenamiento adjetivo y puesto a resolver sobre lo que ha sido motivo de agravio, entiende el Tribunal que la protesta del recurrente debe ser favorablemente atendida en la instancia.

En primer término, cabe señalar que la Carta Magna ha establecido una estructura del proceso que garantiza la protección del justiciable a través de la separación de la función de perseguir y acusar, a cargo del Ministerio Público Fiscal, de la de juzgar, cometido primordial de la judicatura.

En ese entendimiento, se le ha otorgado al Ministerio Público rango constitucional como órgano extrapoder, que tendrá como finalidad promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con una organización jerárquica con facultades y responsabilidades disciplinarias de los miembros que lo componen (conf. art. 1 de la ley 24.946).

La ley Orgánica de dicho Ministerio contempló expresamente los casos en que debe interrumpir su actuación alguno de sus miembros por excusación o recusación, remitiendo su forma de reemplazo a la reglamentación pertinente. En tal sentido, la resolución de la Procuración General de la Nación n° 13/98 dispuso: “Los fiscales ante los juzgados federales de primera instancia de las provincias se reemplazarán recíprocamente, observando en cuanto fuere posible la especialidad propia de cada fuero. En aquellas secciones en donde no haya más que un fiscal, éste será subrogado por el fiscal general ante el tribunal oral o, en su defecto, por el fiscal general ante la cámara de apelaciones siempre que éstos tengan su asiento en la misma sede...9) Disponer que los señores fiscales generales ante las cámaras de la apelación confeccionen, para cada sección, la lista que prevé el segundo párrafo del art. 11 de la ley 24.946”.

En el caso que ocupa este acuerdo, al momento en que fuera aceptada la inhibición de la Dra. Rita Ester Molina, titular de la Fiscalía ante los Juzgados Federales en lo Criminal y Correccional de la ciudad de San Isidro, no existía otro representante efectivo de ese Ministerio en dicha jurisdicción, por lo que fue remitido el legajo a la Fiscalía General del circuito, conforme lo establece la segunda parte del art. 11 de la ley 24.946, y siendo desinsaculado para intervenir en el proceso el Dr. Pablo Noceti (3 de marzo de 2005)

Sin embargo, con posterioridad a esa designación, a fin de descongestionar el turno anual que pesaba sobre la Fiscalía 1 de San Isidro, el Procurador General de la Nación, a través de la Res. M. P. N°. 104/06, resolvió: “1. Habilitar la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires —Ley 25.992-, a partir del próximo 1° de noviembre de 2006”.

Es decir, que en esa data cesó el fundamento excepcional en que se basaba el nombramiento del Dr. Noceti y que había motivado la utilización de la regla subsidiaria de la ley antes citada, siendo de aplicación automática la pauta general contenida en el señalado art. 1° de la resolución PGN n° 13/98. Esto implicaba, que la Dra. Molina fuera reemplazada por otro integrante de la Procuración General para la misma sede. -

Entonces, al no haberse cumplido con esta manda, la actuación del Dr. Noceti como Fiscal subrogante en esta causa, ha quedado inevitablemente viciada de nulidad por haber desaparecido las circunstancias que dieran fundamento a su nombramiento, cesando de pleno derecho —por ende— la potestad de continuar en el carácter en el que fuera nombrado, quedando comprendido su desempeño en la hipótesis de invalidez prevista en el art. 167 del ordenamiento ritual, por lo que corresponde se declare la nulidad del dictamen impugnado de fecha 20 de agosto de 2008.

En otro orden de cosas, respecto de los efectos a que alude el art. 172 del código adjetivo, cabe señalar que, si bien resulta una facultad privativa del juez la decisión de llamar a una persona a declarar en indagatoria, en esta particular ocasión, éste se basó en la petición efectuada por quien carecía de legitimidad para actuar como Fiscal en la causa, reseñando y remitiéndose a los argumentos expuestos en ese dictamen viciado de nulidad absoluta.

Así, no puede olvidarse que el proceso penal está formado por un conjunto de actos concatenados entre sí que son causa y efecto unos de otros pero que tienden todos a una misma finalidad que es la justa actuación de la ley penal. En tal sentido, los actos procesales deben cumplir ciertos requisitos de validez, de lo contrario se tornan ilegales y deben ser apartados del proceso.

Se ha sostenido que la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y afectar una garantía constitucional, constituye la exigencia previa emanada de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público (1).

Siendo la nulidad la sanción prevista por la ley, para los actos cumplidos sin observar las formalidades preordenadas, se lo priva de sus efectos que en el caso fue la decisión judicial de llamar a indagatoria al Dr. Roberto Marquevich.

Del voto en disidencia del Dr. Eduardo Freiler:

Disiento respetuosamente con el criterio de mis distinguidos colegas preopinantes pues no advierto, en el caso, razones que me conduzcan a revocar el decisorio controvertido por la defensa técnica de Roberto José Marquevich.

La Dra. Ana Clara Marconi solicitó la nulidad de todo lo actuado por el abogado Pablo Noceti desde la puesta en funcionamiento de la Fiscalía Federal N° 2 de San Isidro, en el mes de noviembre de 2006 (cfr. Resolución N° 104/06), en razón de que, a su criterio, está suplantando al Fiscal natural cuya actuación corresponde de conformidad con la Ley de Ministerio Público, sin que se adviertan, a la actualidad, motivos que tornen necesaria su continuación en el proceso.

Afirmó que la permanencia de Noceti afecta la garantía -innominada de un Ministerio Público imparcial -equivalente a la garantía del juez natural-, que sólo puede ser dejada de lado excepcionalmente, mientras el impedimento subsista. Sin embargo, enfatizó que la disponibilidad funcional de los órganos de la ley no admite mantener la continuidad de esa sustitución, pues tal temperamento sería contrario a la garantía de la defensa en juicio, en virtud de que la titularidad de la acción penal permanecería en cabeza de una persona que no detenta las condiciones legalmente exigidas, violentando, de ese modo, la jerarquía que constitucionalmente se otorga a la intervención del Ministerio Público.

Sobre la base de estos argumentos y, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 167, incisos 1° y 2° del Código Procesal Penal de la Nación, solicitó se declare la nulidad de todos los actos cumplidos por el abogado Pablo Noceti desde el mes de noviembre de 2006, por carecer de legitimidad. para continuar su intervención, así como de la convocatoria a prestar declaración indagatoria dispuesta por el magistrado de la instancia anterior, en tanto encontró fundamento en su petición.

El juez interviniente resolvió rechazar el planteo impetrado por la defensa, motivo por el cual fue interpuesto el correspondiente recurso de apelación que originó la intervención de este Tribunal.

La hipótesis que formula la defensa lleva como premisa desconocer, en primer lugar, la situación, institucional que a partir de la reforma constitucional de 1994 adquirió el Ministerio Público, como órgano extrapoder y, en consecuencia, excluido de la tríada clásica de poderes. En ese sentido y, más allá del debate jurídico que en torno a la ubicación institucional de este organismo se suscitara en aquella ocasión, lo sustancial de esa reforma consistió en asegurar la efectiva independencia del Ministerio Público, para que ejerciera con mayor eficacia e imparcialidad la defensa de la legalidad objetiva y la persecución penal, en tanto atribuciones que constitucionalmente le fueran conferidas.

Mediante la Ley 24.946 se dio alcance a la independencia del Ministerio Público, hacia fuera, disponiendo que ejerce sus funciones con unidad de actuación, rechazando cualquier sujeción a instrucciones emanadas de órganos ajenos a su estructura (lo cual no significa eximirlo de los controles propios del sistema republicano) y, en tanto constituye un órgano jerárquico, hacia su interior, se impone a los magistrados de las instancias inferiores la unidad de actuación, sin perjuicio de la autonomía que corresponda, conforme a la especificidad de las funciones de fiscales, defensores y tutores o curadores (2).

Sobre la base de este plexo normativo que define de modo categórico las características que reviste el Ministerio Público como órgano extrapoder así como el modo en que debe ejercer las funciones que le son propias, - no puede desconocerse que la normativa aplicada con relación a la designación del abogado- Pablo Noceti, fue dictada por el Sr. Procurador General en uso de las atribuciones y facultades que le asigna el artículo 11 de la ley 24.946, fulminando, de ese modo, la posibilidad pretendida por la defensa de tildar de irregular la actuación de aquel letrado en el marco de este proceso.

En efecto, de una lectura del presente incidente se desprende que mediante las resoluciones N° 13 y 35, de fecha 31 de marzo de 1998 y 9 de junio de 1998, respectivamente, el Procurador General de la Nación estableció -las normas reglamentarias que, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 24.946, rigen la forma en que se reemplazarán los Magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en los supuestos de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia.

Específicamente, mediante la resolución N° 13 fue dispuesto que los señores fiscales generales ante las cámaras de apelación confeccionaran, por cada sección, la lista de abogados que prevé el segundo párrafo del artículo 11 de la ley 24.946, estableciéndose con posterioridad, en la resolución N° 35, mayores precisiones en punto a la cantidad de abogados que debía contener esa lista.

Por otra parte, a través de la resolución N° 164/99 se estableció que en los supuestos de reemplazo por causales de excusación o recusación, por tratarse de un motivo de apartamiento definitivo de un Fiscal de la causa en la que interviene, debía determinarse en forma previa el orden posible de sucesores y definir a cargo de quién se encontraría la designación del subrogante.

Mediante esa normativa también se reglamentó que en aquellos supuestos en que hubiera más de una fiscalía en el estamento respectivo del orden de subrogancia, debería asignarse la intervención a aquella que poseyera numeración inmediatamente correlativa ascendente respecto de la numeración de la fiscalía a cargo del magistrado a reemplazar y, a su vez, se estableció un sistema de compensación de causas para esos supuestos de excusación o recusación.

Ahora bien, el análisis integral de los antecedentes indicados permite destacar que, precisamente por los principios de independencia y autonomía que caracterizan a este organismo, es el Procurador General quien decide la forma en que se reemplazarán los Magistrados del Ministerio Público, en los supuestos de recusación y excusación.

En ese sentido, la designación del abogado Pablo Noceti (integrante de la lista a la que se hiciera referencia en las resoluciones N° 13/98 ~ 35/98.) obedeció a que al momento en que la inhibición de la Dra. Molina fuera aceptada, en la jurisdicción de San Isidro únicamente se encontraba en funcionamiento la Fiscalía Federal N° 1 de Primera Instancia, a cargo de la nombrada, de manera que en ese contexto no era aplicable lo dispuesto en la resolución N° 164/99.

El cese de esa subrogancia es una decisión que también compete a la máxima autoridad del Ministerio Público y, en torno a ello, no puede soslayarse que la resolución N° 104/06 que dispuso el traslado del Dr. Gentili a la Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de San Isidro procuró descongestionar el turno anual que recaía sobre la Fiscalía N° 1, hasta tanto esa vacante -fuera ocupada mediante el concurso respectivo o razones de otra índole aconsejaran adoptar otro temperamento.

En consecuencia, los términos de esa resolución evidencian el carácter provisorio de la designación, circunstancia que pudo incidir para que el Superior Jerárquico decidiera la continuidad del Dr. Noceti hasta tanto se resolviera en forma definitiva la vacancia de la Fiscalía N° 2.

En definitiva, admitir la controversia planteada por la defensa del imputado implicaría soslayar que la cuestión a dilucidar se vincula con el ejercicio de las facultades administrativas conferidas a la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, quien puede disponer la distribución y/o traslado de sus integrantes de acuerdo a criterios de oportunidad y eficiencia, y como corolario de aquellas notas de independencia y autonomía que

constitucionalmente le fueron conferidas, sin que pueda reconocerse ni aceptarse la habilitación de la jurisdicción de este tribunal a los fines de instruir a ese órgano acerca del modo en que debe estructurar la actuación de sus integrantes.

Por otra parte, en punto a la solicitud propiciada por el Dr. Noceti a fin de que el imputado Marquevich fuera convocado a prestar declaración indagatoria, corresponde señalar que aquella estuvo precedida de siete pedidos de idéntico tenor formulados por la Dra. Rita Molina, tal como se desprende de las solicitudes de fechas 30 de octubre de 2000, 23 de abril de 2001, 31 de mayo de 2001, 23 de noviembre de 2001, 30 de abril de 2002, 7 de febrero de 2003 y 13 de febrero de 2004.

Se advierte, entonces, que el requerimiento del Dr. Noceti no sólo encuentra respaldo en los pedidos previamente detallados, sino que, además, ni siquiera implicó el despliegue de actividad alguna de su parte a los fines de fundamentar esa solicitud, puesto que los elementos de prueba que constituyen su basamento habían sido incorporados al expediente con anterioridad a su designación.

Por lo demás, tampoco merece objeción la circunstancia de que el juez interviniente haya incluido las conclusiones de un peritaje contable agregadas a fojas 1935/1936 como uno de los elementos de prueba sobre la base de los cuales convocó a Roberto Marquevich a los fines del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación, pues ese informe también había sido requerido por la titular de la Fiscalía Federal N° 1—Dra. Rita Molina—, y esas conclusiones se incorporaron al legajo en respuesta al oficio de fecha 16 de junio de 2004, es decir, con anterioridad a la designación e intervención del Dr. Noceti.

Tampoco puede soslayarse que la decisión de que el imputado preste declaración indagatoria es una medida técnicamente discrecional para el juez (3).

El pedido del fiscal no obliga al magistrado, en tanto la ley le otorga la exclusividad de juzgar la determinación de la convocatoria, “cuyo único requisito es la motivación interna de quien juzga respecto de la existencia de motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de algún delito” (4).

Tanto es un acto de exclusivo señorío jurisdiccional que el decreto por el que se ordena recibir la declaración es inapelable. En ese sentido, hemos sostenido que: “...no es susceptible de recurso de apelación, como regla general, la decisión del magistrado de convocar a prestar declaración indagatoria ni su negativa a suspender tal audiencia -Art. 449 y Sgtes. del CPPN.-” (5).

Por lo demás, no se verifica en el caso— ni la defensa lo ha señalado— cuál es el perjuicio concreto al que responde el planteo de nulidad impetrado, pues no se advierte que el llamado a prestar declaración indagatoria dirigido a Roberto Marquevich conculque garantía constitucional alguna, sino que, por el contrario, ese acto procesal es -uno de aquellos que le permite al imputado en un proceso, el ejercicio de la atribución de ser escuchado por todos aquellos que han de evaluar su conducta a través de las diferentes etapas de la causa llevada en su contra. Precisamente, en el ejercicio de ese derecho a ser oído es que se encuentra aquel pilar de un proceso contradictorio que sólo es posible en la medida en que el acusado pueda, a la vez que valorar, formar y controlar la prueba, el exponer—cualquiera sea la instancia que transite la causa—las razones fácticas y jurídicas que le permitan destruir la imputación en su contra.

Es cierto que el principio de contradicción en que se desarrolla y perfecciona el derecho a ser oído resulta corolario de la existencia de una imputación que, como atribución de un acto u omisión con relevancia jurídica, sin duda encuentra su mayor ámbito de contienda en la instancia de debate. Mas esa imputación y la contradicción que de ella nace, tiene origen desde mucho antes de esa instancia.

En ese sentido, la audiencia indagatoria constituye uno de los actos donde puede librarse esa contienda propia del enfrentamiento de partes que deben ser iguales en sus atribuciones, herramientas y facultades. Medios que, para el caso de quien debe enfrentar un proceso, vienen de la mano de aquellos atributos reconocidos por las normas fundamentales de nuestro país al establecer el derecho de defensa, y el de ser oído como una de sus principales manifestaciones (6).

En definitiva, la convocatoria a prestar declaración indagatoria ningún perjuicio puede irrogar al imputado, cuando en verdad propicia un contexto en el que aquél puede desarrollar ampliamente su defensa, un derecho que, básicamente, y en cada instancia, implica como pauta esencial del proceso la posibilidad de aquél de poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad punitiva del Estado, o de cualquier otra circunstancia que la atenúe.

“La indagatoria o declaración del imputado constituye su primera oportunidad de defensa, voluntaria y personal, en el proceso penal, en orden a las imputaciones que se le dirigen” (7).

Al respecto, también hemos sostenido con anterioridad que “Justamente el valor de la declaración indagatoria como acto de defensa radica en la intimación sin la cual el justiciable está impedido de conocer la imputación -que eventualmente pueda ser contradicha. Por eso se impone que en dicho momento procesal se desarrolle y exteriorice la atribución clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto para no privar de virtualidad al derecho a ser como parte del derecho constitucional de defensa—art. 18 CN.-” (8).

En ese sentido, no puede soslayarse que estos extremos se han constatado en el sub examine al celebrarse la audiencia oral a los fines de informar en los términos del artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, oportunidad en la que la defensa técnica de Roberto José Marquevich expresó que tomó conocimiento por primera vez, acerca de la imputación dirigida a su asistido, al ser notificado del llamado a prestar declaración indagatoria.

En definitiva, no se advierte irregularidad alguna en la designación y posterior actuación del Dr. Noceti en carácter de fiscal subrogante en el marco de éstas actuaciones, pues su intervención ha sido dispuesta a partir de las normas reglamentarias estatuidas mediante las resoluciones precedentemente señaladas, como corolario de la independencia que rige -la actuación del Ministerio Público Fiscal, por lo que tampoco se avizora que la convocatoria dirigida al imputado en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación pueda ser tildada de inválida, tal como lo pretendiera la defensa, por lo que la resolución controvertida habrá de ser homologada.

Tal es mi voto.

C. 861/10. **“Incidente de Nulidad def. Marquevich”**. Fecha: 14/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal n° 1, Reg: 8748

Firmantes: Dres. Farah, Forns y Freiler.

Sec. Act. Dra. Lorenz.

J F San Isidro 2, Sec 4.

(1) Fallos: 183:173; 189:34; 330:1066, 3526, 5052, 331:2449, entre muchos otros.

(2) Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos procesales, Editores del Puerto, 1° edición, Buenos Aires, 2003, p. 312 y Ss.; María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. - Comentada y concordada, Tomo II, La Ley, 4° edición ampliada y actualizada; 2008, p. 587 y ss.

(3) Navarro Guillermo Rafael -Daray Roberto Raúl, CPPN. , Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 2, Hamurabi, 4° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2010, p. 446 y ss.

(4) Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1, C. 37.787, “Campagnoli, José María s/nulidad”, Rta. : 8/07/05, Reg. 706/05; C. 45.441, “Coria, Gaspar Osvaldo s/inf. Ley 25.891 art. 12”, Rta. : 9/06/2011, Reg. N° 611, entre otras.

(5) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1, C. 37.752, “Campagnoli, José María s/recurso de queja”, Reg. 649, Rta. :29/6/05; C. 37.753, “Quantín, Norberto s/recurso de queja, Reg. 648, Rta. : 29/6/05; C. 41.058, “Martínez Burgos, Marcelo s/rechazo de planteo de nulidad”, Reg. 1158, Rta. : 2/10/07, C. 44.777, “Cernadas, Pablo J. s/recurso de queja”, Reg. N° 941, Rta. :23/09/10, entre otras.

(6) Julio B Maier, Derecho Procesal Penal. Fundamentos, T.1, Editores del Puerto, 2° edición , Buenos Aires, 1999, p. 561 y ss.

(7) Guillermo Rafael Navarro—Roberto Raúl Daray, ob. Cit. Tomo 2, p. 443

(8) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y -Correccional Federal, Sala I, C. 37.034, “Ares, Alberto J. s/procesamiento”, Rta. : 25/11/04, Reg. 1265; C. 41.058, “Martínez Burgos, Marcelo s/rechazo de planteo de nulidad”, Rta. : 2/10/07, Reg. 1158; C. 37.787, “Campagnoli, José María s/nulidad”, Rta. el 01/07/05, Reg. 706, entre otros.

NULIDAD del REQUERIMIENTO DE ELEVACION A JUICIO. Improcedencia. Respeto del PRINCIPIO DE CONGRUENCIA y de las GARANTÍAS CONSTITUCIONALES de DEFENSA EN JUICIO y DEBIDO PROCESO.

El repaso del expediente demuestra que dan bases en esencia una concreta (ver nota), específica y uniforme identidad en orden a los hechos que han sido motivo de atribución criminal, siguiéndose una ajustada correlación entre los sucesos que abastecen la imputación inicial (ver nota) y aquellos que describió el agente fiscal. De este modo, se ha respetado el principio de congruencia procesal con plena vigencia de las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18 Const. Nac.).

En estas condiciones, desde que fue legitimado pasivamente (art. 294 del CPPN) y durante todo el trámite, el justiciable conoció en forma acabada la misma imputación fáctica. Así, el mentado encuadre jurídico legal adicional propuesto por la fiscalía (art. 275 del Cód. Penal) no afecta la garantía de la defensa en juicio, porque únicamente significa una cuestión de calificación en cuanto a la relación concursal del hecho que sin ninguna mutación ni adición, fue atribuido a Honorio Ángel Rodríguez.

En consecuencia, la petición defensiva es improcedente.

C. 2040/11, **“Inc. de nulidad planteado por la defensa de Honorio Ángel Rodríguez”**.

Fecha: 27/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6183

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F Tres de Febrero, Sec 3.

Nota: La defensa de Honorio Ángel Rodríguez, cuestionó mediante apelación el rechazo del planteo de nulidad parcial contra la requisitoria fiscal de elevación a juicio. El nombrado fue indagado por “haber colaborado el día 13 de noviembre de 2008 con el Dr. Federico Faggionato Márquez, quien en su condición en ese entonces de Juez Federal de Campana dictó en el marco de la C. 8483 caratulada Tarzia, Luís Marcelo y otros s/ inf. Ley 23.737 y art. 866 del Código Aduanero, con posterioridad a las 13:00 hs. del día mencionado, *el auto interlocutorio por el que se ordenara el allanamiento del galpón ubicado en la Avenida Illía sin numeración visible entre las chapas 2363 y 2383 de la localidad de San Miguel, Provincia de Buenos Aires, el cual se fundó en hechos falsos y a sabiendas de que previamente había hecho ingreso y registrado el lugar personal policial sin orden judicial alguna, concretamente el Comisario retirado Alberto Molina, el Teniente Primero Eduardo Fabio Ocampo y el oficial Rafael Eduardo Portillo, persiguiendo tanto **su declaración testimonial** como la resolución judicial el fin de ayudar a estos últimos a eludir o sustraerse de la acción de la justicia tras ser sorprendidos en aquellas circunstancias por personal de la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina que estaba observando en forma encubierta el lugar por orden del titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero en el marco de la causa n° 429/08”*. Asimismo, entre otras pruebas de cargo, **se le hizo conocer al causante la exposición testimonial** que suministró el 13 de noviembre de 2008 (arts. 294 y 298 del CPPN);

Con base en esta imputación el Tribunal dispuso el procesamiento del causante, en orden a los delitos de encubrimiento agravado, en grado de coautor y falsedad ideológica de documento público en calidad de partícipe necesario (arts. 277, inc. 1° “a” y “d” y 3° “d” y 293 del Cód. Penal; resol. del 7-4-2011, Reg. 5946).

Para así decidir, entre otros argumentos, se destacó que **“la declaración de Honorio Ángel Rodríguez según la sana crítica conforma un grave indicio de cargo en orden a habilitar la comisión del hecho ilícito y que con las pruebas adquiridas el aporte del nombrado a la empresa criminal adquiere relevancia penal. Porque actuó como nexo jerárquico intermedio entre los agentes de campo [Ocampo-Portillo y Molina] y el entonces juez federal de la ciudad de Campana. Y esa trilogía, en el caso concreto, habría tenido como única y exclusiva finalidad pretender legitimar una actuación ilegal ejecutada mancomunadamente por autoridades policiales y judiciales”**. También se puntualizó que la mencionada exposición importó **“a primera vista un aporte esencial para que la orden de allanamiento emitida el 13 de noviembre de 2008 [con una certeza suficiente de ser ideológicamente falsa], tuviese formalmente apariencia de legalidad (art. 293, Cód. Penal)”**.

De ahí que, según entiende este Tribunal el testimonio mentiroso del imputado haya conformado con la imputación dirigida bajo la rúbrica del artículo 293 del Cód. Penal, un hecho único inescindible. Ello, más allá de la opinión volcada por el señor agente fiscal en el requerimiento de elevación, sobre la forma de concurso, en orden a la misma base fáctica.

NULIDAD. Improcedencia. REQUERIMIENTO DE INSTRUCCION. Imposibilidad de que en el se describan en detalle elementos que, justamente, deben ser investigados.

En el caso de autos, se observa que la Sra. Agente Fiscal formuló los requerimientos de instrucción obrantes, de conformidad con lo normado por los arts. 180 y 188 del CPPN, sin apartarse del objeto del proceso, y guardando correlación con los sucesos que hasta ese momento habían sido denunciados. Por otro lado, ha destacado la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que, al momento de formular el requerimiento se está frente a una cierta indeterminación sobre los aspectos a investigar, ya que se trata de “una hipótesis sobre la existencia de un delito que el Tribunal, precisamente deberá verificar en su fundamento fáctico y jurídico, mediante la investigación, y, en su caso, individualizar al autor o autores, partícipes, etc., completando el elemento subjetivo de la imputación. No puede exigirse entonces que en el requerimiento de instrucción se describan en detalle elementos de la imputación que aún no se conocen” (1) .

De ahí que con el requerimiento se solicitó la declaración indagatoria de los responsables, con base en las distintas denuncias que se fueron acumulando en el expediente, entre las que se encuentran las que dieron origen a los actos aquí cuestionados.

En tales condiciones y compartiendo en lo sustancial los argumentos del a quo, no se advierte la presencia de vicios que puedan afectar la validez formal de lo actuado, por lo cual la pretensión del nulidicente no habrá de prosperar en la instancia.

C. 2056/10. **“Incidente de nulidad por la defensa de Reynoso”**. Fecha; 25/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8796.

Firmantes: Dres. Barral y Culotta. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Isidro 2, Sec 4.

(1) CFSM, Sala I, C. 1166, “Larraude, María s/recurso de casación”, Reg. 2454.4, Rta. el 3/3/00.

NULIDAD. Por falta de convocatoria de testigos del ACTA. Improcedencia por no estar conminada de nulidad dicha omisión.

El tribunal advierte en línea coincidente con las objeciones del apelante, que en el acta cuestionada no han sido convocados testigos de actuación. A lo que cabe agregar que no se explicaron en dicho instrumento las razones de tal omisión, ni tampoco los funcionarios intervinientes en ella al tiempo de prestar declaración dieron motivos de ese incumplimiento, a la par que el tribunal actuante no los interrogó tampoco al respecto.

Sin embargo, la omisión consignada de por sí no se encuentra sancionada con nulidad. En efecto, el Art. 140 CPPN sólo conmina con nulidad la falta de firma de los testigos intervinientes, pero no la omisión de convocatoria de ellos (1).

En ese razonamiento, no corresponde declarar la nulidad pedida (2), sin perjuicio del valor probatorio que se le asigne, en conjunción con los demás elementos de juicio obrantes en el proceso, en la próxima etapa del debate.

C. 2003/11. **“Inc. de nulidad promovido por el Dr. Agustín Comas”**. Fecha: 3/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5493

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Bruzoni.

J F San Isidro 2, Sec 5.

(1) CFSM, Sala II, Sec. Penal, C. 4959, “Inc. de nulidad en C. Fanelli, Julio Gerardo...”, Rta. 7/9/10, Reg. 5044, entre muchas otras y CNCP, Sala IV, C. 1743, “Gatti, Miguel Ángel y otro s/rec. de casación”, Rta. 22/6/00, Reg. 2657.4, entre muchas otras.

(2) CNCP, Sala IV, C. 680. “Sotuyo, J.H. s/rec. de casación”, Rta. 5/11/97, Reg. 994; entre muchas otras; CFSM, Sala II, Sec. Penal 4, C. 4601, “Inc. de nulidad”, Rta. 27/8/09, Reg. 4636, entre muchas otras.

NULIDAD. PROCESAMIENTO. QUEBRANTAMIENTO DE CLAUSURA. -art. 44 ley 11.683-. CONTRAVENCIÓN.

El magistrado de grado decretó el procesamiento del imputado, por considerarlo dentro de los límites impuestos por el art. 306 del CPPP, autor penalmente responsable del quebrantamiento de clausura –art. 44 de la ley 11.683 y art. 45 del CP-. El defensor oficial interpuso recurso de apelación.

El Tribunal advierte que la tramitación que ha recibido el expediente tiene vicios que la invalidan.

Ello así, por no resultar aplicable el procedimiento previsto por el Código Procesal Penal de la Nación al no tratarse el hecho de un delito, sino de una contravención.

De modo que el trámite debió realizarse conforme a las previsiones de la Ley N° 11.683.

Por tanto, en un reexamen del caso, se advierte que corresponde anular el proveído de fs. 69, punto III, la indagatoria y el decisorio en crisis (Art. 18 CN).

C. 1619/11. **“Méndez, Carlos Esteban s/ inf. Art. 44 ley 11.683”**. Fecha: 08/09/2011.

CFSM. Sala II, Sec Penal 2, Reg: 6125.

Firmantes: Dres. Criscuolo y Gurruchaga. El Dr. Rudi no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F San Isidro 2, Sec 6.

PREJUZGAMIENTO. (ART. 55, 10° CPPN). Amplias y contundentes manifestaciones extraprocesales a medios de comunicación. Objetivo riesgo de prejuzgamiento. JUEZ. Obrar reñido con la obligación de “observar una conducta irreprochable”. REGLAMENTO PARA LA JUSTICIA NACIONAL (art, 8, inc. b). Deber de “guardar absoluta reserva”.

Cabe atender lo expuesto por el agente fiscal sobre *“las profusas declaraciones periódicas que realizara”* el juez subrogante respecto de la responsabilidad que le cabría a algunos encausados. Máxime cuando se trata de un hecho público y notorio, dadas sus amplias y contundentes manifestaciones extraprocesales sobre el caso a distintos medios de comunicación, con el objetivo riesgo de prejuzgamiento (doct. art. 55, 10), CPPN).

Por ello, el Tribunal consigna a los efectos que correspondan que tales opiniones por parte de dicho magistrado sobre la responsabilidad de los imputados, antes de resolver las concretas situaciones procesales de cada uno de ellos dentro del debido proceso legal se encuentran, al menos, en clara contradicción con la obligación de *“observar una conducta irreprochable”* en la modalidad dispuesta de *“guardar absoluta reserva”* según el art. 8, inc. b) del Reglamento para la Justicia Nacional.

C. 2574/11. **“Inc. de apelación en C. Portorreal y Díaz”**. Fecha: 15/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6237.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F. San Martín 2, Sec 4.

Nota: En relación a las manifestaciones públicas del magistrado subrogante se resolvió: **“DISPONER** que el juez instructor...tome nota de lo indicado en el considerando V” (objeto del presente sumario).

PRESCRIPCION. Cómputo. CONCURSO IDEAL.

En tanto el concurso ideal establecido en la resolución que decreta el procesamiento de Miguel Altamira importa la existencia de una única conducta ilícita, aprehendida por dos disposiciones penales (art. 54 del CP), no corresponde el tratamiento de la prescripción como lo pretende la defensa, es decir por separado y considerando a cada una de las calificaciones como un hecho independiente.

C. 1577/11. **“Inc. extinción acción penal por prescripción, Altamira, Miguel”**. Fecha: 14/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal I, Reg: 5738.

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no firma por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Oribe.
J F Campana, Sec 1.

PRESCRIPCION. EXTINCION DE LA ACCION. Procedencia. DERECHO DE DEFENSA. Derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad. CSJN.

Previo a todo análisis, corresponde resaltar como tiene dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la prosecución de un pleito inusualmente prolongado –máxime si tiene naturaleza penal- conculca el derecho de defensa del recurrente en tanto debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal (1).

C. 969/11. “*Incidente de extinción de la acción respecto de Chávez, José María*”. Fecha 29/09/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5766
Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.
Sec. Act. Dra. Oribe.
J F Campana, Sec 3.

(1) Fallos: 333:1987, y sus citas.

PRISION DOMICILIARIA. Procedencia.

Cabe tener presente, tal como lo expusiera el “a quo”, que la encausada en un primer momento fue beneficiada en primera instancia con una falta de mérito, la cual fue revocada por esta alzada, siendo que, dictado su procesamiento, se logró su detención en el domicilio donde dijo -en su declaración indagatoria- que se mudaría. Por lo demás, la contumacia a la que alude el Ministerio Público Fiscal, no fue derivación de un incumplimiento por parte de la encausada de obligaciones contraídas previamente con el Juzgado.

Ello importa al menos a esta altura, considerar que en este caso -aun teniendo en cuenta la gravedad del ilícito endilgado-, su situación halla encuadre en las disposiciones de los arts. 11 y 32, inc. f) de la ley 24.660, ante la existencia numerosos hijos menores de edad, dos de ellos inferior a los cinco años y en virtud de que no existen en su caso elementos que indiquen o hagan presumir que, en adelante, hará mal uso del beneficio concedido.

C. 903/11. “*Incidente de Prisión domiciliaria de Haydee Pacheco*”. Fecha: 26/07/2011.
CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5691.
Firmantes: Dres. Barral y Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.
Sec Act. Dra. Oribe.
J F San Martín 2, Sec 6.

PRISION DOMICILIARIA. Solicitud de concurrir semanalmente a oficios religiosos. Procedencia de la negativa.

El agravio puede dirigido a cuestionar la negativa de que concurra semanalmente a recibir los oficios religiosos -en una Parroquia de la zona de Palermo- mientras se encuentra privado de libertad en su domicilio, no puede ser atendido pues tal medida prevista en la ley de ejecución de la pena (art. 32, ley 24.660, mod. 26.472), configura una excepción al

principio general de que la prisión debe cumplirse en establecimientos penitenciarios, por lo que su aplicación debe realizarse de manera restrictiva. De allí que la decisión tomada por el magistrado no es irrazonable e integra el ámbito de facultades que le reserva la citada ley de ejecución, pues ante la otra demanda de concurrir al acto eleccionario del pasado 10 de junio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, le fue concedida la autorización

C. 1492/11. **“Legajo de prisión domiciliaria de Agostino Francisco”**. Fecha: 4/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec penal 1 ad hoc, Reg: 8772.

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec Act. Dr. Ferraro.

J F San Martín 2, Sec. ad hoc.

PROCEDIMIENTO FISCAL (Ley 11683, art. 40 inc. “a” y 49 párrafo final). MULTA por infracción a la obligación formal de facturar (arts. 1 y 8, inc. “a” RG 1415/03 -AFIP-). PRUEBA. Valoración Doctrina del Estudio del Cuadro Completo (disidencia del Dr. Gurruchaga). ACTA, VALIDEZ. Su fuerza probatoria en el caso.

Del voto mayoritario de los Dres. Rudi y Criscuolo.

Según se desprende del acta de comprobación n° 021000201015535602 del 07-08-2010, los funcionarios del Fisco constataron que en el local ubicado en la calle 24 n° 614, de la localidad de Mercedes, se efectuó una operación comercial de venta por el importe de cuarenta pesos -\$40-, de la que no se emitió factura, ticket o documento equivalente; omitiéndose con dicho accionar el empleo obligatorio del sistema de registración fiscal previsto por la autoridad respectiva, al cual, como agente obligado se hallaba Magadan constreñido (ley 11.683, arts. 5, 6, 33 y 40, inciso “a”; RG AFIP n° 1415, art. 8, inc. “a”);).

En efecto, surge de dicha pieza procesal que el día 7 de agosto de 2010, a las 9.50 horas, los funcionarios de la AFIP, Miriam Blangio y Adrián Colazo, se constituyeron en el local comercial propiedad del apelante, siendo atendidos por su titular, dejando constancia que *“se efectuó una venta de un (1) CD por un importe de pesos cuarenta (\$40), habiéndose abonado la operación con un billete de cien pesos (\$100), no emitiéndose por dicha operación factura, ticket o documento equivalente”*; y se consignó que *“todo ello se prueba con lo visualizado por los actuantes. al momento de efectuarse la venta descrita de un CD el que fue envuelto en una bolsita de color blanco de plástico con un moñito de color rojo”*. Luego, en la pieza procesal respectiva se especifica que el hecho configura la infracción prevista en los artículos 1 y 8, inc. “a” de la RG 1415/03 (AFIP) y modif. y 40, inc. “a”, ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones); todo ello con base en la verificación *“in situ”* de la transacción comercial no registrada por parte de los funcionarios actuantes.

Es decir, consta acabadamente en la diligencia de marras la operación de venta que los agentes consideraron violatoria de la normativa tributaria vigente, relativa a la omisión que se le atribuye al infractor; la identificación de la cosa que importó la infracción y su encuadre normativo. A su vez, el acta se encuentra firmada por los intervinientes de la autoridad impositiva; a lo que es dable señalar que no surgen de autos elementos que hagan presumir animadversión preexistente por parte de los agentes del organismo recaudador.

Sentado cuanto precede, los planteos del apelante enderezados a invalidar el acta de fojas 1, aparecen como meras alegaciones contrarias a la actuación de los representantes de la autoridad fiscal, pues, en rigor, no ha aportado al sumario elemento probatorio concreto que avale su posición.

En particular, sobre la crítica a la ausencia de detalles de la mercadería objeto de la transacción, no se la advierte como una omisión para invalidar el acta; pues la descripción realizada sobre el producto enajenado, como se vio renglones más arriba, aparece, a todo evento, como suficiente para individualizar la cosa.

Tampoco la falta de testigos presenciales empece a la validez de la diligencia cumplida por los representantes del fisco, pues la parte no ha introducido pauta o prueba alguna que imponga su descalificación como acto procesal válido.

Por otro lado, es menester subrayar que el contribuyente, cuando tuvo la posibilidad de ejercitar su defensa y ofrecer las pruebas que hubiera considerado conveniente a su interés, presentó en sede administrativa la pieza de fojas 8/14vta. Por lo que, conforme lo demuestran las constancias del sumario, la parte no estuvo impedida de tomar oportuno y debido conocimiento de la imputación del asunto; sin dejar de resaltar que no hubo petición de prueba por la quejosa. Todo lo cual, entonces, lleva a considerar la diáfana preeminencia

del valor probatorio que ostenta la inculpación documentada por los funcionarios de la agencia estatal.

Por lo demás, ha de recordarse que las nulidades deben ser interpretadas con carácter restrictivo en punto a la invalidación de los actos procesales, debiéndose estar como regla general, por la estabilidad de los mismos en la medida que su mantenimiento no conlleve la violación de garantías constitucionales, tales como la defensa en juicio o el debido proceso, traducido ello en derechos o defensas que la parte se haya visto impedida de ejercer; circunstancias éstas que no se verifican en el caso traído a estudio. (1).

Finalmente, resta discernir si el juicio de reproche efectuado en autos se ajusta a derecho y a las constancias del sumario.

Ahora bien, adviértase que la actividad económica del contribuyente se compone de la venta al por menor de instrumentos musicales, equipos de sonido, casetes y discos de audio y video y no registra antecedentes ante la AFIP.

De este modo, teniendo en cuenta la condición del justiciable, su falta de antecedentes y la gravedad de la infracción (omisión formal de facturar \$40,00), se aprecia adecuada, a todo evento, la reducción del monto de la multa discernida por el juez "a quo" en la suma de quinientos pesos -\$500-. Por lo que cabe la modificación pertinente.

Del voto en disidencia del Dr. Gurruchaga.

Surge del acta de comprobación glosada, que el día 7 de agosto de 2010, a las 9.50 horas, los funcionarios de la AFIP Blangio y Colazo, se constituyeron en el local comercial propiedad de Magadan, siendo atendidos por su titular, y se dejó constancia que "*se efectuó una venta de un (1) CD por un importe de pesos cuarenta (\$40), habiéndose abonado la operación con un billete de cien pesos (\$100), no emitiéndose por dicha operación factura, ticket o documento equivalente*". Luego, en la pieza procesal respectiva se especifica que el hecho configura la infracción prevista en los artículos 1 y 8, inc. "a" de la RG 1415/03 (AFIP) y modif. y 40, inc. "a", ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones); todo ello con base, según reza el acta, en la verificación registrada por parte de los funcionarios actuantes; la cual fue suscripta solamente por los agentes del fisco.

Ahora bien, cabe efectuar las siguientes consideraciones sobre el instrumento, (acta), su validez y fuerza probatoria y la evaluación relativa a la acreditación del hecho reprochado.

En el procedimiento de referencia, no se identificó a la persona que había hecho la operación comercial aludida, ni las particularidades del producto adquirido –marca, clase o tipo-, con lo que se omitió dejar constancia de "todas las circunstancias" relativas al hecho (a contrario Art. 41 ley 11.683). Además, el imputado se negó a firmar el acta y, frente a ese panorama, no se convocaron a testigos externos de actuación. De lo que se sigue que si bien el acta es formalmente válida –porque cumple los requisitos rituales necesarios según se consigna, su fuerza probatoria es muy menguada.

La existencia formal de un instrumento público, no implica sin más una condena sobre el hecho al que se refiere, sino que se exige el análisis conjunto de todos los medios de prueba obrantes en la causa –doctrina del estudio del cuadro completo-.

Atento lo expuesto, la imputación se sostiene solamente en los dichos de los funcionarios preventores y no tiene sustento en prueba documental o testimonial distintas al acta, o de otra vertiente.

En el marco descripto, y frente a la negativa del imputado en el descargo obrante sobre la existencia del suceso, entiendo que el hecho no se encuentra suficientemente acreditado. (2).

Por lo tanto corresponde revocar el decisorio impugnado.

C. 2080/11. "**Madagan, José María s/ apelación de multa y clausura**". Fecha: 8/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 2, Reg: 6199

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga (en disidencia).

Sec. Act. Dr. Passero.

J F Mercedes, Sec 4.

Nota: Vinieron las actuaciones a conocimiento del Tribunal por el recurso de apelación del contribuyente Magadan, contra el pronunciamiento, por el que el señor juez “a quo” confirmó parcialmente la resolución n° 120/11 (DIRMER), que aplicó la sanción de multa de un mil quinientos pesos -\$1.500- impuesta por la autoridad fiscal y dejó sin efecto la clausura del establecimiento comercial sito en la calle 24 n° 614 de la localidad de Mercedes [art. 40, inc. “a” y 49, párrafo final, ley 11.683, modificada por ley 25.795].

(1) CFMS, Sala II, Sec. Penal 2, C. 5847, Reg. 5998, Rta. 17-05-2011 y sus citas.

(2) CFMS, Sala I, Sec. Penal 1, C. 9523, “Mastrantonio, Tomás y Mastrantonio Marcos S.H. s/apelación de clausura”, Rta. el 25-11-2010, Reg. 8504.

PROCESAMIENTO. Insuficiencia de elementos para mantener la imputación efectuada. DENEGACION DE AUXILIO (Art. 250 CP.). Justificación atendible en atención a las circunstancias que motivaron el retraso en la ejecución de la manda judicial.

Dadas las particularidades del suceso de marras, el Tribunal advierte que los elementos recopilados en el expediente no son suficientes a esta altura y dado el estado del legajo, para mantener la imputación efectuada a Vivo en los términos del art. 306 del CPPN.

En primer lugar, las constancias reunidas demuestran que efectivamente el procedimiento ordenado se realizó y que se individualizó a tres personas que resultaron procesadas.

En cuanto al retardo en la ejecución de la orden emitida por el mismo magistrado que en autos procesa a Vivo [alrededor de dos horas], cabe señalar que a primera vista resultan admisibles las explicaciones del imputado. En efecto, éste refirió que se dispuso el desplazamiento de dos secciones de Destacamento Móvil I de Campo de Mayo, pero que llegado al lugar, dado el número de manifestantes es que se dispuso el refuerzo con otro camión hidrante. Que jamás recibió una orden de incumplir con la manda judicial, que en todo momento se tuvo como misión el desalojo de las personas que interrumpían la vía, lo cual no llegó a concretarse debido a que no contaban con todo el personal para llevar adelante la diligencia; no obstante lo cual, estas personas al observar el movimiento de los gendarmes optaron por desalojar el lugar voluntariamente.

De modo que el hecho imputado no puede separarse del contexto del caso en que aún con la noticia del eventual corte, y la disposición por parte de las fuerzas de seguridad de un grupo de operaciones preventivo, el número de manifestantes finalmente reunidos (alrededor de 150 personas) superó al personal de la Gendarmería allí apostado; por lo que aparece razonable a los fines del desalojo el hecho de aguardar la llegada de los refuerzos necesarios (entre ellos, el camión hidrante) para evitar consecuencias negativas en este tipo de manifestaciones. A lo que se suma que ese mismo día se realizaron otros procedimientos (3 episodios más de corte de ruta).

En tal razonamiento, resulta clara la existencia de una situación de difícil manejo conforme la experiencia en estos tiempos y la necesidad de actuar con prudencia para evitar hechos más graves y lograr el cese de la interrupción mediante la disuasión antes que la represión indiscriminada.

Todo lo expuesto, justifica -a esta altura de la investigación- el tiempo que ha tardado la Gendarmería para dar cumplimiento al mandamiento judicial impartido (aproximadamente dos horas), dadas las particularidades que presentaba el suceso. Ello, sin perjuicio de lo que surja con el avance de la pesquisa.

C. 1572/11. “**Testimonios en causa s/ inf. Arts. 239 y 248 CP.**” Fecha: 23/08/2011.

CFMS. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5421

Firmantes: Dres. Gurruchaga y Criscuolo. El Dr. Rudi no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

Nota: El magistrado de intervención consideró que el Comandante demandado no cumplió la orden judicial de desalojo ni prestó el auxilio legalmente requerido, desoyendo la directiva por él impartida; lo que ocurrió a lo largo de dos horas, y a expensas de miles de ciudadanos librados a su suerte por la inacción de la autoridad pública llamada a protegerlos y a hacer cesar el delito. Ello en el marco del

suceso acaecido el día 21 de octubre, desde las 6.30 y hasta las 9.30 aproximadamente en el entorpecimiento del tránsito vehicular de la ruta Panamericana, km. 35, ramal Campana, Pcia de Buenos Aires, en ambos sentidos de circulación.

PROMOCION O FACILITACION DE LA PERMANENCIA ILEGAL DE EXTRANJEROS EN EL PAIS CON EL FIN DE OBTENER UN BENEFICIO (Art. 117 Ley 25.871). No Configuración.

Corresponde analizar si los hechos atribuidos al encartado pueden encuadrarse, a esta altura, en la conducta descrita por el art. 117 de la ley 25.871.

Estudiadas las constancias arrojadas al expediente, no habrá de compartirse lo resuelto en el decisorio en crisis; ello así por cuanto no pueden tenerse por configurados, por el momento –siquiera con el grado de provisionalidad requerido por la etapa que se transita– los presupuestos objetivos y subjetivos requeridos por la norma atribuida.

Resulta exigencia de la figura analizada, la presencia de un especial aprovechamiento de la irregularidad migratoria de los trabajadores por parte del autor, encarado de manera general y como “política de empresa” de modo tal que la simple actividad de facilitación, desvinculada e independiente de la ilegalidad del inmigrante, puede no ser ilícita, o constituir una infracción administrativa.

No se advierte así que la contribución a la permanencia descrita en autos haya constituido un aprovechamiento laboral diagramado ya no aisladamente, sino como parte inseparable de la conformación comercial (1).

De acuerdo con ello, la conducta típica en supuestos como el analizado debe verse acompañada no sólo por la existencia de un mecanismo ilegal de captación de inmigrantes mediante acciones concretas -sin el cual no podría ser materializada la mentada empresa ilícita- sino también por actos dirigidos al aseguramiento o protección de la permanencia ilegal de los extranjeros en el país (2).

Es así que las constancias hasta el momento incorporadas en autos, no permiten tener por probado que el establecimiento investigado haya operado en virtud de un mecanismo ilegal de captación de inmigrantes.

Al respecto, surge de los testimonios prestados por los trabajadores en el expediente, que tras su ingreso al país, tomaron conocimiento del hecho propiedad del encartado por diferentes vías.

Por otro lado, de las constancias recabadas durante el procedimiento llevado a cabo en el lugar y del informe de inspección sobre la ladrillera incorporado, se desprende que desempeñaban funciones en el establecimiento operarios nacionales y extranjeros regulares e irregulares, no habiéndose evidenciado de sus declaraciones, que el salario percibido variara en virtud del carácter de su residencia o nacionalidad.

Dicho extremo imposibilita, por el momento, considerar que existiese un aprovechamiento de la circunstancia como política de empresa o, ya en el ámbito subjetivo de la conducta, que la contratación de los trabajadores con permanencia ilegal en el país estuviese impulsada por el interés en la obtención de un beneficio económico de manera directa o indirecta, lo que conforma una exigencia establecida expresamente en la norma como requisito subjetivo distinto del dolo.

Así, deberá comprobarse, en el caso, que la proyección del lucro del agente prevea como principal herramienta el aprovechamiento de la permanencia irregular del inmigrante en el país, extremo que, por el momento, no ha sido demostrado.

El beneficio considerado por el Juez relativo a no efectuar los correspondientes aportes de la seguridad social y de obra social a los que se encontraba obligado por ley el imputado, no resulta suficiente desde que dicho rédito no excede las consecuencias necesarias de contratar extranjeros que residen irregularmente y que, por ende, sólo pueden efectuar trabajos no registrados –conducta incluida en el ámbito de protección del art. 55 de

la ley analizada- (3). Por otro lado, tampoco supera de aquel que se hubiese obtenido empleando trabajadores sin registro ante los organismos competentes.

De acuerdo con las consideraciones hasta aquí expuestas, estima el Tribunal que el procesamiento decretado resulta prematuro, toda vez que los extremos fácticos analizados en dicha decisión no resultan suficientes para tener por configurada la conducta.

Así las cosas, corresponde disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer en relación al encartado. Ello sin perjuicio del avance de la pesquisa y la producción de las medidas de prueba que el a quo estime pertinentes, que permitan, en su caso, modificar el criterio aquí sustentado.

C. 1633/2011. **“Condori Sullca H s/ infracción Ley 26364”**. Fecha: 18/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5784

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F Morón 1, Sec 3.

(1) CCCFed., Sala I, C. 42.542, “Min Soo, Kim s/procesamiento”, Reg. 624 del 30/06/09.

(2) Josefina González Núñez, “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios”, publicado por el Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico el 24/11/08.

(3) CCCFed., Sala II, C 27.703, “Hyun Soon Lee y Cho Shung Ho s/procesamiento y embargo”, Reg.30.024 del 16-06-2009.

PROMOCION O FACILITACION DE LA PERMANENCIA ILEGAL DE EXTRANJEROS EN EL PAIS, CON EL FIN DE OBTENER UN BENEFICIO (art. 117, Ley 25.871). PRUEBA. Valoración. Situación de vulnerabilidad.

Cabe señalar que el beneficio económico de parte de los encartados se encuentra suficientemente acreditado. Y tal extremo, se halla estrechamente vinculado a la situación migratoria irregular de los extranjeros ingresados al país, ya que de otra manera no habría motivo alguno para acompañar a personas desconocidas, durante un periplo por demás extenso, haciéndose cargo de los mismos ante el control de gendarmería acaecido en el trayecto, con las implicancias legales que ello acarrea.

En relación al desconocimiento de la situación migratoria alegado, cabe disentir con tal postura, toda vez que al ser interceptado, el imputado poseía consigo los pasaportes de los foráneos, los cuales carecían de la visa requerida, como así también del sello de ingreso al país, circunstancias estas que no podía desconocer.

Por otra parte, cabe mencionar lo que surge del informe realizado por el Ministerio de Justicia –Oficina de Rescate y Acompañamiento a las personas damnificadas por el Delito de Trata- el cual da cuenta de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los ciudadanos chinos. Véase que no podían hablar ni entender el idioma nacional, no contaban con el ticket de regreso a su país, habían transpuesto varias fronteras, incluida la Argentina, de manera irregular, a la vez que refirieron abonar a los imputados una suma dineraria por tramo recorrido. En este sentido, el informe mencionado refiere que “estos elementos habrían condicionado parcialmente la capacidad de estas personas de tomar decisiones en forma autónoma, reforzando, por tanto, la condición de fragilidad en la que se hallaban”.

C. 1213/11. **“Bustamante, Alberto y otro s/ inf. Ley 25.871”**. Fecha: 13/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5735

Firmantes: Dres. Barral y Culotta.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Campana, Sec 3.

PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA. Mero reconocimiento fotográfico realizado en el marco de una deposición testimonial diferente del RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO propiamente dicho (art. 274 CPPN). PRUEBA DE TESTIGOS. ALLANAMIENTO. PRUEBA DOCUMENTAL. FALTA DE MERITO (art. 309 CPPN). PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO.

La exhibición de fotografías realizada en la instancia de grado, no puede ubicarse dentro de lo que se denomina reconocimientos fotográficos y menos aún perseguir su invalidez por incumplimiento de lo preceptuado en el art. 270 y ss. del CPPN. Ello en razón

de que la actividad realizada no pasó de ser un recorrido fotográfico a efectos de orientar la investigación cuando se desconocía al imputado o se tenía datos insuficientes sobre éste, baste para ello reparar en las fechas en que fueron dados los testimonios y en la cual prestara declaración indagatoria Rosa (1).

Por otra parte, no debe confundirse el reconocimiento judicial propiamente dicho con el mero reconocimiento integrante de una deposición testimonial que constituye una prueba simple, de carácter personal y mediato, por lo que puede el juzgador tomar lo dicho y valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica racional (2).

Sentado lo anterior y aun cuando se ha rechazado la invalidez perseguida por el recurrente, el Tribunal discrepa con la entidad cargosa asignada por el magistrado de grado a los testimonios evaluados, por cuanto no se aprecia coincidencia en lo sustancial de sus contenidos para despejar la duda que se alza sobre las características físicas del encartado. Es que de las distintas actuaciones en las que intervinieron Alicia Beatriz Testai; José Luís Quieto; Gladis Pilar Reartes y Susana Elida Piatti, surge que coinciden en unos casos, en que era una persona no muy alta, de estatura media; y en otros, lo describen como una persona de estatura baja, casi gordo; y en una actuación posterior, se lo sindicó como de aspecto atlético.

En consecuencia, estas apreciaciones dispares deben ser superadas, máxime cuando fue precisamente su considerable estatura y delgadez el punto afirmado por el Tribunal capitalino, con base en la observación directa y valoración de testimonios para arribar a su condena.

Además, otro de los aspectos que en las declaraciones citadas generan diferencias, aun cuando no puede perderse de vista que en esos procedimientos se trataba de ocultar la identidad de quienes participaban, es la fuerza policial a la que dijo pertenecer, pues mientras en las actuaciones que inician el caso n° 31, se menciona que exhibió una credencial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en las que formaron parte del habeas corpus que se presentó el día posterior al hecho, que los integrantes del grupo presentaron credenciales de la Policía Federal, y el sujeto que se identificó como Rosas, era bajito, de alrededor de 30 años y tenía el rango de Inspector de esa policía, puntualizando además que: “al rato se hicieron presentes policías de la provincia, quienes al saber que había intervenido la Policía Federal se retiraron”.

Por consiguiente, lo reseñado impide a esta altura del proceso, concluir en la confirmación de su responsabilidad por el secuestro de Roberto Jorge Quieto. A lo que debe agregarse que resulta apropiado que se consigne en estos actuados el resultado del allanamiento dispuesto sobre el inmueble que fuera asiento de la Superintendencia de Seguridad Federal, dado que según la documentación enviada por el Superintendente de Planificación y Desarrollo de la Policía Federal, Roberto Antonio Rosa prestó servicios en esa repartición federal a partir del mes de diciembre de 1976, esto es con posterioridad al momento del secuestro.

En consecuencia, de acuerdo a lo vertido en los párrafos que anteceden, corresponde acudir a la solución propiciada por el art. 309 del citado texto adjetivo y disponer la falta de mérito de Roberto Antonio Rosa.

C. 2324/11. **“Legajo de apelación del proceso en C. Riveros, S. y Rosa, R.** Fecha: 13/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec Penal 1 ad hoc, Reg: 8912

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Ferraro.

J F San Martín 2, Sec ad hoc.

(1) CNCP, Sala I, “Bloise, R. D.”, Rta. el 10/05/01, Reg. 4304; Sala III, “Guardia H.C.”, Rta. el 15/09/95, C. 398; CCCF. Sala I, “Rufo, E. A.”, Rta. el 25/03/2009, Reg. 240, y sus citas.

(2) Raúl Washington Abalos, Código Procesal Penal de la Nación, T. II, ed. Jurídicas Cuyo, ed. 1994, pág. 635.

QUERELLANTE. Derecho a ser parte (tutela judicial efectiva). Extensión de su legitimación. CONSTITUCION NACIONAL. LEY DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (Ley 23102). Facultades de prevención y seguridad del personal afectado a ese fin.

Tres son las cuestiones que convocan la intervención de esta Alzada. La primera se vinculada con la posibilidad del quejoso de ser tenido por parte querellante que el magistrado “a quo” rechazó al entender que al no haber delito no puede ser tenido como tal. La segunda, si el pretense querellante se encuentra legitimado para actuar autónomamente en el ejercicio de la acción penal y, por fin, en caso de proceder el recurso, y en lo atinente al fondo si corresponde el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito.

Ahora bien, tal como se resolvió en el día de la fecha en el marco de la causa 5335 del registro de esta misma Secretaría Penal 4, a la primera cuestión, el Tribunal aprecia que la intervención del querellante particular, se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, que corresponde -entre otros- a la víctima del delito. Uno y otro son derechos de raigambre constitucional por imperio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional por cuanto la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, consagra los mencionados derechos. Es indudable entonces, por esas directivas constitucionales, que la víctima de un delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos ya sea mediante el impulso del proceso, el proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos o bien recurrir las decisiones (doctr. art. 18 CN, arts. 8.1 y 25 CADH y art. 82, CPP). Por tanto, parece razonable, sana crítica mediante, que quien denuncia la comisión de un delito respecto del cual resultaría víctima pueda obtener el carácter de parte pretendido en el proceso penal. De lo que se sigue, que dándose en la especie los requisitos procesales, corresponde otorgar el rol de querellante al peticionante (arts. 83 y 84, CPP)

A la segunda cuestión se responde que el querellante se encuentra habilitado para impulsar la acción penal en forma exclusiva durante la etapa instructoria, aun cuando el agente fiscal, hubiera pedido la desestimación de la denuncia. Ello así, pues claramente surge del último párrafo del artículo 180 del CPPN, aplicable a la especie que: “la resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción puede ser apelable, aun por quien pretendía ser tenido por parte querellante” (1). Por ello, corresponde legitimar al particular damnificado a llevar adelante los procedimientos no obstante la solicitud desestimatoria efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal. De lo que se sigue, que debe entrar a analizarse el fondo del asunto.

Desde esta mira, se advierte que la ley de Seguridad Aeroportuaria n°. 26.102 y la resolución 381 del Ministerio de Defensa prevén procedimientos especiales en lo que importa sistema de identificación para el acceso de personas y vehículos al área de seguridad en las instalaciones aeroportuarias sujetas a su jurisdicción así como el control y requisa de los pasajeros, que resultan razonables en orden a los objetivos de prevención y seguridad. En ese marco, el personal encargado de su aplicación obró en el legítimo ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por las normas supra citadas (art. 18 del anexo de la resolución 381 del Ministerio de Defensa). Por lo tanto, es correcta la desestimación dispuesta por el “a quo”.

C. 1733/11. “*Medive, Roberto s/ presunta inf. del art 248 CP*” Fecha: 20/9/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 4, Reg: 5450

Firmantes: Dres. Gurruchaga y Rudi. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Morón 2, Sec 7.

Nota: Llegó el expediente a conocimiento de esta alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por Roberto Mendive contra la resolución que dispuso el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito (art. 195, segundo párrafo CPPN).

(1) CNCP. Sala I, C. “López González, Mirta y otro s/ Recurso de Casación”, Rta. 8/02/06.

RECURSO DE APELACION. Pertinencia de su rechazo por el instructor tratándose de la denegatoria del SOBRESEIMIENTO peticionado y de la consecuente ELEVACION A JUICIO de las actuaciones.

Este Tribunal ha sostenido que *resulta inapelable la denegatoria por parte del juez instructor de un pedido de sobreseimiento instado por alguna de las partes (1)*.

Asimismo, cabe consignar también que la resolución que tras no hacer lugar al sobreseimiento, en definitiva decide la elevación a juicio de las actuaciones, es inapelable (art. 352, 1ra. regla y Cctes. del CPPN).

C. 2566/11. **“Recurso de queja C. 1185”**. Fecha: 22/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6253

Firmantes: Dres. Criscuolo y Gurruchaga. El Dr. Rudi no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec, Act. Dr. Passero.

J F Campana, Sec 2.

(1) CFSM, Sala II, Sec. Penal 2, C. 4081 “Recurso de queja *in re* D’ambrosio, Ricardo”; Rta. 13/03/2007, Reg. 4425.

RECURSO DE CASACION. Contra la resolución de la alzada que dispuso confirmar la desestimación de la denuncia y archivo de las actuaciones por inexistencia de delito decidida por el magistrado de grado. Disidencia en torno a su procedencia.

Del voto por la mayoría de los Dres. Criscuolo y Gurruchaga:

Ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal que la resolución apelada, que dispuso confirmar la resolución en la que el señor juez de grado resolvió desestimar la denuncia y ordenó el archivo de las actuaciones por inexistencia del delito –art. 195, segundo párrafo del CPPN – por sus efectos resulta equiparable a sentencia definitiva. Pues, no puede desconocerse que la decisión que desestima la denuncia por inexistencia de delito tiene el efecto de la cosa juzgada material respecto del imputado. En estas condiciones, la instancia recursiva promovida en autos es formalmente admisible (1).

Además de ello, se advierte que el recurrente ha citado concretamente las disposiciones que estima violadas o erróneamente aplicadas de conformidad el art. 463 y ha invocado cuestiones federales que habilitan la vía casatoria, al tiempo que hizo la reserva del caso (art. 456, 2º, CPPN).

Por lo tanto, corresponde conceder por esa vía el recurso de casación promovido (arts. 464 y 465 del CPPN).

Del voto disidente del Dr. Rudi.

El pronunciamiento cuestionado no se ajusta a ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 457 del CPPN. En efecto, la única consecuencia definitiva del “archivo” es precisamente no impedir la continuidad de las actuaciones, pues solo se mantiene con un carácter condicional, es decir subsiste mientras duran las circunstancias que determinaron la parada. A contrario, cuando por hipótesis cesaren las mismas por el surgimiento de nuevos elementos de juicio es perfectamente posible la reanudación de la investigación. Es decir: el archivo carece del alcance del cierre definitivo del proceso porque luce un carácter provisional siguiendo los principios de oportunidad e interés.

C.1775/11. **“Recurso de casación interpuesto por Roberto Mendive”**. Fecha: 13/10/2011.

CFSM. Sala II, Sec. 4, Reg: 5469

Firmantes: Dres. Criscuolo, Gurruchaga y Rudi (en disidencia).

Sec. Act. Dra. Pérez Cárrega.

J F Morón 2, Sec 7.

(1) CNCP, Sala IV, C. 9637, Reg. 11884.4, Rta. 10-06-2009, Sala III, C. 6446, Reg. 785/06, Rta. 12-07-06.

RECURSO DE CASACION. Improcedencia. PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME.

La garantía de la doble instancia se encuentra debidamente resguardada en el sub examen, por cuanto han recaído pronunciamientos concordantes por parte del juez instructor y esta Alzada, y al no advertirse la existencia de cuestión federal, descartado –como se señaló– un supuesto de arbitrariedad, no corresponde la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal, tal como lo estableciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación”, (1) cobrando relevancia en el caso, la circunstancia de pretender revisar, por esta vía, el contenido de una decisión que no fue objeto de impugnación originaria de su parte (ya que quien abrió la vía recursiva fue el señor Fiscal), ni de adhesión en la instancia con arreglo a lo normado en el art. 453 del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que, en definitiva, corresponde rechazar la impugnación deducida.

C. 1129/11. **“Recurso de Casación en C: 9808, Tigre Argentina SA: s/ Inf. Ley : 22.362”.**

Fecha: 20/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal I, Reg: 8856.

Firmantes; Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Campana, Sec. 3.

(1) CNCP, Sala I, C. 15076, “MEZA, Víctor Mario s/ recurso de casación”, Reg. 18461, del 7/9/11; misma Sala, C. 15.068, “ABAYAY, Stella Maris s/ recurso de casación”, Reg. 18.500, del 16/9/11; entre muchas.

RECURSO DE CASACION. Improcedencia. REBELDIA y CAPTURA.

La decisión que dispuso la rebeldía y captura importó habilitar la prosecución del proceso; por lo que no es sentencia definitiva ni tampoco equiparable a tal (*a contrario*, art. 457, CPPN).

C.1427/11. **“Estrada Bernabé Rosendo s/ 292 y 296 –recurso de casación”** Fecha: 20/09/2011

CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6139.

Firmantes: Dres. Gurruchaga y Rudi. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Passero.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

RECURSO DE CASACION. Improcedencia. REBELDIA. Decisión no equiparable a definitiva.

Analizada la impugnación a la luz de las prescripciones de los arts. 456 y 457 del CNCP, se advierte que no se cumple con ninguna de las exigencias para hacer viable su concesión. En principio cabe resaltar que no se trata de una decisión definitiva ni equiparable a ella.

En cuanto arguye que lo resuelto deviene de imposible reparación ulterior la CNCP ha expresado que el recurrente tiene a su mano, para soslayar eventualmente los efectos de la rebeldía, lo que dispone el art. 292 del ritual y la vía de la eximición de prisión, para inhibir la ejecución de la orden de captura (1).

C. 528/11”. **“Rec. De casación en C. Barrios, Claudio s/ encubrimiento”** Fecha: 05/08/2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5700

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Campana, Sec. 3.

Nota: La Defensa Oficial interpuso recurso de casación contra la resolución que confirmó la declaración de rebeldía y ordenó la captura del imputado. _

(1) C.13.565 – CNCP., Sala II- “Guzmán Alan s/ recurso de casación”.

RECURSO DE CASACION. Inadmisibilidad. Confirmación del PROCESAMIENTO que no es sentencia definitiva ni equiparable a ella.

La resolución impugnada que confirma el procesamiento de las imputadas implica mantener sometidos a proceso a los justiciables bajo una imputación en grado de probabilidad. Así, el decisorio no es por su naturaleza sentencia definitiva ni equiparable a tal por sus efectos (art. 457, CPPN “a contrario sensu”). (1)

C. 1864/11, ***Aguilar Risco, Johnny y otros s/ inf. Ley 11.723 y 22.362*** Fecha: 6/10/2011.
CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6177
Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo
Sec. Act. Passero.
J F San Martín 1, Sec 1.

Nota: Además, en el caso se aplicó el PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME, en tanto recayeron, en relación al PROCESAMIENTO de los imputados, pronunciamientos concordantes de dos instancias judiciales.

(1) CFSM, Sala II, Sec Penal 2, C. 5545, “Faggionato Márquez”, Rta. 9/9/10, Reg. 5727 y C. 5811 “Gerez”, Rta. 28/04/11, Reg. 5977; CNCP, Sala II, C. 13087 “Faggionato Márquez”, Rta. 24/11/10, Reg. 17.584.

RECURSO DE CASACION. Inadmisibilidad. EXCEPCION DE FALTA DE ACCION. Resolución que no constituye sentencia definitiva ni resulta equiparable a ella.

Ante todo, corresponde señalar que la decisión cuestionada (rechazo de la Exepción de Falta de Acción) no es una sentencia definitiva ni equiparable a tal y, en esencia, implica mantener vigente el trámite instructorio para determinar, si así correspondiere, una imputación criminal. Lo dicho, constituye razón suficiente para rechazar el planteo recursivo (art, 457, a contrario sensu, CPPN) (1).

C. 1763/11, ***“Inc. de excepción de falta de acción en relación a Segovia, Mario Robert; Ortega, Gisella Iratí y Moreno Antonia María- Rec. De casación”***. Fecha: 18/10/2011.
CFSM. Sala II, Sec. Penal 2, Reg: 6172
Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo
Sec. Act. Dr. Passero.
J F Campana, Sec 3.

Nota: El Tribunal dispuso confirmar la resolución apelada que rechazó la excepción de falta de acción promovida por la defensa; contra este pronunciamiento la defensa de los imputados interpuso recurso de casación. Además, en el caso se aplicó el PRINCIPIO DE DOBLE CONFORME, en tanto recayeron, en relación a la excepción planteada, pronunciamientos concordantes de la instancia de instrucción y de la de revisión, conforme reiterada jurisprudencia.

(1) CNCP, Sala II, 12.870, Rta. 17/11/10.

RECURSO DE CASACION. Procedencia. DESESTIMACION DE LA DENUNCIA (Art. 180, último párrafo CPPN).

Ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal que la resolución cuestionada, por sus efectos, resulta equiparable a sentencia definitiva. Pues, no puede desconocerse que la decisión que desestima la denuncia por inexistencia de delito tiene el efecto de la

cosa juzgada material respecto del imputado. En estas condiciones, la instancia recursiva promovida en autos es formalmente admisible (art. 457 del CPPN) (1).

Además de ello, se advierte que el recurrente ha citado las disposiciones que estima violadas o erróneamente aplicadas de conformidad el art. 463 y ha invocado cuestiones federales para habilitar la vía casatoria (art. 456, 2º, CPPN).

Por lo tanto, corresponde conceder al respecto el recurso de casación promovido (arts. 464 y 465 del CPPN).

C. 2073/11. **“Recurso de Casación interpuesto por: J.E. Novello”**. Fecha: 22/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec Penal 4, Reg: 5526

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec Act: Dr. Bruzoni

J F San Isidro 2, Sec 5.

(1) CNCP, Sala IV, C:9637, Reg.11884.4, Rta: 10-06-2009, Sala III, C.6446, Reg. 785/06, Rta.12-07-06.

RECURSO DE REPOSICION ante el tribunal de revisión. Improcedencia de su admisibilidad no mediando circunstancias extraordinarias reñidas con un adecuado servicio de justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido reiteradamente que las resoluciones del Tribunal no son susceptibles del recurso de revocatoria y que sólo corresponde apartarse de ese principio en circunstancias extraordinarias, cuando por mediar un error esencial en la apreciación de los antecedentes del caso, el mantenimiento de la situación conduciría a un resultado reñido con un adecuado servicio de justicia, que es deber de los jueces preservar (Fallos: 313:1461; D. 179. XXV, “Difoto, S.A. y otro c/cap. y/o ar., y/o Bq. Bandera argentina Mendoza s/ faltante y/o avería de carga transporte marítimo”, del 23/11/95; entre otros).

C. 1675/11. **Reposición interpuesto por el Def. Of. en C. Gauto, Miguel A**”.Fecha: 17/11/2011.

CFSM. Saña I, Sec. Penal 1, Reg. 8885

Firmantes: Dres. Culotta y Fossati. El Dr. Barral no suscribe por hallarse inhibido.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Morón 3, Sec 10.

RECUSACION por denuncia del encausado contra el magistrado interviniente, posterior al inicio de las actuaciones. Improcedencia.

La de que el juez haya sido denunciado por el encausado, según manifestara en su escrito de recusación, en modo alguno resulta ser una causal suficiente para, en este momento, proceder al apartamiento pretendido. De otra manera se caería en el absurdo de que el Juez natural pueda ser sustituido de acuerdo a la voluntad de las partes.

El Tribunal tiene dicho que este instituto tiene por objeto asegurar la garantía de imparcialidad inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que está dirigido a proteger el derecho de defensa del particular, pero con un alcance tal que no perturbe el adecuado funcionamiento de la jurisdicción (art. 18 y 75 inc. 22 de la CN., en función del art. 8º inc.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1).

Así tal como lo dijo el “a quo”, al tratarse de denuncias posteriores a la iniciación de la causa –las que se encuentran en pleno trámite, según se desprende del certificado actuarial, amén la desestimación cuya fotocopia obra agregada a la solicitud de recusación no habrá de tener favorable acogida por no enmarcar en ninguno de los supuestos previstos por el art. 55 del CPPN.

C. 1488/11. **“Incidente de Recusación defensa de: Adolfo L.”** Fecha: 2/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5693

Firmantes: Dres. Fossati y Barral. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec Act Dra. Oribe.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

(1) Inc. de recusación interpuesto por los Dres. Juan Carlos y Leandro Colela en C: 26.305 “Repsol Gas S.A. s/ dcia. inf. ley 22.362”, Reg. 5119, Rta. el 24/11/00.

RECUSACION. Improcedencia.

No resultan procedentes las recusaciones que se fundan en la intervención de los jueces de un tribunal en un anterior pronunciamiento propio de sus funciones legales, ya que su actuación importa juzgamiento y no prejuzgamiento, siendo, por ende, desestimable como causal de recusación la opinión vertida en resoluciones cuya dilucidación requirió el juicio en que se las dictó, ya que los supuestos de recusación no dan a las partes un instrumento eficaz para separar al juez interviniente del conocimiento de la causa cuando sus resoluciones no le sean favorables (1), tanto más si se atiende a que el pronunciamiento fue emitido en la oportunidad y dentro de los límites que le acordaba la ley adjetiva.

C. 2447/11. **“Inc. de Nulidad planteado por los Dres. Mariano Cúneo Libarona”**. Fecha: 14/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8915

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Campana, Sec. 3.

Nota: La recusación fue planteada por el Dr. Claudio José Caffarello, respecto de los integrantes de la Sala II del Tribunal, en razón de entender que al resolver en el incidente de falta de acción promovido por la parte, se formuló un anticipo concreto de cuál será su postura en el planteo de nulidad contra el requerimiento fiscal de instrucción rechazado por el señor juez a quo.

(1) CNCP, Sala III, C. “DEUSCH, Gustavo y NAPOLI, Antonio s/ recusación”, Reg. 479.06.3, y C. “JORDA, Juan Carlos s/ recusación”, Reg. 301.98.3, con cita de Fallos: 287:464, 298:689, 300:380, 301:117, 301:117, 305:1978, 306:2070 y 307:1313.

RECUSACION. Improcedencia. PREJUZGAMIENTO. Inexistencia.

Es ineludible advertir que no existe en el caso la causal invocada, toda vez que el magistrado se ha expedido en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. A lo ya reseñado por el a quo, sólo resta agregar que también la Cámara Nacional de Casación Penal señaló que no hay prejuzgamiento si el juicio emitido ha sido indispensable en la oportunidad procesal en que fue expresado y se ha mantenido dentro de los límites de la cuestión a resolver (1).

C. 722/11. **“Incidente de Recusación Dr. Germán Balaz”**. Fecha: 7/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5675

Firmantes: Dres. Fossati y Culotta. El Dr. Barral no suscribe por hallarse inhibido.

Sec Act Dra. Blanes.

J F Morón 2, Sec 6.

(1) CNCP Sala I, Reg.16581.1, C. 12690 “Loiácono Fernando Roberto s/recurso de casación” Rta. 17/09/10.

RECUSACION. Irrecurribilidad salvo situación de gravedad institucional. Taxatividad de las impugnaciones. RECURSO DE QUEJA Improcedencia.

El código de forma determina, por principio, el sistema de taxatividad de las impugnaciones, estableciendo en su artículo 432 que las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley.

En tal sentido, por disposición del texto legal (art. 61 del ordenamiento adjetivo), la resolución que recae en el trámite de recusación no es materia recurrible, salvo en el caso de mediar una situación de gravedad institucional, que no se advierte en el *sub examen* (1).

Así, el procedimiento que el ordenamiento procesal establece para el trámite y resolución de estas cuestiones, como la remisión que hace el artículo 71 del código de forma, donde se prevé expresamente la irrecurribilidad de la decisión cuestionada (art. 61 "*in fine*"), permiten sostener que no se admite la actividad recursiva ante una sentencia adversa.

En otro orden de cosas, en lo que respecta al carácter definitivo de la decisión en el que -en parte- reposa la queja, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que, por regla, no procede el recurso extraordinario respecto de lo resuelto sobre recusación de los jueces de la causa, atento al carácter procesal de la materia y la falta de sentencia definitiva que autorice la intervención del Alto Tribunal en ese estado de los procesos (2). A lo que merece agregarse que dichos límites no pueden ser superados mediante la invocación de arbitrariedad y de garantías constitucionales que se entiendan conculcadas; ni tampoco pueden ser obviados por la alegada existencia de un supuesto de gravedad institucional, máxime cuando en el estado actual del proceso no se advierte que la intervención de tribunales superiores pudiera tener otro alcance que el de satisfacer el interés de los recurrentes en apartar del caso a los magistrados respecto de los cuales no se demuestra que se encuentre afectada su imparcialidad.(3).

C.2570/11. "**Recurso de Queja interpuesto por el Dr. Ferreccio en C. Colony Park S.A**".

Fecha 14/12/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg. 8916

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Isidro, Sec 7.

Nota: La querrela interpuso queja con motivo de la decisión de la juez *a quo* que rechazó, por inadmisibile, el recurso de apelación deducido contra el auto que no hizo lugar la recusación planteada respecto de la señora Fiscal, Dra. Rita Ester Molina.

(1) Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación, análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, 2004, T. I, págs. 228 y 241.

(2) Fallos: 297:70; 298:411; 302:346; 302:1332; 303:220 y 385; 302:182; 305:2261; 306:189, entre muchos otros.

(3) Fallos: 305: 1745 y sus citas; en igual sentido, CNCP, Sala I, C. 367 "Suardi, Juan Carlos s/ Recurso de queja", Reg. 367, del 7/12/1994.

REGIMEN CARCELARIO. SALIDAS TRANSITORIAS (Art. 313 y 496 CPPN, y art. 166 Ley 24.660). Solicitud de asistir a la Primera Comunión de una hija. Improcedencia por no resultar el fundamento del pedido un deber moral de gravedad que justifique la autorización excepcional. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Interpretación de su alcance en relación al caso. MENORES.

Las autorizaciones para salidas del establecimiento penitenciario, con traslado y bajo debida custodia, obedecen a estrictas razones de humanidad, a fin de que el interno pueda cumplir con sus deberes morales en casos de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita, conforme lo prevén los arts. 313, 3er. párrafo y 496 del CPPN y el art. 166 de la ley 24.660, y art. 114 del Dto. 1136/97 .

En cuanto al enfoque dirigido por la asistencia técnica de Carlos Tomás Macedra, al abordar la cuestión desde el prisma del derecho y el interés superior de la niña, debe decirse que resulta entendible que los niños y su progenitor pretendan continuar el vínculo a pesar de las restricciones que el encierro de este último implica; y que esta situación conlleva y determina un razonable impacto emocional, tanto en el sujeto privado de su libertad como en el entorno familiar, principalmente los menores de edad, que son más vulnerables a comprender y adaptarse a este tipo de situaciones.

En este sentido repárese que si bien la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 9 que el estado debe velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y acepta que ese vínculo se mantenga sin que

ello implique que convivan en un mismo ámbito, también acuerda que esa separación puede ser el resultado de una medida adoptada por el estado como ser la detención o el encarcelamiento (art. 9, párrafo 4).

Por lo demás, de modo alguno puede sostenerse que lo aquí decidido conspire contra las previsiones contenidas en el artículo 168 de la ley 24.660, en cuanto a que se entorpezcan o dificulten las relaciones del interno con su familia, pues siempre debe tenerse como norte, para el otorgamiento de la dispensa del artículo 166 de la ley 24.660, la atención de deberes morales en casos de cierta gravedad, lo que no resulta equiparable al supuesto planteado en autos.

C. 2390/11. **“Inc. de visita familiar extramuros a favor de Macedra, Carlos”**. Fecha: 15/11/2011.
CFSM. Sala 1, Sec. Ad hoc, Reg: 8882
Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.
Sec. Act. Dr. Badorrey.
J F San Martín 2.

Nota: En el caso se peticionó una salida extramuros excepcional del procesado Carlos Tomás Macedra al domicilio donde reside su grupo familiar para que asistiese a un acto de carácter religioso de uno de sus hijos, dando como fundamento el artículo 168 de la ley 24.660 y la ley 26.061.

Ante la denegatoria del magistrado subrogante el defensor de oficio recurrió ante este Tribunal motivando el remedio en el entendimiento de que la naturaleza especial e irrepetible del acto –Primera Comunión- para una familia católica, convertía en irreparable la decisión del *a quo*.

Ancló su requerimiento en el artículo 168 de la ley de ejecución penal y en el superior interés del niño a partir del perjuicio que derivaba de la detención del padre y la imposibilidad de que el mismo presenciara la eucaristía.

REGIMEN PENAL CAMBIARIO. Variación vertiginosa de la normativa aplicable. PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. DOLO. Imposibilidad de afirmar con certeza la existencia de un obrar doloso.

Para las operaciones de compraventa internacional, durante el período comprendido entre el 27 de marzo de 1991 y el 5 de diciembre de 2001, estuvo vigente el Decreto 530/91 por el que se había dejado sin efecto la obligación de ingresar al país y negociar en el mercado interno el contravalor en divisas provenientes de la exportación.

Esa obligación fue establecida originalmente por el decreto 2581/64, se suspendió por el decreto 530/91, reestableciéndose con el decreto 1606/01 (5-12-01). Fueron entonces cuestiones de política económica las que impusieron en forma intermitente la obligación de negociar en el mercado interno lo obtenido como resultado de las exportaciones realizadas.

El 11 de enero de 2002 entró en vigencia la Comunicación “A” 3425 del BCRA, que reguló el Mercado Oficial y el Mercado Libre de Cambios y de cuyo texto se desprende la obligación de liquidar las divisas a través del Mercado Oficial de Cambios. Esa comunicación reguló el funcionamiento del citado Mercado Oficial en el que estaban autorizadas para operar todas las entidades financieras que participen regularmente en operaciones de comercio internacional con la intervención de sus corresponsales en el exterior; debían ser cursadas por ese Mercado, entre otras, las compras de cambio a clientes (valor FOB de las exportaciones de mercaderías), dentro de los plazos que establezca la Secretaría de Industria y Comercio. Mientras que en el capítulo B de esa misma comunicación se regula el funcionamiento del mercado Libre de Cambios.

Luego el 23 de enero de 2002 la comunicación “A” 3444 BCRA sustituyó con efecto al 11 de enero la “A” 3425, manteniendo la obligación de liquidar las divisas.

A menos de un mes del funcionamiento del Mercado Oficial de Cambios (8 de febrero de 2002) se introdujo una nueva modificación a través de la comunicación “A” 3471 BCRA, que resolvió que a partir del 11 de febrero operaba un Mercado Único y Libre de Cambios para todas las transacciones, es decir que se eliminaba el funcionamiento del Mercado

Oficial de Cambios. Como ésta no dejaba muy en claro cual iba a ser la operativa de comercio exterior en el mercado de divisas, al día siguiente (9 de febrero de 2002) se dictó la Comunicación "A" 3473 BCRA que estableció que los cobros de exportaciones de bienes y servicios deberían ser liquidados en el Mercado Único y Libre de Cambios; el producido de la liquidación debía ser acreditado a una cuenta corriente o en caja de ahorro en pesos en una entidad financiera y que los ingresos por cobros de exportaciones con vencimiento de liquidación operados hasta el 1-2-02 inclusive, deberían liquidarse al tipo de cambio del mercado aplicable a la fecha de ingreso para su vencimiento.

Finalmente, el 1° de marzo de 2002, el BCRA resolvió disponer la determinación del "tipo de cambio de referencia".

Como se advierte, más allá de las apreciaciones del recurrente acerca de que se trataba de una firma exportadora habitual, lo que varió en forma radical y vertiginosa fue la forma en que esas exportaciones debían ser liquidadas.

Si bien las conclusiones del Banco Central sobre los embarques cuestionados, pueden tener por acreditada una presunción iuris tantum en contra de la empresa y su presidente, ella se vio desvirtuada por la prueba incorporada por la parte. De allí se desprende que no puede afirmarse con certeza la existencia de un obrar doloso, cuando a pesar de la sucesión de disposiciones y de forma irregular se intentó formalizar las liquidaciones a través de la cuenta que poseían en el Banco Credicoop e incluso la operación realizada en la Casa de Cambio se efectuó cuando ya estaba operando el Mercado Único y Libre; de modo que se impone la aplicación del beneficio contemplado en el art. 3 del Código Procesal Penal.

C. 823/09. "**Bonseiro Miguel A s/ inf. Ley 19539**". 14/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8751

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F San Martín 2, Sec 6.

Nota: La fiscalía se agravió por entender que del análisis de las pruebas acumuladas en autos, debe concluirse la mendacidad de las alegaciones del encartado. Afirmó que las ventas de dólares que pretende hacer valer no se corresponden con la liquidación de divisas resultantes de las exportaciones observadas.

Asimismo, refirió que el argumento que deslizará en su descargo, respecto a que debido a los cambios de la normativa aplicable, creyó que estaba actuando correctamente, resulta falaz e intrascendente y que de haberse presentado la situación de confusión alegada, la misma era absolutamente vencible, y por lo tanto no excluye la culpabilidad del imputado.

En este sentido, resaltó la condición de exportadora habitual de la firma, sumado al asesoramiento que recibía a través de la entidad bancaria con la que operaba, lo que permite afirmar que, de haber existido el error era evitable.

SECRETO DE SUMARIO. Circunstancias excepcionales en las que cabe autorizar la vista del expediente con anterioridad a la indagatoria a fin de que el letrado pueda decidir sobre la aceptación del cargo.

Si bien esta Sala ya se expidió en casos anteriores del modo expuesto en primera instancia (1), ello no importa desoír situaciones excepcionales, con base en circunstancias diferenciadas, que permitan apartarse del principio general expuesto.

Al respecto, debe tenerse presente en esta causa el tiempo que ha transcurrido desde su inicio, así como las circunstancias por las que resulta necesario escuchar a Favre. Todo ello indica que no existe riesgo alguno, en el caso, de que la investigación se vea entorpecida por el hecho de acceder el Dr. Neville al contenido del expediente, previo a decidir sobre la aceptación del cargo conferido.

C. 1858/11 "**Hudson, Federico s/ art. 292 –imput. Favre, Julia**" Fecha: 17/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5812

Firmantes: Dres. Barral y Fossati. El Dr. Culotta no suscribe por hallarse inhibido.

Sec. Act. Dra. Oribe.

J F Tres de Febrero, Sec 3.

Nota: Llegaron las actuaciones al Tribunal por el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Jorge Neville, contra el auto que no hizo lugar a su pedido de tomar vista del expediente, hasta la recepción de la declaración indagatoria de la imputada que lo requiere como abogado.

(1) CFSM Sala I, Sec. Penal 1 C. 7640, "Expreso García S.A. s/ley 24.769", Reg. 6642, Rta. el 13-12-05, entre otras –con sumario en Base de Datos de Jurisprudencia.-.

SECUESTRO. Límite temporal (art. 238 CPPN).

El secuestro de elementos que autoriza la ley ritual en el art. 231, encuentra un límite temporal en el art. 238 del citado texto adjetivo, por cuanto tan pronto como éstos no sean necesarios para la recreación del suceso, se impone su devolución para no restringir sobremanera el derecho de uso y goce de los bienes a su legítimo titular.

C. 1472/11. "*Inc. De devolución de locomotora y coches de Ferrobaires y Ugofe*". Fecha: 17/08/2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5718

Firmantes: Dres. Barral, Fossati y Culotta.

Sec. Act. Dr. Ferraro.

J F San Martín 2, Sec 5.

TENTATIVA. Imposibilidad en los delitos de peligro abstracto. ESTUPEFACIENTES. Transporte.

En cuanto a la significación jurídica postulada por la defensa, ya se ha señalado que no sólo la alternatividad de los otros encuadramientos típicos de la ley 23.737 torna inaceptable la tentativa de transporte, sino que también al ser un delito de peligro abstracto, en principio, no es susceptible de ser cometido en grado de conato (1).

Es que por las características propias de los delitos de peligro abstracto, por regla, no admiten la forma tentada de ejecución, en los cuales los actos iniciales son ya consumativos; es decir, que la culminación del iter criminis surge inicialmente con la detección del acto exterior encaminado al destino ilegal de la droga. De ahí que no puede tener andamio la pretensión de la defensa.

C. 927/2011. "*Moreno Gustavo Horacio y otros s/ inf. Ley 23.737*". Fecha: 12/07/2011.

CFSM. Sala I, Sec Penal 1, Reg: 8746

Firmantes: Dres. Culotta y Fossati. El Dr. Barral no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Cassani.

J F Morón 3, Sec 9.

(1) CFSM, Sala de FERIA, C.8036, "OROZA ARAMAYO, Luis Augusto y otros s/ inf. ley 23.737", Reg. 7033, del 9/1/07; entre otros.

TIPICIDAD. Interpretación adecuada del plural contenido en la prescripción penal (Art. 33 inc. "c" Ley 20974).

El planteo de atipicidad propuesto por el recurrente, no habrá de tener andamio, al pretenderse incorporar presupuestos que el tipo no requiere, ya que en la figura penal cuestionada, encuadra la detentación de un solo documento, porque el uso del plural, como ocurre con otras figuras (por ejemplo en la tenencia de "armas"), alude a la indeterminación del número.

C. 1469/11. "*Barcia Diego Ezequiel s/ inf. Art. 292 del CP.*" Fecha: 14/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Penal 1, Reg: 8816

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. Cassani.

TRATA DE PERSONAS (Ley 26.364, art. 4, inc. a y b; art. 145 ter. CP). Explotación de dos niñas de nacionalidad paraguaya, menores, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso coactivo, aprovechamiento de situación de vulnerabilidad, concesión y recepción de pagos. Captación y traslado desde el exterior y en el país y acogida. PRUEBA. Valoración. SANA CRITICA. PROCESAMIENTO. PRISION PREVENTIVA. Confirmación. EMBARGO (\$ 500.000 –art. 45 CP., art. 306, 312 y 518 CPPN-). Confirmación. MENORES. ACORDADA 40/97 CFASM. Recomendación de su urgente cumplimiento.

Dadas las circunstancias fácticas del caso, el Tribunal considera que la prueba incorporada resulta suficiente para tener acreditado, en los términos del art. 306 del CPPN, el hecho ilícito investigado y la intervención en él de Héctor Omar Dos Santos, conforme la provisorio adscripción típica seleccionada por el magistrado de grado.

En efecto, se atribuye al causante haber intervenido, entre el 24 y el 26 de octubre de 2010, en la captación de M J B y M B.F [de 14 y 15 años de edad respectivamente, provenientes de la comunidad Guaraní Ñandeva 2da. Trinchera de Tte. Enciso, del Departamento de Boquerón Chaco Paraguayo], mediante engaño a sus familias para obtener su consentimiento y abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban; haber trasladado a dichas menores desde la República del Paraguay hacia este país, de modo irregular, y haberlas recibido y acogido en su vivienda sita en Malvinas Argentinas s/nro., del predio del ferrocarril de la localidad de Otamendi, Partido de Campana, con fines de explotación; contexto en el que las habría amenazado con armas de fuego y les habría practicado actos lesivos.

Asimismo, en el marco de dicha explotación, se le atribuye a Dos Santos haber llevado a M. B. F. desde el domicilio antes mencionado a la casa N° 45, manzana 26, del barrio de emergencia denominado “Villa N° 20” de Villa Lugano, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde habría permanecido en dicho estado hasta el 27 de julio de 2011, en que fue rescatada. De igual modo, se le imputa haber intervenido en la entrega de la menor M. J. B. a terceras personas, para que realizara tareas domésticas en la finca de la calle Lavarden N° 7124, Del Viso, Partido de Pilar, a cambio de dinero en beneficio propio; allí habría residido la menor entre marzo y julio de 2011.

Propugnan la imputación formulada: actuaciones glosadas de declaración testimonial de M. J. B. brindada en el marco de la IPP 14-02-004827-11 de la UFI n° 1 del distrito Pilar, Dpto. Judicial de San Isidro transcripciones de escuchas telefónicas actas de allanamientos e inspección ocular.

Asimismo, el matrimonio Dos Santos, en aras de captar a las menores, habría prometido a sus familias el pago de 300.000 guaraníes, además de vivienda, educación y alimentación para las niñas.

También se cuenta con la información aportada por la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, de la que se desprende que M J B y M B F tendrían estudios primarios incompletos y provendrían de familias de trabajadores rurales, cuyos ingresos económicos serían insuficientes para el sustento del grupo; habrían sido trasladadas desde la República del Paraguay hacia este país por Héctor Dos Santos [sin habérseles previamente aclarado cuál sería su remuneración ni a dónde irían], en cuyo domicilio habrían trabajado como empleadas de limpieza y niñeras durante extensas jornadas, todos los días de la semana, bajo numerosas agresiones físicas y amenazas; además habrían sufrido la privación de alimentos y la destrucción de sus pertenencias. Asimismo surge que las menores, al ser rescatadas, habrían manifestado tener más edad que la real [MBF 19 Y MJB 18] y que no se sabría si ello obedecía a desconocimiento o al aleccionamiento de terceros en tal sentido. A la par se informó que la edad, las características de personalidad y las variables culturales e idiosincrásicas de las menores, las colocaba en una situación de enorme vulnerabilidad, que se profundizaba por su condición de migrantes y las dificultades en el manejo del idioma castellano.

Además, dicho informe hizo saber que M J B podría haber sido víctima de explotación sexual, por cuanto habría manifestado: “Mirna me dejaba en una piecita, y a la Mariela también, y entraban hombres argentinos, y yo no quería”; aunque la joven habría negado la concreción del abuso. A ello se suma que luego habría sido llevada a trabajar a otro domicilio “por un aviso”, donde en definitiva fuera encontrada.

En cuanto a M F J, se puntualizó que fue trasladada desde el domicilio de Dos Santos a la casa de la madre de éste, quien también la maltrataba.

Sobre el evento, lucen los testimonios prestados en la causa por M J B y M B F respectivamente, de los que se desprende que, en el marco del ofrecimiento laboral realizado a ambas, se les habría informado que trabajarían en Asunción del Paraguay, no obstante lo cual habrían cruzado en barco hacia la Argentina, con Héctor Dos Santos y su esposa. Luego se habrían alojado en Campana, donde habrían sufrido diversos maltratos verbales y físicos proferidos indistintamente por aquéllos [golpes, quemaduras, amenazas con arma de fuego, intento de explotación sexual, privación de alimentos y corte del cabello contra su voluntad, que por tradición de su tribu llevaban largo hasta la cintura]. Igualmente habrían soportado la destrucción del aparato de telefonía celular provisto inicialmente para comunicarse con sus familias, la incineración de su ropa, documentación y elementos personales de valor sentimental.

Por otra parte, del relato de M J B surge que Héctor entendía el idioma guaraní. También que, de Otamendi, fue llevada a trabajar a otro domicilio y que no habría recibido dinero por sus tareas.

A su vez, del testimonio de Mariela se desprende que Héctor finalmente la trasladó junto con sus hijos a la casa de la madre de aquél, donde cuidaba a los niños y limpiaba, pero que dicha mujer no le pagaba, no la dejaba comunicarse con su familia, no la alimentaba y la golpeaba.

También declaró en autos S. C. Cardozo [vecina de la casa donde en primer momento permanecieron las menores M J B y M B F en Otamendi, Partido de Campana], quien testificó que conoció a las niñas con el cabello largo pero luego lo tenían corto como varón, que Mariela salía a las 5.00 a buscar agua a otra casa, con dos baldes de veinte litros cada uno, iba y venía toda la mañana, lavaba la ropa y limpiaba; que la vio sufrir mucho, no hablaba, le gritaban, no le daban de comer, la tenían desabrigada, con ropa rota y sin zapatos, mientras que la familia estaba bien vestida. Agregó que a M J B la sacaron rápido; que Mirna se fue y Héctor dijo que había tenido un accidente grave, luego de lo cual levantó todas sus cosas en una camioneta y se fue con M B F y sus hijos a Villa Lugano, a la casa de su madre.

En cuanto al traslado de M J B al domicilio de la localidad de Del Viso [donde fuera rescatada], de las declaraciones de Gómez, y otras constancias, se desprende que la joven habría sido ofrecida como personal doméstico y que los nombrados la habrían empleado por \$1400 mensuales, que no se le abonarían a ella sino a otra persona.

Al recibírsele declaración indagatoria a Héctor Omar Dos Santos, negó las imputaciones en su contra. Dijo que acompañó a su esposa [Mirna María González Ferreira] a Paraguay a buscar personal que cuidara sus hijos, que él no entendía el idioma guaraní y que todo el trato lo había hecho aquélla. Explicó que su señora ofreció en el diario a M J B para que trabajara con cama en cuidado de abuelos o niños. Señaló que cuando se interesó la familia Gómez, donde el señor era subcomisario y la mujer maestra, pensó que era un buen lugar donde la niña podía estar y trabajar en los quehaceres del hogar. Al respecto expresó "Qué mejor lugar que ese hogar". En cuanto a M B F, manifestó que trabajaba en su domicilio todos los días de 8.00 a 20.00.

Agregó que a M B F la cuidaban y le compraban ropa, que a M J B la tuvieron siempre bien presentable y que las alimentaban a las dos; que Marilyn, por su trabajo con la familia Gómez, cobrara \$1500 por mes, dinero que su señora debía llevar a Paraguay, pero que Gómez les debía cuatro meses; mientras que ellos pagarían una suma similar a los padres de Mariela. Al respecto dijo que la primera vez que su esposa fue a Paraguay para abonar el total adeudado quedó detenida.

Además, Dos Santos reconoció que las menores no tenían ningún contacto con sus progenitores. Adujo que de los trámites migratorios se ocupó su esposa, que tenían los documentos de las menores, pero faltaba el permiso de los padres para ingresar al país.

Así las cosas y las personas, si bien el encausado pretende desembarazarse del hecho ilícito enrostrado, lo cierto y concreto, a la luz de las pruebas acumuladas, es que tuvo activa intervención en él.

En tal sentido, los alegatos de la defensa, enderezados a señalar que Dos Santos obró sin dolo no encuentran asidero alguno; por el contrario el examen de las actuaciones revela, con la provisoriedad propia de esta etapa, que el nombrado actuó con conocimiento y voluntad realizadora de la conducta típica.

De igual modo resulta inaceptable el pretexto dirigido a ponderar el desconocimiento de Dos Santos en cuanto a la realización de una conducta prohibida. En primer lugar, atento a la totalidad de las maniobras que se le reprochan, cuya punición no podía desconocer. Además, dada la amplia y constante difusión que en los medios masivos de comunicación recibe la prevención y sanción de la trata de personas [máxime desde la publicación de la ley 26.364 (B.O.30/04/08)].

A ello se suma que la excusa del apelante, en cuanto a que su asistido no pensó que era delito traer a dos niñas hacia Argentina porque tenían el consentimiento de sus familias a tal efecto, se desvanece ante la versión contraria brindada por aquél en su indagatoria, donde dijo que “faltaba el permiso de los padres para ingresar al país”.

Por lo demás, los argumentos de la defensa en pos de sembrar un manto de duda sobre las declaraciones de las menores [en cuanto señala su torpeza, que ignoraban su edad exacta, su estado de shock, las variables de sus relatos (M B F negó intentos de abuso sexual, mientras que M J B sí los menciona), que tuvieron oportunidad de pedir ayuda y escapar y no lo hicieron], sana crítica mediante (art. 398, CPPN) y en atención a que los relatos de las víctimas fueron prestados con la asistencia de un equipo especializado del Departamento de Psicología del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, en cámara Gesell, que los consideró probablemente verosímiles [Cfme. actuaciones complementarias que corren por cuerda], no resultan procedentes.

Tampoco advierte el Tribunal circunstancias que resten valor probatorio a los testimonios de las jóvenes, ni se aprecian razones para poner en tela de juicio los informes emitidos por la Oficina de Rescate y Acompañamiento de las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, cuyo personal profesional se dedica a la materia *sub examine* y resulta, en principio, especialmente calificado para evaluar e informar sobre los hechos objeto de pesquisa. Además, la información aportada se compadece con el resto de la prueba reseñada.

Por otra parte, cabe poner de resalto que fue a raíz de los datos brindados por S. Cardozo, luego de que Dos Santos desalojara su casa [tras la detención de su esposa en Paraguay] que se localizó a M B F en Villa Lugano. El causante, por su parte, fue localizado *a posteriori* a raíz de una escucha directa de su teléfono celular. Todo lo cual denota indicio de fuga y conciencia de criminalidad.

En punto a la calificación legal del hecho traído a estudio y endilgado a Dos Santos, con la provisoriedad propia de esta etapa, se interpreta adecuada al caso la escogida por el magistrado de grado, prevista en el art. 145 ter, inciso 1, CP, conf. arts. 3 y 4, ley 26.364, en calidad de coautor (art. 45, CP).

Sobre la modalidad comisiva, cabe recordar que la ley 26.364, en su art. 3, establece: *Se entiende por trata de menores el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado –ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación. Existe trata de menores aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. A su vez, la ley invalida el asentimiento de la víctima menor.*

Lo expuesto, sin perjuicio del eventual concurso en orden a lo previsto por la ley 25.871.

En el caso, Dos Santos se habría presentado con su mujer e hijos en la comunidad indígena donde las menores vivían, en la República del Paraguay; así habría integrado la imagen familiar que generó confianza en sus respectivos progenitores acerca de las diversas promesas efectuadas en torno a su contratación como “niñeras” [vivienda en Asunción del Paraguay, alimentación, educación y dinero]. De tal modo, mediante engaño y con abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las familias de las niñas por sus carencias económicas, habría intervenido activamente en su *captación*. Luego habría *trasladado* a las menores hacia la República Argentina sin el consentimiento de sus padres, para lo cual habría cruzado con ellas la frontera, de modo irregular [no surgen trámites migratorios de las niñas] luego las habría *acogido* en su domicilio de la localidad de Otamendi, Partido de Campana, donde, alejadas de sus familias, con quienes ya no les

habría permitido tener contacto alguno, las habría maltratado física y emocionalmente. Todo ello con el fin de beneficio económico en orden a la *explotación*. Allí habría *mantenido* a M B F, hasta que fuera *ofrecida* y entregada como personal doméstico en una finca de Del Viso, en favor pecuniario propio; también habría *mantenido* bajo su órbita de *explotación* a Mariela, a quien finalmente habría *trasladado* a la casa de su madre en Villa Lugano, junto con sus hijos, donde habría permanecido en iguales condiciones de aprovechamiento.

Ello así, Dos Santos aparecería vinculado activamente a cada una de las fases comisivas previstas por la ley para el delito en estudio.

De este modo, los elementos de juicio reseñados, valorados en forma conjunta y a la luz de la sana crítica (art. 398, CPPN), permiten confirmar el procesamiento apelado.

También habrá de confirmarse la prisión preventiva recurrida, dictada respecto de Héctor Omar Dos Santos, por los argumentos que el Tribunal vierte en la fecha de confirmar la denegatoria de su excarcelación, en el incidente que correr por cuerda, al que, *brevitatis causae* cabe plena remisión.

En cuanto al embargo impuesto al nocente, se ajusta a los parámetros establecidos en el art. 518, primer párrafo, CPPN. Ello así, en función del grado de responsabilidad que en principio se le atribuye, y a fin de garantizar una eventual indemnización civil y cubrir el pago de las costas del proceso (art. 533 CPPN).

Por otra parte, se encomienda al señor magistrado de grado que en forma urgente complete el trámite previsto en la Acordada CFASM 40/97 **(1)**, en relación a los hijos menores de Héctor Omar Dos Santos.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el procesamiento de Héctor Omar Dos Santos en orden al delito previsto y reprimido en el art. 145 ter, inciso 1, CP, conf. arts. 3 y 4, ley 26.364, en calidad de coautor, el dictado de su prisión preventiva y el embargo ordenado sobre su dinero o bienes (art. 45, CP; art. 306, 312 518, 445, 449 y Cctes., CPPN), sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva pudiera resultar; con el señalamiento efectuado en los considerandos. Además, el juez instructor deberá comunicar lo resuelto a la Dirección Nacional de Migraciones y a la Unidad N° I Especializada en Trata de Personas y Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, del Ministerio Público de la República del Paraguay, con copia íntegra de la presente, a sus efectos.

C. 1727/11, "**Unidad Fiscal de Asistencia en Sec. Extorsivos y Trata de Personas s/ dcia.**"

Fecha: 29/09/2011.

CFSM. Sala II, Sec. 2, Reg. 6148

Firmantes: Dres. Rudi y Gurruchaga. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dr. De Guzmán.

J F Campana, Sec 2.

(1) Acordada CFASM 40/97

**ACORDADA N° 40.
AÑO 1997 .**

En San Martín, a los 13 días del mes de Junio de mil novecientos noventa y siete, reunidos con la Presidencia del Doctor Hugo Rodolfo Fossati, los señores jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Doctores; Jorge Eduardo Barral, Daniel Mario Rudi, Horacio Enrique Prack, Narciso Juan Lugones y Alberto Mansur.

VISTO:

Que la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, incorporada al artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional establece, en su artículo 3, punto 2, que "los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

Que el artículo 20, punto 1 de dicho cuerpo normativo establece que "los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

Que el artículo 4 ab initio de la mentada norma legal dispone que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención”.

Que el art. 33 de referida Convención establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger a los niños contra el uso ilícito de estupefacientes y para impedir que se utilice a éstos en su producción y tráfico.

Que se halla en trámite parlamentario un proyecto de ley mediante el cual se propone la modificación del art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación, a efectos de garantizar la protección jurídica de los menores e incapaces que se hallaran a exclusivo cargo de una persona privada de libertad; y

CONSIDERANDO:

Que la normativa vigente no contempla el caso del menor que pueda quedar en situación de desamparo jurídico con motivo de la detención de quienes ejercían sobre ellos las responsabilidades inherentes a la patria potestad, tutela o curatela; y sólo se ha comprobado la existencia de normas que tienen en cuenta al hijo de condenados a penas privativas de la libertad de más de tres años (art. 12 del C.P.), al menor en situación de riesgo o de abandono material o moral (art. 21 de la ley 10.903, art.10 de la ley 10.067 de la Provincia de Buenos Aires) , al menor víctima o imputado de delitos (art. 14 de la ley 10.903, art. 1 y 2 de la ley 22.278 y los artículos 11, inc. a, 35 y 36 de la ley 23.737 que contemplan un caso especial de victimización de menores contra los que no se dirigió la acción punible pero se ven afectados por ella).

Que, si bien el art. 234 inc. 3 ° y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevén un mecanismo de protección idóneo para los casos aludidos, no existiendo obligatoriedad para el Juez penal de tomar conocimiento de la situación en la que quedan los menores o incapaces que se hallaban a exclusivo cargo de personas detenidas a su disposición, tal normativa no resulta, en los hechos, suficiente para garantizar la debida protección de aquellos, en tanto no se aseguren mecanismos que obliguen a su activación;

Que, en general, la suerte inmediata de los menores o incapaces a cargo de personas detenidas es determinada por la autoridad de prevención en diligencias que suelen adoptarse de hecho y sin el necesario control jurisdiccional.

Que tales circunstancias suelen colocar al menor o incapaz en una situación de desprotección jurídica que debe ser, en lo posible, evitada mediante la generación de las responsabilidades pertinentes.

Que las normas sugeridas por la Prosecretaría de Menores reúnen las condiciones necesarias para la correcta instrumentación de la temática;

Por ello,

SE RESUELVE:

APROBAR el ANEXO de la presente, denominado: “Normas Básicas para asegurar la debida protección jurídica de menores o incapaces”.

Notifíquese y hágase saber.

Firmantes: Sres. Jueces: Dres: Horacio Enrique Prack; Narciso Juan Lugones; Daniel Mario Rudi; Alberto Mansur; Hugo Rodolfo Fossati; Jorge Alberto Barral . Dr. Alberto Dillon (Prosecretario de Cámara).

NORMAS BÁSICAS para asegurar la debida protección jurídica de menores e incapaces.

1º) Al proceder a la detención de una persona se deberán adoptar los recaudos necesarios para conocer si ella tiene a su exclusivo cargo menores incapaces. De ser así, sin perjuicio de imponer de ello posteriormente al juez competente remitiéndole las constancias del caso, el magistrado actuante dispondrá lo necesario sobre la guarda y adoptará las medidas urgentes que , de acuerdo a las circunstancias, resultan aconsejables para proteger el interés superior relativo al bienestar del menor o incapaz.

2º) La misma iniciativa deberán adoptar las autoridades de prevención cuando actúen en calidad de auxiliares de magistrados de la jurisdicción. En su caso, si el menor o incapaz quedara al cuidado de algún adulto conforme las circunstancias lo aconsejen, se dejará constancia de ello en actas en oportunidad del labrado de la que manda el art. 280 del C.P.P. que será refrendado por dicha persona y quien hubiera resultado privado de su libertad.

3º) La persona a cuyo cargo permanezca el menor o incapaz será impuesto de sus obligaciones por el juez, y, aceptada que sea la guarda, ratificado judicialmente en ella. Hasta tanto se efectivice la intervención del juez competente, se le brindará al guardador la orientación y asistencia necesarias a los fines de la tarea que ha asumido. El magistrado contará para ello con el auxilio del Cuerpo de Delegados Tutelares de esta alzada.

4º) El señor Prosecretario de Cámara a cargo de la Prosecretaría de Menores confeccionará un listado de instituciones destinados a la protección de menores y su contenido será puesto a disposición de los magistrados de la jurisdicción.

Firmantes: Dres.: Daniel Mario Rudi, Alberto Mansur, Hugo Fossati, Horacio Enrique Prack, Jorge Barral y Juan Lugones.

Corte Suprema de la Nación.

Buenos Aires, 23 de diciembre de 1997.
Expte. N° 10-23.467/97.

Hágase saber a la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín que el Tribunal ha tomado conocimiento y resuelto aprobar sin observaciones la acordada n° 40/97.

Firmantes: Nicolás Alfredo Reyes y Carlos Marazzi.

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO. TIPICIDAD. Alcance del encuadre típico. Conducta involucrada. Entrega del documento falso a otro para su eventual presentación o exhibición.

Debe tenerse por *prima facie* probado el uso de un documento cuando este es transmitido a quien, aun provisoriamente, va a utilizar el vehículo con la intención de ser presentado en caso de requerimiento de la documentación.

C. 2154/11. **“Noriega Lescano, Héctor Fabián s/ Inf. Art. 277 CP”** Fecha: 15/12/2011

CFSM. Sala I, Sec. Penal 3, Reg: 5834

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Blanes.

J F Tres de Febrero, Sec 2.

ABOGADO. MULTA. Improcedencia. DEFENSA EN JUICIO. Conducta del letrado que constituye un razonable ejercicio de defensa de los intereses de su asistido. PRUEBA DE TESTIGOS. Procedencia de que el testigo de respuesta al interrogatorio cruzado dando suficiente razón de sus dichos.

Es principio general que, la aplicación de sanciones debe interpretarse restrictivamente a fin de preservar la garantía de la defensa en juicio, por lo que, su

utilización se limita a circunstancias graves que configuren comportamientos procesales repudiados. Lo dicho al caso. El juez multa al abogado de la actora porque habría interrumpido al testigo en su declaración, en función de su pedido de “*suspensión de la audiencia*” hasta que sea resuelto por el juez [en ese momento ausente] el incidente de la demandada que se oponía a su repregunta. La cuestión fue decidida. Ahora bien, esa conducta del letrado de la accionante se presenta como un razonable ejercicio de la defensa de los intereses de su asistido en un sistema legal que autoriza a la parte contraria a la que ofreció al testigo a solicitar las preguntas que sean pertinentes aunque no tengan estricta relación con las indicadas por el proponente. Luego en esas concretas circunstancias no aparece configurada la hipótesis de interrupción, sino por el contrario, que la declaración del testigo incluya la respuesta al interrogatorio cruzado dando suficiente razón de sus dichos. Por lo tanto, corresponde revocar la multa impuesta al abogado [doct. arts. 442, 445, 446 y cc., CPCC; art. 18, Constitución Nacional].

Expte. 199/11. “**Astilleros Argentinos Río de La Plata (ASTARSA) c/ TAMSE s/ Ordinario**”.

Fecha: 11/08/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 250

Firmantes: Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 2, Sec 3.

ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA. Requisitos. TASA COMUNAL. Estado de incertidumbre que ha cesado aunque se mantiene en relación a períodos anteriores. CUESTION ABSTRACTA. Improcedencia.

En una rápida vista a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se observa que el sentido de “cuestión abstracta” es amplio y hasta con dirección extensiva, pues sostiene que donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia; o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible acordar una reparación efectiva, la causa debe ser considerada abstracta (1).

Es dable destacar que para la procedencia formal de la acción declarativa de certeza (art. 322 del CPCC), debe concurrir un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación o estado jurídico; no revestir el carácter simplemente consultivo, ni importar una indagación meramente especulativa y debe existir un interés jurídico suficiente de la accionante (2).

De las constancias de autos surge que las empresas Cican SA y Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. promovieron la presente acción declarativa contra el Fisco Nacional (Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Economía de la Nación), la Comisión Federal de Impuestos y la Municipalidad de General Rodríguez, para que se declare la inconstitucionalidad de las ordenanzas fiscales en lo que atañe a los derechos por tasa de inspección bromatológica y visado de certificados sanitarios, por ser violatorias de normas de raigambre constitucional y de leyes federales.

Asimismo, corresponde señalar que con posterioridad al inicio de las presentes actuaciones, la Municipalidad de General Rodríguez mediante la Ordenanza Municipal N° 3299/08 adhirió a la ley 13.850, que suspendió el cobro de la tasa a partir del año 2008. Sin embargo y teniendo en cuenta la fecha de inicio de las presentes, no surge a simple vista que haya cesado el estado de incertidumbre, respecto de los períodos anteriores a su dictado. En consecuencia, corresponde revocar la resolución recurrida, debiendo el magistrado de grado dictar un nuevo pronunciamiento sobre ese aspecto.

Expte.1622/11. “**CICAN S.A. y otra c/ Fisco Nacional y otros s/ Acción Declarativa-Medida cautelar**” Fecha: 11/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 337

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Camacho.

J F Mercedes, Sec 3

(1) Fallos: 307:1228; 322:2220; 329:4370.

(2) Fallos: 310:977; 310:2812, entre otros.

ASESOR DE MENORES. Intervención esencial y legítima bajo pena de nulidad. Subsanación.

Es dable destacar que conforme lo establece nuestro ordenamiento legal y lo ha resuelto la CSJN en reiterados fallos el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios que provean a su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto llevado a cabo sin su participación (arts. 59, 493 Y 494, Cód. Civil y 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) (1).

De las constancias de autos surge que el *iudex a-quo* omitió como paso previo correrle vista al Asesor de Menores, tal omisión le impidió tutelar los intereses de su representado desde el inicio de la causa, pero al notificarse del rechazo de la medida cautelar interpuso el recurso de apelación que se encuentra a estudio de esta sede. En consecuencia, siguiendo los principios de actualidad, progresividad, economía procesal e interés superior del niño, corresponde seguir con el trámite adelante.

Expte. 1540/11. **“Continanza, Sergio Ariel C/ OSDE S/ AMPARO – Inc. de Apelación.**

Fecha: 28/07/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 225

Firmantes: Dres. Rudi y Barral.

Sec. Act. Dra. Camacho

J F Campana, Sec 1

(1) Fallos, 330:4498; 333:1152.

ASTREINTES dejadas sin efecto en la instancia de grado. Procedencia. Naturaleza jurídica compulsiva y no indemnizatoria. Precisión del objeto nuclear de la acción. ACCION DE AMPARO. Ausencia de un derecho definitivamente incorporado al patrimonio del acreedor.

Las astreintes constituyen un medio coercitivo tendiente a que las partes cumplan los mandatos judiciales, destinado a vencer la resistencia de un deudor recalcitrante. Consisten en la imposición de una sanción pecuniaria compulsiva y progresiva que lo afecta en su patrimonio mientras no acate lo ordenado, mas presupone la existencia de una obligación de cumplimiento factible que el obligado no satisface deliberadamente. Son provisionales puesto que pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas y no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada ni por el de preclusión procesal. Ello así, puesto que su naturaleza jurídica es compulsiva y no indemnizatoria y tienen como finalidad vencer la resistencia del renuente mediante una presión psicológica que lo mueva a cumplir. De ahí que la ley no le otorga al acreedor de este tipo de sanciones un derecho definitivamente incorporado a su patrimonio [art. 666 bis, Código Civil; art. 37, CPCC] (1).

En el caso, el Ministerio de Salud de la Nación transfirió fondos a la Provincia de Buenos Aires para la atención del amparista en tanto afiliado al Programa Federal de Salud [Convenio entre el Ministerio de Salud de la Nación y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, aprobado por decreto bonaerense 880/04]. Por ello, y habiéndose ordenado el levantamiento del embargo al Ministerio de Salud de la Nación, y encontrándose firme porque el recurrente lo ha consentido, se entendió que correspondía dejar sin efecto las astreintes fijadas en su contra, por no ser deudor de la prestación reclamada [art. 499 y ccs., Cód. Civil].

Ello así puesto que las sanciones conminatorias requieren, para su aplicabilidad, que medie un mandato judicial incumplido o pendiente que se pretende hacer efectivo, y solo es pasible de ellas aquél que se obstina en su negativa a no cumplirlo, o se desatienda injustificadamente un mandato judicial (2).

En consecuencia de lo expuesto, y toda vez que [como ya se ha expresado en la resolución firme de este Tribunal], el objeto nuclear de esta acción no es el pago de multas, sino asegurar la efectiva entrega en tiempo y forma de los medicamentos indicados, se exhorta el cumplimiento de los recíprocos deberes de diligencia, esto es, que la autoridad provincial asegure sin demoras la provisión continuada y gratuita de esos medicamentos a través de la farmacia que corresponda, con entrega en el domicilio por tratarse de un aminorado motriz permanente, y que el actor presente las recetas o prescripciones médicas para el suministro de los mismos, de acuerdo a la normativa vigente y conforme los requerimientos del PROFE oportunamente notificados y conocidos

Ello en la clave suprallegal del “bienestar general” y a los fines de “proveer lo conducente para el desarrollo humano”, “promover acciones positivas en particular respecto de las personas con discapacidad” y del principio general de buena fe (3).

Expte. 1011/11. “**Cardozo, Mario I. c/ Profe s/ Amparo**”. Fecha: 07/07/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 210.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec Act Dra. Zabala.

J F San Martín 1, Sec 3.

Nota: Del legajo surge, por un lado, que el 29 de octubre de 2008 se dictó sentencia definitiva – aclarada el 14 de noviembre de 2008-, que hizo lugar a la acción de amparo entablada y ordenó asegurar la provisión continuada y gratuita de los medicamentos detallados a través del Programa Federal de Salud. Dichos pronunciamientos quedaron firmes. Además, que el 24 de febrero de 2011, este Tribunal declaró la improcedencia de embargar una cuenta al Ministerio de Salud de la Nación que transfirió los fondos del PROFE a la Provincia de Buenos Aires para la atención médico integral de los beneficiarios de pensiones no contributivas, afiliados al mismo que residen en dicha provincia. Esa resolución también quedó firme. Por fin, que el 18 de abril de 2011, el iudex a quo, haciendo mérito de la antedicha resolución y “sobre la base de un nuevo y detenido análisis de lo actuado en el caso”, decidió “dejar sin efecto las sanciones conminatorias fijadas en estos actuados y, en consecuencia, rechazar la pretensión de intimación y liquidación solicitadas por el amparista.

(1) Fallos, 325: 2701, 326: 3081; entre varios.

(2) Fallos, 322: 68, entre otros.

(3) Preámbulo, arts. 1, 14 bis, 33, 43, 75, 19) y 23), Const. Nacional y ccs.; art. 25, Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ley 26.378; arts. 1071, 1198, Cód. Civil; arts. 34, 5), 36, 1), 2) y 4); 163, 6), párr. 2, CPCC.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. Alcance. Procedencia de incluir en el beneficio la TASA DE JUSTICIA devengada con anterioridad a su solicitud.

El art. 84 del C. P. C. C. N. [sustituido por el art. 2 de la ley 25.488] establece que “*en todos los casos la concesión del beneficio tendrá **efectos retroactivos a la fecha de promoción de la demanda**, respecto de las costas o gastos judiciales no satisfechos*”. Norma que en función de lo prescripto por el art. 4 de la misma ley reformadora [n. 25.488] resulta **aplicable a todos los juicios**, aún los que se encontraren **pendientes** a la fecha de su entrada en vigencia.

En consecuencia, el recurso resulta procedente y se debe revocar este aspecto de la resolución recurrida [doct. art. 163, 6), CPCC], ya que corresponde incluir a la tasa de justicia en el beneficio de litigar sin gastos concedido.

Expte.198/11. “**Vela, Elba c/ Bellani, Néstor Marcelo y EFA s/ Beneficio de Litigar sin Gastos**”.

Fecha: 27/09/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 314

Firmantes: Dres. Rudi y Gurruchaga. El Dr. Criscuolo no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 2, Sec 2.

Nota: Llegaron los autos al Tribunal, por el recurso de apelación de la actora, contra la resolución por la que el iudex a quo al conceder el beneficio de litigar sin gastos excluyó a la tasa de justicia devengada con anterioridad a su solicitud.

(1) Fallos, 327:2669.

CODIGO DE DISCIPLINA DE LAS FUERZAS ARMADAS (Anexo IV ley 26.394). RECURSO DE APELACION. Sanción que afectaría la dignidad personal, la autoestima, el espíritu de cuerpo o el trabajo en equipo (Inc. 3, art. 4, Anexo IV). Improcedencia por no referirse la presentación en forma expresa a las prohibiciones invocadas.

De autos surge que el sancionado lo fue por la autoridad militar pertinente, por un acto inherente al servicio, con cinco (5) días de arresto. Contra dicha resolución interpuso recurso de reposición conforme lo establece el art. 29 -del anexo IV- de la ley 26.394 y habiendo sido rechazado, inició el presente recurso de revisión judicial el que fue desestimado.

De la normativa que rige la materia, ley 26.394, y en lo que hace al tema en estudio, es dable puntualizar que se consideran faltas leves todos los actos u omisiones que, vulnerando los deberes militares, conlleven un menoscabo a la disciplina militar que ponga en peligro el cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos de las fuerzas armadas, siempre que no constituyan una infracción más grave (art.9). Asimismo, éstas sólo podrán ser susceptibles de control judicial cuando se alegue expresamente la violación de las prohibiciones establecidas en el artículo 4° de la citada ley (art. 7).

Es dable recordar que el objeto expresado en la demanda debe ser idóneo y jurídicamente posible; debe hallarse debidamente precisado, lo que constituye una carga para el actor, a quien se le exige la exacta delimitación, cuantitativa y cualitativa del objeto de la pretensión.

En el caso, tal como con acierto lo señalara el *iudex a quo*, la presentación inicial no refirió en forma expresa a las prohibiciones que prescribe el art. 4 de la citada ley (anexo IV); por lo tanto la mera invocación de aquéllas, no llega a cubrir los requisitos que la ley exige para que la decisión administrativa sea revisada judicialmente (conf. art. 7). En consecuencia, corresponde rechazar los agravios expresados al respecto y confirmar la resolución recurrida.

Expte.1246/11. **“Muñoz, Bruno Alejandro s/ Revisión de sanción disciplinaria”**. Fecha: 16/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 258

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Camacho.

J F San Martín 1, Sec 1.

Nota: Vinieron los autos a conocimiento del Tribunal por el recurso de apelación, en subsidio, interpuesto por B. Muñoz contra la resolución por la que el *a quo* rechazó el recurso de revisión intentado por éste, contra la sanción que se le impusiera.

COMPETENCIA. CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RECURSO DE APELACION contra SENTENCIA de JUEZ FEDERAL (Leyes 24463 -art. 15- y 24655 -art. 3-) Improcedencia por recurso contra sentencia interlocutoria.

Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema: “la Cámara Federal de la Seguridad Social sólo actúa como tribunal de grado en los recursos de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados Federales de Primera Instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se inició conforme lo previsto en el art. 15 de la ley 24.463, modificado por el art. 3° de la ley 24.655” (1). Por tanto, atento a que el objeto de autos es ajeno a esos supuestos, de conformidad al principio de legalidad y lo resuelto por la Alzada de Seguridad Social, corresponde declarar la competencia de esta Cámara Federal de San Martín (2).

Expte. 1049/11. **“Palacios, Raúl Roberto c/ E.N.(Mrio. De Just., Seg. Y DDHH – Serv. Penit. Federal) s/ Medida”**. Fecha: 14/07/2011.

CFSM. Sala II, Sec Civil, Reg: 223
Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.
Sec. Act. Dra. Zabala.
J F San Martín 1, Sec. 3.

- (1) Fallos, 325: 3074; 327: 4860; 328: 1995.
(2) doct. Art. 18 ley 24.463; art. 31, Cont. Nacional.

COMPETENCIA en RECURSO DE APELACION contra decisiones de la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente en el interior del país.

En la especie la actora inicia la acción a fin de que se dejen sin efecto las Resoluciones 4676/06 y 4834/07 del Consejo de Administración de la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente.

Por un lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice que *“si bien la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente no se encuentra comprendida en los supuestos enumerados en el art. 2° de la ley 24.655, a falta de una norma que determine el tribunal con competencia para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones, habida cuenta de que ella administra un régimen de previsión de alcance nacional ... resultan de aplicación ... por analogía, los citados preceptos legales que atribuyen jurisdicción a los Juzgados de la Seguridad Social”* (1). Por otro lado, que *“de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 de la ley 24.463, la competencia atribuida al fuero federal de la Seguridad Social, en el interior del país recae en los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias”* (2).

Al fin, el sitio donde se realizaron las inspecciones y en que eventualmente debería cumplirse la obligación de retención, se encuentra en Los Polvorines [Escuela de Enfermería Florencia Nigthingale], es decir, en el ámbito de competencia en razón de la materia y territorio del Juzgado Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires. En consecuencia, el recurso resulta improcedente [doct. art. 163,6), CPCC].

Expte. 2423/11. **“Diócesis de San Miguel c/ Consejo de Adm. De la Caja Complementaria Previsión para la Actividad Docente s/ Ordinario”**. Fecha: 07/12/2011.
CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 416
Firmantes: Dres. Rudi y Criscuolo. El Dr. Gurruchaga no suscribe por hallarse en uso de licencia.
Sec. Act. Dra. García.
J F San Martín 1, Sec. 3

- (1) Dictamen del señor Procurador General en la causa “García, Inés Rosario c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ reintegro de aportes”, Competencia, N° 900. XXXII, del 14/10/97 y Fallos, 327:1859.
(2) Dictámenes de la señora Procuradora Fiscal en las causas “Establecimiento Educativo Instituto Modelo c/ Caja Complementaria de Previsión Social para la Actividad Docente s/ pretensión anulatoria”, Competencia, N° 736. XLIV, del 26/3/2009 e “Instituto San José c/ Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente s/ nulidad de acto administrativo”, Competencia, N° 792. XLVI, del 21/12/2010.

COMPETENCIA FEDERAL. Procedencia. OBRA SOCIAL.

Los amparistas inician la presente con el objeto de que la obra social demandada proceda a la cobertura del 100% de la prestación de Fertilización In Vitro con Técnica PGD (Diagnóstico Genético Preimplantacional), en el Instituto “Procrearte”, hasta lograr un embarazo y posterior nacimiento con vida de un hijo, así como su incorporación dentro de la cobertura y todo tratamiento de neonatalidad que en su caso requiera.

De modo que, en lo que atañe a la competencia “ratione materiae” se advierte que las pretensiones en litigio no sólo tienen sustento en la ley provincial 14.208 como señala el “a-quo”, sino también de modo directo e inmediato en el plexo jurídico federal. Ello por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, tales como las disposiciones del Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) y el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (art. 43 CN; ley 25.673 y su dec. reglamentario. 1282/03; Res. 201/02 del Ministerio de Salud y sus modif.)(1).

Así las cosas y atento a la omisión invocada por los amparistas de falta de cobertura de la prestación médica requerida por parte de la obra social accionada, también en razón de la materia corresponde que la justicia federal entienda en estas actuaciones (doct. arts. 116 CN; 1° y 4° -segundo párr.- de la ley 16.986).

En este orden de ideas, corresponde revocar el pronunciamiento recurrido, debiendo el Sr. Juez interviniente continuar entendiendo en autos, según su estado.

Expte. 1916/11 "**Mastrantonio, Sergio y otra c/ OSECAC s/ Amparo**" Fecha: 22/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 322

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F Mercedes, Sec 3.

(1) CFSM, Sala I, C. 375/09 del 07/04/09 y sus citas.

DECLARACION DE CAUSAHABIENTES. Inscripción. Procedencia previo cumplimiento de recaudos legales y fiscales. DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA. EFECTOS.

En la especie, la declaración de ausencia por desaparición forzada tiene efectos civiles análogos a los prescriptos por la ley 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento [cfr. art. 7, ley 24.321]. Y el art. 4 *bis* de la ley 24.411 [incorporado por el art. 4 de la ley 24.823] confiere a la declaración de los causahabientes de esa persona ausente efectos análogos a los del art. 700 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o sea, a la declaratoria de herederos. En consecuencia, por esa duplicada vía se deberá proveer en primera instancia lo que corresponda para que, previo cumplimiento de los recaudos legales y fiscales, se proceda a la inscripción de la declaración de causahabientes del ausente, sin perjuicio del derecho de terceros, respecto de las 1/16 avas partes del inmueble en cuestión [doct. arts. 1,2), regla 1, 3, 19, 21, Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas; art. 8,1), Convención americana sobre derechos humanos; arts. 18, regla primera, 24, regla última, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; arts. 34,5),e), 163,6), CPCC].

Expte. 2141/11. "**Estévez, Pablo s/ Solicita Declaración de Causahabientes de Don José María Estévez - incidente de apelación**". Fecha: 08/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 374

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 1, Sec. 1

Nota: Llegaron los autos al Tribunal por la apelación de la actora contra el auto de por el cual el *iudex a quo* no hizo lugar a la inscripción de la declaración de causahabientes respecto de las 1/16 avas partes del inmueble de co- titularidad del causante [art. 246, CPCC].

DERECHO A LA SALUD. AMPARO. MEDICINA PREPAGA. Cobertura de tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad (Técnica ICSI) para portador de HIV. Ley 14.208 de la Pcia de Buenos Aires que no resulta aplicable a una empresa que integra el Sistema Nacional de Seguro de Salud, no obstante la determinación de la demandada de brindar los beneficios que establece. Improcedencia por no reunir los reclamantes los requisitos exigidos por esa normativa (edad). Consideración de la sustentabilidad económica del sistema de salud.

En el "sub-examine" los amparistas iniciaron demanda contra la Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE) Binario, con el objeto de que se le ordene "la

cobertura total e integral de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (mediante técnica ICSI), la medicación que sea necesaria, como así también honorarios médicos y cualquier otro gasto que demande el tratamiento, hasta lograr embarazo”. No está controvertido el carácter de beneficiarios de esa empresa de medicina prepaga que ostentan los amparistas. Además, de las constancias de autos se desprende que la co-actora MFA, cuenta con 42 años de edad, presenta baja respuesta ovárica; mientras que el co-actor WMD, de 42 años de edad, padece oligoastenozoospermia y es portador de HIV. Por tales motivos, también por Serodiscordancia y Falla de inseminación se les indicó continuar con tratamiento de fertilización asistida mediante técnica ICSI (Inyección intracitoplasmática de un espermatozoide), a fin de que se produzca una gestación y de “reducir el riesgo de transmisión de VIH-1”.

Ha menester señalar que el derecho a la salud está reconocido por la Constitución Nacional (arts. 14, 14 bis y 33) y por los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN), tales como el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, inc. 1º) y el Pacto de San José de Costa Rica (art. 5º). Por lo tanto, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (1).

Esta Sala reiteradamente ha expresado –atendiendo a la definición de salud contenida en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS; <http://www.who.int.es>), que el derecho a la buena salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente (2). La doctrina ante el interrogante de si se puede considerar la esterilidad y la infertilidad como enfermedades, ha entendido que de conformidad a la definición que brinda la Organización Mundial de la Salud y “el calvario que, según los especialistas y los pacientes, atraviesan quienes padecen esterilidad o infertilidad, podemos arribar a la conclusión que quienes sufren este tipo de dolencias, ven afectado, su cuerpo, su psiquis y en la mayoría de los casos su alma” (3).

Sin perjuicio de lo expuesto, en las causas 119/09 –ya cit.- y 891/11 resuelta el 2/6/11 en la que se debatía una cuestión sustancialmente análoga a la presente, este Tribunal sostuvo que la empresa accionada –que en ambos casos resultó ser OSDE- integraba el Sistema Nacional de Seguro de Salud, por lo que se debía regir en lo atinente a las prestaciones que brindara por las leyes 23.660, 23.661 –arts. 2º, 25 y 27- y ley 24.754; las que al igual que el PMO y la ley que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable –25.673-, no le imponían a los agentes de salud la obligación de cubrir tratamientos de alta complejidad de fecundación asistida.

En cuanto a la reciente ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires -dec. reglamentario 2980/10 y su modif. dec. 564/11- en su art. 1º dispone que tiene por objetivo el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad y “la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la Organización Mundial de la Salud”. En el art. 6º establece que se incorporen dentro de las prestaciones de las obras sociales y de medicina prepaga “con actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires” la cobertura objeto de la normativa, acotándola a “las especificaciones que a tal efecto dicte la Autoridad de Aplicación”. La ambigüedad del precepto legal que sólo alude a la “actuación” sin especificación alguna, obliga -a fin de precisar el alcance de la norma- a detenerse en el debate parlamentario. Allí el Diputado Feliú hace referencia a la obligación de las obras sociales “que tienen radicación en la provincia de Buenos Aires” de incluir esa cobertura en sus planes médicos; y de que se pretendió con ello dotar a la provincia y a los afiliados a “las obras sociales de la misma” de una herramienta a tal efecto.

Corolario de lo expuesto, no resulta aplicable al caso la ley analizada en tanto la demandada pertenece al Sistema Nacional de Seguro de Salud.

No obstante ello, OSDE en casos similares manifestó su decisión de brindar a sus afiliados domiciliados en la Provincia de Buenos Aires, las prestaciones previstas en la ley 14.208 y en su decreto reglamentario 2980/10; empero la propia actora reconoció que no reunía los requisitos legales, en razón de que excedía la edad allí establecida –mujeres entre 30 y 40 años- para acceder al tratamiento de fertilización asistida (Confr. art. 4 del dec. reglamentario).

Así las cosas, ante la inexistencia de un marco normativo que regule la cobertura de tratamientos de fecundación asistida a nivel nacional, no se puede desde el poder judicial tomar la decisión de ampliar el alcance del Plan Médico Obligatorio (PMO), condenando a cumplir esa prestación, sin invadir esferas propias de otros poderes del Estado (4). La

jurisprudencia entiende que “solamente un marco legislativo es idóneo para contemplar todos los aspectos –jurídicos y éticos- que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos” (5). Más aun, al momento de decidir judicialmente respecto de la procedencia de prestaciones médicas por fuera de la cobertura de las obras sociales -o como en el caso de empresas de medicina prepaga-, debe evaluarse el riesgo cierto de poner en peligro la sustentabilidad económica del sistema de salud, puesto que con ello quedarían desamparados el universo de afiliados (6).

En efecto, es necesario tener en cuenta que el modelo prestacional debe responder al mejor nivel de calidad disponible para todos los afiliados (conf. art. 2° de la ley 23.661) y ello podría verse sustancialmente menoscabado de solventarse tratamientos de alta complejidad como el aquí requerido en razón de su elevado costo.

Por otra parte, en lo que respecta a la enfermedad de VIH que padece el co-actor WMD, si bien la ley 23.798, en sus arts. 1 a 4 declaró de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y estableció que se instrumenten las medidas tendientes a su prevención para evitar su propagación; resultando obligadas a ello también las obras sociales en virtud de la ley 24.455. Lo cierto es que del dictamen del Cuerpo Médico Forense se desprende que la técnica FIV-ICSI no elimina la posibilidad de su transmisión, pues se aclara que “la misión fundamental de esta técnica no es la desaparición del riesgo sino la reducción”. Tampoco la prestación solicitada está destinada al tratamiento de esa enfermedad, sino a tratar de sortear el impedimento que representa para la procreación natural sin riesgo de contagio, y entonces, la situación de los amparistas no puede distinguirse de las personas que padecen infertilidad (7).

En este orden de ideas y de acuerdo al marco legislativo vigente, cabe concluir –al igual que en las causas 119/09 y 891/11 de esta Sala, ya cit.- que la negativa de la demandada a brindar la prestación requerida por la parte actora, no resulta manifiestamente ilegal o arbitraria y por lo tanto no justifica la acción intentada.

En consecuencia, corresponde revocar el pronunciamiento en crisis desestimando la acción de amparo impetrada por la parte actora, con costas en ambas instancias por su orden atento las particularidades del caso y existencia de jurisprudencia diversa (arts. 14 y 17 de la ley 16.986, y 68, segundo párrafo del CPCC).

Expte. 1796/11. “**Anzola, María Fernanda c/ Osde s/ Amparo**”. Fecha: 13/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 20

Firmantes: Dres. Culotta y Barral. El Dr. Fossati no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J FSan Martín 1, Sec 3.

(1) Fallos: 321:1684; 323:3229, entre otros.

(2) C: 119/09 del 26/2/09.

(3) Webb, María Soledad, “El libre ejercicio del derecho a la reproducción”, LL 2008-B, 152.

(4) Fallos: 322:1017; 324:2801, entre otros.

(5) C Nac.Civ. y Com. Fed., Sala 1, C: 7957/08, Rta. el 30/10/08.

(6) Casabene, Sandra, “Amparo y prestaciones médicas de alto costo o complejidad: sustentabilidad del sistema vs. Derecho a la salud”, LL Gran Cuyo 2006 (julio), 761- DJ 6/9/06, 28.

(7) C. Nac. Civ. y Com., Sala I, C: 1922/09, “Colacelli, Luís Mariano y otro c/OSDE s/Amparo”, del 2/3/10.

DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA. MEDICINA PREPAGA. Provisión de medicación prescrita (“eculizumab”) que resulta la única alternativa para la paciente aunque no esté incluida en el PMO ni en la cobertura médica.

A primera vista, del legajo surgen acreditados los siguientes hechos esenciales y decisivos a saber. En primer lugar, que Wendy Melissa Mennitto, de 30 años de edad, es afiliada de Swiss Medical-Medicina Privada. En segundo lugar, que los informes de citometría de flujo de la Fundación para Combatir la Leucemia [Fundaleu] prueban **“la detección del clon HPN en monocitos, neutrófilos y eritrocitos”**. En tercer lugar, los resúmenes de la HC suscriptos por el médico tratante de la prestadora, Dr. Juan José Real [especialista en hematología], prueban que a la actora se le diagnosticó **“Hemoglobinuria Paroxística Nocturna** rara enfermedad en la cual las células de la sangre poseen una incapacidad para defenderse del complemento que se adhiere y produce la rotura de dichas células [...] con una sobrevida media de 12 años y una mortalidad de 30% en los primeros 5 años en relación a fenómenos trombóticos y falla renal. El tratamiento actual consiste en la utilización de un anticuerpo monoclonal llamado **eculizumab** el cual evita la hemólisis permanente y de esta manera se frenan todas las complicaciones que de esto depende”, aclarando que **“la paciente no cuenta con dador histocompatible para plantear la posibilidad de un trasplante futuro”**. En cuarto lugar, esta indicación terapéutica es avalada por el informe del hematólogo Dr. Andrés L. Brodsky del Hospital de Clínicas “José de San Martín”, de la Ciudad de Buenos Aires, quien agrega que un estudio reciente muestra que la sobrevida en pacientes con HPN es **“similar a la de personas normales”** y que **“ninguna modalidad terapéutica mostró hasta el advenimiento del eculizumab un resultado comparable, lo que refuerza la importancia de bloquear el complemento para evitar las complicaciones y la muerte en esta enfermedad”**, y que, el **“severo efecto adverso que la paciente experimentó como consecuencia de los corticoides recibidos [...] constituye una contraindicación para repetir dicho tratamiento, lo que reduce las opciones terapéuticas disponibles y, en este caso, hace más importante prevenir las complicaciones severas de la HPN mediante el tratamiento con eculizumab.”** En quinto lugar, se prueba que el médico tratante, Dr. Juan José Real, prescribió el 19 de mayo de 2011, catorce [14] ampollas de “Solaris 300 mg” [eculizumab], y otras quince [15] el 28 de junio de 2011 y, suscribió las respectivas **declaraciones juradas para gestionar la importación de especialidades medicinales de uso compasivo** [disposición ANMAT n. 840/1995 y resol. conj. n. 426/2001 y 942/2001 de los Ministerios de Economía y de Salud de la Nación]. Esa diligencia ante la autoridad de aplicación está incumplida a pesar que la misma parte reconoce que el trámite **“demora apenas unos 15 minutos”** [v. fs. 3/4, 39/40 y 195]. En sexto lugar, está demostrado que la actora tiene certificado de discapacidad [ley 22.431] por **“presencia de implante ortopédico articular coxartrosis primaria, bilateral”**. En séptimo lugar, se prueba la intimación a Swiss Medical S.A. para **“la cobertura al 100% y provisión de la medicación ‘ECULIZUMAB SOLIRIS’ para el tratamiento de [...] HEMOGLOBINURIA PAROXÍSTICA NOCTURNA (HPN)”**. Finalmente, la carta documento del 12/7/2011 prueba que Swiss Medical S.A. rechazó el requerimiento de la accionante porque dicho medicamento **no se encuentra comprendido en el PMO y está excluido de la cobertura en el reglamento general de contrataciones**.

Así las cosas y las personas, frente a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma, el derecho invocado por la peticionante aparecería como verosímil a primerísima vista, por lo que la medida solicitada sería el medio idóneo para su resguardo provisional a fin de evitar de un modo razonable el peligro de un perjuicio irreparable [doct. arts. 14 bis, 43, 75, 19) regla 1 y 22), Const. Nacional; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6,1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 25,1), Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 4,1), 5,1) y 25, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José); arts. I y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1, Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 1 y 2, ley 22.431; arts. 1, 2, 9, 38, ley 24.901; art. 1, ley 24.754; disposición ANMAT n. 840/1995 y resol. conjunta n. 426/2001 y n. 942/2001 de los Ministerios de Economía y de Salud de la Nación; arts. 34,4), arts. 163, 5), 230, 377, 386, CPCC; Fallos, 306:2060; 320:1633, entre varios]. Ello así, toda vez que, frente a las específicas indicaciones de los médicos especialistas, la recurrente acompañó al legajo consultas de internet del Grupo de Gestión, Efectividad Clínica e Información Sanitaria (GECIS) y del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), que si bien señalan que **“no está establecido aún si el tratamiento con Eculizumab aumenta la sobrevida de los pacientes con HPN”**, también indican que **“es efectivo para la reducción de la hemólisis mediada por complemento y mejora la calidad de vida [...] sumados a una disminución en los episodios de trombosis”** sin aportar ningún otro elemento de juicio que autorice al Tribunal a disponer una solución distinta, según la sana crítica. Con más razón cuando la propia

demandada reconoce que el Eculizumab **“se ha utilizado en pacientes con PNH con mejoría sintomática y reducción de hemólisis”**.

De todas maneras, la accionante reconoce que hasta ahora no tiene la autorización de la ANMAT para la importación del medicamento en cuestión, que según sus propias palabras será un trámite de 15 minutos, con independencia que tenga que repetirlo o no. De modo que rige el principio de diligencia y buena fe que le impone obrar con cuidado y previsión [doct. art. 1198, 1er. párr., Cód. Civil]. Ese faltante es relevante porque la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), en tanto autoridad de aplicación, es el perito con la expresa competencia en el *control y fiscalización* sobre la sanidad y calidad de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico, materiales y tecnología biomédicos y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana; en la *vigilancia* sobre la eficacia y la *detección* de los efectos adversos que resulten del consumo y utilización de esos productos, elementos y materiales, como también la referida a la presencia en los mismos de todo tipo de sustancia o residuos, orgánicos e inorgánicos, que puedan afectar la salud de la población; y en el *control* de las actividades, procesos y tecnologías que se realicen en función del aprovisionamiento, producción, elaboración, fraccionamiento, importación y/o exportación, depósito y comercialización de los productos, sustancias, elementos y materiales consumidos o utilizados en la medicina [doct. art. 3, inc. a), d) y e), decreto 1490/92]. Por tanto, es quien *debe autorizar las importaciones para consumo de medicamentos para uso compasivo que no se comercialicen en el país y que sean necesarios para el uso personal de pacientes con enfermedades que comprometan su vida, que evolucionen hacia la invalidez o que incapaciten o deterioren su calidad de vida*. Y además es requisito esencial para la eximición del pago de los derechos de importación y tasas por servicios portuarios, de estadística y comprobación para la autorización de la importación por la AFIP [doct. arts. 1 y 4, resol. conjunta n. 426/2001 y n. 942/2001 de los Ministerios de Economía y de Salud de la Nación; art. 1, disposición ANMAT n. 840/1995].

De este modo, encontrándose configurados en la especie los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora del art. 230 del código procesal, corresponde rechazar los agravios de la accionada y confirmar la medida cautelar bajo la condición al solicitante de realizar los trámites para la obtención de la autorización de la ANMAT para la importación para uso compasivo del medicamento en cuestión y de las franquicias y el permiso ante la AFIP [doct. resol. conjunta n. 426/2001 y n. 942/2001 de los Ministerios de Economía y de Salud de la Nación; disposición ANMAT n. 840/1995; Fallos, 319:1277; 320:1633; art. 163,6), CPCC].

Expte. 2011/11. **“Menito, Wendy Melissa c/ Swiss Medical SA s/ Sumarísimo-Incidente”**.

Fecha: 01/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 359

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín, Sec 3.

Nota: Vinieron los autos al Tribunal, por el recurso de apelación de la demandada, contra la resolución que hizo lugar a la medida cautelar peticionada por la actora (art. 498, CPCC).

El accionante peticionó medida cautelar innovativa a fin de que se ordene a Swiss Medical S.A. *entregar la medicación prescrita [Eculizumab]*, según las indicaciones del médico tratante y la documental médica acompañada, ante la negativa de la demandada de cumplir con la prestación requerida.

La recurrente dice que no está obligada a brindar la cobertura de la medicación solicitada por no encontrarse comprendida en el Programa Médico Obligatorio (PMO), ni en el plan médico asistencial contratado. Alega que el medicamento requerido no está aprobado ni se comercializa en el país, y que además, no está probada científicamente su eficacia, por lo que aduce la inexistencia de peligro en la demora y la falta de contracautela suficiente.

DERECHO A LA SALUD. Medicina Prepaga. Necesidad de tratamiento en una clínica que no es prestadora por cartilla. MEDIDA CAUTELAR. Procedencia. CONSTITUCION NACIONAL. DERECHOS HUMANOS. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPASIDAD. ASESOR DE MENORES.

En el caso, la cautela solicitada tiene por objeto que se ordene a la demandada *“otorgar la inmediata cobertura del módulo de rehabilitación integral intensivo -tres semanas-jornada simple, que incluya kinesiología, terapia ocupacional y fonoaudiología, así como la interconsulta con neuro ortopedista en el centro Educativo Terapéutico para Niños y Adolescentes -CETNA- (Fleni sede Escobar)”*, ello para *“diseñar el tratamiento más apropiado ... e instrumentar luego ese tratamiento en forma temprana e intensiva para evitar mayores complicaciones”*.

A primera vista, del legajo surgen acreditados los siguientes hechos esenciales y decisivos a saber. En primer lugar, que el menor -hijo de los amparistas-, de un año de edad, es afiliado de Docthos. En segundo lugar, el niño fue diagnosticado por su médico tratante [Dr., Mario E. L. Massaro, especialista en pediatría y neurología infantil y consultor de neuropediatría de FLENI] con *“ENCEFALOPATÍA CRÓNICA, de inicio infantil temprano y curso no evolutivo: PARÁLISIS CEREBRAL, tipo cuadriparética, forma espástica CIE 10: G 80.0), RETRASO GLOBAL DEL NEURODESARROLLO y EPILEPSIA CIE 10: G 40.4)*. En tercer lugar, está demostrado que al menor se le otorgó certificado de discapacidad [ley 22.431] por presentar *“retardo del desarrollo síndromes epilépticos generalizados”* y *“malformaciones congénitas del cuerpo calloso”*. En cuarto lugar, está acreditado que los amparistas requirieron a la accionada la sobredicha cobertura por carta documento del 1 de noviembre de 2011. Finalmente, la respuesta del 7 de noviembre de 2011, prueba que Swiss Medical S.A., rechazó los términos de la misiva porque *“la Clínica Fleni no resulta prestador de cartilla”*.

Así las cosas y las personas, frente a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma de las personas y *“del interés superior del niño”*, el derecho invocado por el peticionante aparecería como verosímil a primerísima vista, por lo que la medida solicitada sería el medio idóneo para su resguardo provisional a fin de evitar de un modo razonable el peligro de un perjuicio irreparable [doct. arts. 14 bis, 43, 75, 19) regla 1 y 22), Const. Nacional; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6,1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 25, 1) y 2), Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 4, 1), 5, 1) y 25, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José); arts. I y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 1), 23, 1), 2) y 3), 24, 1) y 2), b y c, 26, 2), 27, 1), Convención sobre los Derechos del Niño; art. 1, 2, 3, 8, 14, 27, 29, ley 26.061; art. 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 1 y 2, ley 22.431; arts. 1, 2, 9, ley 24.901; art. 1, ley 24.754; arts. 34, 4), arts. 163, 5), 230, 377, 386, CPCC; Fallos, 306:2060; 320:1633, entre varios; fs. 15 y 16].

De este modo, encontrándose configurados en la especie los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora del art. 230 del código procesal, corresponde hacer lugar al recurso del Asesor de Menores y otorgar la medida cautelar peticionada para una primera etapa de tratamiento que abarca 3 [tres] semanas, según prescripción del médico tratante; sin que ello importe anticipar opinión sobre la decisión final del asunto [doct. Fallos, 319:1277; 320:1633; art. 17, ley 16.986; arts. 163, 6) y 230, CPCC].

Expte. 2830/11. **“Recurso de Queja en autos: Bonavena, Leandro Antonio –Rep. de su hijo Benjamín- c/ Swiss Medical S.A. (Docthos) s/ Amparo”**. Fecha: 23/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 447

Firmantes: Dres. Gurruchaga y Criscuolo. El Dr. Rudi no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. García.

J F Campana, Sec ad hoc 3.

Nota: Llegaron las actuaciones al Tribunal por la queja del Asesor de Menores ante el Juzgado Federal de Campana por que el *iudex a quo* declaró desierto el recurso de apelación interpuesto y fundado contra la resolución que rechazó la medida cautelar solicitada por la actora.

DERECHO ELECTORAL. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. INTERPRETACION DE LA LEY orientada a que la voluntad expresada en el comicio no quede desvirtuada.

Anular una mesa electoral implica un acto jurídico de responsabilidad e importancia por su trascendencia, de allí que sólo debe admitirse ante irregularidades graves contrarias a la ley que atenten contra el normal desenvolvimiento del acto eleccionario. Ello así, pues se encuentra directamente en juego el ejercicio del derecho a elegir representantes, en el caso, del Claustro de Estudiantes a los Cuerpos Colegiados de la Universidad: HCS y Asamblea Universitaria (1).

El Reglamento Electoral de la UNLU dispone que las autoridades de mesa en presencia de los fiscales acreditados que asistan efectuarán el escrutinio de los votos emitidos dejando constancia en el acta respectiva y “reintegrando la urna lacrada conteniendo los votos y el acta a la Comisión Electoral” (Cap. VIII, art. 65). Mas no contempla expresamente el incumplimiento de lo allí dispuesto –ya sea por deficiencia o falta de las fajas- como causal de nulidad. En igual sentido, el Código Electoral Nacional aplicable por analogía, tampoco prevé específicamente tales supuestos entre las causales que justifican la anulación de la elección en una mesa (arts. 114 y 115).

Es doctrina del Alto Tribunal que en el entendimiento de una norma debe atenderse a los fines que la inspiran, y debe preferirse siempre la interpretación que los favorezca, en vez de la que los dificulte. Como principio las normas deben interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, la falta de previsión u omisión involuntaria del legislador. De ahí que cuando emplean ciertos términos y en determinados casos no hacen referencia a algún aspecto, la regla más segura para su entendimiento es que los términos no son superfluos sino que obedecen a un propósito, ya que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (2).

La normativa nacional electoral ha limitado taxativamente la posibilidad de que se declare la nulidad de una elección, a fin de impedir que esa voluntad expresada al momento del acto comicial no quede desvirtuada. El bien jurídicamente protegido en forma primaria es el voto, por lo tanto, si los electores cumplieron de buena fe su deber como tales, no deben ser sancionados con la anulación del sufragio, salvo que se demuestre que se ha torcido su expresión electoral (CNE 1067/91).

La jurisprudencia tiene dicho que “la sola existencia de deficiencias en las fajas de las urnas o la falta de tales fajas no puede dar lugar a declarar la nulidad de las mesas pues el Código Electoral Nacional no las contempla específicamente entre las causales de nulidad”. Ello, en tanto no existan fundadas dudas de que hubiera existido fraude o alteración de la voluntad de los sufragantes, quienes no son responsables de ese tipo de deficiencias formales (3).

Expte. 350/11. “**Recurso Directo en autos Rivero, Facundo y otro c/ Universidad Nacional de Lujan s/ Apela Res. HCS 593/10**”. Fecha: 30/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 282

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. B. Pérez

(1) Fallos: 330:4797, entre otros.

(2) Fallos: 299:167; 311:2751; 321:2453 y 331:866, entre muchos otros.

(3) Fallos CNE N° 2710/99; 3607/05.

DOMICILIO FISCAL. Efectos. NULIDAD de la notificación de la intimación de pago y citación a oponer excepciones. Improcedencia.

En la especie, se promovió ejecución fiscal contra Horacio Manuel Rodríguez Belardo, a quien la AFIP intimó de pago en el domicilio constituido en la calle **12 de octubre 84, de Vicente López, Provincia de Buenos Aires** [art. 3, ley 11.683]. Ahora bien, fue el propio recurrente quien denunció ese domicilio fiscal ante la actora al presentar el formulario de solicitud de alta de impuestos [declaración jurada F.600/D], el cual, como señaló el *a quo*, no

fue negado por el ejecutado, quien para pretender la consideración de un domicilio distinto debió comunicar su cambio [art. 3, párrafo 8vo., ley 11.683]. Al no hacerlo, **subsiste a todos los efectos legales el domicilio fiscal denunciado** [art. 9, Res. Gral. 2109/2006]. Por lo que ese domicilio, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, produce los efectos propios del constituido [art. 3, párrafo 10mo., ley 11.683] (1). Así, en el caso, al no encontrarse el ejecutado en el predicho lugar, el oficial de justicia procedió a notificar la intimación de pago y citación para oponer excepciones “*fijando en la puerta un duplicado de igual tenor al presente junto con las copias del traslado conferido*” [doct. art. 141, CPCC]. Diligencia que participa de la naturaleza propia de los instrumentos públicos y hace plena fe de la existencia material del acto, el que no fue oportunamente redargüido de falsedad [doct. art. 993, Cód. Civil; art. 395, CPCC] (2). Así las cosas, este tramo del recurso, referido a la nulidad de la ejecución basada en la invalidez de la intimación de pago, resulta improcedente [doct. art. 163, 6), CPCC].

Expte. 2462/11. “**Fisco Nacional – AFIP c/ Rodríguez Belardo, Horacio Manuel s/ Ejecución Fiscal**”. Fecha: 01/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 410.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 1, Sec 4.

(1) Fallos, 289:89.

(2) CFSM Sala II C. 2622/07, Reg. 512/08, del 10/6/2008.

EXCEPCION DE LITISPENDENCIA. Improcedencia fundada en la diferencia de objeto y eventuales efectos de los pleitos.

La excepción de litispendencia en los procesos ejecutivos no permite su admisibilidad si se funda en la existencia de otro juicio ordinario, puesto que el objeto que se persigue y los efectos de la sentencia a dictarse en cada uno de los pleitos difiere (1). Por lo tanto y teniendo en cuenta que el pedido se basa en que la demandada inició un juicio ordinario anterior y no dándose en autos los requisitos para su acumulación, corresponde desestimar los agravios expresados al respecto y, en consecuencia, confirmar el rechazo de dicha excepción.

Expte. 1333/11 “**Caja Comp. de Prev. para la Act. Docente c/ Centro Cultural Italiano Asoc. Civil s/ Ejecución Fiscal**”. Fecha: 30/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 281.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Camacho.

J F San Martín 1, Sec 2.

(1) Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., C. 33.753, Rta.09/09/10

HABILITACION DE LA INSTANCIA en el marco de una demanda de Empleo Público. Procedencia. Prevalencia de la garantía de acceso a la Justicia.

Liminarmente, corresponde señalar que la habilitación de instancia constituye una decisión del juez ante quien se presenta una demanda, en la que establece si el demandante ha satisfecho los presupuestos procesales requeridos por la ley para declarar admisible la acción contencioso administrativa. Para ello, por estar en juego el acceso a la justicia, que es la máxima garantía que brinda el estado de derecho, se debe obrar con extremada prudencia en cuanto concierne a la admisibilidad o rechazo de las acciones dirigidas a cuestionar los actos de la administración.

De este modo, ante las particulares y excepcionales circunstancias del caso, en el que el accionante pretende el pago de una “indemnización por daños” [comprensiva del “daño moral” y del “daño material”, específicamente “lucro cesante” vinculada al cese de la relación de empleo público -sin solicitar su reincorporación-, y en el que es clara la voluntad de la autoridad universitaria en cuanto a la conclusión de esa relación laboral después de sucesivas renovaciones durante años de su designación interina resultaría prima facie un exceso ritual, en atención al informalismo previsto en la ley de procedimientos

administrativos y al principio rector en la materia *in dubio pro actione*, el requerimiento de exigencias formales no esenciales para que el administrado siga y agote de manera ineludible y rigurosa el procedimiento administrativo (1). Máxime, cuando desde la última notificación al actor y la presentación de demanda, no ha operado el plazo de caducidad previsto por el art. 25 de la ley 19.549.

Por esta razón, y a fin de resguardar la garantía de la defensa en juicio de los derechos, corresponde tener por habilitada la instancia judicial puesto que una solución contraria impediría de manera efectiva la posibilidad del actor de acceder a la justicia [art. 18, CN]. Por tanto, el recurso es improcedente y se debe confirmar la resolución apelada [art. 163,6), CPCC].

Expte. 1158/11. “**Salmena, Jorge N. c/ Universidad de La Matanza s/ Ordinario**”. Fecha: 12/07/2011.

CFASM. Sala II, Sec Civil, Reg: 217

Firmantes: Dres. Criscuolo, Gurruchaga y Rudi.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 2, Sec 3.

(1) Arts. 1,c), 23, a), LNPA 19.549; arts. 84, 88, 89, 94, ccs., decreto 1759/1972 t.o. decreto 1883/1991.

Nota: Trátase del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución, por la cual el iudex a quo rechazó el planteo de falta de habilitación de instancia, con costas a la vencida.

En la especie, el actor promueve demanda de empleo público, por despido incausado, contra la Universidad Nacional de La Matanza, en la que denuncia haber estado en relación de dependencia desde el 1° de abril de 1991 hasta el distracto laboral ocurrido el 31 de diciembre de 2008, oportunidad en que la institución educativa dio por finalizada su designación como “docente interino”. Motivo por el cual, reclama en concepto de indemnización la suma de \$ 200.000.-, con más intereses y costas. A tal fin, entiende que se encuentra expedita la vía judicial.

HABILITACION DE LA INSTANCIA. PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE. Exceso ritual en el requerimiento al administrado de recaudos formales no esenciales. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (art. 16 C.N.) DEFENSA EN JUICIO.

Corresponde señalar que la habilitación de instancia constituye una decisión del juez ante quien se presenta una demanda en la que establece si el demandante ha satisfecho los presupuestos procesales requeridos por la ley para declarar admisible la acción contencioso administrativa. Para ello, por estar en juego el acceso a la justicia, que es la máxima garantía que brinda el estado de derecho, se debe obrar con extremada prudencia en cuanto concierne a la admisibilidad o rechazo de las acciones dirigidas a cuestionar los actos de la administración.

De este modo, ante las particulares y excepcionales circunstancias del caso, en el que la accionante pretende el pago de las facturas n. 0001-00000489 [16/8/07], n. 0001-00000490 [6/9/07] y n. 0001-00000492 [11/10/07], por las obras realizadas en referencia a las órdenes de compra n. 556/06 y n. 344/07 y en el que es clara la voluntad de la autoridad universitaria que resolvió el contrato celebrado con la firma COCIVIAL S.A. por incumplimiento de las antedichas órdenes de compra, resultaría *prima facie* un exceso ritual, en atención al informalismo previsto en la ley de procedimientos administrativos y al principio rector en la materia *in dubio pro actione*, el requerimiento de exigencias formales no esenciales para que el administrado siga y agote de manera ineludible y rigurosa el procedimiento administrativo [doct. arts. 1,c), 23,a), LNPA 19.549; arts. 84, 88, 89, 94, ccs., decreto 1759/1972 (t.o. decreto 1883/1991)]. Máxime, cuando entre el **10 de abril de 2008** notificación al actor, y el **24 de julio de 2008** (presentación de demanda), no ha operado el plazo de caducidad previsto por el art. 25 de la ley 19.549.

Con más razón si se tiene en cuenta que la excepcionante habilitó la instancia al contrademandar a la firma COCIVIAL S.A. por los daños y perjuicios derivados del supuesto incumplimiento de sus obligaciones. Porque no puede pretender someter a decisión judicial la conducta de la excepcionada y excluir la propia cuando ambas reconocen su causa-fuente en la misma relación contractual [órdenes de compra n. 556/06 y n. 344/07 (Licitación Pública n. 13/06, Expte. n. 1083/06)]. Por lo que, la inhabilitación de la instancia, con la consiguiente posibilidad de la Universidad de demandar sin ser demandada, haría ostensible una inaceptable desigualdad entre las partes [doct. art. 16, Constitución Nacional; art. 499, Cód. Civil].

Por tanto, y a fin de resguardar la garantía de la defensa en juicio de los derechos, corresponde tener por habilitada la instancia judicial puesto que una solución contraria impediría de manera efectiva la posibilidad de la actora de acceder a la justicia [doct. art. 18, Constitución Nacional]

Expte. 1246/11. **“COCIVIAL S.A. c/ Universidad Nacional de la Matanza s/ Ordinario–Medida Cautelar”**. Fecha: 30/08/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 274.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín2, Sec. 3.

Nota: Llegaron las presentes actuaciones al Tribunal por la apelación de la demandada contra la resolución, por la cual el *a quo* rechazó el planteo de falta de habilitación de instancia, con costas a la vencida.

En la especie, la actora demanda a la Universidad Nacional de La Matanza por el cobro de \$ 54.547,52 por trabajos realizados [de carpintería y herrería] en el área de la piscina cubierta, con más intereses y costas. Aclara que a partir de **septiembre de 2007**, frente a los retrasos en los pagos, presentó notas y envió cartas documento reclamando las facturas impagas. Por su parte, la demandada opuso excepción de falta de habilitación de la acción con fundamento en que la Disposición SAD n. 82/2008, del **3 de abril de 2008**, que declaró resuelto el contrato oportunamente convenido, no fue recurrida en sede administrativa, por lo que habría quedado firme y consentida, con la imposibilidad de ulterior revisión judicial.

HONORARIOS. Base regulatoria. Causa cuyo objeto no es de inmediato contenido económico sino de un -hasta entonces- incierto derecho superlegal. Porcentaje art. 14 Ley Pcial 6.716.

Con respecto a la valoración de la base regulatoria cabe señalar que, del estudio de las presentes actuaciones se desprende que el objeto de la pretensión del amparista fue obtener la total cobertura del costo de los honorarios de la terapia cognitiva conductual prescriptas como imprescindible por los profesionales médicos para el desarrollo de su hijo, como así también el transporte del menor a la institución educativa y a las respectivas terapias, conforme lo ya resuelto por el juez de grado en la sentencia del 3/05/10, confirmada por esta Sala II con fecha 7/06/10 [art. 12, ley 16.986].

Partiendo de esa premisa, el objeto de ese pronunciamiento no es de inmediato contenido económico, sino la decisión de un derecho superlegal que hasta entonces permanecía desconocido o incierto [doct. art. 43, Const. Nacional].

De ese modo, cabe deducir, que corresponde regular los honorarios desde el mínimo del art. 36 de la ley arancelaria sumando los índices del art. 6, incs. b) y c) del citado cuerpo (1).

Ello así teniendo en cuenta la sobredicha naturaleza del asunto, la labor profesional desarrollada en la sustanciación del recurso resuelto y en atención al resultado alcanzado, corresponde fechar los honorarios de la letrada patrocinante del actor, Dra. A. Santillan, en la suma de PESOS UN MIL DOSIENTOS (\$ 1.200), y del letrado apoderado de la demandada, Dr. H. Illa, en la suma de PESOS UN MIL (\$ 1.000), a los que se les deberá adicionar el porcentaje a cargo de la condena en costas, fijado por el art. 14 de la ley provincial 6.716 y sus modificatorias, conforme ley 23.987 – ley 21.839, arts. 6, 7, 9, 14, 36, ccs. y modificatorias ley 24.432.-.

Expte. 734/11. **“Lettari, Mariano Gabriel c/ O.S.E.C.A.C. s/ Amparo”**. Fecha: 22/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg. 395.

Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo.

Sec. Act. Dra. García.
J F San Martín 1, Sec 3

(1) CFSM, esta Sala II, C: 270/10, Rta. el 16/3/10, Reg. 37/10; C: 320/08, Rta. 15/02/11, Reg. 16/11; C: 2497/07, Rta. 10/03/11, Reg. 37/11; C: 772/11, Rta. 16/08/11, Reg. 257/11, entre muchas.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA. Ganancia inexistente. CONSTITUCION NACIONAL. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD DE LA LEY. INCONSTITUCIONALIDAD del Título V de la Ley 25.063 ante la probada inexistencia de ganancias en el ejercicio.

A partir de lo decidido en autos por el Alto Tribunal se impone resolver en el sentido indicado, atendiendo a que en el caso “Hermitage”, confirmó lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en cuanto declaró – respecto de la accionante- la inconstitucionalidad del Título V (art. 6°) de la ley 25.063, norma esta última que estableció el impuesto a la ganancia mínima presunta.

Para así decidir, el cimero Tribunal destacó que –de acuerdo con la normativa en cuestión- la obligación tributaria en cabeza de la actora quedaba sujeta a la presunción de una ganancia mínima, la cual se basaba en la existencia de ciertos bienes que integraban el activo de determinados sujetos. Asimismo, refirió que -si bien en materia tributaria puede utilizarse la técnica de las presunciones- su uso debe limitarse a los supuestos donde concurren circunstancias especialísimas que así lo justifiquen. De igual modo, entendió que el legislador había supuesto que la actividad comercial desplegada por los sujetos pasivos obtendría como mínimo una renta equivalente al 1% del valor de sus activos, no permitiendo demostrar mediante prueba en contrario que no se ha alcanzado la ganancia que la ley presume. Que este supuesto quedaba evidenciado mediante la comprobación fehaciente de que la renta presumida por la norma, lisa y llanamente, no había existido. Entonces, el más Alto Tribunal, basándose en los elementos probatorios arrojados a los autos, halló configurada la situación referida y concluyó que “el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley”, razón por la cual, declaró constitucionalmente inválida la normativa impugnada.

Ahora bien, en el caso *sub examine* la accionante denunció hecho nuevo y acompañó documental acreditando mediante informe de auditores, que sus estados contables -correspondientes a los años 1998 y 1999- arrojaron resultados negativos.

Dicho informe, rubricado por profesionales especializados, no ha podido ser desvirtuado por la accionada, que se limitó a formular un mero desconocimiento genérico sin rebatir –de manera específica y con el suministro de la prueba pertinente- ninguna de sus conclusiones, lo que mantiene incólume su valor probatorio en este proceso, según las reglas de la sana crítica.

En virtud de lo manifestado precedentemente, tengo por acreditada la circunstancia de que los balances generales de la accionante –años 1998 y 1999- arrojaron pérdidas y, en consecuencia, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema, considero que el pronunciamiento en crisis debe ser confirmado.

Expte. 1959/11. “**Tren de la Costa c/ Estado Nacional s/ Acción meramente declarativa**”.

Fecha: 20/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 22.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F San Martín 2, Sec 3.

Nota 1: La CSJN, declaró procedente el recurso extraordinario deducido por la parte actora y revocó la sentencia dictada por la Sala II de este Tribunal, con costas en el orden causado, ordenando el

dictado de un nuevo fallo con arreglo al precedente "Hermitage S.A." (Fallos: 333:993), que consideró aplicable a las cuestiones aquí planteadas.

Nota 2: Por su vinculación con el presente, ver sumarios : Civ. 34711, Sala II, Reg: 29 del 26-04-11, Boletín Jurisprudencia CFMSM Primer Semestre 2011, Pág. 110/113 y Civ.15111, Sala I, Reg: 44 del 15-03-11, Boletín Jurisprudencia CFMSM, Primer Semestre 2011, Pág: 121.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. EXENCION DE GRAVAMEN. Ley 20.628, art. 20, inc. f. Improcedencia. INTERPRETACION DE LA LEY Sujetos y actividades comprendidos. PRINCIPIO DE REALIDAD ECONOMICA Y TRIBUTARIA. SANA CRITICA JUDICIAL.

Con relación a las exenciones impositivas, la jurisprudencia del Alto Tribunal mantuvo singular similitud de criterio con el correr del tiempo salvo algunos matices, pues subyace la idea de que las normas que crean privilegios deben ser interpretadas restrictivamente para evitar que las situaciones excepcionales se conviertan en regla general (1).

En línea a ese razonamiento, también ha entendido que las normas que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben por fuerza entenderse con el alcance más restringido que el texto admita, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias puedan resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (2).

De allí que también afirmó que fuera de los supuestos recién enunciados, corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas (3), la que ha de efectuarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan, ya que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (4) .

De tal modo dichos lineamientos deben guiar el análisis de la norma fiscal con miras a determinar el propósito del legislador al establecer el beneficio en cuestión.

El inciso f) del art. 20 de la ley 20.628 requiere las siguientes condiciones: a) que se trate de un ente cuyo objeto social sea el desarrollo de actividades de asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, educación, instrucción, científicas, literarias, artísticas, gremiales, cultura física o intelectual; b) que el ente responda al tipo asociativo enunciado en la ley de "asociaciones, fundaciones o entidades civiles de asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, etc."; c) que se verifique que las ganancias y el patrimonio se destinen a los fines de su creación y que en ningún caso se distribuyan entre los socios, incluso al momento de su disolución; d) no deben obtener ingresos por juegos de azar, espectáculos públicos, carreras de caballos y actividades similares; e) no desarrollen actividades industriales o comerciales (5).

Con relación a la normativa hasta aquí reseñada, la doctrina ha señalado que al gestionar la exención tributaria, el solicitante debe acreditar el cumplimiento de varias condiciones: forma social, actividad, los recursos que se obtengan deben destinarse exclusivamente al logro de los objetivos institucionales y deben servir para acrecentar el patrimonio de la entidad y por ende, no deben ser repartidos, directa o indirectamente, entre los socios, las fuentes de los recursos de la entidad no deben consistir en medios como juegos de azar, espectáculos públicos, carreras de caballos o similares (6.a.) .

Por otra parte, tal como ocurre con toda exención, el beneficio establecido en el inc. f es una excepción al deber de contribuir, que afecta los principios de generalidad y de equidad y que en general, encuentra asidero en el valor social de los bienes y servicios producidos por los sujetos beneficiados por la exención que, en su defecto, debería producir el Estado (6.b.). Así, aparece como esencial que la actividad de la entidad se destine a alcanzar el **fin socialmente útil** para el cual fue creada, pues éste ha sido el propósito tenido en mira por el legislador al otorgar el beneficio.

En línea con ello, la R.G. 729/99 establece un régimen de empadronamiento general de entidades comprendidas en las exenciones previstas en los incs. b, d, e, f, g, m, y r del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y a tal fin, determina los requisitos, condiciones y formas que deberán cumplimentarse, para posibilitar que la AFIP analice la procedencia del reconocimiento de exención. Así, las entidades deben efectuar la presentación de la solicitud de empadronamiento; luego acreditar su condición de exentas presentando ante la dependencia en que se encuentren inscriptas un formulario y los elementos que, con carácter general, y especial según el tipo de entidad se indican en el Anexo I [Vgr. copia de la constancia la inscripción con la CUIT asignada; fotocopia legalizada de los estatutos o normas que rijan su funcionamiento; fotocopia del acta de nombramiento de autoridades; estados de situación patrimonial o balances generales, estado de recursos y

gastos, estados de evolución del patrimonio neto, y estado de origen y aplicación de fondos y memorias de los últimos tres ejercicios fiscales; acreditación de personería jurídica o la autorización o el reconocimiento de la autoridad pública competente que demuestre que su objeto y actividades son aquellos a que se refiere el inc. f de la ley del gravamen]; el organismo recaudador puede requerir la adecuación o complementación de los datos suministrados o la presentación de otros elementos que consideren necesarios para evaluar la situación expuesta por las entidades peticionarias; y si, como consecuencia del análisis de los datos y/o elementos indicados y de las verificaciones realizadas a tal fin, queda demostrado el carácter invocado por la peticionante, será procedente el reconocimiento como entidad exenta (conf. arts. 1, 2, 5, 6 y 8).

De la normativa y doctrina precedentemente reseñada, surge que es la aquí actora quien debe acreditar que reúne los requisitos necesarios para acceder al beneficio peticionado.

Por otra parte, para dilucidar el tema en debate corresponde la aplicación de las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales y del Código mercantil, en cuanto sistemáticamente declaran *“actos de comercio en general”* a *“las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto”*, y establecen que los actos realizados por los comerciantes se presumen *“actos de comercio”* y que las *“asociaciones, cualquiera fuere su objeto”*, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, serán consideradas *comerciales* (art. 3, ley 19550; arts. 5, regla 2ª, y 8, 6º, C.Com.). Tal interpretación ha sido receptada por el Máximo Tribunal de la Nación al decidir que *“la sociedad constituida según algunos de los tipos previstos en la ley 19.550 es considerada comercial, cualquiera sea su objeto (art. 3 de la ley citada) y la anónima en particular importa acto objetivo de comercio en los términos del art. 8 inc. 6º del código de la materia”* (7). Además los propios y plurales actos voluntarios de la sociedad mercantil la muestran en ese estricto rol de *“sociedad comercial”*. Un ejemplo, el poder especial judicial, es otorgado por *“el presidente con uso de la firma social y debidamente autorizado* (por arts. 58, 258, 274, ley 19.550) *para este acto de la sociedad... S.A... (por art. 164, parrs. 1 y 2, ley 19.550), justificando el carácter invocado... con el estatuto social suscripto por escritura... ante el escribano... (por art. 165, ley 19.550) cuyo testimonio se inscribió en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas... en la matrícula de Sociedades Comerciales, etc.”* (arts. 5, 167, ley 19.550; 35, 36, 39, Cód. Comercio). Mientras que la asamblea ordinaria y extraordinaria sesiona con el *quórum de accionistas que representan la mayoría de las acciones con derecho a voto, en el caso, 21 representativos del 61,35 % del capital social* (arts. 243, 244, ley 19.550) *presididas por el presidente del directorio* (art. 242, ley 19.550), etc.

Asimismo, cabe recordar que los artículos 1 y 2 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) reconocen la autonomía del derecho tributario y adoptan el principio de la realidad económica o apreciación de los hechos, como base de interpretación de las normas fiscales, con prescindencia de las apariencias o exterioridades jurídicas.

El art. 1º establece, en lo que aquí concierne, que en la interpretación de las leyes impositivas *“se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica”*; y que debe estarse a los conceptos específicos de tales leyes, y únicamente cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.

Por su parte, el art. 2 del mismo órgano prescribe *“Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los*

contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

Este precepto autoriza al fisco a determinar la obligación tributaria según el principio de la realidad, sin necesidad de demostrar la nulidad del acto jurídico aparente o accionar por vía de simulación, cuando los contribuyentes, por ignorancia, error o mala fe, cubren o exteriorizan sus propósitos efectivos mediante apariencias formales distintas.

Desde esa perspectiva, cuadra señalar que está fuera de discusión –por admisión de la actora- que Nordelta S.A. y Nordelta Administradora Fiduciaria S.A. poseen la mayoría necesaria que le otorga *“los votos necesarios”* para *“formar la voluntad social”* en la asamblea u órgano deliberativo, y para ejercer *“una influencia dominante* en esa sociedad controlada (art. 33, 1º), 2º), ley 19.550, sociedades comerciales). En ese sentido por ejemplo, la demandante dice que *“en la constitución de la sociedad se establecieron dos tipos de acciones: de Clase A de un voto... y de Clase B de cinco votos. En el mismo estatuto se prevé que la administración social estará a cargo de un directorio y una asamblea, fijándose que el presidente y el vicepresidente del directorio sean designados por los accionistas de Clase B”, es decir, “Nordelta SA se reservó el poder de decisión de la asociación”.* Y de las pericias contables surge que la sociedad controlante es designada como *“administradora y prestadora de los servicios comunes de los complejos residenciales Los Castores, etc.”.* Mientras que la ley mercantil manda que *los balances, los estados de resultados o cuentas de ganancias y pérdidas, y las memorias, etc. describan las relaciones entre las sociedades controlantes y controladas y las variaciones operadas en las participaciones y en los créditos y deudas* (arts. 63, 64, 65, 66, ley 19.550). Sin embargo está probado que Nordelta SA *no cuenta con la autorización del art. 61 de la ley 19.550, y que toda la información contable surge de registros inválidos por infracción a las expresas obligaciones dispuestas en el Código de Comercio que establecen cuáles son los “libros indispensables”, así como también a las normas fiscales de facturación.* Por tanto, la documentación referida a la contabilidad de la actora por incumplimiento de la *diligencia del buen administrador y representante de esa sociedad comercial “no tienen valor alguno en juicio a favor del comerciante a quien pertenezcan” para demostrar las argumentadas “actividades sociales, culturales y deportivas del complejo” o de “bien público” ajenas a fines comerciales* (arts. 44, 53, 54, 55, Cód. Comercio; art. 59, ley 19.550). O en otras palabras, el resultado del proceso probatorio apoya la conclusión de la AFIP en cuanto sostiene que la sociedad anónima controlada y apelante es un instrumento para llevar adelante la actividad comercial de las sociedades anónimas controlantes que incluye la finalidad de lucro por definición legal y el principio de realidad económica y tributaria (arts. 5, regla 2ª, 8, 6º), Cód. Comercio; art. 3, ley 19.550; arts. 163, 5º, 377, 386, CPCC.).

En síntesis, aprecio que los extremos cuestionados por la AFIP según la sana crítica judicial, llevan a la conclusión denegatoria del organismo recaudador. Por lo expuesto, entiendo que la actora en tanto que se constituyó *bajo la forma de una sociedad anónima, más allá del nombre de “asociación civil” debe ser considerada siguiendo el principio de legalidad societaria como una “sociedad” que está sometida a todas las reglas comerciales en los términos del art. 3º de la ley de sociedades, y desde esa perspectiva está desacreditada su condición de asociación de asistencia social, caridad, beneficencia, etc., así como el cumplimiento de los demás requisitos exigidos el inc. f) del art. 20 de la ley de impuesto a las ganancias.* Con más razón el rechazo del recurso por la ausencia de elementos probatorios idóneos arrojados por la parte actora que permitieran decidir en un sentido diferente al consignado (arts. 377, 386, CPCC.).

Expte. 1615/11. **“Asoc. Civil Los Castores c/ AFIP s/ Ordinario”.** Fecha: 06/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg. 53.

Firmantes: Dres. Rudi, Crisculo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 2, Sec 2.

(1) Fallos, 302:1116; Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, “El impuesto a las ganancias”, Bs. As., 2010, pág. 353.

(2) Fallos, 303:763; 310:177; 316:1115 y 320:58.

(3) Fallos, 279:226 y 284:341.

(4) Fallos, 312:529 y 321:1660.

(5) Diez, Gustavo E., “Impuesto a las ganancias”, Bs. As., 2008, pág. 163.

(6.a.) Fernández, Luís O., “Impuesto a las ganancias”, Bs. As., 2005, pág. 69 y Sigs.; Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, ob. citada, pág. 377 y Sigs.

(6.b.) Pág. 55 y Sigs.

(7) Fallos, 321:639 y en similar sentido, CSJN in re "Club de Campo Haras del Sur S.A. c/ Simone, Pablo s/ ejecutivo", 23/10/2007

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Inaplicabilidad de la prohibición del ajuste por inflación (117,96%) que llevaría a tomar como base del gravamen ganancias ficticias. Inexistencia de una ganancia real representativa a los fines de la liquidación del impuesto. DERECHO DE PROPIEDAD. PRUEBA PERICIAL.

Si bien los magistrados no están obligados a seguir los dictámenes periciales y ellos no resultan vinculantes, la opinión del experto cobra relevancia probatoria cuando sus conclusiones se basan en elementos objetivos de valoración y razones técnicas de buen sentido (1). En este orden de ideas, debo mencionar que del informe pericial -al contrario de lo sostenido por la recurrente en su expresión de agravios- surge que el experto indica cuáles fueron los libros peritados. Asimismo determina que el impuesto por el ejercicio fiscal 2002, sin aplicar el ajuste por inflación, asciende a \$ 339.229,76, de lo que resulta una utilidad gravada de \$ 969.227,88 con una alícuota del 35%, de modo que si se considerase la depreciación producida por inflación, el resultado neto del ejercicio deriva en un quebranto de \$ 24.034.973,48, no existiendo con esta alternativa impuesto a ingresar.

Por otro lado, comparó la liquidación del impuesto efectuada sin el ajuste por inflación y la suma que correspondería abonar por el tributo en caso de aplicar tal mecanismo lo que permite tener por acreditada la posición de la actora.

Cabe añadir que las impugnaciones que realizó la AFIP sólo constituyen meras discrepancias que carecen de un adecuado desarrollo argumental y que no son idóneas para restar fuerza de convicción a las probanzas.

Por lo tanto, a pesar de que los dictámenes periciales están sujetos -como todo elemento de juicio- a la valoración por parte de los jueces (2), si no se observan razones que desmerezcan sus conclusiones, corresponde asignarles suficiente valor probatorio.

A mayor abundamiento, debemos destacar que la propia demandada en su responde manifiesta que no basta con la sola pericia contable, sino que es necesario efectuar una fiscalización por parte de personal de AFIP para establecer el verdadero resultado económico de la accionante en relación a la materia discutida. Pese a ello, no ha activado ni realizado dicha diligencia, como así tampoco estuvo presente cuando el perito se constituyó en el domicilio de la actora para inspeccionar los libros correspondientes.

Entonces, teniendo en cuenta el principio general que atribuye la carga de la producción de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido (3) queda claro que la demandada -con su actitud- ha demostrado desinterés por acreditar su postura.

La apelante también alega que el "índice de precios mayorista nivel general" no es elaborado actualmente por el INDEC. Esta afirmación no resulta cierta, ya que el mencionado organismo difunde la metodología del sistema de índices de precios mayoristas con el objeto de brindar diversas alternativas de información sobre la evolución de los precios en su etapa mayorista, que está compuesto por tres índices diferentes (Índice de Precios Internos al por Mayor, Índice de Precios Internos Básicos al por Mayor e Índice de Precios Básicos del Productor). Asimismo, tradicionalmente, el ajuste por inflación impositivo utilizaba ese índice siguiendo las recomendaciones de la técnica contable, ya que era el que mejor reflejaba el ajuste que debía hacerse en el capital o patrimonio de las empresas para mantener el poder adquisitivo constante; y así lo tomó la ley del impuesto a las ganancias al incorporar el ajuste por inflación.

Este hecho se encuentra corroborado con la contestación del oficio en donde se informa el índice de precios internos al por mayor nivel general y se adjunta la serie histórica del sistema de índices de precios al por mayor nivel general y las aperturas de cada índice (IPI, IPIB, IPP). A ello corresponde agregar que, según este informe, el nivel de inflación

verificado durante el año 2002 ascendió al 117,96%, tal como lo refiere el perito. De ahí que se puede concluir que ese coeficiente fue y sigue siendo elaborado por el organismo mencionado.

Con relación a la queja formulada respecto a la errónea interpretación que la juez “a quo” hace de la ley, procede señalar que la Corte Suprema, en un caso de confiscatoriedad del impuesto a las ganancias, se pronunció por primera vez en la causa “Candy S.A c/AFIP s/Acción Amparo”, del 3 de julio de 2009 (4) y con ello habilitó una inagotable fuente de apreciaciones vinculadas con aquel desarreglo tributario lesivo del derecho constitucional de propiedad privada.

En los autos mencionados el Alto Tribunal debía analizar si la prohibición de utilizar el mecanismo de ajuste impositivo por inflación, afectaba el derecho de propiedad del contribuyente y más precisamente respecto de la liquidación correspondiente al período fiscal 2002. Determinó que para que exista tal confiscatoriedad se debe producir, por parte del Estado, la absorción de una porción sustancial de la renta o capital; sin embargo admitió que la jurisprudencia no tuvo oportunidad de fijar el umbral a partir del cual se da tal presupuesto.

Sin perjuicio de ello, y si bien en este fallo no existe un pronunciamiento contundente en lo referente al porcentaje máximo del impuesto considerado “tolerable”, no se ha dudado en sostener que superado el 35% deviene cierta la posibilidad de que el tributo se torne confiscatorio por irrazonable.

Ahora bien, en cumplimiento de la tarea encomendada, el perito presentó el informe donde –como ya se expresó– concluyó que de no mediar el cálculo con el mecanismo correctivo del art. 39, el monto del impuesto sería de \$ 339.229,76, en tanto que aplicando el mismo resultaría una pérdida de \$ 24.034.973,48; agregando a ello que existe una desproporcionalidad evidente en el resultado del balance impositivo del año fiscal 2002. Lo expuesto, lleva a concluir que en el caso concreto no existe una ganancia real de Banco Cetelem S.A. que pueda ser representativa a los fines de la liquidación del impuesto a las ganancias.

Esto no sólo influye en el pago a realizar al Fisco, sino también en los anticipos a cuenta del período fiscal al 31/12/03, dado que en virtud de la pérdida verificada el contribuyente no comprueba base para su ingreso.

Así las cosas, cabe destacar que en el caso (tal como lo mencionó la Corte en el fallo “Candy”), el ejercicio en cuestión estuvo signado por un grave estado de perturbación económica, social y política que dio lugar a una de las crisis más graves de nuestro país; y esta situación trajo aparejados importantes cambios económicos que se vieron reflejados en los índices de precios, tanto a nivel mayorista como a consumidor final.

Consecuentemente, si bien el mero cotejo entre la liquidación de la ganancia neta sujeta al tributo sin el ajuste y el importe que resulta de aplicar el referido mecanismo, no es apto para acreditar una afectación al derecho de propiedad; no debe considerarse como excluyente la posibilidad de que se configure un supuesto de confiscatoriedad si, entre una y otra suma se presenta una desproporción de tal magnitud que permita arribar razonablemente a la conclusión de que la ganancia neta determinada, según la normas vigentes, no es adecuadamente representativa de la renta que la ley de impuesto a las ganancias pretende gravar.

Por las razones expuestas, y como bien concluyó la sentenciante, la prohibición del mecanismo resulta inaplicable para la actora, ya que el pago del impuesto grava, no ya sus ganancias reales, sino su patrimonio neto por tomar como base ganancias ficticias. Por lo tanto, corresponde el rechazo de los agravios también en este punto.

Por lo dicho, voto por que se confirme la sentencia apelada, con costas en la Alzada por su orden en atención a la complejidad del tema (art. 68, segundo párrafo del CPCC.).

Expte. 983/11. **“Banco Cetelem Arg. c/ Pen s/ Ordinario”**. Fecha: 20/10/2011.

CFSM, Sala I, Sec. Civil, Reg: 23.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F San Martín 2, Sec 3.

(1) C N Cont. Adm. Fed., Sala II, “Emebe SACEAI y M c/DNV s/expropiación” del 25/4/94, entre otros.

(2) Fallos: 315:2774.

(3) Fallos: 314:1505.

(4) Fallos: 332:1571.

JUEZ. FACULTADES. LEGITIMACION. Examen del resorte y función del Juez.

El examen de la calidad para obrar constituye un resorte y función investigadora de oficio del juez al momento de dictar sentencia (1). En este sentido, el sentenciante -al estimar la demanda- debe considerar existente el derecho, pero también resulta necesario que este último se corresponda con quien lo trata de hacer valer, incluso en el supuesto que las partes no la hayan planteado, toda vez que la *legitimatío ad causam* constituye un requisito esencial que torna a la pretensión viable. Al respecto, la doctrina ha entendido que no existen restricciones naturales que impidan indagar acerca del derecho del titular o la resistencia del demandado, debido a que éstos son indispensables para la validez de la sentencia definitiva (2).

Expte. 224/11. "**Schiariti, Roberto y otro c/ Pen s/ Ordinario**". Fecha: 30/08/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 18.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F San Martín 2, Sec. 2.

(1) C. N. Civ., Sala K, "Asociación Mutualista de Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Galván, Norma B. y otros", del 2/5/03.

(2) Highton, Elena – Areán, Beatriz. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial". T° 6. Ed. Hammurabi: Buenos Aires. 2006.

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA AUTONOMA. Improcedencia por no verificarse la situación extrema y urgente y la inexistencia de otras vías de defensa.

En el *sub lite*, Nextel Communications Argentina SRL petitionó una medida autosatisfactiva a fin de que se ordene a la Municipalidad de Vicente López se abstenga de adoptar cualquier conducta o accionar tendiente a ejecutar la medida de desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones de su titularidad, ubicada en la Avda. San Martín 3201 de la localidad de Florida, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires, dispuesta en la Ordenanza N° 30.841. Esta solicitud fue rechazada por la sentenciante porque no advirtió la concurrencia de una fuerte probabilidad de que le asista razón a la peticionante y la urgencia en que sea atendido el pedido formulado con el riesgo de sufrir un daño inminente o irreparable.

Por lo tanto, la sola invocación de urgencia por parte del peticionario en obtener la medida no justifica su procedencia; en tanto no existen en la causa elementos objetivos que permitan apreciar el perjuicio irreparable que se invoca, resultando insuficiente la mera expectativa negativa que se manifiesta en el escrito inicial. Máxime, teniendo en cuenta que la actora presentó recurso de revocatoria contra la ordenanza y la suspensión de los efectos del acto cuestionado.

Así pues, no se presenta en el *sub lite* la situación extrema que es nota esencial en este tipo de medidas, razón por la cual corresponde confirmar el pronunciamiento recurrido.

Expte. 2098/11. "**NEXTEL COMUNICACIONES ARG SRL c/ Municipalidad de Vicente López s/ Medida Cautelar autosatisfactiva**" Fecha: 01/11/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 386.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Camacho.

J F San Martín 2, Sec. 3

MEDIDA CAUTELAR. Solicitud de su levantamiento fundado en su errada concesión no habiéndose modificado las circunstancias consideradas para otorgarla. Improcedencia.

Como la finalidad de la medida cautelar es constituir un anticipo de garantía para que no se torne ilusorio el derecho de los litigantes, debe mantenerse mientras perdure la situación de hecho existente al momento en que fue dictada. De allí, que no cabe cuestionar su procedencia o que fue inicialmente excesiva bajo la pretensión de su levantamiento, puesto que en esos supuestos la parte afectada debe recurrir oportunamente el decisorio en el que fue dispuesta.

Toda vez que de las constancias de autos se desprende que la demandada habiendo consentido la cautelar, notificada el 12/7/10, solicita ahora su levantamiento porque no se verificaron los recaudos para su procedencia y sin invocar siquiera que se hayan modificado las circunstancias tomadas en consideración por el juez de grado para dictar la medida, corresponde confirmar el rechazo de tal pretensión.

Expte. 1600/11. **“Garay, Esteban Maximiliano y otros c/ EN – Mrio. De Defensa – Ejercito Argentino s/ Ordinario”** Fecha: 08/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 305.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F San Martín 1, Sec 3.

METROLOGIA (Ley 19.511) MULTA. Confirmación y ajuste de su graduación y modalidad de cumplimiento. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

La ley 19.511 de metrología, dispone que es obligatoria la verificación periódica y vigilancia de uso de todo instrumento de medición reglamentado que sea utilizado en: a) transacciones comerciales; b) verificación del peso o medida de materiales o mercaderías que se reciban o expidan en toda explotación comercial, industrial, agropecuaria o minera; c) valoración o fiscalización de servicios; d) valoración o fiscalización del trabajo realizado por operarios; e) reparticiones públicas; f) cualquier actividad que, por su importancia, incluya la reglamentación (art. 9°).

Así las cosas y sin perjuicio de que en ningún momento se reconoció la infracción, ésta fue comprobada por los funcionarios intervinientes, quienes dejaron debida constancia en el acta que a tal efecto se labró y que hace plena fe de conformidad con lo dispuesto por el art. 26 de la normativa citada precedentemente. Además en nada obstan las manifestaciones vertidas por el apelante en cuanto habría solicitado a la Aduana la baja de la balanza en infracción, pues dichas circunstancias no se encuentran acreditadas en autos.

Como ya dijera el Tribunal (1), de acuerdo a la normativa vigente, el ente cuenta con facultades discrecionales que posibilitan la elección del monto de la sanción, entre varias alternativas predeterminadas por el sistema jurídico, marco que será más o menos amplio, pero que tiene como todo obrar administrativo inevitablemente el límite de la razonabilidad. Así en el “sub-examine”, ese extremo está dado por los motivos que permiten el dictado del acto (conducta prohibida) y el contenido de éste (el monto máximo de la multa). Respecto del primero, como ya se expresó anteriormente, ha quedado reconocida la falta. En cuanto al segundo, si bien está dentro de los límites vigentes al momento de su comisión, se presenta como excesivo frente a la infracción cometida -máxime teniendo en cuenta la carencia de antecedentes, siendo necesario que sea proporcional con aquélla. Y es que, en la facultad revisora de la Alzada, figura obviamente la de graduar la sanción impuesta dentro de los límites legales con arreglo a las particularidades del caso, apreciadas razonablemente por la autoridad de apelación. En consecuencia, se considera justo reducir el monto de la multa impuesta, fijándola en PESOS MIL (\$1000) y conforme las pautas establecidas por el art. 36 de la ley 19.511 que dispone su cumplimiento en forma condicional.

Por lo expuesto, se RESUELVE: MODIFICAR la cuantía de la sanción de multa impuesta en la resolución 170/11 de la Dirección Nacional de Comercio Interior, la que se fija en la suma de PESOS MIL (\$1000) y disponer su cumplimiento condicional.

Expte. 1547/11. **“Servitruck S.A. c/ DNCI s/ Apelación”** Fecha: 18/10/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg. 358.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. Camacho.

(1) C: 185/87, 128/87, 370/88, 1025/90, del 4/12/87, 17/3/88, 6/9/88 y 10/4/90, respectivamente, entre otras.

METROLOGIA (ley 19.511). MULTA de la Dirección Nacional de Comercio Interior por no dar cumplimiento a la obligación formal de verificación periódica del instrumento de medición – balanza – [art. 9, b de la ley 19.511]. Confirmación. PRUEBA. Valoración.

Las actuaciones administrativas tuvieron como génesis el acta de inspección INTI “VU 1541” del **5 de agosto de 2009**, por la que se imputó al encartado la presunta infracción al art. 9 de la ley 19.511, por cuanto *al solicitarse el correspondiente certificado de verificación, el señor Nicolás Di Carlo manifestó que con posterioridad al 11 de abril de 2007 no se realizó verificación periódica alguna* al instrumento de pesar obrante en su poder. Por esta razón, la Dirección Nacional de Comercio Interior impuso la sanción apelada [art. 9, ley 19.511].

Se agravió el recurrente, solicitando su revocación, o bien que se la reduzca a un monto compatible con su situación de “pequeño productor”, ya que no realizó “ningún tipo de transacción comercial” por cuanto “el instrumento sólo era utilizado para conocer las cantidades que almacenaba en [su] propio silo proveniente de [su] explotación y luego **para pesar las cantidades que entregaba al acopiador cuando vendía**” quien certificaba “con su propia balanza”.

La ley 19.511, determina que “es **obligatoria la verificación periódica y vigilancia de uso de todo instrumento de medición** [...] que sea utilizado en [...] verificación del peso o medida de materiales o mercadería que reciban o expidan en toda explotación comercial, industrial, agropecuaria o minera” [art. 9, b)].

El recurrente utiliza la balanza para la comprobación del peso de cereales, pero aduce que “las mediciones que presidían las transacciones se realizaban en todos los casos en las básculas de los acopiadores”. Más no aportó al legajo elemento alguno de convicción acerca de esa supuesta tercerización del peso de la mercadería –al momento de la inspección-, que desvirtúe el contenido del acta y permita excluirlo de los alcances de la legislación vigente. Con más andamio, cuando se trata de una infracción formal por omisión, consumada en su faz material u objetiva al no haber verificado la balanza al tiempo de la inspección, de forma tal que no ha dado cumplimiento con la carga específica que la ley le impuso [art. 5, 12; Dcto. 788/2003; art. 27, ley 22.802, arts. 377, 386, CPCC].

Sumamos, los propios dichos del apelante, cuando señala que la báscula “se desactivó inmediatamente después de la inspección” y la nota enviada a la Secretaría de Comercio Interior por la que manifiesta que procederá a “dar de baja en los próximos 5 días a una balanza” por no poder “solventar el costo de 5.000 pesos anuales que [...] implica su mantenimiento legal” debido a que el “volumen de pesaje –entre 700 y 1.500 toneladas- no justifica tenerla activa” [art. 163,5, CPCC].

Por último, la alegación genérica de un supuesto perjuicio económico que importaría la confirmación de la resolución atacada, no es suficiente para revocar o reducir la sanción tomada por la Dirección Nacional de Comercio Interior según la sana crítica. Ello así, de un lado, porque no surge que la misma sea arbitraria o ilegítima en la medida que es derivación de la infracción cometida [beneficio económico proveniente de no haber realizado las verificaciones correspondientes desde la adquisición del instrumento; doct. art. 386, CPCC; art. 33, ley 19.511]. De otro lado, porque la omisión llevada a cabo, responde al incumplimiento de una obligación legal que, en tanto productor y comercializador de granos, pesaba sobre él y no podía desconocer, porque “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” [doct. art. 9 ley 19.511; art. 902, Cód. Civil].

Así las cosas, en atención a la naturaleza de la actividad, el carácter punitivo que reviste la sanción en tanto derivación de la infracción cometida y que el monto de la multa es

inferior al 10% del máximo de la escala sancionatoria, no hay mérito suficiente para modificarla [art. 33, ley 19.511].

Expte. 1603/11. **“Recurso Directo: Di Carlo, Miguel Ángel c/ D.N.C.I. s/ Apelación Disposición 138/2011-DNCI”**. Fecha: 07/12/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 418.

Firmantes: Dres. Rudi y Criscuolo. El Dr. Gurruchaga no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Sec. Act. Dra. García.

PRESCRIPCION LIBERATORIA. Comienzo de su cómputo. Interrupción del plazo. MEDIDA CAUTELAR. Capacidad interruptiva de su traba no obstante no haber procedido a su reinscripción.

Es preciso puntualizar que conforme se desprende del art. 3956 del CC, el plazo de prescripción de la ejecutoria previsto en el art. 4023 del CC comienza a correr desde que la sentencia queda firme. Dicho plazo sólo se interrumpe por la realización de actos tendientes a hacer efectiva la ejecutoria (1).

El punto de partida para el cómputo de la prescripción de la sentencia ejecutoria debe considerarse operado al tomar la accionante conocimiento del fallo, pues con prescindencia del momento en que quedó notificado el vencido, es la inactividad de la parte triunfadora la que se tendrá en cuenta para que la prescripción liberatoria acaezca en beneficio de quien resultó perdedor (2).

De las constancias de autos surge que librado el pertinente mandamiento y habiendo transcurrido el plazo sin que el demandado oponga excepciones, se dictó sentencia de trance y remate, la que quedó notificada. Con posterioridad se presentó el ejecutado planteando prescripción basado en que la actora no había ejercido su derecho durante diez años, petición que fue denegada.

Las medidas cautelares también pueden pedirse después de pronunciada la sentencia pues la finalidad de estas es evitar que se tornen ilusorios los derechos del solicitante. Es una manera de asegurar la ejecución de las sentencias (3).

Del cotejo de la presente surge que la actora solicitó inhibición general de bienes y embargo sobre fondos y valores contra el ejecutado, medidas que fueron trabadas. Sin perjuicio de que no se haya procedido a su reinscripción, las medidas anteriormente citadas interrumpieron la prescripción planteada y demostraron el interés por parte de la actora de hacer efectivo su crédito. Por lo tanto, corresponde rechazar las quejas expresadas al respecto y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

Expte. 814/11. **“Afip c/ Silva, César Horacio s/ ejecución fiscal”**. Fecha: 6/7/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 217.

Firmantes: Dres. Culotta, Fossati y Barral.

Sec. Act. Dra. Camacho.

J F San Martín 2, Sec 4.

Nota: Vinieron los autos al Tribunal por el Recurso de Apelación de la demandada contra la resolución por la que el a quo rechazó el planteo de prescripción. Se agravó la recurrente, por considerar que a partir de que la sentencia quedó firme -6/6/2000- comenzó un nuevo plazo de prescripción, esta vez la de la ejecución de sentencia. Entendió que, las medidas trabadas carecen de fuerza ejecutoria, pues la actora solo trabó medidas cautelares pero no realizó acto de ejecución alguno. Agregó que, las inhibiciones y embargos se extinguen a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, y éstas no fueron reinscriptas. El abandono existió y en las actuaciones no se efectuó ningún acto ejecutorio que suspendiese o interrumpiese la prescripción, por lo que solicita se revoque la resolución recurrida. Finalmente dejó planteado el caso federal.

(1) CNCIV, Sala D, 10-4-01 “Bodegas y Viñedos Giol c/ Szieber, Gaspar y otros s/ ejecución hipotecaria”.

(2) CFASM, Sala I, C. 412/88, Rta. el 24/6/88.

(3) Norberto J. Novellino, Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. Pág: 13 y 14.

PRUEBA DOCUMENTAL. Carta Documento. Valor Probatorio. Carga de la prueba relativa a su autenticidad.

En cuanto a la autenticidad de las cartas documento, las mismas constituyen un servicio postal cuyas condiciones de confección, presentación, certificación y sellado de copias fueron rigurosamente reglamentadas. Por ello, se ha sostenido que no es al remitente que ha acompañado las constancias de envío y recepción de la carta documento, a quien incumbe acreditar su autenticidad y que ha sido recibida, sino a quien niega esta circunstancia. Cuando esa carta documento está redactada en el formulario de estilo, con el sello de la oficina postal y la firma del empleado de correos responsable, debe razonablemente entenderse que lleva insita la prueba de su autenticidad y, en consecuencia, de su remisión por el expedidor. De sostenerse lo contrario, no existe ningún impedimento en que la parte que impugna su autenticidad produzca la prueba informativa correspondiente (1).

Expte. 1597/11 **“Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ Susari, Luis Alberto y Pereira, Delia Rosario s/ Ejecución Fiscal”** Fecha: 08/09/2011.

CFSM. Sala I, Sec. Civil, Reg: 306.

Firmantes: Dres. Culotta, Barral y Fossati.

Sec. Act. Dra. B. Pérez.

J F San Martín 1, Sec 2.

(1) CNCiv, Sala H, “Pereyra Vda. de Barewthin, Lelia María y otra c/ Liñeiras, Ricardo Jaime s/ Sumario” del 31/05/91; idem, “Banco de la Nación Argentina c/ Elissant, Jorge Enrique y otros s/ Ejecución especial ley 24.441”, del 19/02/07.

RECURSO EXTRAORDINARIO Improcedencia en atención al consolidado criterio establecido por la C.S.J.N. que fijó la doctrina para atender la problemática.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto cuestiones similares con el inequívoco propósito institucional de “fijar una doctrina susceptible de dar una cabal y concreta respuesta a la problemática planteada en autos, la que se repite en una importante cantidad de causas en trámite ante esta Corte y las instancias anteriores”, por lo que resultan claramente insustanciales los agravios que tiendan al apartamiento de lo allí sentado [*Fallos*: “Oriolo” de 5 de octubre de 2010 (O.126.XLII), “Salas” de 15 de marzo de 2011 (S.301.XLIV), y “Borejko” de 12 de Julio de 2011 (B.965.XLV)]. Por tanto, y en atención a los alcances de la sentencia dictada en autos que aplica esa doctrina, por razones de economía procesal, corresponde rechazar el recurso extraordinario de la accionada, porque desde la arista de la “gravedad institucional” [en tanto interés trascendente a las partes], ha sido aplanado el asunto con el consolidado temperamento de la Corte Suprema.

Expte. 384/11. **“Conti, Gilberto Oscar y otros c/ P.N.A. s/ Amparo – Medida Cautelar”**.

Fecha: 01/09/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 277.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. Zabala.

J F Campana, Sec. 3.

Nota: El reclamo, de DERECHO LABORAL, al que se refiere la doctrina reseñada es la incorporación al sueldo de los suplementos, compensaciones y actualizaciones con carácter remunerativo y bonificable.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS sobre MEDIDA CAUTELAR y COMPETENCIA. Improcedencia insalvable (bajo los alegados argumentos de afectación de GARANTIAS CONSTITUCIONALES. ARBITRARIEDAD o GRAVEDAD INSTITUCIONAL) por no constituir SENTENCIA DEFINITIVA en los términos del art. 14 de la ley 48.

Las decisiones sobre medidas precautorias, sean que las decreten, levanten o modifiquen, no son, por generalidad, equiparables a sentencia definitiva en los términos exigidos por el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del remedio extraordinario (1).

Las resoluciones en materia de competencia son inhábiles para la apertura de la instancia extraordinaria, pues tampoco constituyen sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, si no media denegatoria del fuero federal (2).

Esa falta de sentencia definitiva no es salvada con el argumento de la alegada infracción de garantías constitucionales ni con el de una pretendida arbitrariedad del pronunciamiento ni con la invocada gravedad institucional (3).

Expte. 1972/11. **“Pavoni, Alberto Jorge y otros c/ E.N. – P.N.A. s/ Ordinario - Incidente”**.

Fecha: 15/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg: 382.

Firmantes: Dres. Rudi, Gurruchaga y Criscuolo.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 2, Sec 1.

(1) Fallos, 271: 96, 319, 305: 1847, 310: 681, 313: 116, 322: 2568, 323: 2790; CFASM, Sala II, C. 1380/10, del 17/2/2011, reg. 21/11; causa 1487/2010, del 10/3/2011, reg. 40/11; C. 1542/2010, del 29/03/2011, Reg. 56/11; C. 2177/2010, del 19/4/2011, Reg. 92/11; C. 1488/2010, del 10/5/2011, Reg. 138/11; C. 2179/2010, del 10/5/2011, Reg. 139/11; C. 2048/2010, del 10/5/2011, Reg. 142/11; C. 2181/2010, del 12/5/11, Reg. 152/11; C. 181/2011, del 16/6/2011, Reg. 187/11; C. 539/2011, del 30/6/2011, Reg. 206/11; C. 344/2011, del 5/7/2011, Reg. 209/11; C. 716/2011, del 25/8/2011, Reg. 266/11; C. 1377/2011, del 6/9/2011, Reg. 283/11; C. 1372/2011, del 8/9/2011, Reg. 286/11; C. 1324/2011, del 8/9/2011, Reg. 287/11; C. 1364/2011, del 8/9/2011, Reg. 289/11; C.1551/2011, del 22/9/2011, Reg. 305/11; C.1550/2011, del 22/9/2011, Reg. 306/11; C. 1495/2011, del 22/9/2011, Reg. 309/11; C. 1323/2011, del 22/9/2011, Reg. 310/11; C. 1502/2011, del 29/9/2011, Reg. 319/11; C. 1711/2011, del 11/10/2011, Reg. 323/11; C. 1811/2011, del 18/10/2011, Reg. 335/11; C. 1795/2011, del 20/10/2011, Reg. 342/11; C. 1690/2011, del 20/10/2011, Reg. 343/11; C. 1686/2011, del 27/10/2011, Reg. 352/11; C. 1715/2011, del 27/10/2011, Reg. 353/11; C. 1797/2011, del 10/11/2011, Reg. 377/11.

(2) Fallos, 288: 95, 305: 502, 310: 169, 311: 1232, 323: 2329; CFASM, Sala II, C. 1683/2010, del 22/02/2011, Reg. 23/11; C. 1382/2010, del 22/02/2011, Reg. 24/11; C. 1919/2010, del 19/4/2011, Reg. 90/11.

(3) Fallos, 311: 1232, 314: 657, 322: 2920, 290: 266; CFASM, Sala II, C. 1137/10, del 28/10/2010, Reg. 189/2010; C. 1920/2010, del 19/4/2011, Reg. 91/11; C. 2415/2010, del 3/5/2011, Reg. 131/11.

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECIAL INTEGRAL S/ HIV. Acogimiento de la demanda de fertilización in vitro ICSI, que resulta la que menor riesgo de transmisión vertical involucra. CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Los integrantes del matrimonio conformado por M. D. P., de 35 años, y M. A. C., de 39 años [cfr. fs. 46, 47 y 53], son afiliados de la Obra Social del Personal del Automóvil Club Argentino [OSPACA] y socios de Galeno Argentina S.A. [n. 0014263501 05 y n. 0014263502 01, respectivamente; que la sra. M. A. C. es portadora de HIV, con carga negativa; que el médico tratante indicó realizar fertilización *in vitro* por técnica ICSI; y que OSPACA negó esa prestación al considerar que *“no se encuentra incluida en el Nomenclador Médico Asistencial, no existiendo fundamento médico o legal alguno que justifique dicha práctica”*, la que no está *“contemplada en el PMO”*, por lo que *“no corresponde la cobertura”*.

Ahora bien, frente a la lesión, restricción, alteración o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de determinados derechos o garantías, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo [doct. art. 43 Const. Nacional]. Pero el desconocimiento de los preceptos legales pertinentes, debe ser lo suficientemente claro o inequívoco para imponerse *per se*, de manera palmaria, porque su apertura requiere de circunstancias de muy definida singularidad, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave puede ser reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo [doct. art. 2, a) y d), ley 16.986]. De manera que, en la especie, resulta irrazonable e infundado impedir la continuidad de la acción por su objeto, porque se debe evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de garantías constitucionales que hacen a la protección integral de la familia en su más amplio sentido.

En efecto, la solicitada prestación de técnica de reproducción asistida debe ser considerada desde el significado del régimen de seguridad social especial integral, y vigente

relativo al HIV. En consecuencia, se deben rechazar los agravios que cuestionan la idoneidad de la vía elegida (arts. 14 bis, 75, 23 Constitución Nacional; 163, 6 CPPN) (1).

En este horizonte, tenemos en primer término, que la ley nacional de prevención y lucha contra el sida declara de *interés nacional* a la *“lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”*, no sólo en su detección, diagnóstico y tratamiento, sino también en su *prevención*, para lo cual se instrumentan *“las medidas tendientes a evitar su propagación”* [art. 1 y 4, inc. f), ley 23.798]. De otro lado, la ley manda a la obras sociales la incorporación obligatoria de *“la cobertura para todos los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes”* y *“la cobertura para los programas de prevención del SIDA”* [art. 1, incs. a) y c, ley 24.455)]. En tercer lugar, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n. 625/1997 aprueba los Programas de *“Cobertura HIV/SIDA”* y de *“Prevención del SIDA”* [arts. 1 y 2], que *“deberán ser cumplimentados por todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional del Seguro de Salud incluidas en la Ley 23.660, beneficiarias del fondo de redistribución de la Ley 23.661, y por las empresas y/o entidades prestadoras de servicios de medicina prepaga”* [art. 3]. Específicamente esos programas consideran la cobertura HIV/SIDA *“desde la promoción y prevención hasta la alta complejidad”* y, la prevención del HIV/SIDA insertada en *“un sistema integral, a la vez sanitario y social asegurando la solidaridad, la no discriminación, el respeto por la dignidad de las personas e implicará como objetivo el de reducir los riesgos de contaminación del HIV/SIDA por: vía sexual ... transmisión madre-hijo”* [Resol. citada, anexos I y II].

En penúltimo lugar, el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el marco del ejercicio de los *derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad* establece *“la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño”* [art. 4, ley 25.673], y tiene entre sus propósitos *“contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de vih/sida ... reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable”* [doct. arts. 2, inc. e), 6, 7, ley 25.673].

Finalmente, el Derecho de los derechos humanos con jerarquía constitucional reconoce el acceso a *“los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*, y que *“la legislación protectora será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda”*, garantizando *“servicios apropiados en relación con el embarazo”* [art. 15, 1), b), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1, *in fine*, 11, 3) y 12, 2), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer]. En un sentido convergente es necesario vincular la protección *“a partir del momento de la concepción”* del futuro hijo, limitándose al mínimo posible el riesgo de contagio del HIV [doct. arts. 43, 75, 22), Const. Nacional; art. 4, 1), Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 24, 1) y 2), d) y f), 26, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. VI y VII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 10, 1) y 3), 12, 2), a) y c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23, 1) y 2), 24, 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 16, 3), 25, 2), Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 63, 70 y ccs., Cód. Civil].

De modo que, el sistema supralegal y legal reseñado procura la cura de la enfermedad [HIV de la accionista], y dispone por las entidades del orden de la seguridad social, la cobertura de las prestaciones necesarias para evitar su transmisión, como por ejemplo, el tratamiento de fertilización asistida [ICSI] solicitado. Lo dicho al caso. Del informe del Cuerpo Médico Forense se deducen, al menos, los siguientes índices útiles. 1º) Que la técnica de fertilización asistida ICSI [inyección intracitoplasmática de espermatozoides], es una variante altamente especializada del tratamiento de fertilización *in vitro* [FIV], en la cual *“la fertilización se alcanza mediante la inyección directa del espermatozoide dentro del citoplasma del ovocito”*. 2º) Que en el caso de la mujer HIV seropositiva, *“en general la tasa*

de transmisión vertical (TV), de la madre al hijo del virus del VIH ha disminuido de un 20% al 1% ... se han publicado varios estudios de embarazos en mujeres seropositivas utilizando técnicas de reproducción asistida, sin que haya habido ningún caso de transmisión vertical (TV)". 3°) Que, "si bien no es la única alternativa disponible y posible para intentar el embarazo, de acuerdo con los antecedentes reproductivos y médicos de la pareja, la técnica de FIV + ICSI es la indicada en las actuales circunstancias". No hay prueba científica opositora de esas conclusiones, por tanto tiene plena eficacia demostrativa según la sana crítica [arts. 377, 386, 477, CPCC].

En consecuencia, el PMO [Programa Médico Obligatorio] constituye un mínimo referencial, complementario y subsidiario del régimen jurídico vigente en la prevención del SIDA, con una hermenéutica extensiva y no restrictiva en la materia. Por tanto, es prudente deducir que se debe a la accionista la cobertura del tratamiento en función de los hechos probados en el caso (Const. Nacional; arts. 163, 5), 6), 377, 386, CPCC) (2).

Expte. 2134/11 "**P.M.D. y otra c/ GALENO ARGENTINA S.A. y otro s/ Amparo**". Fecha: 24/11/2011.

CFSM. Sala II, Sec. Civil, Reg. 50.

Firmantes: Dres. Rudi, Criscuolo y Gurruchaga.

Sec. Act. Dra. García.

J F San Martín 1, Sec 1.

(1) Fallos, 329:2179, 330:4647.

(2) Fallos, 329:1638; arts. 43, 75, 22.