

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

REGISTRO NRO. 6

//la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de junio del año dos mil cinco, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Ana María Capolupo de Durañona y Vedia como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Amelia Lydia Berraz de Vidal como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Daniel Enrique Madrid, a los efectos de resolver los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 24/31 vta. de la presente causa Nro. 5314 del Registro de esta Sala, caratulada: “**PRE-VENDAR, Nicolás s/recurso de casación y de inconstitucionalidad**”; de la que **RESULTA:**

I. Que el Juzgado Nacional de Menores Nro. 5 de la Capital Federal, en la causa Nro. 13-11.024 del Registro de la Secretaría Nro. 13, con fecha 7 de enero de 2005, resolvió no hacer lugar a la exención de prisión de Nicolás PREVENDAR, bajo ningún tipo de caución (arts. 316 a *contrario sensu* y 319 del C.P.P.N.) - (fs. 5/5 vta.).

II. Que dicha decisión fue apelada a fs. 7/8 por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Marta BONOMI, asistiendo a Nicolás PREVENDAR. La Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, con fecha 28 de enero de 2005, confirmó el auto de fs. 5/5 vta. por el que no se hizo lugar a la exención de prisión requerida (fs. 21).

III. Que contra esa última resolución la señora Defensora nombrada interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad (fs. 24/31 vta.), los que fueron concedidos a fs. 35 y mantenidos a fs. 43 por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Laura Beatriz POLLASTRI, sin adhe-

sión por parte del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar PLEÉ (fs. 42).

IV. Que la recurrente entiende, en primer término, que la resolución atacada es objetivamente recurrible por arbitrariedad, dada su ausente o errada motivación (arts. 123 y 456, inc. 2º), del C.P.P.N.), toda vez que dice que el *a quo* ha decidido el pedido de la parte sin atender a la situación y comportamiento del defendido. De esta manera, sostiene, se concluyó en privar de libertad a un individuo sin detenerse a analizar la existencia de algún peligro procesal, o sea peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Por otra parte, en relación a la aplicación de las disposiciones del art. 41 del C. P., manifiesta que se ha ignorado en la resolución en crisis el análisis del hecho investigado, violando de este modo los derechos constitucionales de PREVENDAR, debido a que dicha cuestión podría beneficiarlo. Así, los jueces no han argumentado, la configuración del agravante de mención.

En segundo término y ante una certera, según manifiesta la defensa, violación de normas y garantías constitucionales, entiende la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 474 del C.P.P.N.). Refiere que la interpretación que se hizo de los arts. 316, 317 y 319 del Código adjetivo de ninguna manera resulta conciliable con el carácter restrictivo de las medidas privativas de libertad durante el proceso, y afecta certeramente el principio de inocencia, derecho de libertad y debido proceso legal.

V. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se presentó el señor Fiscal General doctor Raúl Omar PLEÉ a fs. 47/48 vta., quien manifestó que la escala penal prevista en el delito que se le imputa a PREVENDAR -robo agravado por su comisión en poblado y en banda, y por haber sido cometido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad (arts. 167, inc. 2º, 41 *quater* y 45 del Código Penal)- impide que sea beneficiado por el instituto contemplado en el segundo párrafo del art. 316 del C.P.P.N., quedando por

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

ende excluido de dicho beneficio.

En cuanto al argumento de la defensa que pretende la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que efectuó el Tribunal de origen del art. 316 del C.P.P.N., entiende que no procede por carecer de autosuficiencia, ya que al alegar que le fueron violados derechos constitucionales, no explicita de qué manera la resolución recurrida incidió negativamente sobre ellos.

VI. Que, luego de realizada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 55, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, **Amelia Lydia Berraz de Vidal y Gustavo M. Hornos.**

La señora juez Ana María Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

I. Que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente procedente en la instancia en forma parcial, pues además de haber cumplido la parte con las exigencias del art. 463 del C.P.P.N., la naturaleza de la decisión contra la que se recurre, como la índole federal de las cuestiones planteadas, obliga la intervención de esta instancia, conforme lo ha señalado la C.S.J.N. *in re* “HARGUINDEGUY, Eduardo Albano y otros s/sustracción de menores, incidente de excarcelación de Emilio Eduardo Massera” del 23 de marzo de 2004 (H. 101.XXXVII) y más recientemente -3 de mayo de 2005- *in re* “DI NUNZIO, Beatriz Herminia s/excarcelación” (D. 199.XXXIX) en la que se estableció que “...*siempre que se invoquen agravios*

de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48”.

El recurso de casación incoado ha de ser rechazado, justamente por ello, en cuanto se duele la defensa de PREVENDAR de la subsunción jurídica que provisionalmente el instructor ha otorgado a los hechos imputados al nombrado al modificar su procesamiento, máxime cuando no se ha ocupado la parte de demostrar que la cuestión le haya provocado en forma directa un agravio de naturaleza federal (en tal sentido, de esta Sala IV, causa Nro. 5124, “BERAJA, Rubén Ezra y otros s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6642, rta. el 26/5/05 y sus citas).

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto tampoco resulta admisible en la instancia, atento a que la recurrente no había solicitado al sentenciante la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de que se duele, tal como exige el art. 474 del ordenamiento ritual. No obstante tal obstáculo formal, no puede perderse de vista que, de todos modos, el agravio constitucional que trae la parte a esta instancia encontrará tratamiento en el contexto de la intervención de esta instancia como tribunal intermedio, conforme se indicó precedentemente.

II. Fijado el ámbito jurisdiccional de esta Cámara, cabe recordar que en el precedente de esta Sala IV, “PIETRO CAJAMARCA, Guido Angelino o PAREDES CASTRO, Guido Carlos s/recurso de casación” (causa Nro. 5199, Reg. 6522, rta. el 20/4/05) se ha señalado en lo sustancial, en cuanto aquí atañe, que nuestras disposiciones legales (de naturaleza

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

constitucional e infra constitucional) exigen que el encarcelamiento preventivo debe satisfacer los requisitos de ser: a) ser necesario, b) indispensable, c) de duración razonable y d) proporcionado, bien para su imposición como su legitimación en el tiempo.

Conforme a la primera de las aludidas cualidades se señaló, con apoyo en vasta jurisprudencia nacional e internacional, como también con cita de prestigiosa doctrina, que el encarcelamiento cautelar debía encontrar fundamento en la necesidad de neutralizar riesgos de naturaleza procesal que la libertad del imputado pudiese representar.

Asimismo, se dijo allí que aún cuando la imputación de delito por el que puede recaer una pena de efectivo encierro pueda resultar un elemento relevante al momento de analizar la presunción de fuga, esa sola circunstancia no permite dejar de lado el análisis de otros elementos de juicio que pueden posibilitan un mejor conocimiento de la concreta existencia de ese riesgo.

La imputación de un delito determinado no puede, por ello, ser tomada como una circunstancia excluyente de cualquier otra en el análisis que corresponde efectuar a la luz de lo dispuesto por los arts. 280, 312 y 316 a 319 del C.P.P.N. que, conforme la interpretación sostenida, resultan respetuosos de la regulación constitucional que la materia posee.

III. Sentado ello, cabe analizar la resolución recurrida, en la que, básicamente, se señala que *“la calificación legal del hecho por el que Pre-vendar se encuentra procesado, la cual, modificada oportunamente en*

esta alzada, sustento la prisión preventiva que le alcanza (fs. 47 de los testimonios que corren por cuerda), permite considerar, habida cuenta que no se observa pauta objetiva alguna que permita variar dicha decisión, que la situación procesal del nombrado no se enmarca en ninguna de las hipótesis permisivas del art. 316 del C.P.P.N.”

Ahora bien, la prisión preventiva a la que alude el *a quo* fue impuesta teniéndose en cuenta que se le imputaba a PREVENDAR la comisión del delito previsto por el art. 167, inc. 2º, en función del art. 41, *quarter*, ambos del Código Penal. Así, se señaló que llevaba razón el Agente Fiscal *“en tanto la pena prevista para el delito que se les atribuye no permitiría para su caso una condena de ejecución condicional, al superar el mínimo de dicha escala la condición establecida por el art. 26 del C.P. y por consecuencia de aplicación del art. 312 del C.P.”* (fs. 47 del incidente caratulado *“Testimonios reservados en la causa Nro. 11.024 respecto a las rebeldías ordenadas respecto de Juan Pablo Orellana y Nicolás Prevendar”* que corre por cuerda).

Se revocó así, parcialmente, el auto por el que se modificó el procesamiento de PREVENDAR (agravándose la imputación en los términos del citado art. 41, *quarter*, del C.P.) y que había resuelto mantener la libertad provisional del nombrado oportunamente decretada (punto IV de la parte dispositiva) teniendo presente que tanto éste como su coimputado *“carecen de antecedentes condenatorios o de otros procesos penales en trámite -ver fs. 58/60-, a lo cual cabe agregar que cuentan en autos con domicilio conocido y la preocupación de sus respectivos grupos familiares permiten concluir a la suscripta que los mismos no ofrecerán reparos en presentarse ante la sede del juzgado al ser solicitada su presencia... No hay motivos para pensar que los encartados intentarán eludir la acción de la justicia, lo cual también se desprende de la compulsa del incidente de autorización de viaje de Prevendar, que corre por cuerda a la causa, en el cual el Fiscal no se opuso a la concesión de lo solicitado y el beneficiario cumplió satisfactoriamente con la condición impuesta”* (fs. 37/46 vta.,

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

ídem).

En relación con la cuestión, no puede tampoco desconocerse que la recurrente, al solicitar la exención de prisión de su asistido resaltó la constante puesta a derecho de él ante cada requerimiento del Tribunal en diversas oportunidades (fs. 1 vta., tercer párrafo), y tales argumentos fueron reiterados al apelar la decisión que le fue adversa (fs. 18).

IV. Expuestos los antecedentes citados, se advierte con claridad que la decisión del *a quo* de denegar a PREVENDAR el derecho a su libertad ambulatoria durante la sustanciación del proceso se ha apoyado exclusivamente en la imputación del delito que se le endilga, concordantemente con la decisión que había adoptado al dictar su prisión preventiva, sin sopesar siquiera las razones que el juez de primera instancia tuvo en consideración para no tomar tal decisión, y sin analizar, obviamente, la posibilidad de mantener la libertad de PREVENDAR que el art. 312, primer párrafo *in fine*, del C.P.P.N. establecía.

Por lo demás, aun cuando la Cámara de Apelaciones ha indicado que “*no se observa pauta objetiva alguna que permita variar dicha decisión*”, tal afirmación no queda sino en un plano meramente dogmático, pues no se la ha vinculado con ninguna circunstancia concreta del caso, ni mucho menos con las que la defensa tuvo en consideración.

Se advierte así, en definitiva, que la decisión recurrida se ha apartado de la interpretación de las disposiciones que regulan el encarcelamiento preventivo que corresponde adoptar en armonía con nuestro texto constitucional, resultando insuficientemente fundada en consecuencia, razones éstas que obligan a anularla y devolver las actuaciones a la Cámara

de *a quo* a efectos de que se pronuncie nuevamente sobre la decisión apelada con apego a los considerandos de este pronunciamiento.

Tal decisión debe adoptarse aun cuando, tras el dictado de la prisión preventiva de PREVENDAR, se ordenó su detención y, no pudiendo ser concretada tras el “resultado negativo” del allanamiento de su domicilio, y estando éste notificado también en su domicilio constituido de su situación procesal, se declaró su rebeldía y se dispuso orden de captura a su respecto.

Es que corresponde que sea el *a quo* el que, teniendo en cuenta tal situación particular, junto con todas las restantes circunstancias relevantes del caso, decida fundadamente si corresponde privar preventivamente de la libertad a PREVENDAR.

V. Por lo expuesto, propicio: 1) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, parcialmente, el de casación incoado en tanto se agravia la recurrente de la calificación en que se sustenta el procesamiento de Nicolás PREVENDAR; y 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación y anular el auto de fs. 21 mediante el cual se confirmó el auto de fs. 5/5 vta. por el que no se hizo lugar a la exención de prisión requerida en favor de Nicolás PREVENDAR, debiendo devolverse las actuaciones al *a quo* a fin de que, por intermedio de la Sala que corresponda, se dicte un nuevo fallo conforme a derecho, sin costas (arts. 123, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

La señora juez Amelia Lydia Berraz de Vidal dijo:

Por coincidir sustancialmente con las consideraciones expuestas por mi colega preopinante, adhiero a la solución propuesta.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Respecto del planteo de inconstitucionalidad incoado debo señalar que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que cuando conoce en la causa por la vía del art. 14 de la ley 48, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exigen el art. 15 de esa norma y la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 226:688; 242:73; 300:241, 1087).

En virtud de ello, teniendo en cuenta que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional (de esta Sala IV, causa Nro. 1124, “BOHN, Jerónimo Aníbal s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1667, rta. el 28/12/98), y que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia y acierto del criterio adoptado por el legislador (C.S.J.N., Fallos 253:362; 257:127; 308:1631, entre otros), se infiere que el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la Defensa no está debidamente fundado, por lo que corresponde su rechazo.

Es que la parte impugnante basa -en lo sustancial- la contradicción de los artículos que ataca del C.P.P.N. con las normas constitucionales, en su disconformidad con la decisión de la Cámara *a quo*, que resulta violatoria de los principios de inocencia y de racionalidad de los actos de gobierno, de la libertad ambulatoria y del debido proceso legal; aduciendo, además, la falta de motivación que refleja una clara arbitrariedad; sin que haya rebatido de manera completa los fundamentos brindados por el Tribunal de origen para rechazar idéntico planteo al aquí arrimado.

A mayor abundamiento debe recordarse que la C.S.J.N. ya ha

expresado frente a un planteo de inconstitucionalidad que la impugnación constitucional de los arts. 316, 317 y 319 del C.P.P.N. no se justifica pues ellas no constituyen sino una razonable reglamentación del derecho constitucional de obtener la libertad en tanto no medie sentencia penal condenatoria (Fallos 322:1605; y en igual sentido esta Sala IV, en causa Nro. 4474, “ALSOGARAY, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, Reg. Nro. 6674, rta. el 9/6/05 y causa Nro. 5124, “BERAJA, Rubén Ezra s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6642, rta. el 26/5/05).

II. Ingresando ahora al recurso de casación, considero que la denegatoria de la exención de prisión resuelta por el Juzgado Nacional de Menores Nro. 5 de esta ciudad se ajusta a una correcta exégesis de la normativa aplicable al caso, toda vez que el delito por el cual se procesó a Nicolás PREVENDAR -robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y por haber sido cometido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad, previsto y penado en los arts. 167, inc. 2º, en función del 41, *quater* y 45 del C.P.- cuenta con un máximo que excede el tope de 8 años previsto por los arts. 316 y 317, inc. 1º), del C.P.P.N. y, además, por su mínimo impide que la condena se aplique de manera condicional.

Además, no ha indicado la parte que el nombrado se encuentre en alguno de los supuestos de los incs. 2º), 3º), 4º) y 5º) del art. 317 del C.P.P.N.

Asimismo, la constancia destacada por el juzgado de mérito en cuanto a que el imputado se profugó frente al dictado de la prisión preventiva ordenada por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -desde el 9/9/04 hasta la fecha- resulta por demás relevante a fin de evaluar su voluntad de estar a derecho en los términos del art. 319 del C.P.P.N. que la defensa invoca (fs. 47/49 vta. del incidente de “Testimonios reservados en la causa Nro. 11.024 respecto a las rebeldías ordenadas respecto de Juan Pablo Orellana y Nicolás Prevendar” que corre por cuerda).

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

Por tanto, el razonamiento evidenciado por el Tribunal de mérito en el caso no sólo importa una derivación de la interpretación armónica de las reglas contenidas en los artículos 316, 317 y 319 del C.P.P.N. ya citados, sino que además en modo alguno se advierte contraria a los principios fundamentales incorporados a la Constitución Nacional con esa jerarquía -artículo 75, inciso 22, de la C.N.- en cuanto se protege el derecho a la libertad estableciéndolo como regla en el proceso penal.

De manera que tampoco surge de la decisión adoptada que se haya invertido el principio contenido en Nuestra Ley Fundamental -antes mencionado- mediante una interpretación de la ley que convierta la excepción en regla y a la garantía de la protección de la libertad humana en un privilegio aparente.

Entonces, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso, **cabe concluir que no ha logrado demostrar la esforzada defensa, ni se advierte, que los fundamentos del tribunal constituyan una aplicación irrazonable de las disposiciones procesales que rigen la materia, ni una interpretación contraria a las pautas que exigen la concreta invocación de circunstancias específicas -subjetivas y objetivas- que deben ser valoradas conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (de esta Sala IV, causa Nro. 4512, “SANABRIA FERREIRA, Silverio Florentino s/recurso de queja”, Reg. Nro. 5613, rta. el 15/4/04 y C.S.J.N. “Bramajo, Hernán”, Fallos 319:1840 y “Estévez, José”, Fallos 320: 2105).**

Todo ello, sin olvidar que la arbitrariedad, por su carácter excepcional, y según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, tiene por finalidad cubrir graves falencias de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la resolución en crisis como un acto jurisdiccional válido (Fallos 310:234, 676, 861; 311:341, 571, 904; y 312: 195; entre muchos otros y de esta Sala IV, causa Nro. 3817, “GONZÁLEZ, Gustavo Daniel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 4818, rta. el 23/4/03), y su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución prevista para el caso o una total ausencia de fundamentación; defectos que tampoco se advierten en la solución a la que, en definitiva, se arribó en la resolución recurrida.

En virtud de todo lo expuesto propicio se rechacen los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Defensa Oficial de Nicolás PREVENDAR, con costas.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 24/31 vta., por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Marta BONOMI, asistiendo a Nicolás PREVENDAR, sin costas, y conse-cuentemente **ANULAR** el auto de fs. 21; debiendo la Sala que corresponda dictar un nuevo fallo conforme a derecho (arts. 123, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. NO HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación mencionado en cuanto al agravio de la recurrente acerca de la calificación en que se sustenta el procesamiento de Nicolás PREVENDAR, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

III. NO HACER LUGAR al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 24/31 vta., por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Marta BONOMI, asistiendo a Nicolás PREVENDAR, sin costas (arts. 475, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la

Cámara Nacional de Casación Penal

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara

Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

ANA M. CAPOLUPO DE DURAÑONA Y VEDIA

AMELIA L. BERRAZ DE VIDAL

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí:

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara