Registro nro.: 1636/15
LEX nro.:

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 8 días del mes de septiembre de dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la juez doctora Angela Ester Ledesma como presidente y los jueces doctores Pedro R. David y Alejandro W. Slokar como vocales, asistidos por la secretaria de Cámara doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa nº FSA 17362/2014/TO1/6/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "[redacted] s/ recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa a cargo de la señora Defensora Pública Oficial interina doctora Matilde M. Bruera.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Pedro R. David y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que, por sentencia de fecha 10 de noviembre 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, en la causa nº 17362/2014/TO1 de su registro, resolvió -en cuanto aquí es de interés-: "1º) **CONDENA[R]** a [redacted] [...] a la pena de CUATRO (4) años de prisión, multa de $ 225

[…] y la inhabilitación absoluta por el término de la condena, por resultar autora[…] responsable[…] del delito de Transporte de estupefacientes [art. 5º inc. 'c' de la ley 23.737). CON COSTAS" (fs. 267/272).

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 280/288), que fue concedido (fs. 289/vta.) y mantenido en esta instancia (fs. 296).

2º) Que, con invocación de ambos supuestos del artículo 456 del rito, la defensa cuestionó que el tribunal se haya apartado: "…de la pretensión punitiva a la postre consentida por el Ministerio Público Fiscal. Ello así por exceder el monto de la pena requerida, circunstancia ésta que resulta violatoria de los principios de raigambre constitucional y afectan la defensa en juicio del imputado".

En torno a ello, la recurrente afirmó que: "…la imposición de una pena más grave que la requerida por la acusación, violenta los principios del contradictorio, de legalidad, proporcionalidad y *ne procedat iudex ex officio*, la prohibición de la actuación *ultra petita*, el derecho al debido proceso y la defensa en juicio reconocido[s] por nuestra Constitución Nacional…".

Así, agregó que: "…imponer en los juicios criminales mayor pena que la solicitada por el acusador público infringe principios constitucionales tales como la división de funciones de los órganos encargados de acusar y juzgar, el derecho de defensa, el principio de contradicción, el de congruencia, la *reformatio in peius* y la igualdad de armas que debe existir en todo proceso".

En tal sentido, sostuvo que el Tribunal Oral de Salta al fijar: "…una pena más gravosa que aquella que es requerida por la quién es titular de la vindicta pública […] violenta el sistema acusatorio exigido por la Constitución Nacional"; y añadió que: "[e]l nuevo paradigma del derecho penal impone […] al juez imparcial los límites delineados por la acusación fiscal y […] restringen sus facultades de imposición de pena la *quantum* solicitado por el fiscal quien deberá fundamentar los agravantes y atenuantes en los que se cimenta el mismo. Ello a efectos de salvaguardar el derecho de defensa del condenado, en esa instancia decisiva del *ius punendi* estatal".

Asimismo, refirió que el principio del contradictorio: "…impide la *reformatio in peius* como derivación necesaria del derecho de defensa [y] opera no solamente en la etapa recursiva, sino también resulta fundamental en la etapa del juicio, por lo que el tribunal no puede ir más allá de la pretensión punitiva del fiscal y de la querella, puesto que por encima de ella no tiene habilitada la jurisdicción".

Igualmente, señaló que: "…la garantía de imparcialidad del órgano juzgador se encuentra estrechamente relacionada con los principios *supra* enunciados, considerando que su alcance no es compatible con la posibilidad de que los jueces puedan decidir las consecuencias de los delitos con independencia de la pretensión de la acusación".

Con fundamento en esas consideraciones, explicó que la imposición: "…de una pena mayor a la consentida por el Ministerio Público Fiscal en la audiencia de visu, contraría

la división de poderes, atento la autonomía e independencia del titular de la acción pública…".

En definitiva, concluyó que: "…la extralimitación en que incurre el decisorio lo torna en inhábil como decisión jurisdiccional…"; y solicitó se haga lugar al recurso interpuesto, se declare inconstitucional al tope mínimo aplicable a las figuras legales previstas en el art. 5 inciso "c" de la ley nº 23.737 y se imponga a Gladis Fabiana Gómez una pena de 3 años de prisión de ejecución condicional.

3°) Que, durante el plazo del art. 465 -primera parte- y 466 del CPPN dispuesto a fs. 297, se presentó la Defensora Pública Oficial y reeditó en lo sustancial los argumentos esgrimidos en la presentación casatoria (fs. 298/300vta.).

4º) Que a fs. 305 se dejó constancia de haberse cumplido con las previsiones del art. 468 del rito.

En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición y de admisibilidad, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 CPPN), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459), y se invocó el art. 456 del mismo ordenamiento legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por

revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que, liminarmente, corresponde relevar que se desprende del acuerdo de juicio abreviado celebrado en el *sub examine* que el Fiscal General solicitó -en cuanto aquí importa-: "…se condene a G[redacted] G[redacted] F[redacted] […] a la pena de Cuatro (4) años de prisión…" (cfr. fs. 261/vta.).

Posteriormente, en el acta de audiencia de *visu* glosada a fs. 265/266, se dejó constancia de que la defensa instó -por los argumentos allí expuestos- que: "…se aparte del mínimo ya que el fin de la pena es la resocialización y detener a la imputada acarrearía consecuencias sociales y económicas altamente perjudiciales" y por ello peticionó que: "…la pena mínima sea de 3 años de prisión y de ejecución en suspenso".

Corrida la vista al Fiscal General, refirió que: "…está en un todo de acuerdo con la Defensa. Que si bien se hizo el procedimiento del juicio abreviado, mantiene ese acuerdo en cuanto respecta a la pena de la imputada Zárate pero distinta es la situación de la acusada G[redacted] F[redacted]

[redacted], siendo que: "…tomó examen de visu de la coimputada, es una mujer que tiene tres hijos que viven con ella y cree que la imposición de una pena privativa de libertad hoy provoca un caos, hay un desequilibrio en la logicidad del cumplimiento de la pena".

Asimismo, [redacted] afirmó que: "[l]as reglas en este caso resultarían injustas, estuvo detenida cinco meses, trabaja, vive con su familia, no hay antecedentes de que haya vuelto a delinquir", y por ello entendió que: "[l]as razones humanitarias deben hacer que los jueces deban decir que es justo, en el marco de la razonabilidad. No todas las situaciones de los imputados son iguales".

En definitiva, el representante de la vindicta pública consideró que: "…se puede hacer lugar, realizándose un informe socio ambiental amplio, de la escuela de los chicos, sus notas. Los chicos están entrando en la adolescencia, es una madre casi soltera y la sustracción de la madre de su casa va a provocar un descalabro importante".

En estas condiciones, el recurso de casación debe ser acogido toda vez que la posición del Ministerio Público Fiscal limitaba la jurisdicción del *a quo* para adoptar una solución más gravosa, en tanto la imposición de una pena más grave que la requerida por la acusación resultó consecuencia de la exclusiva actividad de los magistrados (cfr., en el mismo sentido, causa nº 15.272, caratulada: "Medina, Raúl Darío s/recurso de casación", reg. 13/15, rta. 9/2/2015).

Sobre este marco, menester es evocar que: "…la característica principal del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio previsto por nuestra Constitución Nacional

implica: '…la división de poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir' (cfr. causa nº 15.196, caratulada: "Gómez, Marcelo José s/recurso de casación", reg. nº 536/14, rta. 9/4/2014, con sus citas).

Sumado a ello, desde siempre se ha enseñado que: "La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que […] es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón: Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, p. 567).

En este sentido, corresponde destacar que: "…la potencialidad de la función jurisdiccional se ve limitada -en primer término- por la existencia de contradicción, es decir, controversia planteada por las partes ante el juez. Seguidamente, por el límite de la pretensión acusadora como garantía de equilibrio, al cumplir la función de salvaguarda del derecho de defensa en juicio del encausado, preservando además la imparcialidad del juzgador" (cfr. causas nº 1553/13, caratulada: "Bocanegra Castro, Liliana Yaquelin s/recurso de casación", reg. nº 665/14, rta. 30/4/14; causa nº 564/2013, caratulada: "Orozco Martínez, Jaquelina Natalia

s/ recurso de casación, reg. nº 2375/13, rta. 20/12/2013 y, en similar sentido en causa nº FMZ 2548/2013/1/CFC1, caratulada: "Martos Azcurra, Mariana Lourdes s/ recurso de casación", reg. nº 557/14, LEX nº 71/2014, rta. 11/4/2014).

Asimismo, cabe traer a colación lo señalado por la juez Ledesma en la causa nº 13.991, caratulada: "Barreiro, Luis Manuel s/recurso de casación" (reg. nº 19.762, rta. 26/3/12, con sus citas), en cuanto mencionó que: "…el principio de contradicción, no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es un presupuesto de la existencia del mismo: 'sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por lo tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso", a lo que corresponde agregar que: "…el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas…" (cfr. CIDH, caso "Castillo Petruzzi y otros", 30/5/1999, parágrafo 161).

En suma, asiste razón al casacionista respecto de la limitación que supone la solicitud de pena efectuada por la acusación. Sobre ello, cabe memorar los precedentes de esta sala donde -con fundamentos y citas a las que se remite en razón de brevedad- se sostuvo que: "…la formulación de un determinado monto de pena es un límite para el tribunal y no puede agravarse la situación del imputado sin expreso pedido de la acusadora, sea público y/o privado…" (causa nº 12.945, caratulada: "Saavedra, Juan Carlos y otros s/recurso de casación", reg. nº 19.656, rta. 09/02/2012; causa nº 10.094, caratulada: "Villarrubia, Alejandro H. J. y otro s/recurso de casación", reg. nº 20.303, rta. 08/08/2012; causa nº 7649, caratulada: "Solohaga, Sergio A. s/recurso de casación", reg.

nº 20.678, rta. 16/10/2012; causa N° 8580, caratulada: "López, Jorge Hugo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. nº 20.756, rta. 01/11/2012).

Por lo expuesto, en las especiales circunstancias del *sub examine* y con estricto apego al mandato acusatorio, se impone hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa, y anular parcialmente el punto dispositivo I en cuanto a la aplicación de una pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En consecuencia, corresponde apartar al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta y devolver las actuaciones para que tome razón de lo aquí resuelto, y disponga lo necesario para que, se desinsacule el nuevo tribunal que deberá fijar -previa audiencia de partes y *de visu* del encausado- una nueva sanción, de acuerdo a los parámetros aquí establecidos (arts. 173, 471, 530 y ccds. CPPN).

[redacted] Tal, mi voto.

El señor juez **Pedro R. David** dijo: [redacted]

He de disentir con el colega preopinante por cuanto de acuerdo a mi criterio el tribunal ha fundado válidamente la imposición de la pena de cuatro años de prisión acordada por las partes en el acuerdo de juicio abreviado suscripto, que resulta adecuada al grado de injusto y culpabilidad demostrado por la imputada, sin que dichas pautas trasunten arbitrariedad, irrazonabilidad o desproporción —y que además es el mínimo previsto en la escala para el delito de transporte de estupefacientes-; es dable señalar que el

pronunciamiento goza en definitiva, sobre el punto, de la fundamentación requerida para un acto jurisdiccional válido (art. 123, 404, inc. 2º del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Que, en las especiales circunstancias del caso, adhiero al voto del juez Slokar. Sólo agregaré algunas consideraciones.

El Fiscal General solicitó la imposición de una pena en suspenso, atendiendo a la situación de vida de G[redacted] y las consecuencias irrazonables e injustas que ocasionarían tanto a ella como a sus hijos, la imposición de una pena de efectivo cumplimiento.

El tribunal, por su parte, aplicó una pena mayor, en contradicción con el principio acusatorio, extensamente desarrollado por el colega en el voto que abrió este acuerdo.

Ahora bien, pese a la exclusión de factores de género en la legislación penal de nuestro país, son varios los instrumentos internacionales relacionados con la mujer, que proveen un especial abanico de garantías para ellas: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer (1994).

La Asamblea General de Naciones Unidas se ocupó del caso de las mujeres que cometieron delitos o fueron imputadas de ello mediante las "Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas" conocidas como las Reglas de Bangkok. (adoptadas por 193 países participando en la

Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010 -A/RES/65/229-),

Estas reglas constituyen normas de soft law dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

Para el caso en examen resulta destacable la regla 57 que dispone "se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de los hijos".

A su vez, la regla 58 establece que, "teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3 de las Reglas de Tokio, no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. **Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena**(http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BangkokRules.aspx -el resaltado me pertenece-).

Por su parte, en el ámbito interamericano, en el año 2013 (Antigua, Guatemala) la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, debatió la necesidad de ampliar los enfoques en el tema específico de las drogas y, con respecto a la participación de las mujeres, la Asamblea resaltó la importancia de que "…las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda,".

La Declaración de Antigua reconoce el enorme costo humano y financiero que representan las drogas ilícitas y los intentos actuales por controlarlas y declara que "… es fundamental que en el hemisferio se continúe avanzando de manera coordinada en la búsqueda de soluciones efectivas al problema mundial de las drogas bajo un enfoque integral, fortalecido, equilibrado y multidisciplinario, con pleno respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, que incorpore la salud pública, educación, e inclusión social, junto a acciones preventivas para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas, así como el impulso del desarrollo local y nacional." (http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-010)

Con respecto a la participación de las mujeres, la Declaración resalta la importancia de que "…las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda," y alienta a los Estados Miembros de la OEA a que "…de conformidad con su legislación nacional, a que continúen fortaleciendo sus acciones y políticas, incluyendo un enfoque de género según corresponda, tendientes a reducir el hacinamiento carcelario, con la promoción del mayor acceso a la justicia para todos, respetando la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento, cuando corresponda, particularmente mediante el aumento del acceso a la rehabilitación, el cuidado integral de la salud y los

programas de reintegración social; y, en este sentido, alientan a los Estados Miembros a esforzarse por incorporar a sus prácticas las disposiciones pertinentes de las reglas y normas de las Naciones Unidas" (Declaración de Antigua: http://scm.oas.org/ag/documentos/ también en el sitio http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp)

La posición del Representante del Ministerio Público resulta, a mi criterio, acertada pues es acorde a una política pública internacional encaminada a tratar de manera diferenciada los procesos penales en los que las personas imputadas son mujeres.

Es que, con criterios aparentemente objetivos, se diseñaron leyes y procedimientos que se aplican indistintamente a hombres y mujeres. Sin embargo, La paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, más aún cuando se trata de un grupo humano que padece profundas desigualdades y que ingresan a un sistema penal plagado de prácticas jurisdiccionales e institucionales patriarcales, sufriendo así una mayor discriminación y marginación.

Resulta imperioso que los operadores judiciales podamos advertir a tiempo los indicadores de situaciones especiales y excepcionales como las ventiladas en el presente, más aún cuando son introducidas por las partes al proceso.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, y **ANULAR** parcialmente el punto dispositivo I en cuanto a la aplicación de una pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En consecuencia, corresponde **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta y **DEVOLVER** las actuaciones para que tome razón de lo aquí resuelto, y disponga lo necesario para que, se desinsacule el nuevo tribunal que deberá fijar -previa audiencia de partes y *de visu* del encausado- una nueva sanción, de acuerdo a los parámetros aquí establecidos. **SIN COSTAS** (arts. 173, 471, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ANGELA ESTER LEDESMA

ALEJANDRO W. SLOKAR

Dr. PEDRO R. DAVID