

Reg.nº334/2018

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de abril de 2018, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Alberto Huarte Petite y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 252/254 en este proceso nº CCC 21455/2014/TO1/CNC2 – CNC1, caratulado “U., E. O. s/ abuso sexual”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal nº 8 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a E. O. U. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por tratarse del ascendiente de la víctima; e imponerle, durante el término de cuatro años, las obligaciones de fijar domicilio y someterse al cuidado de un patronato, realizar un tratamiento psicológico tendiente a superar la patología consignada a fs. 128/131 y abstenerse de acercarse y/o mantener cualquier tipo de contacto con la víctima (artículos 27 *bis*, incisos 1º, 2º y 6º, 45 y 119, primer párrafo, en función del párrafo cuatro, inciso b. y del último párrafo del Código Penal de la Nación –fs. 246/248–).

II. Contra la imposición de condiciones en los términos del art. 27 *bis* del Código Penal, la defensa pública oficial interpuso recurso de casación (fs. 252/254), que fue concedido por el *a quo* (fs. 255) y mantenido en esta instancia (fs. 258).

Por su parte, la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite dispuesto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 260).

III. En el término de oficina, previsto en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó la defensora pública Dra. María Florencia Hegglin, a cargo de la Unidad de Actuación nº 3 ante esta Cámara (fs. 263/265).

IV. Superada la etapa contemplada en el artículo 465, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, con fecha 24 de mayo de 2017, resolvió condenar a E. O. U. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por tratarse del ascendiente de la víctima; e imponerle, durante el término de cuatro años, las obligaciones de fijar domicilio y someterse al cuidado de un patronato, realizar un tratamiento psicológico tendiente a superar la patología consignada a fs. 128/131 y abstenerse de acercarse y/o mantener cualquier tipo de contacto con la víctima.

Esa decisión fue consecuencia del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, esto es, el juicio abreviado, oportunidad en la que el condenado, con la asistencia de su defensor, acordó con la representante del Ministerio Público Fiscal la pena a imponer.

Contra esa resolución, la defensa del señor E. O. U. interpuso recurso de casación, pues entendió que el tribunal *a quo* había excedido los términos del acuerdo pactado al imponerle a su asistido la prohibición de acercarse y/o de mantener cualquier tipo de contacto con la víctima, en tanto esto no había sido específicamente estipulado.

Pues bien, los términos en que viene planteada la cuestión exigen, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógica-jurídica que informa al marco legal en función del cual fue dictada la sentencia de condena, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 *bis* del código de forma (conf. ley n° 24.825). Ello es así, en tanto se trata en el caso de analizar si el *a quo*, al momento de dictar sentencia, sobre la base de lo acordado previamente por las partes, debía ceñirse a los términos de dicho acuerdo, o podía, en cambio, modificarlo.

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como Juez integrante del Tribunal Oral en lo

Criminal nro. 23 de esta ciudad, a partir del dictado del precedente “Osorio Sosa, Apolonio” (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica La Ley, del 30 de abril de 1998), y como integrante de esta cámara, a partir del precedente “B.” –proceso n° CCC 48341/2013/TO2/CNC1, registro n° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015 (ver voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular la propuesta de acuerdo de juicio abreviado y la sentencia de condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 respecto de E. O. U. (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes. del Código Procesal Penal de la Nación). Hacer saber al Tribunal de origen lo resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones y, una vez radicado el proceso ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación.

El juez Pablo Jantus dijo:

Conforme los parámetros desarrollados en la causa n° 58207/2006/TO1/CNC1, caratulada “M., R. A. s/ estafa” de esta Sala (Rta. 30/9/2016, Reg. n° 772/2016), entiendo que las reglas de conducta, introducidas a través de la Ley n° 24.316 al título correspondiente a la condenación condicional del Código Penal, integran la pena y producen un agravamiento de dicho régimen de cumplimiento de la sanción penal. Ello es así en la medida en que su imposición significa la adición de condiciones cuya desatención puede dar lugar a la efectiva ejecución de la sanción de prisión o reclusión suspendida (art. 27 *bis* último párrafo CP).

Creo que la necesidad de imponer las reglas y sus alcances son cuestiones que merecen ser debatidas, por la incidencia y proyección que tienen en la pena a discernir, y observo que en este caso no ha sido acordada por las partes en términos del art. 431 *bis* CPPN.

En este sentido, es pertinente considerar también la discusión en torno al carácter facultativo u obligatorio de la imposición de dichas condiciones. Si bien es cierto que la norma establece que al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal *deberá* disponer que el condenado cumpla todas o alguna de las reglas de conducta allí establecidas, también lo es que establece ese proceder sólo en la medida en que resulten adecuadas en términos de prevención especial. Esto es así en la medida en que “si en el inicio hallare el tribunal que ninguna de las reglas resultan »adecuadas« para el caso *sub iudice*, estará libre de su deber de imponerlas y regirá en la materia el art. 26, no derogado ni modificado” (cf. I. De Benedetti y C. M. Pera de De Benedetti, comentario a los arts. 26 a 28, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por E. R. Zaffaroni, Hammurabi, Bs. As., 2016, 2ª ed., nueva serie, t. 1, p. 488).

Esta circunstancia relativiza el precepto de obligatoriedad y viene a dar cuenta, según sostengo, que se trata de una cuestión que debe ser analizada y debatida en el caso concreto, ya que su aplicación por parte del tribunal, al no resultar un instituto procedente en todos los casos –salvo, claro está, la condición de no cometer otro delito en el plazo de cuatro años establecida en el art. 27 CP– puede afectar, como aquí, la eficaz defensa del imputado.

De tal forma, al fallar el Tribunal como lo hizo, imponiendo la regla de conducta prevista en el art. 27 *bis* cit. inciso 2º sin que la fiscalía la incluyera en su pretensión punitiva, colocó a la defensa en una situación desfavorable y sorpresiva; en suma, dicho procedimiento importó una decisión *extra petita* que afectó el derecho fundamental a la defensa en juicio del imputado.

Sobre este aspecto, conforme sostuve al decidir en la causa n° CCC 14986/2014/TO1/CNC1 de esta Sala, caratulada “Sirota Rubén Darío s/ robo con armas” (Rta. 9/10/15, Reg. n° 540/2015), considero que el sistema de enjuiciamiento acusatorio (art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) integra el derecho fundamental a la defensa en juicio al concentrar los valores de presunción de inocencia,

imparcialidad del juzgador, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba por parte de la acusación, y de allí resulta una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias, de modo que la labor jurisdiccional reconoce como límite la resolución, como tercero imparcial, de un conflicto de intereses, sin ir más allá de las pretensiones de las partes.

Si así no lo hace, priva a la defensa de presentar sus argumentos, colocándola en una situación más desfavorable y sorprendiéndola con la solución del caso, lo que no puede admitirse.

En este caso en particular, en el que se adoptó el procedimiento regulado en el art. 431 *bis* citado, es de destacar la exigencia de dicha norma de que el fiscal concrete su petición punitiva y que la defensa y el imputado consientan las cuestiones que allí se tratan –vinculadas, como ya se mencionó, con la existencia del hecho, la participación del acusado y la calificación legal–. Ello supone, ciertamente, que el acusado conozca la sanción penal pretendida, que no puede ser agravada por el límite que marca el inciso 5° del mismo ordenamiento, inspirado no sólo en principio de enjuiciamiento acusatorio, sino fundamentalmente en respetar los alcances de un acuerdo que aquél suscribe y que conlleva a la resignación de su derecho fundamental a un juicio adecuado a los parámetros reiteradamente establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: acusación, defensa, prueba y sentencia (art. 18 cit., cf. *Fallos*: 125:10; 127:36; 308:1557, entre otros).

La especial preocupación de la ley por la presencia y asesoramiento permanente del defensor en el trámite de juicio abreviado tiene por objeto asegurar que el consentimiento que presta el imputado sea libre, lo que presupone una amplia información de sus consecuencias y de las alternativas que tiene frente al proceso y que se relacionan también con la ejecución de la sanción.

Obviamente, esta estructura supone una severa evaluación de la situación por parte del defensor, que es quien, en definitiva, debe asesorar al interesado acerca de la conveniencia de firmar el pacto con esa calificación jurídica y esa pena. Por ende, si suscriben el acuerdo, es porque han evaluado que la calificación y la sanción resultan adecuadas a la naturaleza del hecho atribuido (cf. causa n° 23.150/2014/TO1/CNC1 de esta Sala,

caratulada “Zapata, Pablo Ariel y otro s/recurso de casación”, Rta. 2/9/15, Reg. n° 419/2015).

En virtud de las consideraciones expuestas propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular el punto dispositivo II del fallo cuestionado, en punto a la prohibición de acercarse y/o de mantener cualquier tipo de contacto con la víctima; sin costas (arts. 456, 457, 469, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. En el reciente caso “**H.**” (causa 68897/2015/TO1/CNC1, caratulada “H., E. B. s/ robo”, res.: 14/3/18; reg. 248/2018), dejé asentada mi posición respecto de las distintas aristas que presenta la imposición de una pena de decomiso en el procedimiento abreviado, criterio que, análogamente, resulta de aplicación al presente.

Allí, entre otras cosas, consideré acertada la línea argumental trazada por el juez Bruzzone en su voto disidente como integrante de la Sala de Turno (Reg. S.T. 519/15, del 10.7.2015), en cuanto analicé la aplicación de la pena de decomiso en los casos de juicio abreviado como una consecuencia jurídica ineludible en caso de recaer condena (siempre que ello correspondiese), pero que deberá ser, de todos modos, “dada a conocer” por el Fiscal y el Tribunal con anticipación al dictado de la sentencia, para posibilitar al imputado, de ese modo, un conocimiento completo sobre todas las consecuencias que a su respecto podrían derivarse, de mantener su decisión de ser juzgado con arreglo al procedimiento de juicio abreviado.

En el caso de autos, al suscribir el acuerdo de fs. 242, U. aceptó su responsabilidad en los hechos que aquí se le atribuyeron y su calificación legal, y se anotició a su vez del monto de la pena principal que por ello se requirió, al igual que de las reglas previstas por los incisos 1°, 6° y 8° del art. 27 *bis*, CP, las que fueron mencionadas expresamente en el marco de la petición efectuada por la Fiscalía.

Sin embargo, ni en aquél acto, ni en la audiencia prevista por el art. 41 CP (art. 431 *bis*, inc. 3°, CPPN), ni en ningún otro momento anterior al pronunciamiento recurrido, se hizo saber al imputado y/o a su defensa la eventual imposición de una condición adicional (art. 27 *bis*, inc 2°, CP),

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21455/2014/TO1/CNC2 - CNC1

cuestión que recién se decidió en oportunidad de dictar la sentencia condenatoria.

Consecuentemente, si bien la regla de conducta -en abstracto- se apreciaría procedente en el caso (conforme el hecho que se tuvo por probado en la sentencia), en función del razonamiento hasta aquí efectuado, lo cierto es que no fue válidamente dispuesta.

II. Con sustento en tales consideraciones, comparto la solución que propone el colega Jantus en su voto en miras de hacer lugar al recurso de casación de la defensa, casar y anular la decisión recurrida sobre este punto, sin costas (arts. 471, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **ANULAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo II de la sentencia recurrida y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la imposición al imputado E. O. U. de la regla de conducta consistente en abstenerse de acercarse y/o de mantener cualquier tipo de contacto con la víctima; sin costas (arts. 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N.; y Lex 100), y remítase al tribunal de radicación del proceso, donde deberá notificarse personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS
-en disidencia-

ALBERTO HUARTE PETITE

PABLO JANTUS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA