

Reg. n° 254/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de abril de 2017, 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, Carlos Alberto Mahiques y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 563/609 en este proceso n° CCC 8009/2014/TO1/CNC1, caratulado “R., J. M. s/ privación ilegal de la libertad”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, por sentencia del 2 de octubre de 2015, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 9 de octubre siguiente, resolvió, en lo que aquí interesa: I) rechazar los planteos de nulidad e inconstitucionalidad efectuados por la defensa; II) condenar a J. M. R. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de sustracción y retención de una persona con el fin de obligarla a tolerar algo contra su voluntad, agravado por tratarse la víctima de una persona a quien el imputado le debe un respeto particular, en concurso real con el delito de desobediencia; III) absolver a J. M. R. por el delito de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal; IV) declarar reincidente a J. M. R. (artículos 12, 29, inciso 3°, 45, 50 55, 119, 3° párrafo en función del 1° párrafo, 142 *bis*, inc. 2°, y 239 del Código Penal de la Nación y artículos 402, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Contra esa resolución, la defensa del nombrado interpuso recurso de casación (fs. 563/609), que fue concedido (fs. 610/611) y oportunamente mantenido ante esta instancia (fs. 616).

III. El 4 de diciembre de 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 618).

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4º párrafo, del cuerpo legal citado, el defensor ante esta instancia presentó el escrito obrante a fs. 621/627.

V. En la etapa contemplada en el artículo 468, compareció el Dr. Claudio Martín Armando, Defensor Público Oficial, titular de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara, letrado defensor del señor R. Luego de ese acto procesal las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

VI. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

I

Contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, por la que se condenó al señor J. M. R., la defensa del nombrado interpuso recurso de casación.

En primer lugar, el recurrente consideró que el *a quo* había valorado en forma incorrecta la prueba reunida en el proceso. En tal sentido, manifestó, por un lado, que los sentenciantes omitieron ponderar los dichos de dos testigos que, según la defensa, hacían a su descargo. Asimismo, sostuvo que otras circunstancias relevantes que fueron probadas en la audiencia de debate, no fueron tenidas en cuenta por los magistrados al momento de resolver.

También sostuvo la defensa que, toda vez que el señor R. resultó absuelto por el delito de abuso sexual con acceso carnal, se lo debería haber absuelto también por la privación ilegal de la libertad. Pues, de acuerdo al recurrente, el abuso sexual con acceso carnal se habría cometido en el transcurso de la privación ilegal de la libertad, por lo que, tratándose, a su entender, de un hecho único, con unidad de acción entre el acceso carnal y la privación de la libertad, ello debería haber conducido a los magistrados de la anterior instancia a la absolución de su asistido por la totalidad de los sucesos.

Argumentó asimismo el recurrente, que la conducta endilgada al señor R. resultaba atípica pues, de acuerdo a su criterio, para

que se configure el delito previsto en el artículo 142 *bis*, inciso 2, del Código Penal, se requiere no sólo la privación ilegítima de la libertad, sino que con ella se consiga forzar la voluntad de la víctima, no alcanzando las meras amenazas sobre un mal futuro. En tal sentido, señaló el impugnante que el representante del Ministerio Público Fiscal no precisó el fin coactivo de la conducta desplegada por R., es decir, no especificó cuáles fueron los actos que R. consiguió que J. realizara en función de la privación de la libertad, mientras que fueron los integrantes del Tribunal Oral quienes intentaron subsanar esa omisión, brindando una explicación que resultó, además, breve e insuficiente.

También en relación con el artículo 142 *bis*, inciso 2 del código de fondo, la defensa planteó su inconstitucionalidad en tanto sostuvo que la redacción de la norma era de una vaguedad tal, al contemplar como agravante a aquellas personas a las que se les debe “un respeto particular”, que resultaba violatoria del mandato de certeza derivado del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

En punto al delito de desobediencia por el que también se condenó al señor R., su asistencia técnica planteó la atipicidad de la conducta del condenado pues, de acuerdo a su criterio, la prohibición de acercamiento de 300 metros respecto de la señora J., resultaba de imposible cumplimiento, mientras que, por otro lado, la propia víctima habría desnaturalizado, según el recurrente, la prohibición, al decidir irse con el condenado a su casa ubicada en José León Suárez.

En relación con la determinación de la sanción punitiva, la defensa cuestionó que se le haya impuesto a su asistido el mínimo previsto para el delito más grave, esto es, 10 años de prisión, accesorias legales y costas, ya que, a su entender, el *a quo* debería haber escogido un monto por debajo del mínimo de la escala penal.

Finalmente, el recurrente planteó que el representante del Ministerio Público Fiscal, al momento de alegar, no proporcionó motivos suficientes a fin de justificar el pedido de aplicación del artículo 50 del Código Penal respecto de su asistido, lo que, a su criterio, obstaba a que los sentenciantes impusieran tal instituto. Subsidiariamente, la

defensa postuló la inconstitucionalidad de la norma legal aludida, por entenderla violatoria de diversas garantías constitucionales.

II

En la sentencia impugnada, el *a quo* tuvo por probado que el día 7 de febrero de 2014 en horas de la noche, J. M. R. privó de su libertad a M. S. J., y, con posterioridad a ese suceso, mantuvo esa privación con el fin de obligarla a realizar actos contra su voluntad – llevar junto a él a la pequeña hija de ambos y, luego, buscar la documentación necesaria para acceder al cobro de la asignación universal por hijo- hasta el día 12 de ese mismo mes, fecha en la cual la intervención de la División Antisecuestros de la Policía Federal Argentina produjo el cese de la conducta de R., y procedió a su detención. Asimismo, los sentenciantes tuvieron por acreditado el delito de desobediencia en que incurrió el condenado, pues al haber privado a J. de su libertad ambulatoria, a partir de la noche del 7 de febrero, violó además la orden judicial de prohibición de acercamiento dictada oportunamente por la magistrada a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 84 de esta ciudad, tanto con relación a la nombrada, como a M. R., hija de ambos.

Para arribar a esas conclusiones, en la sentencia se tuvo en consideración, en primer lugar, las declaraciones de la víctima, M. S. J., quien expuso acerca de la relación que había mantenido con el señor R., así como los reiterados episodios de violencia que vivió como pareja de aquél. También relató los sucesos que acaecieron entre los días 7 y 12 de febrero de 2014, así como el temor que sintió durante todo ese tiempo.

Asimismo, el *a quo* valoró los dichos de la hermana de la víctima, S. E., quien relató lo acontecido el día 7 de febrero de 2014 en horas de la noche, cuando, según expuso, presenció cómo R. se había llevado a los empujones a la señora J.

Los jueces también tuvieron en consideración los testimonios de otros familiares de la víctima, tales como el de su abuela, M. F. O. y el de su madre, J. R. E.

Por otra parte, se valoraron en la sentencia los dichos de diversos preventores de la Policía Federal Argentina, quienes expusieron

acerca de la forma en que se llevó a cabo la detención de R. el día 12 de febrero de 2014, en el marco de una denuncia de secuestro formulada por la familia de la señora J.

El Tribunal Oral consideró también, al momento de resolver, los testimonios de dos licenciadas de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como los expedientes confeccionados por esa dependencia en función de las reiteradas denuncias realizadas por la señora J. y su grupo familiar contra el señor R.

Finalmente, en la sentencia se valoraron diversas pruebas producidas en el debate y mencionadas a fs. 539 /540.

Con base en ese cuadro probatorio, los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 consideraron acreditada la materialidad de los ilícitos endilgados al señor R., así como la responsabilidad que le cupo a éste en su ejecución.

III

Ahora bien, sabido es que la fijación, en la sentencia de condena, del hecho histórico, con relevancia jurídico-penal, debe ser analizada a partir de una revisión amplia, como exigencia derivada del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función de las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del estado jurídico de inocencia y de la regla legal de la sana crítica racional, conforme los parámetros establecidos en los precedentes “Cajal” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- y “Meglioli” –proceso n° CCC 814/2013/TO1/CNC2, registro n° 911/2016, sentencia del 14 de noviembre de 2016- (ver votos del juez Magariños), a fin de determinar si los jueces del juicio han arribado a una decisión respetuosa de los límites, definidos por aquellos principios normativos, propios de la tarea de reconstrucción del suceso histórico objeto de la decisión.

Con base en tales pautas conceptuales, considero que los límites normativos establecidos para toda decisión judicial, respecto de la reconstrucción histórica de un suceso objeto de condena, han sido

correctamente atendidos por el tribunal *a quo* en la sentencia condenatoria impugnada, pues a partir del razonamiento probatorio aplicado en ella, puede afirmarse con el grado de certeza exigido normativamente que J. M. R. privó de su libertad a M. S. J. en la noche del 7 de febrero de 2014 hasta el día 12 de ese mismo mes, fecha en la cual la intervención de la División Antisecuestros de la Policía Federal Argentina produjo el cese de la conducta de R., y procedió a su detención. Asimismo, ha quedado adecuadamente determinado en la sentencia que el condenado logró, con la ejecución de esa privación de libertad de la víctima y mediante amenazas, que ella, contra su propia voluntad, llevase junto a él, a la pequeña hija de ambos, así como, con posterioridad, que buscase en la casa de la familia J., los documentos de la niña. Por último, los jueces de juicio determinaron correctamente también que el señor R. desobedeció la prohibición de acercamiento que pesaba sobre su persona y comprendía, tanto a la señora J., como a la menor M. R.; esa prohibición había sido dispuesta por la señora juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 84 de esta ciudad, en el marco del expediente n° 12102/2012.

Dichos extremos fácticos se atienen en su grado de acreditación a la exigencia probatoria de alcanzar certeza más allá de toda duda razonable, y ninguna otra hipótesis emerge a partir de la prueba valorada por el *a quo*.

Respecto del episodio de la noche del 7 de febrero, los jueces del Tribunal Oral tuvieron por acreditada la forma en que ese suceso ocurrió, no sólo en función de los dichos de la víctima, sino también con base en lo declarado por su hermana, S. E., quien presenció el episodio, y, momentos después, alertó a personal policial. También fueron coincidentes a este respecto, los dichos de la familia de J., en cuanto refirieron que fueron alertados acerca de este episodio por la señorita E.

Ahora bien, en relación con la prolongación de la privación de la libertad a la que, de acuerdo al *a quo*, la señora J. se encontró sometida hasta el 12 de febrero, los sentenciantes tuvieron

correctamente por acreditada la materialidad de esa retención de la víctima, con base en diversas constancias.

En primer lugar, los jueces ponderaron los dichos de la víctima, S. J., cuyo relato fue juzgado como sólido, coherente, espontáneo y con aporte de numerosos detalles. Los magistrados de la anterior instancia tuvieron particularmente en cuenta lo expresado por la damnificada acerca de la situación de constante violencia y de intenso temor que vivió durante esos días, a través de lo cual, ella se encontró obligada a permanecer con el señor R. en la casa ubicada en X. En particular, valoraron las constantes amenazas que la señora J. recibió por parte de R. respecto del mal que sufriría, tanto ella como sus familiares, en caso de que intentase abandonar el lugar o irse de su lado.

Asimismo, tuvieron por cierto lo manifestado por la víctima respecto al ineludible cumplimiento de realizar todo aquello que el señor R. le impusiese, tal como concurrir a la casa de sus abuelos para retirar a la hija de ambos y llevarla junto a él y, con posterioridad, ir a buscar la documentación de la niña, necesaria para percibir el pago de la asignación universal por hijo, todo lo cual, la damnificada, debió cumplir mientras se encontraba coartada en su libertad de adoptar una decisión diferente de aquella, impuesta por el autor a través de las coacciones y amenazas arriba mencionadas.

Entre otros elementos de prueba, los señores jueces del Tribunal Oral, consideraron especialmente los informes confeccionados por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales se da cuenta de la situación de violencia que vivió S. J. como pareja de J. M. R., así como la determinación de aquella relación como una de “altísimo riesgo psicofísico”. En tal sentido, se incorporaron al debate cinco expedientes confeccionados por esa dependencia, entre los cuales se encuentra el n° 1158/2014, que refleja el último episodio vivido entre los nombrados, aquel que dio lugar al presente proceso, así como el temor constante que sufría la señora J. en el marco de la relación con el condenado.

También ponderaron los sentenciantes los dichos de las licenciadas Silvia Noemí Palmieri y Julieta Laplace, quienes prestaban

funciones en la ya mencionada Oficina de Violencia Doméstica al momento en que la señora J. realizó la última denuncia. Éstas resultaron contestes respecto a que la víctima evidenciaba tener miedo de aquello que el señor R. pudiese hacerle, tanto a ella como a su familia, y que se sentía absolutamente convencida de que, al permanecer junto a él, tal como éste lo pretendía, y al cumplir con sus designios, R. se calmaría y así ella evitaría cualquier tipo de mal.

Ambas profesionales señalaron también que, respecto del episodio que motivó las presentes actuaciones, la señora J. les manifestó que si bien la cerradura de la casa de X en la que se encontraba con el señor R. estaba rota, por lo que la puerta del lugar estaba sin llaves, ella no podía salir de allí por temor a la reacción violenta anunciada constantemente por el nombrado.

Asimismo, los señores magistrados valoraron las manifestaciones de los familiares de J., proporcionadas durante la audiencia de debate. En tal sentido, los dichos de las señoras M. F. O., abuela de la víctima, J. R. E., madre de la víctima, y S. E., hermana de J., fueron especialmente considerados por el *a quo* en tanto todas ellas resultaron coincidentes respecto a los sucesos que tuvieron lugar entre los días 7 y 12 de febrero de 2014.

Esas testigos describieron así, las dos ocasiones en que, durante ese lapso, la señora J. se presentó en la casa de la señora O. (a buscar a la niña, en la primera oportunidad, y, luego, la documentación), y señalaron que la observaron angustiada y asustada, y que durante el corto tiempo que pasó allí, constantemente manifestaba que se debía ir y que debía hacerlo para proteger a su familia, pues estaba amenazada.

