

## **Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas**

Causa nº 10145-00-CC/15 “P., F. s/ art. 128 CP” ///la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 21 días del mes de septiembre de 2015. AUTOS Y VISTOS Para resolver en la presente causa el recurso de apelación interpuesto por la querrela contra la resolución de la Magistrada de Grado que declinó la competencia de esta jurisdicción para entender en los hechos aquí denunciados.

CONSIDERANDO 1. El presente proceso penal se inició con la denuncia formulada ante este fuero por los apoderados de J. R. M. según la cual su marido, de quien se encuentra separada de hecho, F. P.: a) Accedería a páginas de pornográficas de menores por internet y publicaría, facilitaría, divulgaría o distribuiría imágenes sexuales de niños y niñas. b) A través de una cuenta de Facebook de identidad falsa, asociada a su correo electrónico (xxxxx@hotmail.com), tomó contactos con menores de edad intercambiando fotos, videos y conversaciones. A fin de dar cuenta de su vinculación o interés en la denuncia, expone la Sra. M. que estuvo casada con el denunciado hasta julio del año 2010 y que, tras la separación, advirtió en la hija que tienen en común un alto grado de angustia que podría dar cuenta que habría sido víctima de algún delito contra su integridad sexual. Ello la condujo a formular la denuncia respectiva contra su ex pareja que tramita ante el Juzgado Nacional de Instrucción nº 10 con la intervención de la fiscalía de instrucción nº 28 bajo el expediente número 40.725/13. Señaló la recurrente en su denuncia que “fue en el contexto de tales sucesos que nuestra representada (...) tuvo conocimiento de los hechos que se denuncian, y que -también en este caso- constituyen un ataque a la integridad sexual de los niños” (sic, fs. 10 vta.). 2. La Sra. titular del Juzgado PCyF nº 22 resolvió declinar la competencia de la jurisdicción de esta ciudad por entender que los hechos denunciados, que concurren en forma real, resultarían del resorte de la competencia nacional (fs. 155/7). Para arribar a dicha conclusión entendió que ellos resultan, prima facie, subsumibles en los arts. 128 CP (hecho “a”) y 131 CP (hecho “b”). Señaló que si bien esta ciudad autónoma resulta competente para entender en el primero de ellos (ley CABA 2.257 y ley nacional 26.357) el juzgamiento del segundo resultaría de la competencia de la justicia nacional ordinaria. Ante dicho panorama concluyó que debía entender en la investigación y juzgamiento de ambos hechos, estrechamente vinculados, la justicia nacional desde el momento que tendría una competencia más amplia. Añadió que en la justicia nacional se encuentra tramitando la denuncia de un supuesto abuso sexual hacia el aquí imputado, F. P., en perjuicio de su hija A. P. (expediente 40.725/13 en trámite ante el Juzgado Nacional de Instrucción nº 10 con la intervención de la Fiscalía de Instrucción nº 28). 3. La resolución supra referida fue apelada por la querellante, mediante sus letrados apoderados (fs. 172/3). En resumidas cuentas considera la recurrente que la declinación resulta prematura pues, de conformidad con el criterio del máximo Tribunal federal que recuerda “(...) las declaraciones de incompetencia deben hallarse precedidas de la investigación necesaria para encuadrar el caso prima facie en alguna figura determinada (...)” (fallos 304:1656; 306:1997). Destaca que en el caso no se ha llevado adelante ninguna medida probatoria tendiente a acreditar mínimamente los hechos denunciados. En conclusión brega por la revocación de la resolución en crisis y la asunción del deber jurisdiccional de entender en los hechos denunciados. 4. El recurso provoca el conocimiento del Tribunal respecto de una resolución que, entre sus múltiples defectos, implica renunciar a los deberes jurisdiccionales de esta ciudad autónoma y de ese modo es susceptible de afectar principios y

garantías que por mandato constitucional deben ser deben ser protegidos (arts. 129 CN y 6 CCABA). Esta circunstancia, que seguidamente se desarrollará, sumado al carácter de orden público que caracteriza a la competencia en razón de la materia, debe conducir a la anulación de la resolución obrante a fs. 155/8 (arts. 17, 72.1 CPPCABA). En efecto, desde las diversas perspectivas interpretativas mediante las que se abordan en esta jurisdicción cuestiones de competencia como la aquí suscitada, la conclusión conduce a que hechos en cuestión deben ser investigados y, eventualmente, juzgados por esta justicia. 5. Nadie pone en duda que las dos conductas aquí denunciadas deben ser investigadas de manera conjunta pues su conexidad subjetiva, la estrecha vinculación y la comunidad probatoria así lo determinan en pos de una mejor administración de justicia (Fallos 328:867, entre muchos otros Corresponde determinar en qué fuero se debe materializar dicha investigación. A fin de responder a dicho interrogante se debe recurrir a la solución que mejor conduzca a los fines que impone el art. 6 de la constitución de nuestra ciudad. En dicha tarea advertimos que el art. 3 de la ley 26702 resulta de plena aplicación, dada su vigencia sin necesidad de aceptación, de modo que por el art. 42.1 del CPPN, debe intervenir el juez que investigue el delito más grave (incidente de apelación en autos “Mogrovejo, Angélica s/ art. 149 bis CP”, n ° 7411-01-00/15, 7/9/2015). Concordantemente se expidió la Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional in re “Fiorini, Gustavo s/ competencia”, causa N° 35713, rta. el 4/12/2008 y “Ocampo Jésica”, causa N° 35913, rta. el 4/02/2009. Este criterio disputa con el que postula al fuero con competencia más amplia para protagonizar el juzgamiento en este tipo de procesos, pero respecto de este segundo, además de utilizar un parámetro de suma vaguedad (no explicado acabadamente –basta con advertir la cantidad de asuntos en los que entiende esta Justicia-), carece de sustento legal y no se explica su atinencia en el caso. Se puede intentar comprender que quienes postulan este segundo criterio lo sustentan en el principio iura novit curia, es decir, para el caso que las hipótesis legales en las que prima facie se encuadran los hechos investigados fracase, el Juez con competencia “más amplia” tendría facultades, reconocidas por la tradición mas no a partir del avance dinámico de las instituciones, de dar una solución al caso. Pero en el presente no se advierte qué supuesto de subsunción alternativa puede llegar a presentarse. Así, este criterio aparece, en el caso, como una afirmación dogmática carente de sustento normativo. En cambio ello no ocurre, como se dijo, en relación al criterio delito más grave (art. 3, ley 26702; 42,1 CPPN). En esta senda interpretativa entonces, el delito previsto en el art. 128 CP prevé una pena de 6 meses a 4 años de prisión y resulta idéntica a la prevista en el art. 131 CP. Así, en el caso, ambas figuras en las que resultan subsumibles los hechos que se investigan, poseen igual escala penal, por lo que resulta aplicable el criterio según el cual debe intervenir el órgano jurisdiccional que previno, es decir, esta Justicia en lo Penal Contravencional y de Faltas (causas N° 5896-00- CC/2013 “Nieto, Victor del Valle s/infr. art(s) 183 y 149 bis CP- Apelación”, rta. el 17/09/13; N° 12487-00-CC/13 “Nocera, Diego Carlos s/infr. art(s) 149 bis párr. 1 - CP” – Apelación, rta. el 2/12/13). En conclusión, desde esta perspectiva interpretativa corresponde descartar la conclusión a la que arriba la Sra. Juez de Grado. 7. A mayor abundamiento, por si el expuesto fuese insuficiente, existe otro orden de motivos que determinan que esta jurisdicción es competente para entender en los delitos aquí denunciados. En efecto, tal como expusimos en precedentes, de conformidad con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal

ordinaria aplicables en su ámbito territorial pertenece a esta ciudad, este conjunto de figuras incluye a las creadas con posterioridad a la ley 24.588 -BO 30/11/1995- (conf. “Di Cesare, Fernando Luis s/ infr. art. 153 bis CP” –, nº 7938-00/10 del 12/4/2012, entre otros del registro de la Sala I y “Romero, Leandro Sergio s/ infr. art. 193 bis, conducción riesgosa en prueba de veloc. o de destreza c/ vehículo autom. s/ autorización legal-CP.”, nº 29535-00-00/08 del 22/5/2009; “Gonzalez, Esteban Carlos s/ art(s) 54 y 55 CC”, nº 2651-00-00/14 del 4/12/2014, entre otras del registro de la Sala III). En esta última especie se inserta el delito previsto en el art. 131 CP (BO 11/12/2013), bajo pretexto del cual se pretende renunciar a las facultades jurisdiccionales de esta ciudad. Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión esta dado por el art. 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—’” (Expte. nº 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la ley 24.588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN. Añadió la mayoría que, conductas como la que se pretende investigar en esta causa no eran pasibles de reproche penal con anterioridad a la sanción de la ley 24.588. El art. 8 de aquella ley (que establece que “La justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”) sólo garantizó que se “manten[dría]” un estado actual de cosas, que se “conservar[ían]” las competencias que se tenía en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para “transfer[ir]” esas competencias, pero no aquellas otras que nunca tuvo —o que ni siquiera pensaba tener—. La afirmación del TSJ en cuanto a que el Estado Federal, por la ley de garantías, “no puedo conservar más que aquello que ya poseía” traduce una verdad que se apoya no solo en el sentido común sino en una interpretación literal y sistemática que sucesivamente han impulsado el proceso de autonomía iniciado en 1994. En conclusión, coincidimos en que no puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8 de la ley nº 24.588. Para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma, tal y como opera respecto del resto de las provincias. Con posterioridad al fallo antes reseñado, la CSJN en el precedente “Zanni” del 4/5/2010, remitiéndose al dictamen del Sr. Procurador Fiscal de la Nación, entendió que en esta especie de causas debía intender la Justicia

Nacional. En dicho dictamen, en resumidas cuentas, el Sr. Procurador señaló que el propósito del legislador nacional fue generar un traspaso gradual de distintas competencias nacionales a la órbita de esta justicia local sin que, por esa razón, se altere la prestación correcta de la administración de justicia. Consecuentemente “los nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local.” (dictamen en competencia N° 83. XLV, del 6/8/2009). No obstante, es menester destacar un nuevo hito jurisdiccional en el proceso de proceso autonómico de esta Ciudad. El 14/4/2010, en el precedente Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Neves Canepa, Alvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/ infr. art. (s) 193 bis CP’” (Expte. n° 7312/10), el Tribunal Superior de Justicia ratificó el criterio fijado en el precedente ‘NN s/ presunta comisión de un delito’” (Expte. n° 6397/09), citado ut supra (en el punto 2.1). En este precedente la mayoría del Tribunal Superior de Justicia señaló expresamente que “no surge del dictamen mencionado [el emitido por el Procurador Fiscal de la Nación al que se remitió la CSJN en el precedente Zanni, referido anteriormente] que hayan sido discutidas allí las razones que llevaron a este Tribunal, ante un planteo de esa especie, a resolver a favor de la competencia local”. Así se enfatizó que “El art. 129 de la CN reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires facultades jurisdiccionales propias, por lo que, como principio, no hay razones para sostener que se precisa ningún acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que le corresponde a su Poder Judicial por imperio de la Constitución Nacional” Y se aclaró que el criterio que se fija “no implica que los órganos de la Ciudad tendrán a cargo la investigación y el juzgamiento de conductas ya descriptas como delito con anterioridad a la ley n° 24.588, cuya tipificación o consecuencia jurídica sea objeto de alguna modificación. La modificación o reformulación de tipos penales que preveían sanción con anterioridad a la ley n° 24.588 no los transforma en “nuevos delitos” y, por ende, en aquellos casos en que se introduce una modificación a un tipo penal regulado con anterioridad a la ley n° 24.588 y que no haya sido objeto de algún convenio de transferencia se encontraría abarcada por la competencia que esa norma nacional manda a mantener en cabeza de la justicia nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires”. En resumidas cuentas, en el precedente “Neves Canepa” que venimos citando, el Tribunal Superior de Justicia ratificó su criterio expuesto en ‘NN s/ presunta comisión de un delito’” (Expte. n° 6397/09), y rebatió minuciosamente cada uno de los fundamentos sobre la base de los cuales el Procurador Fiscal de la Nación propuso a la CSJN adoptar el criterio opuesto en el precedente “Zanni” (antes citado). El nuevo esfuerzo de fundamentación del Tribunal Superior de Justicia desplegado en el precedente “Neves Canepa”, para sustentar el criterio de que los delitos que fueron creados por el Congreso Nacional con posterioridad a la ley 24.588 resultan de competencia local, no ha sido descalificado por la CSJN (CSJN, N.65.XLVII, “Neves Canepa”, sentencia del 27/09/11) tal como lo advirtió la Dra. Ana María Conde (ver su voto in re “Ministerio Público — Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: ‘Alcaraz, Aníbal Marcelo s/ art.(s) 184 inc. 1 CP’”, Expte. n° 8256/11 del 8/2/2012). Por último, tampoco pueden soslayarse dos decisiones adoptadas por el Congreso de la Nación que refuerzan el criterio asumido oportunamente por el TSJ. En primer término, la Ley Nacional 26.702 (BO 6/10/2011). Por su

intermedio, y con el voto de todos sus miembros, el Congreso Nacional transfirió a esta Ciudad la competencia para investigar y juzgar una importante cantidad de delitos de carácter no federal ("complementarios de los ya transferidos", "contra la administración pública local", "contra la fe pública" y demás delitos vinculados a materia de competencia pública local) y de todos los que en el futuro fueran a crearse. Coherente con esta última manda, dictó la Ley Nacional 26.735 (BO del 28/12/2011), modificatoria del régimen penal tributario que, al tipificar como nuevo delito la evasión de tributos locales, le asignó competencia a las jurisdicciones provinciales y de la ciudad, sin necesidad de aceptación expresa de las legislaturas locales conforme la tradicional distribución de funciones establecidas en la CN (art. 75 inc. 12). Ambas leyes establecen una equiparación entre la ciudad y las provincias respecto de la distribución de competencias jurisdiccionales hacia el futuro, esto es que: salvo que se asigne competencia a la justicia de excepción, en los nuevos delitos que se crean intervienen los Jueces locales. En conclusión, el panorama jurisprudencial y legislativo antes expuesto resulta otro de los motivos que permite descalificar a la sentencia en crisis como acto jurisdiccional válido, pues se limita a citar un precedente de la CSJN que quedó obsoleto a la luz de las nuevas circunstancias apuntadas y ello no puede considerarse fundamento suficiente. Finalmente, debe analizarse el silencio de la Legislatura para cumplir con la condición establecida en el art. 8 de la ley 26.702 (BO 6/10/11). A esta altura podría interpretarse como una aceptación tácita, en función del tiempo transcurrido, y fundamentalmente, porque no existe -en el marco del sistema federal de gobierno y del proceso de autonomía en particular, sumado al mandato expreso del art. 6 de la Constitución local- margen ni posibilidad alguna de rechazar la transferencia dispuesta. En primer lugar porque significaría violar la constitución local y luego porque colocaría a la ciudad en una situación de alzamiento contra Congreso Nacional que incluso daría pie a una intervención federal conforme a lo establecido en los arts. 5, 6 y 75.31 CN. Por supuesto que ésta, como cualquier transferencia, debe estar acompañada de las partidas pertinentes conforme lo previsto en los arts. 75.2 CN y 6, ley 26702. El modo de coordinar la tarea y la concreción de la remisión de partidas presupuestarias es una tarea de los funcionarios políticos designados en la propia ley. Pero la aceptación y asunción de las competencias no puede generar la obligación de transferir partidas hasta tanto aquella no se efectivice. A modo de burdo ejemplo: no nace la obligación de pagar al taxista si no me subo a su vehículo. Recién cuando se inicia el viaje empieza a correr el reloj. En definitiva, la mora legislativa implica, a nuestro criterio, que la condición suspensiva de la vigencia de la ley ha desaparecido como impedimento; tanto porque la negativa sería violatoria de la constitución local cuanto porque pondría en crisis las atribuciones exclusivas del Congreso de la Nación y, paradójicamente, supondría que la Ciudad cuenta con facultades mayores que el resto de los estados provinciales, en particular la de incumplir con el art. 5 CN que obliga a ésta y a aquéllos a asegurar la administración de justicia. Ahora bien, lo dicho no significa que la transferencia deba ejecutarse de manera desordenada, pero nunca que el orden señalado sirva de excusa para que no se concrete. Por ello, el transcurso del tiempo sin que ese proceso ordenado se haya iniciado obliga a los jueces a cumplir con el mandato del art. 6 de la constitución local, para evitar incurrir en la misma conducta omisiva que el Poder Legislativo. Bien puede alguna de las partes requerir la intervención de esta jurisdicción en tanto entienda, del mismo modo en que lo concibió el constituyente, que ello garantiza en mayor medida sus derechos, invocando la vigencia tácita de la ley por los motivos invocados. 8. La

resolución en crisis sustenta también la declinación de competencia en el proceso que tramita ante la justicia nacional donde el aquí imputado resulta investigado por el delito de abuso sexual en perjuicio de su hija (referenciado en el punto II de los considerandos). Señala que “en dos causas distintas se investig[a] un objeto procesal similar” y que la presente investigación en la jurisdicción local podría infringir la prohibición ne bis in ídem. Lo expuesto muestra nuevamente la ausencia de argumentos que permitan considerar fundada dicha resolución, pues, los hechos aquí denunciados y los que se investigan en jurisdicción nacional son distintos, y los pretendidos puntos de contacto no permiten renunciar al ejercicio de la competencia jurisdiccional. Finalmente se puede advertir un defecto más en la resolución en crisis. En efecto, luego de intentar desligarse de la causa por razones de turno (fs. 155/8), la Magistrada, en su primer acto jurisdiccional, declaró la incompetencia de esta justicia en base a los fundamentos aparentes que estamos analizando. Nuevamente aquí se advierte otro vicio, pues la resolución adoptada resulta prematura al no encontrarse precedida de la investigación necesaria para encuadrar el caso prima facie en alguna figura determinada. En consecuencia corresponde declarar la nulidad de la resolución obrante a fs. 155/58 y declarar la competencia de esta justicia para entender en el juzgamiento de los hechos denunciados. Por las razones expuestas, el Tribunal RESUELVE DECLARAR LA NULIDAD de la resolución obrante a fs. 155/58 y DECLARAR LA COMPETENCIA de esta Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para entender en el juzgamiento de los hechos aquí denunciados. Regístrese, y remítase al Juzgado de Primera Instancia a fin de la continuación del proceso.