

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala Segunda de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal resolvió confirmar la resolución de primera instancia que deniega la excarcelación de Teodora Jofré, bajo cualquier tipo de caución (fojas 43/44 vuelta del incidente respectivo).

Contra dicho pronunciamiento, la defensa de la imputada interpuso recurso extraordinario federal (fojas 49/58), el que fue concedido a fojas 69 vuelta.

II

El tribunal de alzada, luego de mantener la validez del auto interlocutorio de la juez federal y de sostener que no era ésa la oportunidad para analizar la falta de tipicidad de los delitos endilgados a Jofré, recordó que no existe óbice en la presente causa para aplicar la ley 24410 -que aumenta las penas para la sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años- puesto que se trata de un delito de carácter permanente, en sus dos últimas modalidades, cuya acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad del causante (en este caso el 30 de agosto del 2000, fecha del análisis genético, según lo dice la Cámara a fojas 46 vuelta del incidente que corre por cuerda al presente).

En consecuencia, y teniendo en cuenta la escala punitiva para los delitos imputados (el que se mencionó en el párrafo anterior, según la redacción de la ley citada, así como los de falsedad ideológica de documento público y falsedad ideológica de documento destinado a acreditar la identidad de las personas) resulta correcta la denegatoria de la excarcelación, pues el máximo y el mínimo de pena previstos,

no permiten encuadrar la situación de la procesada en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

III

Se agravia el recurrente por cuanto la denegatoria del beneficio solicitado se habría basado en la aplicación al caso de la ley 24410 -que agravó las penas para el delito de sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años- en violación al principio de la ley penal más benigna contenido en el artículo 2º del Código Penal y en el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la ley 25390.

Agrega que la característica de delito permanente no impide aplicar este principio, pues la previsión normativa del ya citado artículo 2º, no admite ninguna excepción a su obligatoriedad pues dice que "se aplicará siempre la más benigna". Por ello, en los delitos permanente -concluye la parte luego de citar la doctrina de autores nacionales- debe aplicarse la ley más benigna tomándose en cuenta "el momento de comenzar a delinquir".

IV

1. En primer lugar, considero que el requisito de sentencia definitiva se encuentra cumplido en este recurso, con sustento en la doctrina de V.E. que establece que la decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, puede considerarse definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar un derecho que exige tutela inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 307:359; 308:1631; 310:1835; 311:358;

Procuración General de la Nación

314:791, entre otros).

Y si bien ello no basta para habilitar la instancia extraordinaria en tanto no se involucre la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de la excarcelación o concurran graves defectos en el pronunciamiento denegatorio (Fallos: 314:791 y la jurisprudencia allí citada), lo cierto es que en el sub lite se ha configurado una cuestión federal simple, en la medida en que se cuestiona la interpretación efectuada por el a quo del artículo 1 de la ley 24390, reglamentaria de la garantía reconocida en el artículo 7, inciso 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22º de la Constitución Nacional), y la resolución es contraria al derecho invocado.

En conclusión, y encontrándose cumplidos los demás requisitos formales, resulta correcta la declaración de admisibilidad efectuada por el a quo a fojas 76 a 77 del incidente.

2. Sin embargo, y previo a ingresar en el tratamiento de la cuestión federal esbozada, he de decir que los agravios referentes a la arbitrariedad en la valoración de la prueba y en el dies ad quem del delito previsto en el artículo 146 del Código Penal, son temas ajenos al recurso extraordinario por tratarse de meras discrepancias en los hechos y el derecho común aplicable y la parte no ha demostrado que la cámara incurrió en una postura irrazonable.

3. Como primer paso de la exposición, en lo que se refiere a la materia propia del recurso, considero útil recordar lo que sostuve en el dictamen producido en la causa S.C. V.2 LXXXVI, "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación", respecto a la naturaleza del delito de retención de un menor de diez años, por lo que me permito transcribir a continuación los párrafos pertinentes:

"La doctrina nacional, incluso la más tradicional, ha entendido que las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de los delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse los mismos, sino que perdura en el tiempo, de modo que "todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación" (Soler, Sebastián, "Derecho penal argentino", Bs. As., 1951, t. 1, pág. 275). Como lo afirma en la doctrina un poco más moderna, el autor alemán H. H. Jescheck (Tratado de Derecho Penal. Parte General): "Los delitos permanentes y los delitos de estado son delitos de resultado cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente" -página 237-.

De tal forma, el delito permanente o continuo supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo" (Maggiore, G., Derecho Penal, traducido por Ortega Torres, T.1, Bogotá, 1956, pág. 295).

"Privada de libertad la víctima del secuestro, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha privación dure un día o un año. Desde la inicial verificación del resultado hasta la cesación de la

Procuración General de la Nación

permanencia, el delito continúa consumándose... En tanto dure la permanencia, todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación" (De Benedetti, Wesley: Delito permanente. Concepto. Enciclopedia jurídica Omeba, t. VI, Bs. As., 1979, pág. 319).

Por otra parte, Núñez sostiene que: "La retención y ocultación que el artículo tiene en cuenta son las vinculadas a una sustracción o robo cometido por un tercero, cuya acción de despojo y ocultación continúa el que retiene y oculta al menor".

"La sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga volviendo permanente el delito, con la detención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia" (Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, T. V., Bs. As., 1967, pág. 60 y ss.)"

3. Dice el primer párrafo del artículo 2 del Código Penal: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna". Como puede apreciarse, esta norma menciona tres momentos: a) el tiempo de cometerse el delito, b) el del fallo, y c) el lapso intermedio entre ambos. Y según el principio enunciado, se deberá aplicar la ley más benigna que haya estado vigente en cualquiera de esos momentos.

Ahora bien, ocurre que en este caso, el tiempo de comisión del delito -es decir, el momento a)- y teniendo en cuenta lo ya dicho respecto a la permanencia de la consumación en la retención u ocultación de un menor de diez años, es un lapso que va -según criterio del a quo, no discutible en el sub judice- desde la posible fecha de nacimiento del menor,

hacia fines de 1978, hasta la del estudio genético, el 30 de agosto del 2000, que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento.

Y hete aquí que en ese prolongado tiempo, se promulgó, el 28 de diciembre de 1994, la ley 24410 que aumentaba la pena mínima y máxima de este delito.

No nos encontramos entonces en la hipótesis del artículo 2 del Código Penal, que plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio. Ni tampoco en los del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues en estos instrumentos se habla del "momento de la comisión del delito", pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas,

Tenemos, pues, que esta situación no está expresamente contemplada en los dispositivos legales que establecen el principio de la ley penal más benigna, por lo que tal garantía no está en juego en el presente caso.

Estamos aquí ante un delito continuo e indivisible jurídicamente, y que durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes -sin que sea éste un caso de ultra actividad o retroactividad de alguna de ellas- en base al principio general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum). Por lo tanto, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del artículo 2 del C. Penal, donde se debe aplicar la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes.

Ahora bien, como una sola de estas leyes es la que se debe aplicar -porque uno es el delito cometido- considero que estamos ante un concurso aparente de tipos penales, pues

Procuración General de la Nación

necesariamente uno debe desplazar al otro, y, en tal caso, debe privar, la ley 24410, pues es la vigente en el último tramo de la conducta punible. Por otro lado, resulta claro que esta conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de esta ley nueva, que se reputa conocida por el autor (artículo 20 del C. Civil) y que siendo posterior deroga a la anterior (lex posterior, derogat priori).

La doctrina, en esta materia, ha sostenido que "si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal... El autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas... persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, pudiendo desistir de su empeño criminal" ("La Ley Penal y el Derecho Transitorio", Guillermo J. Fierro, página 222 y sstes. Ediciones Depalma, 1978).

El tratadista francés Paul Roubier, dice que para algunos autores el momento relevante de la comisión del delito permanente, es cuando el estado de ilicitud termina, para lo cual tienen en cuenta el conjunto de argumentos esgrimidos en torno a la prescripción de estos delitos ("Les conflits des lois dans le temp", tomo II, pág. 551, Librairie du Recueil Sirey, París, 1933, citado por Guillermo J. Fierro).

En este sentido, puede apreciarse cómo el artículo 63 del Código Penal argentino, prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del

día en que cesó de cometerse, norma que está señalando la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo.

Y conviene recordar que esta disposición se originó en el Proyecto de 1891, fundándose en el criterio de la buena conducta -pues sólo desde ese momento puede cumplirse tal condición- lo que nos permite argumentar, "contrario sensu", que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente, y por lo tanto se renueve la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la institución beneficiosa, sea la prescripción o la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no está terminado.

Por último, he de efectuar la siguiente disquisición: si la imputada hubiera consumado el delito con anterioridad, le hubiera correspondido la pena más benigna; como lo siguió cometiendo -siempre según la imputación- después de la vigencia de la ley 24410, le corresponderá una pena mayor. Este agravamiento de su posición tiene como base, según ya lo hemos dicho, su voluntad de seguir delinquiendo, al prolongar la consumación del hecho ilícito. Es decir, que la solución que propiciamos resulta acorde con el principio de culpabilidad y, desde otra óptica, no hiere el de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) puesto que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello.

V

Por todo lo expuesto, considero que V. E. debe declarar bien concedido el recurso extraordinario y confirmar la resolución impugnada.

Buenos Aires, 23 de mayo de 2002

Procuración General de la Nación

ES COPIA

NICOLAS EDUARDO BECERRA

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 24 de agosto de 2004.

Vistos los autos: "Jofré, Teodora s/ denuncia".

Considerando:

Que por las consideraciones vertidas en el dictamen del señor Procurador General (párr. IV., aps. 2 y 3, fs. 78 *in fine*/81), a las cuales corresponde remitir en razón de brevedad, las cuestiones planteadas en el *sub lite* resultan ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- CARLOS S. FAYT - ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto).

ES COPIA

VO-/-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// -TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que por las consideraciones vertidas en el dictamen del señor Procurador General (párr. IV., aps. 2 y 3, 78 *in fine*/81), cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad, cabe concluir que las cuestiones planteadas en el *sub lite* son ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48 y que la solución de la causa no depende de la interpretación o alcance que quepa asignar a tratado internacional alguno.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

VO-// -

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de
NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador General, se lo declara improcedente. Hágase saber y devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CESAR
BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ADOLFO
ROBERTO VAZQUEZ Y DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que confirmó la de la instancia anterior por la que no se había hecho lugar al pedido de excarcelación de Teodora Jofré —a quien se le imputa la comisión de los delitos de sustracción ocultación y retención de un menor, falsificación de documento público y uso de documento público adulterado—, la defensa interpuso recurso extraordinario federal de fs. 49/58, que fue concedido a fs. 69/69 vta.

2º) Que para llegar a la decisión impugnada, el *a quo* sostuvo que las reglas prescriptas en el art. 379, inc. 1º del Código de Procedimientos en Materia Penal no eran de aplicación al caso, ya que las penas previstas para los delitos que se imputan a la agraviada impiden el otorgamiento de la excarcelación.

Para llegar a esta conclusión, tomó en cuenta que la figura de sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años, resulta ser un delito permanente, en el que la comisión se extiende en el tiempo hasta tanto se determine su verdadera identidad (agotamiento). En virtud de ello, la ley aplicable al momento de comisión del delito, debe ser aquella vigente en el momento del cese del delito.

Por estos motivos, consideró que la escala penal a tomar en cuenta a los efectos de decidir el planteo excarcelatorio, era aquella prevista por el art. 146 del Código Penal de la Nación, texto ordenado por ley 24.410 —publicada el 28 de diciembre de 1994—, ley esta vigente al momento de cesar la comisión del delito. En consecuencia, al considerar el monto

de la pena establecido por la ley mencionada, rechazó el pedido de excarcelación.

3º) Que en el remedio federal la recurrente invoca que la aplicación de la norma citada viola el principio de aplicación de la ley penal más benigna establecido en el art. 2º del Código Penal y en el art. 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional —aprobado por la ley 25.390—, dado que al momento en que se consumó la conducta se hallaba vigente la ley 11.179, que preveía una escala penal sustancialmente menor, que de aplicarse posibilitaría la excarcelación, conforme a lo previsto en el art. 379, inc. 1º del Código de Procedimientos en Materia Penal. Por ello, a criterio de la agraviada, la utilización de la ley más gravosa no corresponde ni siquiera para los supuestos del delito permanente, en los cuales debe aplicarse la ley más benévola, tomando en cuenta "el momento de comenzar a delinquir".

4º) Que según se desprende de las constancias de la causa, la sustracción, retención y posterior ocultación de la identidad del menor se habría consumado a fines del año 1978 y se habría extendido hasta el 20 de agosto de 2000, fecha en la que se determinó su verdadera identidad, mediante un examen genético.

5º) Que si bien las resoluciones que deniegan la excarcelación del imputado no constituyen sentencias definitivas, toda vez que no ponen fin al proceso, corresponde equipararlas a éstas a los efectos de posibilitar la vía recursiva prevista por el art. 14 de la ley 48, en tanto restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior (Fallos: 311:358, entre otros).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

6°) Que en el caso existe cuestión federal suficiente ya que se ha cuestionado la validez temporal de la ley penal establecida en el art. 2° del Código Penal de la Nación, con remisión al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, y el principio de aplicación de la ley penal más benigna, consagrado en el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —documentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna—.

7°) Que para resolver el recurso extraordinario debe tomarse en cuenta esencialmente el acatamiento al principio de legalidad que enuncia el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual requiere que tanto la descripción de la conducta por la que una persona puede ser sometida a proceso, como la escala penal prevista para la misma, deben haber sido establecidas en una ley sancionada con anterioridad a la comisión del hecho.

En este sentido, se ha dicho que "...En el derecho penal reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (*tempus regit actum*), emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual se expresa en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva..." (Fallos: 323:3426, voto del conjuer Luis René Herrero).

Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia, y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de un ley penal posterior más benigna para el imputado.

8°) Que en el caso, para determinar cuál es la ley aplicable, resulta necesario establecer el momento de comisión del hecho. En este sentido, y al tratarse de un delito permanente, donde la comisión de la conducta se extiende aun después de la consumación, se plantea como conflicto la vigencia de dos leyes en el período de comisión. Así, al momento de consumarse el hecho se encontraba vigente la redacción del art. 146 del Código Penal de la Nación según la ley 11.179, mientras que al momento de cesar la comisión, ya había sido sancionada la ley 24.410 que modificó la escala penal del mismo tipo, agravándola. Es importante tomar en cuenta que en estos delitos la conducta comisiva se desarrolla en el tiempo, tiene un momento inicial —en esta causa noviembre 1978— y uno en el que termina —agosto 2000—, y es esta particularidad la que permite que coexistan diferentes criterios de interpretación en referencia a cuál de los momentos ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer la comisión del hecho y en consecuencia la ley aplicable.

En este contexto corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción —tal como sucede en este caso— existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley —en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994—, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación

y en el art. 2° del Código Penal de la Nación.

Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna. En este caso entonces corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179.

9º) Que en virtud de lo establecido en el acápite precedente, la aplicación de la ley 24.410 efectuada por el *a quo*, resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado, debiendo volver los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo aquí resuelto. Hágase saber y devuélvase. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ - E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **Teodora Jofré**, representada por el Dr. **José Alberto Apaz**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 1**.