En este sentido, el tribunal oral consideró también lo señalado respecto al profundo temor que la señora J. le tenía al señor R., que ese sentimiento databa de largo tiempo atrás, pues la relación que los unió siempre había sido de carácter violento; que en muchas ocasiones la damnificada había sido golpeada por el condenado, lo que fue advertido por las testigos en virtud de los moretones que la víctima presentaba en su cuerpo. También señalaron que J. había sido constantemente

amenazada por R. durante su relación, e incluso la señora O. manifestó que ella misma fue amenazada personalmente por R.

Las tres testigos declararon, además, acerca de los operativos policiales que se llevaron adelante, a instancias precisamente de la familia, para dar con el paradero de S. J. entre los días 7 y 12 de febrero de 2014.

También en relación con los operativos policiales desplegados, tuvieron en cuenta los magistrados de la anterior instancia, las declaraciones del personal policial que intervino, quienes expusieron acerca de las diligencias que realizaron durante ese tiempo a fin de dar con el señor R. y la señora J., sin obtener resultados positivos.

Finalmente, el *a quo* tuvo en consideración lo expresado por Martín Darío Morato, personal de la Policía Federal Argentina, quien intervino en el proceso que culminó con la detención de J. M. R., en la tarde del 12 de febrero de 2014, en particular se ponderó el relato del estado de angustia y nerviosismo que presentaba la señora J. momentos antes de concretarse la detención de R., así como lo que ella le manifestó al testigo en esa situación, respecto a que se encontraba amenazada por el condenado y, por tal razón, debía regresar junto a él inmediatamente.

Todo este cuadro probatorio permitió a los magistrados de la anterior instancia alcanzar el grado de certeza necesario para determinar la materialidad de los sucesos y la participación que le cupo a R. en ellos.

En ese sentido, resulta absolutamente razonable concluir, tal como lo hizo el *a quo*, que la damnificada “vive en un círculo de miedo, de constantes temores y hasta de percibir como inminente la muerte de ella o de algún ser querido en caso de no acceder a las demandas del sujeto golpeador, [por lo cual] no puede considerarse desde el punto de vista jurídico que su voluntad sea libre, y por el contrario su ámbito de autodeterminación se encuentra viciado. Y en este caso, sus decisiones fueron producto de ese estado de grave y profundo temor que, en consecuencia, impidió que lo que haya decidido fuera fruto de su voluntad, y en cambio se tornara viciada por la intimidación y el constante estado de amenazas y latente situación de una

inminente muerte o grave atentado contra su integridad física o la de sus familiares, o su propia hija de escasos meses de edad” (ver fs. 552 vta. de la sentencia impugnada).

Por lo expuesto hasta aquí, se observa que en la sentencia se ha realizado una correcta valoración de las pruebas obrantes en el proceso, sin que haya arbitrariedad alguna en su ponderación, razón por la cual corresponde, en este aspecto, confirmar la decisión recurrida.

Lo expresado arriba alcanza también a los argumentos esgrimidos por la defensa, tendientes a cuestionar la aplicación al caso del delito de desobediencia (artículo 239 del Código Penal), en tanto lo planteado en el recurso en este aspecto no excede de un cuestionamiento vinculado con la apreciación por parte de los jueces del juicio de extremos de hecho y prueba.

IV

En punto a la calificación jurídica de la plataforma fáctica tenida por probada en la sentencia de condena, cabe señalar que el tribunal *a quo* asignó, en parte, al suceso, la figura prevista en el artículo 142 *bis* del Código Penal (privación de la libertad coactiva), agravada, a su vez, por la aplicación de la calificante prevista en el inciso 2º del mismo artículo, que incrementa la sanción en función de la concurrencia de un deber de respeto particular del autor hacia el sujeto pasivo objeto de la acción delictiva.

Sobre la subsunción del hecho como privación ilegal de la libertad coactiva (artículo 142 *bis*, primer párrafo, del Código Penal), corresponde destacar en primer lugar, a fin de dar respuesta a las críticas formuladas por la defensa en su impugnación de la sentencia que, tal como destacada doctrina nacional ha sostenido desde antiguo, para la configuración de la conducta típica de privación de la libertad: “El atentado [a la libertad] puede tener carácter negativo o positivo. El primero priva o limita la acción o la locomoción. Tanto lesiona la libertad personal de otro, el que le impide la libre acción de sus miembros o de cualquier parte de su cuerpo o le impide ir de un punto a otro, como el que le impone un determinado movimiento corporal o ir en una dirección o a un lugar determinado” (Nuñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*,

Tomo V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 34, el resaltado se agrega.)

En igual sentido, se expresaba Carlos Creus, al señalar que: “La anulación de cualquier manifestación de la libertad corporal queda, pues, comprendida en el tipo. Éste se da tanto cuando el agente impide a la víctima desarrollar libremente su actividad corporal (p.ej., salir de un determinado lugar), como cuando le impone una determinada actividad corporal (p.ej., que vaya en determinado sentido o a un determinado lugar); o sea, son típicos tanto los impedimentos a los movimientos como la imposición de movimientos” (*Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, editorial Astrea, 3º edición actualizada, Buenos Aires, 1990, p. 299).

En consecuencia, resulta claro que la circunstancia de que la víctima haya sido obligada a realizar desplazamientos parciales, fuera del lugar de encierro material, no torna atípica a la conducta del señor R., tal como lo postula la defensa. De adverso, ha quedado acreditado en la sentencia impugnada, el estado de intenso temor que la señora J. poseía al momento de realizar esos desplazamientos, y que únicamente los cumplió en razón de las imposiciones coactivas que le efectuó el señor R., formuladas además dentro de un contexto que poseía un evidente significado jurídico de ejercicio de violencia contra la mujer, conforme con los términos acuñados en la denominada “Convención de Belem do Pará” (incorporada al ordenamiento jurídico interno con la jerarquía normativa que el artículo 31 de la Constitución Nacional otorga a los “tratados con las potencias extranjeras”).

Es que, en el caso, resulta evidente que la intimidación y las constantes amenazas sufridas por la víctima fueron el medio para que J. cumpliera los designios del autor, que impuso esos desplazamientos en contra de la voluntad de la damnificada, sometiéndola además, conforme tuvo por probado la sentencia, a su estricta vigilancia, pues, en ambas ocasiones, él acompañó a J. hasta las proximidades de la casa familiar y aguardó allí su rápido regreso y el cumplimiento por parte de la víctima de sus propósitos.

Lo dicho hasta aquí conduce a reafirmar la correcta subsunción efectuada por el tribunal oral, dado que no resulta discutible

que el ejercicio de violencias y amenazas sea apto para constituir un particular medio comisivo de una conducta con significado objetivo de privación de la libertad, tal como lo contempla la propia letra de la ley (ver, por ejemplo, el artículo 142, inciso 1º, del Código Penal). Precisamente, en el presente, esa fue la vía escogida por el autor para mantener privada de la libertad a la víctima, aun en aquellos tramos cuestionados por la defensa. Por consiguiente, corresponde rechazar este agravio del recurrente.

En segundo lugar, también de modo correcto, el tribunal *a quo* asignó carácter coactivo a la privación de la libertad ejecutada por el condenado (artículo 142 *bis*, primer párrafo, del Código Penal), pues, conforme con los hechos probados en la sentencia, la señora J. durante su privación de libertad fue coaccionada por el señor R. a concurrir al domicilio de su abuela, en un primer momento, para cumplir con la imposición de aquel, consistente en buscar a su hija de 8 meses de edad y llevarla junto a él; asimismo, en una segunda oportunidad, fue obligada por él a regresar a ese domicilio para procurarse determinada documentación, lo que así hizo la víctima una vez más.

De ese modo, el condenado no solo ejecutó la privación ilegítima de libertad de la damnificada, además, logró mediante coacción obligarla a llevar junto a él a su hija M. R., para quebrantar así la prohibición judicial de acercamiento que sobre él pesaba, también respecto de la menor. Posteriormente, consiguió también, bajo coacción, que J. retirase los documentos de la niña.

Por consiguiente, en el caso, la subsunción en la figura del artículo 142 *bis*, primer párrafo, del Código Penal, satisface plenamente las exigencias de legitimidad derivadas del principio constitucional de acto o exteriorización (artículo 19, primer párrafo, de la Constitución Nacional), en tanto los designios del autor no se limitaron a una mera finalidad interna, sino que se materializaron con un claro sentido socialmente perturbador (conf. Mario Magariños, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, editorial Ad-hoc, 1º edición, Buenos Aires, 2008, en especial p. 139 y siguientes).

En la sentencia recurrida se aplicó, además, la agravante contenida en el inciso 2° del artículo 142 *bis*, del Código Penal, en tanto el *a quo* consideró que la privación de la libertad coactiva ejecutada por el condenado fue cometida sobre la persona de un “individuo a quien” aquél debe “respeto particular”, en tanto, según los sentenciantes afirmaron, la víctima era la madre de sus hijos.

Pues bien, en relación con la pretendida inconstitucionalidad de esa regla calificante, alegada por la defensa en el recurso interpuesto, sobre la base de una supuesta indeterminación de la expresión “...o de otro individuo a quien se deba respeto particular” (también contenida con idénticos términos en el artículo 142, inciso 2° *in fine* de la ley penal), el planteo adolece de defectos de fundamentación que determinan su inadmisibilidad.

Sabido es que para la procedencia del examen de una cuestión federal se exige, entre otros requisitos, la demostración de una relación directa e inmediata con la materia del juicio, pues así lo requiere el art. 15 de la Ley 48.

Ello es así pues, como desde antiguo se ha enseñado, “Para la admisibilidad del remedio federal legislado por el art. 14 de la ley 48..., es indispensable, ... como lo presupone el carácter excepcional de aquel remedio, lo requiere el art. 15 de la ley 48 y lo confirma la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que la cuestión materia del pleito tenga una relación directa e inmediata con las disposiciones de la Constitución o de la ley invocadas dentro de él” (Esteban Ymaz y Ricardo E. Rey, *El Recurso Extraordinario*, editorial de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A.; Buenos Aires, 1943).

Dicho en otros términos y con finalidad explicativa más detallada, el planteo de cuestiones federales demanda, por un lado, determinar cuál es el principio fundamental que una ley, decreto, reglamento o resolución, conculca; corresponde luego exponer el motivo, lo que conlleva, de modo ineludible, a la realización de un análisis en torno al significado y alcance del precepto constitucional de que se trate y, asimismo, de la ley, decreto, reglamento o resolución cuya

inconstitucionalidad se pretende; esto supone un examen en punto al significado y alcance del acto en cuestión.

Cumplidos tales extremos, es además ineludible llevar a cabo un análisis de la falta de coherencia normativa que se alegue entre el precepto constitucional del cual se trate y la norma o acto que aplicado al caso ocasione agravio federal, según el recurrente.

Se trata, en definitiva, de establecer una vinculación directa y concreta entre el caso objeto de juicio y la cuestión federal alegada.

En síntesis: es evidente que el planteo adecuado de una cuestión federal no se satisface con la mera alusión, mención o invocación de principios o artículos de la Constitución Nacional, pues ello, por sí, no explica en absoluto la relevancia de ellas para resolver el pleito.

Lejos de ello, en el caso, el recurrente sólo se ha limitado a afirmar de modo dogmático que la regla legal aplicada por el *a quo* lesiona una serie de principios fundamentales, a los que se aludió en el alegato y en el recurso sin cumplir ni siquiera mínimamente con aquellas exigencias propias de la articulación de una cuestión federal, sintetizadas más arriba. Lo cual demuestra por sí, la insustancialidad para la resolución del asunto de los principios invocados.

Por lo expuesto, corresponde declarar inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del inciso 2° *in fine*, del artículo 142 *bis* del Código Penal, intentado por la defensa (artículos 444, 2° párrafo, y 474 del Código Procesal Penal de la Nación y artículos 14 y 15 de la ley 48).

VI

Corresponde ahora analizar la interpretación y aplicación al caso, efectuada por el tribunal oral, de la calificante arriba mencionada, que en su texto completo determina el incremento de la sanción prevista en el primer párrafo del artículo 142 *bis*, cuando la privación de la libertad coactiva, “se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o conviviente”; o “de otro individuo a quien se deba respeto particular” (conf. inciso 2° del citado artículo de la ley penal).

Para fundar su decisión de imponer esa agravante, el *a quo* argumentó que “En cuanto a tratarse de una persona a la que se le debe un respeto particular, esta tiene como razón de ser el respeto familiar. No se trata siquiera (este supuesto) de un vínculo jurídico, sino que se protege reales relaciones parentales generadoras de confianza, y así lo constituye la mujer con la que convivió y que es la madre de sus dos hijos. El respeto está íntimamente vinculado a la mujer que dio a luz a sus dos hijos luego de una convivencia en la que ambas criaturas fueros gestadas” (fs. 556).

Los términos con los cuales la defensa ha impugnado la sentencia de condena en este aspecto, conducen a la necesidad de examinar esa hermenéutica con la que se aplicó, al caso, la calificante en cuestión.

Es razonable interpretar que los supuestos en los que la norma refiere a la calidad de “ascendiente” o “cónyuge”, el legislador incrementa los montos de la escala penal pues computa el quebrantamiento de orden institucional que supone que el autor ejecute su acción típica respecto de una persona con la cual se encuentra inmerso en un vínculo que impone a sus integrantes el deber legal de realizar prestaciones recíprocas en favor del otro, es decir, en virtud de la sola pertenencia a la institución de la cual se trate (Una explicación *in extenso* acerca de competencia institucional puede verse en las obras de Günther Jakobs: *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, en particular sobre el punto aquí referido v. 29/58 y ss.; *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de derecho penal*, UNAM-Civitas, Madrid, 1997; *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994; y *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).

En la hipótesis de que la privación de la libertad coactiva ejecutada por el autor recaiga sobre un “hermano”, si bien con carácter previo a la sanción y promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley n° 26.994, B.O. 1/8/2015) lo fundante para la aplicación de la calificante radicaba en la existencia de una determinada relación de parentesco (no determinada exclusivamente, claro está, por un vínculo de consanguinidad), en la actualidad el artículo 537 del citado cuerpo legal impone expresamente el deber alimentario recíproco entre los hermanos y, por consiguiente, es dable interpretar que la agravante punitiva, en ese caso, se explica también por el quebrantamiento de deberes positivos (institucionales) que el accionar típico comporta.

Algo similar es dable sostener en punto al supuesto en el cual el sujeto pasivo del comportamiento disvalioso sea el “conviviente”, pues cabe entender que el legislador ha computado una mayor eficiencia para la comisión del comportamiento prohibido por la norma, como consecuencia de un cierto estado de vulnerabilidad de la víctima, derivado de la confianza generada por el vínculo de intimidad existente en la interrelación convivencial; pero, además, en el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir de la sanción y promulgación de la ya citada ley 26.994, se consagra a la “unión convivencial” como una institución que genera deberes positivos recíprocos para quienes la conforman (artículo 509), con lo cual la previsión de la calificante penal bajo análisis también aquí encuentra su razón de ser en el quebrantamiento de esos deberes.

Ahora bien, en relación con lo fundante del mayor desvalor de la conducta típica ejecutada sobre “un individuo a quien se deba respeto particular”, resulta claro que el legislador ha contemplado también aquí el quebrantamiento de un deber legal impuesto por la pertenencia del autor y la víctima a determinados vínculos institucionales distintos de aquellos que en la misma figura taxativamente se mencionan con carácter previo.

Precisamente, en esa línea hermenéutica restrictiva del alcance de la agravante en examen, se ha pronunciado desde antiguo y de

modo pacífico la doctrina nacional, limitando su aplicación a aquellos supuestos en los cuales el sujeto pasivo sea tutor o maestro del autor, pues en esa clase de vínculos la ley civil impone deberes derivados de la relación (cfr. Rodolfo Moreno (h.), *El código penal y sus antecedentes*, Tomo IV, editorial H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 372; Ricardo Nuñez, *Derecho penal argentino*, Tomo V, editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1976, p. 41; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Tomo IV, editorial TEA, Buenos Aires, 1988, p. 42; Carlos Creus, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, editorial Astrea, 3º edición, Buenos Aires, 1990, p. 304).

Frente a ese alcance restrictivo que la más distinguida doctrina ha asignado de modo invariable a la figura, en la sentencia impugnada se ha optado por otorgarle, al contrario, una más amplia extensión e incorporar una nueva hipótesis (“madre de los hijos del autor, no conviviente con éste”), sin analizar la sustentabilidad de esa interpretación, no sólo por no atender a lo postulado por la doctrina sino, además, por no aportar una explicación acerca de cuál sería el deber de orden legal quebrantado en tal supuesto; ello, claro está, en tanto se tenga presente el axioma elemental, propio de todo orden jurídico de libertades, conforme al cual, entre moral y derecho positivo no media una total yuxtaposición.

Por consiguiente, corresponde en este punto hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar parcialmente la decisión impugnada y, en consecuencia, conforme a la doctrina aquí expuesta, excluir la aplicación al caso de la calificante contemplada en el inciso 2º, último supuesto, del artículo 142 *bis* del Código Penal (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

VII

En razón de lo resuelto en el último considerando, corresponde remitir a sorteo las presentes actuaciones para que otro Tribunal Oral en lo Criminal determine el monto de pena a imponer al señor R.

Ahora bien, resulta oportuno advertir que la exclusión de la calificante arriba resuelta, determina que la escala punitiva aplicable al

caso debe ser la establecida en el artículo 142 *bis*, primer párrafo, *in fine*, del Código Penal, esto es, de 8 años a 15 años de prisión, con más la resultante de la sumatoria con la pena establecida para el delito de desobediencia (artículo 239 del Código Penal), en razón del concurso real (artículo 55 de la ley de fondo) que media entre ambos en el caso.

Como consecuencia de lo aquí dispuesto en relación con la nueva individualización del monto punitivo que deberá llevarse a cabo, resulta inoficioso ingresar en el tratamiento del agravio articulado por la defensa sobre ese aspecto.

VIII

Con relación a la pretensión del recurrente orientada a sostener que entre la privación de libertad coactiva, considerada de modo correcto como acreditada por la sentencia impugnada, y la imputación de abuso sexual con acceso carnal, que en esa resolución se ponderó como no probada con el grado de certeza exigido para una condena, media una unidad de acción y, por ello, debería haberse absuelto a su asistido, también por el primero de los delitos aludidos, pues al haberlo hecho solo por el segundo suceso se puso en juego, según afirma el impugnante, la prohibición de *ne bis in idem*, cabe observar que el planteo carece, de modo absoluto, de fundamentación y razonabilidad y, por ello, debe ser declarado inadmisibile.

En efecto, ninguna argumentación plausible se ofrece en el recurso para explicar la razón por la cual el tribunal oral habría errado al considerar como decisiones de voluntad típicas, independientes y lesivas de diferentes bienes jurídicos (concurso real), por un lado, a la imputación de privación de la libertad coactiva y, por otra parte, a la atribución de abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, tercer párrafo, del Código Penal), endilgada como cometida contra la víctima durante su privación de libertad.

Al contrario de lo sostenido por el impugnante, la interpretación de la regla legal que regula y define al concurso material (artículo 55 del Código Penal) fue correctamente vinculada a tales hipótesis fácticas por los sentenciantes, razón por la cual no se observa lesión alguna a la prohibición de *ne bis in idem*, derivada, tal como lo

pretende el recurrente, de la decisión del *a quo* de absolver al imputado, por falta de prueba suficiente, en relación con uno de esos comportamientos, y condenarlo en cambio, por el otro hecho típico e independiente, tanto desde la perspectiva material como jurídica.

El planteo aquí tratado resulta pues inadmisibile por falta de fundamentación adecuada (artículo 444, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

IX

Se agravió también la defensa del señor R. por cuanto, en el punto dispositivo IV de la sentencia impugnada, se declaró reincidente a su asistido, al considerar que ese instituto resulta inconstitucional, a la luz de diversos principios y garantías fundamentales.

Sobre esa base, en razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” -proceso n° 25833/2014/TO1/2/CNC1, registro n° 312/2015, resolución del 4 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse aquí en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, toda vez que, por los motivos allí expuestos, esa regla legal establece una distinción ilegítima, en tanto carece de una fundamentación razonable para su formulación.

Por ello, debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto, casar la decisión recurrida en este punto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en tanto esa norma legal contradice lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, dejar sin efecto el punto IV de la sentencia impugnada (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación). La solución que se postula torna inoficioso el tratamiento de los restantes planteos de la defensa sobre la cuestión.

X

En función de lo expuesto hasta aquí, corresponde: **D**) confirmar la sentencia impugnada en cuanto condenó al señor J. M. R. como autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad coactiva en concurso real con el delito de desobediencia (artículos 45, 55, 142 *bis*, primer párrafo, *in fine* y 239 del Código Penal, y

artículos 470 y 471 *a contrario sensu* del Código Procesal Penal de la Nación); **II)** declarar inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del inciso 2º, último supuesto, del artículo 142 *bis* del Código Penal, formulado por la defensa (artículos 444, 2º párrafo, y 474 del Código Procesal Penal de la Nación y artículos 14 y 15 de la ley 48); **III)** hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del señor R. y, en consecuencia, casar el punto dispositivo II de la sentencia recurrida, y excluir la aplicación al caso de la calificante contemplada en el inciso 2º, último supuesto, del artículo 142 *bis* del Código Penal (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación); **IV)** remitir a sorteo las presentes actuaciones para que otro Tribunal Oral en lo Criminal determine el monto de pena a imponer al condenado R., en función de la escala legal aplicable al caso (conf. considerando VII de este voto); **V)** declarar inadmisibile el agravio relativo a la afectación del principio fundamental de *ne bis in idem* (artículo 444, segundo párrafo, del Código Procesal Penal); **VI)** hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y, en consecuencia, dejar sin efecto el punto dispositivo IV de la decisión recurrida (artículo 16 y 19 de la Constitución Nacional); todo lo cual se resuelve sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Adhiero a la propuesta que, para el caso, propone el doctor Mario Magariños en los puntos III, IV y VIII de su voto.

II. En cuanto al tratamiento que merece el planteo de inconstitucionalidad del art. 142 *bis* inciso 2º CP efectuado por la defensa en el debate y rechazado en el fallo, considero que la parte recurrente ha relacionado de modo suficiente la norma en cuestión con los principios fundamentales cuya transgresión acusa y con las circunstancias del caso.

Ahora bien, aunque acierta el recurrente al observar que la definición de *individuo a quien se deba respeto particular* que contempla la

disposición aludida no es clara y precisa –sobre todo porque la misma norma alude previamente al *ascendiente* y al *cónyuge* o *conviviente*–, debe descartarse que con ello se vea afectado el principio de taxatividad; ello es así en la medida en que es posible determinarla por vía hermenéutica, como propone el doctor Magariños, aplicando el agravante en función del mayor desvalor de acción que supone el quebrantamiento del deber positivo derivado de la relación que une a las partes, como en los demás casos aludidos en la propia ley cuestionada.

Como bien lo explica en su voto, eso es lo que ocurre en el caso del tutor o maestro del autor, ya que de esa relación emerge un vínculo generador de deberes, y a los que puede sumarse, desde mi punto de vista, el caso de la donación.

En efecto, conforme lo establece el art. 1571 del Código Civil y Comercial de la Nación, existen supuestos previstos como cláusula de ingratitud que permiten revocar el acto mencionado: el atentado contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; las injurias graves o la afectación de su honor; la privación injusta de los bienes que integran su patrimonio y el rehúso de alimentos en las condiciones del art. 1572 *ídem*.

En consecuencia, la solución propuesta consiste en una interpretación hermenéutica restrictiva permitida, que lejos de acudir a la analogía o a la función creadora permite resolver el caso acotando la conducta penalmente relevante y respetando así el principio de legalidad sustantivo (art. 9 CADH, art. 15.1 PIDCyP y art. 18 CN), todo lo que conduce al rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la norma.

No debe soslayarse que “la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (*fallos*: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las

constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (cf. CSJN, c. “R. P., J. L. y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, R.401, XLIII).

En sentido similar, en la causa CCC 9971/2015/TO1/CNC1, “Florentin, Higinio Hernán s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública en tentativa” de esta Sala (Rta. 4/12/2015, Reg. n° 728/2015), se trató el problema de determinar si la bicicleta es uno de los vehículos comprendidos en la agravante del art. 163 inciso 6° CP, y se llegó a la solución afirmativa sobre la base de indagar en las prescripciones que la ley de tránsito contiene sobre el uso de ellas. También fue posible realizar una interpretación teleológica del tipo penal sobre la base de su reconocido valor social y la necesidad de protección que se deriva de las políticas de estado que fomentan su utilización. Aunque dicho tipo penal fue motivo de discusiones en la doctrina, lo cierto es que es posible dilucidar su sentido; tal vez facilitado por el hecho de que la tarea, en ese caso, consiste únicamente en establecer si un determinado objeto es de los abarcados por el sustantivo mencionado en la ley.

Sentado lo anterior, adhiero al punto VI del voto del colega preopinante –en tanto propone excluir de la aplicación al caso el agravante previsto en el inciso 2° de la norma en cuestión y remitir el proceso a otro tribunal del fuero para que determine el monto de la sanción a imponer (punto VII)– en la medida en que, como bien lo señala, no existe norma de referencia alguna que permita sostener que la *ex concubina* o la *madre de los hijos* del imputado sea una de las personas a las que hace referencia la agravante cuestionada por la defensa. Por ende, resulta inoficioso ingresar al tratamiento del agravio vinculado con la aplicación de una sanción inferior al mínimo legal previsto.

III. Por último, con relación a la cuestión de la reincidencia, he de señalar que al expedirme en la causa “Olea” de esta Sala (CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas”, Rta. 24/6/15, Reg. n° 192/2015 y citas: Néstor Sagües, Compendio de derecho procesal constitucional, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2011, pp. 185, 281, 285, 290; Alberto Bianchi, Control de constitucionalidad, 2a. edición actualizada, reestructurada y aumentada, Abaco, Bs. As., 2002, Tomo 1, p. 452 y ss. y CSJN, C. 595. XLIV, “Caetano Flores, Elbio Ciriaco”, Rta. 10/8/10, voto del juez Zaffaroni) sostuve que la Corte Suprema de Justicia, al fallar en el caso “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014) y en diversos casos posteriores, ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad de la reincidencia y su incidencia en el instituto previsto en el art. 14, CP, con remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” (*Fallos*: 308:1938), “L'Eveque” (*Fallos*: 311:1451) y “Gramajo” (*Fallos*: 329:3680).

Señalé también en aquella oportunidad que el Máximo Tribunal ponderó entonces el bloque constitucional incorporado en la reforma de 1994 y sentó un *holding* que debe acatarse en la medida en que no se desarrollen nuevos argumentos que permitan dejarlo de lado, con lo que el planteo de inconstitucionalidad no puede prosperar.

Por otro lado, en diversos precedentes de esta Cámara (ver, por todos, CCC 14999/2013/TO1/CNC3, “Ullua, Leandro Sebastian, Escobar, Jonathan Ricardo y Guantay, Dario Alberto”, Rta. 12/8/16, Reg. n° 605/2016, a cuyos fundamentos *in extenso* me remito), sostuve que la interpretación armónica del art. 50 CP y de la Ley 24.660 sólo puede conducir a la conclusión de que, para ser reincidente, es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al régimen de progresividad que prevé la ley de ejecución penal, habiendo pasado por los períodos de observación y tratamiento.

Considerando tales parámetros observo adecuada la decisión del Tribunal de declarar reincidente a R. ante el pedido formulado por la fiscalía, en tanto accedió al régimen de libertad

condicional en el marco de la ejecución de una condena de cuatro años y cinco meses de encierro que venció el 10 de septiembre de 2012.

Todo ello demuestra que el imputado fue sometido al régimen de resocialización progresivo que prevé ley de ejecución de la pena y que su fracaso, evidenciado por la comisión de otros delitos luego de la soltura anticipada, determina que se produzcan los efectos del instituto aludido si concurre el requisito temporal previsto en el art. 50 CP.

IV. Por todo lo expuesto voto por hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, casar parcialmente el punto dispositivo II de la sentencia recurrida y, en consecuencia, excluir la aplicación al caso de la calificante prevista en el inciso 2º último supuesto del art. 142 *bis* del Código Penal y remitir el proceso a otro tribunal del fuero para que determine el monto de la sanción a imponer (arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Carlos Alberto Mahiques dijo:

I. Adhiero a los puntos III, IV, V y VIII del voto del doctor Magariños por compartir, en lo sustancial, sus fundamentos, particularmente, en cuanto propone rechazar el agravio vinculado con la atipicidad de la conducta endilgada a R. Ello es así, en la medida en que, como expone el distinguido colega, ha quedado demostrado en la sentencia impugnada, el estado de intenso temor que J. padeció por la imposición coactiva de R., realizada, además, en un contexto en el que se ejerció violencia contra la mujer, con el alcance señalado por la denominada “Convención de Belem do Pará” (incorporada al ordenamiento jurídico interno con la jerarquía normativa que el artículo 31 de la Constitución Nacional otorga a los “tratados con las potencias extranjeras”).

II. Merece, a mi ver, por el contrario, ser confirmado el agravante contenido en el inciso 2º del artículo 142 *bis* del Código Penal. En tal sentido, el *a quo* consideró razonablemente que la privación de la libertad coactiva cometida por el condenado estuvo dirigida contra una persona a quien aquel le debía respeto particular.

Cabe recordar que la norma mencionada, agrava la pena prevista en el primer párrafo del citado artículo, cuando “el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular”, es decir, mediando una especial vinculación entre los protagonistas.

Se ha dicho en doctrina que “la existencia del deber surge de la particular relación del agente con la víctima, pero no de la calidad de ella que puede imponer un respeto general a cualquier persona por su estado o dignidad (p. ej., religioso).” (cfr. Langevin, Julián H., en *Delitos contra la libertad*, coordinado por Luis F. Niño y Stella Maris Martínez, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 88)

En ese sentido, afirma el autor mencionando, que “(...) la razón de ser de la agravante es el respeto familiar. Están incluidos los expresamente mencionados por la ley y aquellos que puedan razonablemente ser asimilados a raíz del vínculo familiar. (...) Están excluidos los descendientes por expresa omisión de la ley, así como también todas aquellas relaciones de ‘respeto particular’ que no guarden relación con el vínculo familiar (...)”.(ob. cit., p. 90)

En el caso, y respecto del condenado, la aquí damnificada es ex conviviente y madre de dos de sus hijos (Román y Morena), por lo que el vínculo familiar –que es justamente donde radica el deber de respeto y confianza recíproca entre todos los miembros del grupo– deviene exigible en los términos requeridos por la agravante, la cual “(...) debe tratarse como un supuesto en el que, además de la libertad, solo se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos.” (ob. cit., p. 90). No se trata, entonces, de una circunstancia que califique la conducta ante un quebrantamiento de algún deber de orden exclusivamente legal.

En el sentido expuesto, Stella Maris Martínez, al comentar el tipo agravado del art. 142 *bis*, inc. 2º, CP., expresa su “(...) discrepancia con gran parte de la doctrina que entiende que lo que se protegen son vínculos jurídicos (...). Estimo, por el contrario, que lo que se ampara es la relación de respeto normalmente generada como

consecuencia de un trato familiar, por lo que deberían ser incluidas todas aquellas personas que gocen de tal *status*". (Martínez, Stella Maris, en *Delitos contra la libertad*, coordinado por Luis F. Niño y Stella Maris Martínez, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 114)

Los sentenciantes, se pronunciaron coincidentemente en punto a que la razón político criminal es el respeto familiar, a cuyo través, se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza, como lo era la existente entre el condenado y la mujer con la que convivió y que es la madre de sus dos hijos. Concluyeron que "*el respeto estaba íntimamente vinculada a la mujer que dio a luz a sus dos hijos luego de una convivencia en la que ambas criaturas fueron gestadas*".

Por todo lo expuesto, y no verificándose una errónea aplicación de la ley sustantiva o arbitrariedad en su interpretación, es que entiendo que debe confirmarse la aplicación al caso de la agravante contenido en el inciso 2º del artículo 142 *bis* CP.

III. En relación con el agravio que cuestiona la mensuración de la pena, como ya sostuve al votar en numerosos precedentes, "la consideración de los factores para la determinación de la pena es una facultad propia de los jueces de mérito, siendo necesario para la procedencia de la impugnación sobre dicha cuestión que el recurrente demuestre que en tal decisión se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas para el juicio de mensura punitiva, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del quantum de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, y habilitando de tal manera su control ante esta instancia" (confr. Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, causas N°23.560, "*Iman, Diego Miguel*", rta. 26/9/2006; N°22.278, "*Jany, Andrés José*", rta. 31/10/2006; N°16.220, "*Attardo, Mario Alejandro*", rta. 28/12/2006; N°17.834, "*Vicente, Javier Omar*", rta. 3/5/2007; N°30.936, "*Corbalán, Hernán Domingo s/recurso de casación*", rta. 18/9/2008; N°27.732, "*Pérez, Isidro Héctor s/recurso de casación*", rta. 16/10/2008; N°23.569, "*Navarro, Ramón Santos s/recurso de casación*", rta. 1/12/2009; entre muchas otras, y de esta Sala III, causa n°

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 8009/2014/TO1/CNC1

CCC 6705/2012/TO1/CNC1, caratulada “*Jimenez, Roberto Claudio y otros/robo en tentativa*” -Reg. Nro. 246/15, también expuestos en los Registros nro. 416/15, 418/15, 420/15-).

La respuesta punitiva debe ser proporcional a la intensidad antijurídica del hecho y, por ende, a la responsabilidad del autor. Ello es la lógica consecuencia de los principios de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, que se encuentran en la base misma del Derecho Penal. A su vez, al no ser posible determinar con exactitud cuál es el monto de pena que resulta proporcional a la culpabilidad del sujeto activo, el límite al arbitrio del juzgador radica en la razonabilidad de la sanción aplicada, sin que se advierta que la asignada en autos carezca de ella.

De tal forma, y teniendo en cuenta que como principio la graduación de las sanciones dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas para ello, constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (conf. C.S.J.N., Fallos 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699; S.330.XXXV, “*San Martín, Rafael Santiago*”, entre otros), sólo puede resultar deslegitimado el monto de la sanción impuesta con exclusivo sustento en la propia cantidad de pena fijada, cuando ella se revele manifiestamente desproporcionada con el grado de injusto y con la culpabilidad del sujeto, resultando de tal modo arbitraria, situación ésta que no se ha configurado en autos, ni ha sido acreditada por el impugnante.

La sanción seleccionada por los integrantes del tribunal responde a los principios enunciados ya que, acertadamente, valoraron como agravantes la naturaleza, modalidad y consecuencias del obrar criminoso que se le reprocha al acusado; la intensidad del maltrato, las constantes amenazas de muerte; la perduración en el tiempo del constante maltrato y sometimiento que sufrió la víctima; que no se percibió en él, a lo largo de todo el juicio que sintiera arrepentimiento por algo de lo que fuera acusado, es más negó todas las acusaciones, y solo se conmovió por lo que sufrían sus padres y por no poder ver a sus hijas pero ninguna palabra pronunció a favor de la víctima. Asimismo, manifestaron que “*en cuanto a los atenuantes, y más allá de lo que surge del informe socioambiental, y demás pautas previstas en los arts. 40 y 41 del Código*

Penal, toda vez que el mínimo de la escala punitiva es suficientemente grave (diez años de prisión), se ha considerado imponerle una pena que no supere ese mínimo”. (cfr. en sentido análogo, C.N.C.P., *c./Borda, Juan Ramón s/recurso de casación*, Sala IV, rta. 13/11/1997; Puig Peña, *"Derecho Penal"*, Parte General, pág. 433; Mir Puig, Santiago, *"Lecciones de Derecho Penal"*, Barcelona, 1983, pág. 354; Baigún, D. *"Naturaleza de las circunstancias agravantes"*. Págs. 24, 33, 99; Carrara, *"Programa de Derecho Criminal"*, Vol. IV, pág. 117; arts. 40 y 41 del C.P).

Por lo expuesto, entiendo que la pena de diez años de prisión aplicada a R. resulta ajustada a derecho, y adecuada a las circunstancias del hecho y del autor.

IV. Misma suerte correrá el agravio dirigido a la interpretación realizada por el *a quo* del art. 50 del código de fondo.

En efecto, el código penal vigente impuso a través de la sanción de la Ley 23.057 el sistema de la reincidencia real, que requiere el cumplimiento de la pena anterior, aunque sea parcial. Así es que el artículo 50, en la parte de interés para decidir esta cuestión, establece que *“...habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito con esa clase de pena”.*

Entonces, a los fines de la reincidencia, cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de la condena, por lo cual si el condenado cumplió luego de la condena un tiempo de detención, aunque escaso, se satisface las exigencias de la normativa en cuestión. Para hacer aplicable este artículo no se requiere el sometimiento efectivo al régimen progresivo de la ley de ejecución penal, ni haber alcanzado etapa concreta alguna, bastando, además, desde el punto de vista de la experiencia personal, con que el individuo haya sentido en sí mismo y comprendido que una determinada privación de libertad obedecía a una decisión condenatoria aplicada por la justicia penal, después de un debido proceso y en razón de haber sido encontrado culpable por la comisión de un delito, razón por la cual corresponde el rechazo del tramo de la queja analizado.

En el caso, R. fue sido condenado por sentencia firme de fecha 8 de junio de 2009 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento y el pago de las costas, por considerarlo autor penalmente responsable de la tentativa del delito de robo, agravado por su comisión con armas, en concurso real con el delito de privación ilegal de la libertad, en concurso real con tentativa del delito de robo, en concurso real con tentativa del delito robo, en concurso real con el delito de resistencia a la autoridad; y se le aplicó la pena única de cuatro años y cinco meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas, comprensiva de la impuesta en esa causa y de la de siete meses de prisión, de efectivo cumplimiento, y el pago de las costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en concurso real con resistencia a la autoridad, impuesta con fecha 12 de septiembre de 2008 en la causa n° 2688 del Juzgado en lo Correccional n° 3 del Departamento Judicial de San Isidro.

Según las constancias de la causa n° 2924 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, tal como refirió el *a quo*, el vencimiento de dicha pena única operó el 10 de septiembre de 2012 (*fs. 478 de ese expediente*), y para la misma R. cumplió pena como condenado (*cf. fs. 488 y sgts. del mismo expediente*). De ese modo, se encuentran satisfechos los requisitos necesarios, según el criterio antes expuesto, para que R. sea declarado reincidente.

Con relación al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del código de fondo efectuado por la defensa en la oportunidad prevista por el artículo 466, en función del artículo 465, 4° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, ya tuve ocasión de expedirme como juez del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la causa n° 43.085, “González Bruno Ignacio s/ recurso de casación”, entre otras; y como juez de esta Sala (resoluciones n° 267/2015, 390/2015, 416/2015, 420/2015, 540/2015).

En dichas oportunidades, afirmo que, por no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede comprometer la garantía del *non bis in idem*, en tanto la incidencia que una condena

anterior pueda llegar a adquirir sobre la modalidad de cumplimiento de una pena actual no importa volver a juzgar el hecho precedente.

La circunstancia de que la reincidencia obre como un impedimento para la obtención del beneficio de la libertad condicional, si bien parte de la consideración de la condena anterior, no importa el sometimiento del imputado a otro proceso sobre la misma materia, ni afecta el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento condenatorio antecedente. Solamente se valora el desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito y lo que interesa es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce.

Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida (C.S.J.N. in re “Gómez Dávalos, Sinfioriano s/recurso de revisión”, rta. el 16 de octubre de 1986; “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, M. 1395. XLII. REX; “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”, A. 577. XLV. RHE; “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil –causa n° 6457/09–, T. 294. XLV. RHE; “Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074”, G. 506. XLVII. RHE; “Arévalo Martín Salomón s/ causa n° 11835”, rta. el 27 de mayo de 2014 y “Mayo Miguel Ángel s/ recurso extraordinario”, rta. el 21 de febrero de 2015).

Una significativa pauta hermenéutica surge, en sentido convergente, de la doctrina judicial comparada (cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, Moore v. Missouri (25/11/1895 U.S. Reports Vol. 159, p. 673) teniendo en cuenta que la Constitución de aquel país no solo se halla inspirada en los mismos principios políticos que la nuestra, sino porque la garantía del *non bis in idem* se encuentra expresamente consagrada mediante su quinta enmienda. En el indicado sentido y en ambos ordenamientos, la norma que establece que una persona condenada anteriormente debe ser penada con más severidad por un

segundo delito, no entraña afectación ninguna de la garantía contra el doble juzgamiento.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y confirmar la resolución recurrida en todo cuanto fuera materia de recurso. Así voto.

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:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa del señor J. M. R., sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, **CASAR** el punto dispositivo II de la sentencia recurrida y **MODIFICAR** la calificación legal asignada a los hechos por los que recayó condena, los que resultan constitutivos del delito de sustracción y retención de un persona con el fin de obligarla a tolerar algo contra su voluntad, agravado por haber logrado el autor su propósito, en concurso real con el delito de desobediencia (artículos 55, 142 *bis*, primer párrafo, primera y segunda oración, y 239 del Código Penal y artículos 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. REMITIR a sorteo las presentes actuaciones para que otro Tribunal Oral en lo Criminal determine el monto de pena a imponer al señor J. M. R., en función de la escala legal aplicable al caso (conf. artículos 55, 142 *bis*, primer párrafo, primera y segunda oración, y 239 del Código Penal).

III. RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado y cumplirse con la remisión ordenada en el punto dispositivo segundo.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

CARLOS A. MAHIQUES
-en disidencia parcial-

MARIO MAGARIÑOS
-en disidencia parcial-

PABLO JANTUS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA