

INDICE TEMATICO DE JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 1
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL MAR DEL PLATA

PERIODO FEBRERO / DICIEMBRE DE 2.000

Jueces: Graciela S. Arrola de Galandrini
Ricardo S. Favarotto
José Antonio Martinelli

Secretario: Alexis Leonel Simaz
Aux. Letrada: Andrea Verónica Zarini

INDICE DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES

JA: Juicio Abreviado
JO: Juicio Oral
P: Probation
A: Amparo
HC: Habeas Corpus
C: Causa
R: Registro
I: Interlocutoria

ABUSO DESHONESTO

Sexo oral (JA, C. 326)

“...Precisamente, comentando los alcances de la ley 11.179, Eusebio Gómez consideró que *‘no existe acceso carnal, constitutivo de la violación, en el hecho de la ‘fellatio in ore’, llevada a cabo con la violencia -presunta o manifiesta- que la ley penal exige para la caracterización de aquél delito. Hecho semejante caería en la previsión del art. 127 de nuestro código; constituiría el abuso deshonesto de personas, que es uno de los ultrajes al pudor reprimidos por el código’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Cía. Arg. de Edit., Bs. As. 1.940, tomo III, págs. 86/7)... Ricardo C. Nuñez, refiriéndose siempre a la expresión originaria del Código Penal, descartó también que los casos de sexo oral puedan ser catalogados como violación, ofreciendo sus explicaciones al señalar que *‘la introducción por vía bucal (‘fellatio in ore’) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que, es un abuso deshonesto (art. 127). La boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y por esto en su contacto con el órgano masculino, no cumple una función sexual semejante a la de la vagina’* (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, edit. Bibliográfica Omeba, Bs. As. 1.964, tomo IV, pág. 249)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Domínguez, causa n° 326, “Zacardo, Angel Gerardo s/ abuso deshonesto calificado etc.” [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

“...Más modernamente ese criterio ha sido seguido, entre otros, por Justo Lajne Anaya (cfr. ‘Comentarios al Código Penal’, edit. Depalma, Bs. As. 1.979, vol. II, pág. 342), por Edgardo A. Donna (cfr. ‘Derecho Penal. Parte Especial’, edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 1.999, tomo I, pág. 389), y por Carlos Creus, quien afirma que *‘al margen del valor dogmático de este argumento (en alusión al de Nuñez), moviéndose la ley con los contenidos sociales de lo sexual, no hay duda de que la reserva sexual prote-*

gida por el tipo de violación -y consecuentemente por el estupro- se refiere a la prestación, voluntaria o no, al acto del agente por parte de la víctima de aquellos orificios de su cuerpo que normalmente permiten la cópula, con una significación sexual propia para ambos protagonistas del trato carnal; por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones abnormes con las que el agente puede desahogar su libido, no entran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación y del estupro, quedando, en su caso, reservadas para la punibilidad del abuso deshonesto' (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Astrea, Bs. As. 1.996, tomo I, págs. 188/9)...Por su parte, desde la medicina legal, Alfredo Achával se ha pronunciado en forma contraria a la extensión del concepto de acceso carnal a la penetración bucal, o en otros conductos, a las que designó como abuso deshonesto (cfr. 'El delito de violación', edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.979, págs. 180/4)...Coincido, entonces, con todos esos autores al reputar como abuso deshonesto calificado (y no como violación), el núcleo fáctico que fuera descrito en la materialidad ilícita..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/ abuso deshonesto calificado etc." [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

"...Coincido con la solución propuesta por el colega, pero acá lo hago por aplicación del principio *'favor rei'* (CN, 18; CPP, 1°), en razón de que la norma en análisis -el hoy derogado art. 119 del CP- generó dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales antagónicas, hasta la reciente sanción de la ley 25.087 (B.O. del 14/5/99), que ha zanjado el diferendo con una nueva redacción, que ahora sí permite incluir, sin duda alguna, al sexo oral forzado como un caso específico de violación..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/abuso deshonesto calificado etc.", [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

AGRAVANTES

Compañía de un niño al delinquir (JA, C. 274)

"...El haber pretendido consumir el primer fraude en la compañía de un niño, es agravante..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 274, "Mattioli, Graciela s/ estafa" [J.A.], del 18/02/00, R.16/00).

Daño físico y psicológico (JO, C. 80; JA, C. 309)

"...Es agravante el daño psicológico causado a cuatro pequeñas niñas, integrantes de los dos grupos familiares moradores de ambas viviendas..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 80, "Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado" [J.O.], del 22/05/00, R. 062/00).

"...Merito como agravante el grave daño físico y psíquico causado a la víctima, de apenas 13 años cuando fuera sometida por primera vez a las apetencias sexuales de su padrastro, y la prolongación en el tiempo del accionar ilícito..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 309, "Fleitas, Cosme s/ violación calificada reiterada" [J.A.], del 23/06/00, R. 099/00).

Extensión del daño moral y material, estado de embarazo (JO, C. 202)

"...La extensión del daño moral y material causado, edad de la víctima, su estado de embarazo y los hijos que quedaron huérfanos, como así también la modalidad del delito perpetrado, esto es, aprovechando la indefensión en que se encontraba la

víctima, sola, a horas de la madrugada y en un sitio solitario, constituye otra agravante...” (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa nº 202, “Torres, Darío Eduardo s/ homicidio”, [J.O.] del 25/03/00, R. 33/00).

Lesiones resultantes (JA, C. 264)

“...La modalidad del hecho, habida cuenta que no sólo utilizó intimidación sino y asimismo causó plurales lesiones en el cuello y mandíbula de la víctima, a más de haber desplegado la conducta ilícita en presencia de un menor de corta edad, que aparentaba ser su hijo...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 264, “Suárez, Luis Francisco s/ robo agrav. por el uso de arma y lesiones leves en concurso ideal” [J.A.], del 18/02/00, R. 017/00).

Maltrato físico y psíquico (JA, C. 347)

“...El maltrato psíquico y físico que el autor le impusiera a las víctimas, al haber amedrentado, maniatado con cinta aisladora y encerrado en la cocina del restaurante de comidas chinas al dueño del comercio, y a sus tres empleados, por un espacio de tiempo apreciable hasta la llegada al lugar de la policía, y con el único propósito de poder concretar con tranquilidad la sustracción de los bienes ajenos...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 347, “Santillán, Marcelo Rubén s/ tentativa de robo calificado por el uso de arma” [J.A.], del 16/06/00, R.90/00).

Modus operandi (JO, C. 80)

“...Es agravante el profesionalismo puesto de manifiesto a través del “*modus operandi*” desplegado por el imputado, tanto en uno como en otro hecho, consistente en cuidar detalles, tales como la detenida observación de los lugares y la puesta de trabas en las puertas de las viviendas, inmediatamente después de sus sendos ingresos, a modo de actuar cuidadoso en su propio resguardo y para contar con mayor tranquilidad al momento de cometer los ilícitos...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado”, [J.O.], del 22/05/00, R. 062/00).

Privación de la libertad (JA, C. 176)

“...El prolongado tiempo que el causante retuvo en su vivienda -contra su voluntad- a la jovencita que en otra época había sido su novia, configura la única agravante computable...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 176, “Nuñez, Sergio David s/ violación y priv. ileg. de la libertad [J.A.], del 11/05/00, R. 056/00).

ALCOHOL

Alcoholimetría (JO, C. 419)

“...Acercas de este último procedimiento, en situación análoga a la que ahora nos ocupa, este Tribunal ha sentenciado: ‘*el relativismo con que debe apreciarse ese cómputo alcoholimétrico del perito tiene plurales fundamentos... Claus Roxin, aludiendo a diversos pronunciamientos del “Bundesgerichtshof” (BGH, Tribunal Supremo Federal alemán), expone que ‘en relación con el consumo de alcohol, no se puede indicar un límite determinado de un tanto por mil para que se produzca la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, sino que depende de las circunstancias del caso con-*

creto' (cfr. 'Derecho Penal. Parte General', edit. Civitas, Madrid 1.997, tomo I, pág. 827). Tampoco escapa del conocimiento general que 'la absorción y eliminación del alcohol depende de numerosos factores, como la constitución del individuo, sus hábitos de bebida, sus condicionantes digestivos, tipo y cantidad de bebida, etc.' (cfr. Pérez Pineda, B. y García Blázquez, M. en 'Manual de Medicina Legal para profesionales del derecho', Madrid, 1.990, pág. 282); 'a fortiori' cuando se trata de la tolerancia o resistencia al alcohol que ha sido capaz de desarrollar un alcoholómano, como el acusado, quien lleva más de quince años bebiendo excesiva y descontroladamente... Por otra parte, es sabido que 'el alcohol es una droga depresora del sistema nervioso central, capaz de alterar intensamente las funciones cognitivas y emocionales y la conducta habitual del sujeto, porque el aspecto de excitación, euforia y alta emotividad de la embriaguez proviene, precisamente, de su efecto depresor sobre las áreas corticales superiores, que regulan las funciones mentales e inhiben la explosión de los impulsos y emociones...', pero, 'en cualquier caso, desde una concepción mixta de la inimputabilidad, para la exención o atenuación de la responsabilidad penal no es suficiente la constatación de la presencia de la droga en el organismo, sino que es preciso probar también sus efectos perturbadores sobre las facultades cognoscitivas o volitivas, ambos elementos referidos al momento de la comisión del hecho delictivo' (cfr. García García, Julián en 'Drogodependencias y justicia penal', edit. Ministerios de Justicia e Interior de España, Madrid 1.999, págs. 228/31)' (T.C. nº 1, causa nº 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", del 7/4/00)... (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 419, "Espinoza, Víctor José s/ homicidio [J.O.], del 17/11/00, R. 203/00).

ALLANAMIENTO

Extensión del objeto (JO, C. 366)

"...A la ausencia de reclamo defensivo acerca de la extensión del objeto por el que se ordenó el allanamiento a la vivienda de la acusada, destinado a constatar y, de ser así, recolectar sustancias estupefacientes, productos y materiales afines con ellas, corresponde agregar que, en la especie, la policía buscando esas cosas y con sólo levantar el colchón de la cama (donde la experiencia común indica que suelen aparecer escondidas), sorpresivamente encontró apoyada en el suelo la pistola de Fabricaciones Militares, calibre 9 mm, situación que -cuanto menos- coloca ese hallazgo en el umbral de la doctrina americana del 'plain view' (cfr. Carrió, Alejandro en 'Garantías constitucionales en el proceso penal', 4ª edición, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.000, págs. 305/8)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa nº 366, "Rebollo, María Magdalena s/ tenencia ilegítima de arma de guerra" [J.O.], del 23/10/00, R.188/00).

"...Está fuera de dudas que, en principio, la inspección policial a un domicilio queda circunscripta al objeto propio de la investigación que la fundamenta, es decir, a las personas o a las cosas que se relacionan con el o los delitos específicos, y de esa manera debe quedar plasmado en la orden judicial que habilita la entrada y registro del mismo; aunque también es cierto que una vez iniciada la diligencia procesal (siempre a condición que se respeten aquellos límites preestablecidos, instrumentando las actividades estrictamente necesarias para la normal concreción del mandato, y no otras), si apareciesen -en el "sub lite" así ocurrió- frente a los ojos del personal interviniente, tanto a simple vista, cuanto a raíz de los actos indispensables para la ejecución de la orden -como, por ejemplo, levantar el colchón de la cama en la búsqueda de las sustancias y productos estupefacientes-, otros elementos de contenido criminoso que pudieran tener una significación delictiva diversa de la que diera origen a la medida instructoria, los funcionarios públicos no sólo pueden, sino que, además, deben proceder al secuestro de ese material, poniéndolo de inmediato a disposición del magistrado competente. Así lo hicieron..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron

los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 366, “Rebollo, María Magdalena s/ tenencia ilegítima de arma de guerra” [J.O.], del 23/10/00, R.188/00).

“...A todo evento, y no obstante los reparos que el citado autor expone en su ya clásica obra, es dable recordar que para la Corte Suprema de Justicia Nacional *“mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidación ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial”* (Fallos, 310:85, “D’Acosta”, del 9/1/87)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 366, “Rebollo, María Magdalena s/ tenencia ilegítima de arma de guerra” [J.O.], del 23/10/00, R.188/00).

ATENUANTES

Alcoholismo (JO, C. 202)

“...Aún cuando es sabido que *‘el alcohol es una droga depresora del sistema nervioso central, capaz de alterar intensamente las funciones cognitivas y emocionales y la conducta habitual del sujeto, porque el aspecto de excitación, euforia y alta emotividad de la embriaguez proviene, precisamente, de su efecto depresor sobre las áreas corticales superiores, que regulan las funciones mentales e inhiben la explosión de los impulsos y emociones...’*, también se conoce que, en su primera fase, la intoxicación por bebidas alcohólicas presenta *‘síntomas característicos de excitación, euforia y cierta pérdida de autocontrol, generalmente, no relevante a efectos de afectación de la imputabilidad’* (cfr. García García, Julián en “Drogodependencias y justicia penal”, edit. Ministerios de Justicia e Interior de España, Madrid 1.999, págs. 228/31)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 202, “Torres, Darío Eduardo s/ homicidio” [J.O.], del 25/03/00, R.33/00).

Confesión (JO, C. 80)

“...Tampoco corresponde computarse como aminorante la confesión del imputado, atento que no he podido apreciar si efectivamente ha sido sincera, como pretende la defensa que sea estimada, ya que pareciera que a través de ella el aludido sólo ha intentado lograr una morigeración de la pena a imponérsele, máxime si se tiene en cuenta que en todo momento al referirse, en su declaración, al ingreso a la vivienda objeto del ilícito individualizado como segundo, intentó minimizar la altura de los paredones sorteados, restándole importancia y estimándolos en un máximo de poco más de un metro...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado” [J.O.], del 22/05/00, R.062/00).

“...La confesión y el arrepentimiento exteriorizados por el reo al deponer en el inicio mismo del debate constituye, a mi modo de ver, circunstancia de atenuación de su responsabilidad por el injusto. Si hubiesen dudas acerca de su sinceridad -que no las tengo- lo mismo cabría presumirla en su favor (CPP, 1°)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado” [J.O.], del 22/05/00, R.062/00).

Déficit de personalidad (JO, C. 129)

“...Es atenuante el déficit de personalidad que presenta el acusado para el control de sus impulsos (hiperreactividad), conforme la verificación del perito en psi-

quiatría a fs..., -confirmada durante el debate, donde lo catalogó como trastorno explosivo intermitente...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio” [J.O.], del 10/03/00, R.028/00).

Drogadependencia de antigua data (JA, C. 351)

“...Constituye mitigante, al tiempo de calibrar la sanción imponible, la toxicodependencia de larga data que padece el causante y a la que se refieren los informes y dictámenes de fs..., en tanto ese malsano hábito por las sustancias psicoactivas reduce su capacidad intelectual y volitiva, sin llegar a inimputabilizarlo, porque *‘no puede refutarse, con seriedad, que las drogas destruyen las neuronas mermando las posibilidades de libertad y de opción, atributos inconmensurables de la persona humana’* (cfr. KENT, Jorge en “Derecho de la ejecución penal”, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1.996, pág. 31)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Alemo, causa n° 351, “Caprista, Marcelo Fabián s/ robo calificado, etc.” [J.A.], del 5/07/00, R.110/00).

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Legítima defensa (JA, C. 251)

“..La agresión era actual y con peligro de agravación. No fue supuesta o creída subjetivamente por el reaccionante y, como tal, generó un peligro con la consiguiente necesidad de la defensa. A esta altura, estimo cumplidas las exigencias de las letras a) y c) del inc. 6°, del art. 34 de la Ley de Fondo... En lo que hace a la racionalidad del medio empleado (letra “b” de los incs. 6° y 7°, del art. 34 del CP), también lo estimo debidamente acreditado. Es cierto que no se llegó a probar que los atacantes estuvieran o usaran armas de fuego, aunque podríamos merituar la pluralidad de personas y la utilización de piedras como armas impropias; pero así como puede resultar inadmisibles las tesis que hacen depender la existencia del peligro en la pura subjetividad de la persona que reacciona, también resulta excesivo, a mi modo de ver, tomar como válido un criterio que traslade la necesidad de la defensa a los ojos del Juez, todo lo cual transformaría la idea en algo teórico y desvinculado de la persona que se defiende, como juzgando la conducta del agente con el frío discernimiento del crítico que, en la serenidad de su despacho, está alejado de la realidad. El imputado no apuntó a persona alguna, su intención de defenderse la veo nítida conforme a las circunstancias vividas. Es por todo lo dicho que la conducta evidenciada por el mencionado debe quedar comprendida en las previsiones contenidas en el art. 34, incs. 6° y 7° del CP...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 251, “López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves”, [J.A.], del 16/6/00, R. 091/00).

“...La agresión no fue sólo verbal, sino que, por el contrario, la conducta desplegada por los plurales agresores estaba creando peligro de daño cierto a bienes personales y materiales, y que ya se habían producido unos cuantos perjuicios de la última naturaleza. La agresión ilegítima se mantenía en el momento del hecho en juzgamiento, es decir, cuando el encausado reacciona, haciendo repetidos disparos; su defensa no habría sido tardía (cfr. Soler, Sebastián en ‘Derecho Penal Argentino’, edit. Tea, tomo I, pág. 350; SCBA, P. 38.519, del 17/4/90; P. 33.280, del 5/5/92; e/o). Estimo, asimismo, como razonable, compartir la afirmación de Fontán Balestra, cuando sostiene que el peligro que justifica la legitimidad de la defensa no es el que aparece a los ojos del juzgador, sino aquel que se presenta, en el momento, según la apreciación del atacado ilegítimamente (conf. su ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Abeledo-Perrot, tomo II, pág. 152)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 251, “López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves”, [J.A.], del 16/6/00, R. 091/00).

“...El caso de autos configura, en mi concepto, una de las tres hipótesis en las que Carlos Santiago Nino clasifica a la legítima defensa, es decir, la que él denomina ‘defensa punitiva’, en la que ‘se lesiona un bien del agresor que ha consentido la pérdida de inmunidad contra los ataques necesarios para contener su agresión, estando supeditada esa pérdida de inmunidad al beneficio social resultante de la eficacia preventiva general de esa clase de acciones defensivas, una vez que se descuenta el daño mayor que tales acciones pueden involucrar’ (cfr. ‘La legítima defensa’, edit. Astrea, Bs. As. 1.982, pág. 182). En virtud del acuerdo de partes, ha quedado marginada de toda polémica la existencia por parte de un grupo de jóvenes, entre los que se encontraba la víctima, de una agresión ilegítima y no provocada por el acusado, consistente en apedrearle la casa, cuando éste trató de terciar en el ataque a un vecino suyo. Así fue admitido, implícitamente, por el titular exclusivo de la acción penal pública (CPP, 6), al pactar -con el causante y su defensa- la aplicación al caso de los márgenes punitivos del art. 94, situación a la que se arriba por el armónico ensamble de los arts. 35 y 90, todos del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 251, “López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves”, [J.A.], del 16/6/00, R. 091/00).

“...Y acerca de cómo aparece reunido, en la especie, el último de los ingredientes de la justificante legal (CP, 34, inc. 6°, letra “b”), es preciso no perder de vista que ‘detrás de algunas discusiones, parece estar subyacente la idea de que la necesidad racional del medio empleado depende de la mera comparación de los instrumentos empleados por defensor y agresor (por ejemplo, arma de fuego versus arma blanca), cuando tal comparación es en realidad sólo un dato para resolver la cuestión decisiva de la cual la necesidad racional de la acción defensiva depende: cuáles son los intereses involucrados y cuál es el grado de peligro al que ellos están expuestos. En los proyectos de Código Penal de 1.960 y 1.979 (arts. 16, inc. “b” y 13, inc. “b”, respectivamente), se salva correctamente es dificultad al referirse a la ‘necesidad razonable de la acción tendiente a impedirla o repelerla’ (cfr. Nino, Carlos S., op. cit., págs. 105/6)...’ (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 251, “López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves”, [J.A.], del 16/6/00, R. 091/00).

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Error de prohibición (JA, C. 251)

“...A mayor abundamiento, dejo propuesto a los integrantes del Tribunal, y a modo de alternativa, la hipótesis de un típico caso de error de prohibición indirecto e invencible, o sea, que la culpabilidad del aquí procesado queda descartada en virtud de haber actuado en la razonable y lógica creencia que el derecho lo habilitaba a responder de la manera en que lo hizo. En este supuesto, las circunstancias fácticas ya han quedado enunciadas al tratar lo relativo a la legítima defensa (art. 34 inc. 6° del CP): lugar apartado, nocturnidad, pluralidad de agresores, existencia de arma impropia, ebriedad de los atacantes, todo lo cual conforma un conjunto de ingredientes que justifican el proceder adoptado por el encausado...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 251, “López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves”, [J.A.], del 16/6/00, R. 091/00).

CONCURSO REAL

Entre el robo con armas y la tenencia de armas de guerra (JA, C. 351)

“...Respecto del siempre problemático asunto de la relación concursal que puede darse -ya sea aparente, ideal o real- entre el robo con arma (CP, 166, inc. 2°), y la tenencia ilegal de arma de guerra (CP, 189 bis), tal como lo viene afirmando este Tribunal en lo Criminal n° 1 desde sus primeros pronunciamientos (así, por ejemplo,

en la causa n° 24, 'Salazar, Carlos Alberto s/ robo calificado en grado de tentativa y tenencia ilegal de arma y municiones de guerra', del 25/02/99), y como tuviera oportunidad de ratificarlo, aunque en forma solitaria, al integrar ocasionalmente el Tribunal n° 3 (causa n° 13, 'Pavoni, Julio Leonardo s/ robo calificado por el uso de arma y tenencia ilegítima de arma y munición de guerra', del 15/6/99), considero que esas infracciones penales concurren de manera material entre sí, al desplegarse las dos acciones típicas en forma física y jurídicamente separables o independientes (CP, 55)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres., Arrola de Galandrini y Alemanno, causa n° 351, "Caprista, Marcelo Fabián s/ robo calificado, etc." [J.A.], del 5/07/00, R.110/00).

"...Antes que ahora sostuve que correspondía descartar el concurso de tipos penales (también designado en la doctrina como concurso aparente de leyes), ante la inexistencia de una total superposición de espacios típicos, en la inteligencia que el art. 189 bis del Cód. Penal -y las normas reglamentarias y complementarias que lo integran- sanciona, como amenaza a la seguridad pública, la sola tenencia del revólver calibre 38, mientras que, en cambio, el art. 166, inc. 2º, del CP, está penalizando la utilización del arma de fuego como un elemento calificante adicional de la conducta básica del art. 164 del CP (cfr. revista 'La Ley Bs. As.', Año 7, N° 1, de febrero de 2.000, págs. 60/4)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres., Arrola de Galandrini y Alemanno, causa n° 351, "Caprista, Marcelo Fabián s/ robo calificado, etc." [J.A.], del 5/07/00, R.110/00).

"...Ese mismo ha sido el temperamento adoptado por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., por su Sala 1ª, al sostener que *'concurren materialmente los delitos previstos por los arts. 166, inc. 2, y 189 bis del Cód. Pen., toda vez que no existe identidad entre el arma que menciona el primero de los dispositivos mencionados y la que contempla el segundo, en razón de que esta última, por naturaleza, lleva consigo mayor capacidad lesiva de la vida y, por ende, ofende otro bien diverso que el de la propiedad'* (causa n° 150, 'Romero', del 16/2/00; publ. en 'Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As.', de Horacio Daniel Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 208)...Hay más. En el caso, advierto todavía otros argumentos adicionales en favor de la tesis sobre la plena autonomía de los tipos aludidos (CP, 55), cuando se constata -a partir del testimonio del remitero- que el acusado había renovado la voluntad delictiva de continuar portando el revólver calibre 38, al seguir con el mismo en su poder a pesar de haber perfeccionado el robo, de estar lejos del lugar en que se cometiera, y no obstante la parada que hiciera en un tramo del recorrido ulterior con el remisse. Esas circunstancias de hecho reactualizan y apuntalan la calidad de ilícitos independientes que revisten los del *'sub lite'*... En resumen, el relato de la materialidad delictiva contiene la descripción de dos conductas típicas diferentes y autónomas (CP, 55), que afectan otros tantos bienes jurídicos; a saber: el robo calificado por el uso de armas (CP, 166, inc. 2º; hecho n° 1) y la tenencia ilegítima de arma de guerra (CP, 189 bis, 3er. párr., en función de la ley 20.429 de armas y explosivos, así como de los decretos reglamentarios n° 395/75 y 821/96)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres., Arrola de Galandrini y Alemanno, causa n° 351, "Caprista, Marcelo Fabián s/ robo calificado, etc." [J.A.], del 5/07/00, R.110/00).

CONGRUENCIA, PRINCIPIO DE

Relación con la regla 'iura novit curia' (JO, C. 472)

"...Toda vez que el hecho materia de discusión a lo largo del juicio permanece inalterado, el cambio de la calificación típica que aquí propongo, respecto del que sostuvieran en sus alegatos el Agente Fiscal y el patrocinante de la particular damnificada, no afecta el principio de congruencia, habida cuenta que el suceso descrito en la

acusación coincide con el que fuera relatado en la cuestión primera del veredicto, siendo aplicable al caso la regla *'iura novit curia'...*" (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 472, "Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa", [J.O.], del 22/12/00).

CORRUPCION DE MENORES

Concepto (JA, C. 326)

"...No menos problemático parecer ser el descarte que hicieran los interesados de la corrupción -o promoción de la corrupción- de menores calificada (CP, 125 *'in fine'*), y, por ende, del concurso ideal con el delito ya clasificado...Sin embargo, creo con Donna que para la configuración de la tipicidad que fuera suprimida *'sigue exigiéndose el dolo directo, de modo que no se admite ningún otro tipo de dolo, y menos aún de culpa. La acción del sujeto es la de corromper, ya sea por actos prematuros o desviatorios de la sexualidad del menor, lo que es incompatible con el dolo eventual'* (cfr. 'Delitos contra la integridad sexual', edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2000, pág. 134)...Y a la luz del peritaje psicológico, en tanto expuso en sus conclusiones que *'la personalidad del imputado se caracteriza por una clara dificultad en la contención de (lo) instintivo, que se traduce en un comportamiento sexual desviado, que se ha manifestado de manera compulsiva, pero que no debe ser sacado del contexto evolutivo (tiene 19 años) y vivencial del sujeto'* (sic), resulta harto difícil asegurar que el causante haya actuado con el inequívoco afán de procurar o promover la depravación de las víctimas..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Arrola de Galandrini, causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/ abuso deshonesto calificado, etc.", [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

COSTAS

Retención en garantía (JA, C. 208)

"...Entiendo que deberán ser retenidos en garantía de los gastos y costas del proceso el resto de los objetos secuestrados al causante, de conformidad con lo normado en el art. 523, último párrafo del CPP..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli, y Arrola de Galandrini, causa n° 208, "Pin Errecaborde, Hernán José s/ tentativa de robo", [J.A.], del 31/03/00, R. 39/00).

DEFRAUDACION

Abuso de confianza: diferencias entre hurto, estafa y apropiación indebida (JO, C. 476)

"...No puedo compartir la adecuación típica del suceso delictivo auspiciada por el representante del Ministerio Público, y también por el letrado patrocinante de la particular damnificada, en la oportunidad del art. 368, 1° párr. del CPP, al disentir con ellos de que se trató de una estafa tipificada en el art. 172 del Código Penal...Afirmo, también, sin hesitación, que resulta errado el encuadre en la figura típica del hurto (CP, 162), tal lo postulara como alternativa el mencionado Agente Fiscal... En primer lugar, y en cuanto al delito de estafa el maestro Soler, expresa que *'verbalmente reducido a sus términos más simples, el art. 172 no dice ni más ni menos que lo siguiente: el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño'*. Y agrega que se puede definir la estafa como *"disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido"* (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo IV, § 117, págs. 302/3)... El mismo autor, con el rigor científico que lo caracteriza, también indica que

'la teoría del ardid constituye el punto central de la teoría de la estafa', explicando que 'ardid es el astuto despliegue de medios engañosos', y que 'para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de... medios externos... mise en scène... maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar' (op. cit., págs. 304 y 307)...Refiriéndose al supuesto de 'abuso de confianza' del art. 172, el mencionado tratadista expone: 'requerirá siempre la compañía de algo más, junto con lo cual llegará a constituir ardid... deberá haber siempre, sin embargo, otra cosa, que importe algo más... Cuando un abuso de confianza no es ni apropiación indebida ni administración fraudulenta ni infidelidad, para poder ser estafa necesita algún apoyo...' (op. cit., pág. 318)...Luego, refiriéndose al 'error' expresa: 'el ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa'. Y agrega que "se requiere la efectiva producción de un daño... constituido o derivado directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado, ...actúa como instrumento del autor del ardid' (op. cit., págs. 320 y 324/5)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 476, "Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa", [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

"...En semejante sentido se pronuncia Carlos Creus al sostener que 'la estafa puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial'. Y agrega: 'la secuencia causal en la estafa -como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio', para concluir que 'la conducta punible es, pues, la de defraudar por medio de ardid o engaño' (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', 3ª edic., Astrea, Bs. As. 1.991, tomo I, pág. 490)...Carlos Fontán Balestra cuando se refiere al concepto legal de estafa, según el art. 172 del CP, señala que 'puede quedar reducido a los términos el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño'. Y agrega que 'consiste en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo'. Luego afirma que debe existir, indefectiblemente, 'relación causal entre el ardid y el error que decide a la disposición patrimonial', y que por eso 'no puede hablarse de estafa cuando un sujeto procede con error sin que éste resulte la consecuencia del fraude del supuesto estafador...' (cfr. 'Tratado de Derecho Penal', ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.969, tomo VI, § 121, págs. 35/6)...Según Ricardo C. Nuñez la estafa, es 'un atentado defraudatorio de la propiedad, o lo que es lo mismo, una frustración a lo que desde el punto de vista pecuniario espera el ofendido, pues nadie defrauda al que sabe y consiente... supone una disposición de propiedad realizada por una persona, que no conoce su verdadero significado, pecuniariamente perjudicial para ella o para un tercero" (cfr. 'Derecho Penal Argentino. Parte Especial'. Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1.967, tomo V, págs. 285/6)...Juan H. Sproviero expresa, también, que 'el ardid o engaño son en definitiva los que acompañados de sus respectivas exteriorizaciones inducen a error. Esta particularidad distintiva es acogida unánimemente por la jurisprudencia', agregando que 'se trata de quebrantamiento patrimonial provocado por error en la apreciación de las circunstancias del caso, mediante la utilización de ardid o engaño' (cfr. 'Delitos de estafas y otras defraudaciones', edit. Abaco, Bs. As. 1.992, tomo I, § 14, págs. 66/7)...Y así, también se ha pronunciado el Superior Tribunal de la Nación en el sentido que el fraude debe consistir en ardid, engaño y ocultación para inducir a error (ver Selección de Jurisprudencia Penal, edit. LEA 6-10 pág. 69 b. 2)...La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As., ha dicho, en semejante sentido, que 'la ley establece como medio de comisión del delito de estafa el empleo de ardid o engaño', y que 'el vocablo ardid contiene un elemento del mundo exterior porque etimológicamente proviene de arte, artificio', añadiendo que 'la idoneidad del engaño en el delito de estafa se mide por el éxito obtenido merced a la credulidad de la víctima elegida' (P. 31.618, del 22/3/83; e/o)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Ga-

landrini al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

“...En el caso de autos ha quedado certeramente probado que, la entrega del dinero fue efectuada por la víctima en forma voluntaria y no viciada por error alguno... cuanto al delito de hurto (CP, 162), menos aún se puede concluir que el hecho en juzgamiento pueda quedar subsumido en esa figura típica, alternativa que propusiera el especializado Agente Fiscal, ya que ha habido una dación voluntaria del dinero en cuestión...En el caso se ha podido constatar la preexistencia de un poder de hecho legítimamente adquirido sobre la cosa, ha existido un acto voluntario de entrega, una concesión voluntaria por quien podía concederla, o sea, por la abogada, y con posterioridad a ello se ha producido una inversión subjetiva del título de la tenencia conferida al imputado, quien finalizó apropiándose del dinero que sólo le fuera entregado y, por ende, recibiera al sólo efecto de ser contado (ver Soler, op. cit., § 120, págs. 379 y sgtes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

“...En semejante sentido se ha pronunciado, como integrante de la Sala Primera de la entonces Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional, el fallecido Juez Carlos María Vallejo, en la causa n° 28.963, caratulada ‘Campos María, Juan Carlos s/ estafa’, el 27/2/92, modificando la calificación originaria del hecho materia de proceso, por la de apropiación indebida del art. 173, inc. 2° del CP (ver R. 6-S; en la causa n° 25.408, proveniente del ex Juzgado en lo Correccional n° 1, Sria. n° 6, dep. tal.)...La SCJBA ha sostenido que *‘el delito tipificado por el art. 173 inc. 2° del CP no está subordinado a los elementos de su art. 172, por lo cual no requiere ardid’* (causa n° 48.982, del 31/5/83)...Tal como lo sostiene claramente Creus, refiriéndose a la defraudación por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2°), el poder adquirido por el agente sobre la cosa tiene que ser un poder no usurpado, debe engendrarse en el otorgamiento que de él le ha hecho el titular de la tenencia, debiendo ser de carácter temporal, con obligación de devolver...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

“...La conducta que exteriorizara el acusado, se encuentra comprendida en el art. 172 de nuestro Código Penal, esto es, una estafa, lisa y llanamente...En efecto, conforme mi leal saber y entender, ha existido un claro y concreto abuso de confianza de parte del encausado...Aquí no existe la posibilidad del hurto (CP, 162), por la simple y sencilla razón que no ha mediado un apoderamiento ilegítimo de cosa total o parcialmente ajena (en esto sí coincido con la magistrada preopinante); es que el dinero le fue entregado al causante, por así decirlo, en forma voluntaria por la víctima...Sostengo, como antes decía, la hipótesis prevista en el art. 172 del CP, referida al abuso de confianza...La estafa, genéricamente hablando, se encontraría estructurada en base a la obtención de una acción de la víctima (disposición patrimonial), lograda mediante engaño...En el otro supuesto, o sea, en el del abuso de confianza, el perfeccionamiento del accionar ilícito no depende de una acción de la víctima, motivada por el agente (mediante engaño), sino de la violación o quebrantamiento de una relación de confianza. En este último caso, la tenencia resulta ser originariamente lícita y después surge en el ánimo del sujeto, la intención de irse con la plata ajena...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

“...Ahora bien, yo no creo, y esta es mi convicción, que el acusado haya estado pergeñando o construido la famosa *“mise en scène”* de antemano, sino que todo fue producto del momento y de lo vivido en la escribanía, oportunidad en la que sin estar en su cerebro, pienso que allí se le ocurrió su doloso accionar de apoderarse del dinero que se le iba a facilitar en legal forma...Asimismo, y conforme la idea delinea-

da, este abuso de confianza al que me estoy refiriendo, nada tiene que ver con aquel que se encuentra legislado en el art. 173 inc. 2° de nuestra ley de fondo, aunque los dos constituyan un abuso o exceso...Acá no existió un ardid clásico del estafador, no hubo algo premeditado, sino que pura y simplemente, en la mente del agente, y en un momento determinado, se le ocurrió abusar de la confianza de la víctima -a la cual le solicitó el dinero al solo fin de contarlo-, y se lo llevó de allí..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 476, "Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa", [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

"...Si queremos citar doctrina, entiendo que apoyan mi opinión Alejandro Groizard y Gómez de la Serna (cfr. "El Código Penal de 1.870, concordado y comentado", Salamanca, 1.898, tomo VII, pág. 5), y Francesco Carrara (cfr. "Programa de Derecho Criminal", ed. Temis, Bogotá, 1.969, volumen IV, tomo 6, § 2292, pág. 377/8), cuando afirmó que: *'Es clara la razón por la cual el primer caso se considera moralmente peor y políticamente más grave que el segundo; en aquél se emplearon maquinaciones y engaño, al simular el pretexto de una necesidad o de una ocasión fingida para hacer caer el dueño en la trampa e inducirlo a entregar la cosa de que se quería despojarlo. Hay en este caso las verdaderas características del fraude, y por esto los códigos modernos lo han sacado de la serie de los abusos de confianza para colocarlo entre los fraudes, cuyas características ciertamente posee. La transmisión de la posesión, hecha por el propietario, es jurídicamente ineficaz, porque el consentimiento arrancado con engaños no es válido legalmente; de modo que en este caso, tanto la invasión de la posesión como la usurpación de la propiedad, fueron dolosas y criminosas'*. Y continúa: *'La primera fue criminoso, pues mediante engaño e intenciones simuladas se indujo al propietario a entregar esa posesión que no habría entregado si hubiera conocido el verdadero fin para el cual se le pedía; y fue criminoso la segunda, ni más ni menos que en el abuso de confianza simple... En cambio, en el abuso de confianza simple, la transmisión de la posesión no viciada por dolo, es eficaz jurídicamente, y así no le queda el delito sino la sola violación del derecho de propiedad. El culpable cedió ante una necesidad imprevista, la ocasión lo sedujo; y si el propietario ha sido víctima de su propia condescendencia, esto ya es un motivo para que se aminore la cantidad política del delito al disminuirse la alarma pública, sin que esto pueda equipararse a la mayor perversidad del culpable que con engaños indujo a esa condescendencia'* (textual)..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 476, "Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa", [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

"...Si se analiza con detenimiento lo señalado por Carrara, se advierte una incompatibilidad estructural que surge de la naturaleza diversa de ambos hechos punibles. Entre el engaño inicial y el abuso de confianza sobreviniente, existe una relación tal que un hecho no puede ser al mismo tiempo una y otra cosa. Realmente es clara la diferencia entre una y otra situación, pues mientras en un caso la prestación es hecha sobre la base de un error que viciaba el consentimiento (estafa), en el otro, la entrega tuvo lugar por un acto no viciado y sólo se podrá hablar de *abuso* cuando efectivamente haya preexistido una situación jurídica de confianza cuyo quebrantamiento es punible, lo cual no sería posible cuando la confianza hubiese sido lograda mediante engaño..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 476, "Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa", [J.O.], del 22/12/00, R. 234/00).

"...Correctamente desplazada por quienes me preceden la hipotética subsunción del injusto de autos en la tipicidad del art. 162 del catálogo punitivo, sólo resta definir ahora, con ninguna esperanza de alivio para la situación del reo, si la conducta que se le reprocha en el veredicto debe ser categorizada como la defraudación por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2°), propuesta por la primer sufragante, o la estafa (CP, 172), que sugiere el segundo... A mi modo de ver, la diferencia capital reside en el momento del inicio del obrar doloso, porque si éste es anterior a la efectiva entrega de la cosa y si la confianza de la que se abusa el timador ha sido generada artificio-

samente en el ánimo de la víctima, relajando sus naturales defensas a ser despojada, mediante engaños y maniobras que vician su voluntad (es decir, *'ex ante'*), trátase de un ardid y queda, así, configurada la estafa del art. 172 del CP... El delito no es otro que la defraudación por apropiación indebida del art. 173, inc. 2º del CP... De manera tal, *'lo que distingue un tipo penal de otro es la determinación temporal del dolo, pues, mientras en la estafa, como todo ardid, aquél debe ser inicial y anterior al acto de disposición perjudicial, en la apropiación indebida la intención criminal se revela después de la entrega de la cosa. En otros términos, el abuso de confianza, en la estafa, actúa como un engaño que provoca el error del damnificado y lo induce a entregar la cosa; hay un vicio en la voluntad del tradente. En la apropiación indebida no hay error ni engaño y se abusa de la confianza depositada en el sujeto activo, quien ha hecho entrega de la cosa en virtud de un contrato no traslativo de dominio, cosa de la que se apropia el defraudador'* (cfr. *'El ardid en la estafa'* de Víctor J. Irurzun y otros, edit. Lerner, Bs. As. 1.968, pág. 66)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.] del 22/12/00, R. 234/00).

“...Algo más. Cuando en el tipo del art. 173, inc. 2º del Código Penal se requiere que el dinero (efectos, etc.), haya sido dado en depósito, comisión, administración *'u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver'*, no se refiere, necesariamente, a uno de esos contratos en sentido específico, sino también a cualquier otro negocio jurídico, o simple convención de voluntades, como, por ejemplo, la que ha dado lugar a este proceso. Según lo sostiene Laura T. A. Damianovich de Ceredo, *'cuando nos hemos referido a negocio jurídico no excluimos las situaciones fácticas, también transmisoras de custodia, sino que, antes bien, nos referimos a una relación absolutamente legítima en que se vinculó la víctima con una voluntad plena y válida, completamente alejada de la violencia que entraña el hurto, como de los vicios del consentimiento, propios de la extorsión y de la estafa porque no la ha impulsado la intimidación ni tampoco el engaño'* (cfr. en *'Delitos contra la propiedad'*, edit. Universidad, Buenos Aires 2.000, pág. 255)... Es por ello que la conducta desplegada por el enjuiciado, a mi parecer, antes que una defraudación por fraude (CP, 172), como lo proclamaran al unísono las partes acusadoras y lo acogiera el magistrado que me precede, constituye, cual fuera la postulación de la jueza de primer voto, una defraudación por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2º), lograda mediante abuso de confianza *'ex post'* (no *'ex ante'*), situación que no necesita ardid, ni engaño, para que produzca el perjuicio patrimonial sancionado por la ley, sino el abuso de los poderes que el autor ejerció en virtud de un acto originariamente lícito...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 476, “Aguirre Horn, Mario Daniel s/ estafa”, [J.O.] del 22/12/00, R. 234/00).

DELITO CONTINUADO

Configuración (JA, C. 199)

“...El hecho relatado importó la comisión del delito de violación continuada (CP, 55 a contrario imperio y 119, primer y tercer párrafo). En efecto, sin alterar esencialmente el acuerdo de partes sobre la calificación de los injustos (antes tres, ahora uno extendido en el tiempo), modifiqué así la modalidad concursal bajo la cual encuentro relacionados los episodios del *'sub judice'*. Ello en virtud de la singularidad que, a mi juicio, revisten los actos prolongadamente delictivos, y por entender que las prácticas sexuales aludidas en la descripción de la materialidad importaron una sucesión de coitos penados por la ley...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa nº 199, “Flores, Ariel Ramón s/ violaciones reiteradas” [J.A.], del 6/03/00, R. 025/00)

DERECHO PROCESAL

Finalidad y objetivo (JO, C. 275)

“...En primer lugar, y a fin de dar una motivada contestación, conforme a derecho, a este tema, estimo propicio recordar -tal como lo he venido haciendo en oportunidades anteriores, desde los primeros votos como integrante de este Tribunal-, que para la Corte Suprema de la Nación las disposiciones procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los juicios, sino que tienen por finalidad y objetivo, ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr, justamente, la concreción del valor justicia en cada caso, *salvaguardando la garantía constitucional de la defensa en juicio*, ya que el derecho procesal funciona como derivación operativa de aquella (ver causas n° 18 “Cardozo, Osvaldo s/ hábeas corpus”, R. 015/98, del 30/12/98; n° 258 “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado”, R. 111/00, del 10/7/00; e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 275, “Martín, Nicolás Oscar y otros s/ robo agrado por su comisión en poblado y en banda”, [J.O.], del 6/10/00, R.178/00).

DOLO

No se presume (JA, C. 271)

“...El resultado mortal (ocurrido cuatro meses después del ataque, y luego de haberse interrumpido la convalecencia y la internación hospitalaria de la víctima), no puede serle imputado a la dolosa y antijurídica agresión de los reos. Tampoco es factible mantener la calificación del requerimiento de elevación a juicio (homicidio en grado de tentativa), porque los todavía difusos contornos que rodearon al suceso han de jugar en beneficio de los atacantes (CPP, 1º), a menos que se admita -lo que no está bien, ni jurídicamente permitido- la “*praesumptio doli*”...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Alemanno, causa n° 271, “Oser, Virginia y otros s/ tentativa de homicidio”, [J.A.], del 3/07/00, R.106/00).

EBRIEDAD

Completa: consecuencias (JO, C. 419)

“...Ebriedad completa y motricidad fina resultan incompatibles, según la autorizada opinión del médico legista que declaró en el curso de la audiencia oral y pública...Así lo ejemplificó el veterano especialista: un borracho puede mantener cierto sentido del equilibrio y la orientación, a pesar de su estado, y llegar con dificultades hasta su casa; pero una vez ahí, si la embriaguez es plena, le resultará prácticamente imposible introducir la llave en la abertura de la cerradura...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 419, “Espinoza, Víctor José s/ homicidio [J.O.], del 17/11/00, R. 203/00).

EMOCION VIOLENTA

Concepto y condiciones legales de la minorante (JO, C. 129)

“...El tipo penal en juego requiere se acredite la conjunción de dos elementos: uno subjetivo, que es el estado de emoción violenta y otro, normativo, consistente en que esa emoción sea excusable en razón de las particularidades del caso. En virtud de tales exigencias legales, la cuestión fáctica por excelencia, cuya presencia debe determinarse, es si el sujeto se encontraba o no en un estado agudo de raptus emocional en el momento del hecho. Con diferentes matices que encuentran su génesis

en la dificultosa conceptualización del término 'emoción', se ha entendido por tal 'un estado agudo, crítico, originado por un shock afectivo, que perturba en un instante la conciencia, inhibe los resortes de la voluntad, suelta la actividad mental automática, desata los frenos del automatismo motriz, deja libre el juego de la reacción y provoca el impulso delictuoso...' (cfr. Frías Caballero, Jorge en 'Temas de Derecho Penal', edit. La Ley, Bs. As. 1.970, pág. 250, citando la obra de Alejandro Raitzin, 'Las pericias médico legales sobre alienados', de 1.929)... (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa n° 129, "Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio", [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

"...También, se la ha definido como el 'estado afectivo agudo reactivo, desencadenado por una vivencia que tiene un correlato somático neurovegetativo' (cfr. Marianetti, José Enrique en 'Emoción Violenta. Interrelaciones psiquiátrico, psicológico, jurídicas'. 2ª edición, Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza 1.999, pág. 186). Según el último de los autores citados, cabe distinguir: 'a) 'emoción normal': reacción vivencial normal que perturba el equilibrio psicoanímico caracterizada por un estado de exaltación afectiva que predomina sobre el resto de las funciones psíquicas, que cursa en forma aguda y breve, cediendo paulatinamente; b) 'emoción intensa': reacción vivencial anormal que perturba el equilibrio psicoanímico expresada por una crisis afectiva que predomina sobre el resto de las funciones psíquicas, produciendo un bloqueo parcial del pensamiento, que cursa en forma aguda; c) 'emoción patológica': reacción vivencial anormal que altera el equilibrio psicoanímico y que se expresa en un paroxismo emocional inconsciente, con ausencia de pensamiento reflexivo y voluntad; y d) 'emoción violenta': reacción vivencial anormal que altera el equilibrio psicoanímico y que se expresa como un paroxismo emocional, con bloqueo intenso del pensamiento reflexivo y afectación de la voluntad. Es aguda de corta duración, expresada por una vivencia psicotraumática, que se expresa a través de una conducta impulsivo - agresiva, que culmina con una acción violenta" (op. cit., pág. 188). La alusión a dicha clasificación obedece a la necesidad de arrojar luz sobre otro aspecto requerido por la norma cuya aplicación la defensa pretende, cual es la referida a la intensidad de la emoción..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa n° 129, "Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio", [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

"...El Código Penal demanda, además, que la emoción sea violenta, recayendo el elemento diferencial en la fuerza de tal estado afectivo. En palabras de Gerardo Peña Guzmán 'la ley no se ha limitado a exigir un estado de emoción, sino que ha condicionado ese estado con el adjetivo: violenta. Esta exigencia completa el cuadro del elemento psicológico del delito emocional' (cfr. 'El delito de homicidio emocional', edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.969, pág. 185)... En la especie es de destacar que el imputado, siempre en la interpretación del psiquiatra tribunalicio, se caracteriza por su incapacidad de verbalización (lo que, técnicamente, se denomina 'alexitimia'). Si alguna falla hay, ésta radica en la incapacidad de expresar sus sentimientos en forma adecuada. Esa inhabilidad, por llamarla de algún modo, para verbalizar o para proporcionar una adecuada respuesta, ha sido la raíz de la reacción de la conducta del causante... Esa reacción, desmedida, por cierto, desproporcionada y traducida en una acción violenta, no reconoce su razón de ser en un shock emocional, de la entidad requerida por la norma atemperante..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa n° 129, "Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio", [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

"...La emoción violenta se expresa como un paroxismo emocional, con bloqueo intenso del pensamiento reflexivo y afectación de la voluntad. No es el caso del procesado, donde -conforme lo informado por el dictaminante oficial, en la audiencia- hay hiperlucidez, conciencia y sensopercepción, sin obnubilamientos; y aún cuando se le detectó un cierto déficit de control, el mismo no trae consigo el estado emocional.

Para Peña Guzmán *'no se ve con claridad cuál es la razón para que la ruptura o vencimiento de los 'frenos inhibitorios' sea invocada únicamente en tema del homicidio emocional, como si se tratara de una característica propia a su esencia y no lo fuera, como prevención general, a todas las infracciones del ordenamiento jurídico... Si con esta referencia se quiere destacar la fuerza presunta de tales 'frenos', para concluir que la emoción debe ser capaz, por su intensidad de vencer una resistencia tenaz y firme de la voluntad, nada se agrega con ello al concepto de violencia que por exigencia legal debe caracterizar la emoción atenuante... Si la emoción es débil, carece de toda violencia, de nada vale un estudio exhaustivo de los frenos inhibitorios del sujeto. Esa emoción, débil, irrelevante, un mero rudimento no es la prevista en la figura privilegiada, el sujeto, cualesquiera hayan sido sus frenos inhibitorios, no escapará a la sanción del homicidio simple'* (op. cit., pág. 173)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

“...Que a consecuencia de un estímulo externo desencadenante de leve o moderada magnitud, como lo puede ser el verbal, se hayan franqueado sin esfuerzo unos controles lábiles, es totalmente indiferente al derecho material en este punto. La ley exige, como factor psicológico, la concurrencia de un estado de exaltación violenta y éste -en mi concepto- no ha existido. Además, en la autorizada opinión de Sebastián Soler (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. TEA, Bs. As. 1.978, tomo III, pág. 59), el medio empleado es un índice que sirve para inducir el estado anímico del autor, de manera que en la emoción violenta la actividad humana tiende a exteriorizarse en la forma de *'cierto torpe automatismo'*, producto del desorden intelectual y físico que la emoción es capaz de engendrar. Nada de eso se compadece con las pruebas recogidas durante el juicio; obsérvese que las puñaladas certeras, precisas y direccionadas todas a órganos vitales de la mujer agredida, atravesando las paredes abdominales, distan de constituir torpes automatismos...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

“...Rechazo, entonces, la existencia de un estallido -shock o torbellino- psicológico, de una conmoción intensa del ánimo suficiente en el causante como para recibir encuadre en la emoción violenta receptada por el art. 81, ap. 1°, letra “a” del CP; aunque no niego que sufriera una cierta agitación de su espíritu cuando intentó, sin éxito, ultimar a su concubina, porque es difícil encontrar a alguien que mate fría y desapasionadamente (salvo el sicario o alguna clase de psicópatas), pero aquél estado del espíritu recién recibe protección penal cuando, por su virulencia logra desestabilizar toda la personalidad en forma violenta (sin llegar, claro está, a tornarlo inimputable, como hemos negado que haya sucedido)... Esas conjeturales, y solitarias, manifestaciones del médico particular, tampoco podrían configurar un auténtico dictamen con afirmaciones categóricas desde que, por su naturaleza, *'tan imposible es determinar científicamente si hubo un estado emocional examinando al sujeto ya tranquilizado, como pretender afirmar que lloró o que estuvo riéndose momentos antes. Son estados normales, pasajeros, que desaparecen sin dejar rastro. De aquí surge la improcedencia de un dictamen pretendidamente científico para determinar si el agente estuvo emocionado al cometer el delito o lo perpetró impasible. Los únicos 'elementos' de que podrían disponerse serían precisamente las circunstancias del hecho, acreditadas por los medios comunes de prueba. En cuyo caso nadie mejor perito para determinar la emoción violenta que el propio juez; pues son vivencias comunes a todos y que no requieren conocimientos especializados para comprenderlas y determinarlas. Es tarea ajena a la peritación médica o psicológica. Basta el sentido común y una sensibilidad normal para precisar su existencia en un momento ya pretérito'* (Peña Guzmán, op. cit., p. 193)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

“...A mayor abundamiento y a título puramente especulativo, cabe decir todavía que en la especie de haberse acreditado la emoción violenta -hipótesis jamás confirmada a pesar de la aislada estimación del médico neurólogo de parte-, de todos modos, las circunstancias no la harían excusable porque *‘la ley atenúa el hecho cuando éste constituye la reacción explicable, comprensible, excusable y externamente motivada de una conciencia normal; pero no quiere que las exaltadas reacciones de un intemperante o un ebrio, por ejemplo, tengan el privilegio de una excusa, cuando han llevado al sujeto desmesuradamente más allá de toda prudencia, de manera que el exceso de la reacción no sea íntegramente explicable por las circunstancias, sino más bien por la carencia de contralores inhibitorios...’* (Soler, op. cit., t. III, p. 66)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

EXCARCELACION

Extraordinaria, por enfermedad avanzada (I, C. 221)

“..Que en casos de enfermedad avanzada, razones de humanidad recomiendan la suspensión o morigeración de la prisión preventiva, preconizándose el reconocimiento del derecho de la persona a la muerte digna (conf. OMS. Parlamento de la comunidad Europea citado por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, causa n° 68, ‘Monteverde, Adrián s/ inf. ley 23.737’, del 25/4/96, en semejante sentido el ex– Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 3, deptal., del 10/03/96, Rev. La Ley 1.997, pág. 67 y sgtes.; ver asimismo Vázquez, Roberto “La dignidad del recluso gravemente enfermos”, ED 28/11/96, págs. 1 sgtes.; Salt, Marcos ‘Comentarios de la nueva ley de ejecución...’, Nueva Doctrina Penal 1.996 B, pág. 661 sgtes.)... Interesante reflexión nos brinda Vázquez Acuña al expresar: *‘Cuando el encierro resulte ser incompatible con la enfermedad de modo que ésta se agudice, debe adoptarse una solución que impida que se ponga en peligro la vida de los detenidos, ya que en caso contrario, la cárcel pasa a ser un espacio de tortura’* (conf. ‘El VIH como causal de cesación del encierro...’ en J.A., del 27 de enero de 1.999, pág. 9)...Ante la situación descrita resulta adecuado conceder al nombrado la atenuación de la medida de coerción que padece, debiendo ingresar a una institución terapéutica para su tratamiento de su enfermedad, o sea a algunos de los Hospitales antes mencionados. Y una vez que esté en condiciones de egresar continuar con prisión domiciliaria, bajo el control de una Asistente Social de la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de su futuro domicilio (CPP, 163 incs. 1° y 3°)...” (Por unanimidad, causa n° 221, “Saleh Piris, Pedro Fabián s/ robo agravado en grado de tentativa”, [I.], del 3/02/00, R. 007/00 int.).

Inaplicabilidad del art. 371 del CPP (JO, C. 172)

“...Estimo que no es de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 371, último párrafo, del CPP (según ley 12.405), porque el causante ha recuperado su libertad por un medio distinto de los dos que se mencionan en esa norma (o sea, la excarcelación y los delitos no detenibles), no correspondiendo hacer uso de la analogía, en contra del imputado, para extender el límite de una ley restrictiva de derechos procesales...Pero eso sí, también estimo que una vez realizado el juicio oral de instancia única y dictada esta sentencia condenatoria, no firme, se deberán reforzar, de oficio, las condiciones impuestas al causante al concedérsele la medida alternativa a la prisión preventiva, que ordenara el Juez de Garantías...” (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio”, [J.O.], del 5/09/00, R.151/00).

HABEAS CORPUS

Acercamiento familiar (HC, C. 581)

“...Concuerdo con los argumentos expuestos por el peticionante, en el sentido de reconocer todos y cada uno de los derechos que les son debidos a los internos. En ese orden de ideas estimo que es lo anhelado, lo deseado, pero así también entiendo que tratando de ser serios, no podemos ser líricos o quedarnos con simples teorías que a veces no se ajustan a la realidad. Por ello y dentro de mi competencia trataré de ser objetivo. De ahí mi comparendo en la Unidad Penitenciaria (n° 2, de Sierra Chica) que ahora aparece cuestionada...En dicha oportunidad, comprobé ‘*de visu*’, y entre otras cosas, el pabellón que fuera clausurado por la Excma. Cámara de Apelación del Departamento Judicial de San Isidro, y, en puridad, debo decir que no he comprobado anormalidad alguna, o sea, que puedo emitir opinión sobre bases ciertas. Puede que no se comparta mi punto de vista, pero para ello está el accionante y otro de los defensores oficiales que coincidieron con la visita efectuada por quien suscribe y en esa oportunidad -más precisa imposible- no se me hizo ninguna observación en el particular...” (Del voto del Dr. Martinelli, actuando como Juez de Ejecución Penal, causa n° 581, “Mendoza, Luis Ricardo s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 16/11/00, R. 204/00).

“...Un aspecto de los argumentos que no comparto con el funcionario accionante está dado por lo que yo denominaría una visión parcializada de las citas legales que se efectúa en la presentación en proveimiento, y ello lo afirmo porque si bien es cierto lo que se dice de los Pactos Internacionales respecto de un tratamiento digno y humanitario a los reclusos, también se afirma con claridad que los procesados no pueden estar alojados con los condenados. Y, para aclarar la cuestión, la Unidad Penal n° 15 está reservada para procesados en tanto que la Unidad Penal n° 2 lo es para condenados...Volviendo entonces al aspecto legislativo, lo últimamente dicho, no resulta ser invento o fantasía de quien provee la presente sino que está establecido entre otros por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 5°, ap. 4°, así también por el Pacto Interamericano Derechos Civiles y Políticos en su art. 10° y por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas al finalizar la Segunda Guerra Mundial, reglas éstas que tuvieron su desarrollo regional cuando el Consejo de Europa aprobó en 1.973 las Reglas Penitenciarias Europeas (reformadas posteriormente en 1.987), para que los Estados miembros adaptasen su legislación y práctica a los principios contenidos en ellas. Reitero, en los cuerpos legislativos indicados se establece la separación entre procesados y condenados. De ahí mi observación en cuanto a una visión parcializada de la legislación vigente...” (Del voto del Dr. Martinelli, actuando como Juez de Ejecución Penal, causa n° 581, “Mendoza, Luis Ricardo s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 16/11/00, R. 204/00).

HOMICIDIO CULPOSO

Imprudencia o impericia en vez de dolo (JO, C. 172)

“...Pese a la prolongada audiencia de vista de causa, y muy a pesar del loable esfuerzo del esmerado acusador fiscal, coadyuvado por el particular damnificado, por aportar datos que permitan a esta votante, adquirir un debido grado de certeza, indestructible, de cómo ocurrió el suceso delictivo en juzgamiento, la insuficiencia de elementos, para destruir la versión del encausado, ya referida cuando votara la cuestión primera del veredicto, me llevan a propiciar que el hecho sea encuadrado en el artículo 84 del Código de fondo, ante la posibilidad que la conducta desplegada, causante del disparo, lo haya sido por imprudencia y/o impericia por parte del acusado.

Todo ello según el texto vigente al día del hecho, por ser la pena prevista más benigna que la incluida en la norma actual, (ver ley 25.189; BON 28/10/99); y conforme a los principios *'iura novit curia'*, y *'favor rei'*, ambos aplicables, al caso, según mi sano entender (CP, 2º; CPP, 1º)...Y de este modo, descarto la existencia de dolo en el actuar homicida tal lo propiciado por la parte acusadora (CP, 79), ya que no he podido encontrar evidencias que me permitan tener por probado este elemento típico subjetivo..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 172, "Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio, [J.O.], del 5/09/00, R. 151).

INIMPUTABILIDAD

Alcoholismo e inimputabilidad (JO, C. 118)

"...A esta altura, cabe recordar que *'...la medicina no es una ciencia exacta, y mal entonces podría obligar al juez..'* (cfr. Achaval, Alfredo, en 'Alcoholización. Imputabilidad. Estudio Médico Legal', edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.994, pág. 206), y más aún en un tema de la importancia como lo es la imputabilidad penal, *'concepto cultural, normativo valorativo... complejo psiquiátrico y psicológico'* (Frías Caballero, Jorge en 'Imputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social', edit. Ediar, Bs. As. 1.981). Ya este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en dicho sentido cuando se difiriera en esta misma causa el tema de la responsabilidad, para la presente oportunidad, expresando: *'Demás está decir que la fórmula mixta de la inimputabilidad en el Código Penal Argentino depende de circunstancias biológico-psiquiátricas, tanto como necesita del Juez una apreciación valorativa de las mismas'* (R. interl. 75/99, del 23/11/99). *'La facultad, en efecto, de 'estimar' (tal el verbo usado por los códigos argentino y venezolano...) la 'fuerza probatoria del dictamen pericial', incluyendo por supuesto el de carácter psiquiátrico referente a la imputabilidad, forma parte de la de apreciar la prueba en general, que es función imprescindible y privativa del juzgador... actividad jurisdiccional puramente cognoscitiva por medio del perito... que no confiere carácter valorativo al hecho comprobado'*. Por ello es que *'...cuando en un proceso penal se pone en discusión la imputabilidad del agente... se trata de verificar si... es posible afirmar o no su efectiva capacidad personal de reprochabilidad... Si bien la imputabilidad... constituye un 'tope mínimo'... no está trazado de una manera rígida y tajante... la imputabilidad y sus límites se hallan en última instancia configurados de un modo valorativo'*. Y así, *'el derecho vigente no abandona, en suma, la verificación de ese linde normativo únicamente a la psiquiatría o a la psicología... porque no se trata de una desnuda cuestión psiquiátrica ni psicológica. El juez... indispensablemente, con el previo auxilio y colaboración del técnico, tiene el inexcusable deber de efectuar un cuidadoso examen del problema concreto en todas sus peculiares dimensiones y planos..., el juicio, cuya peculiaridad esencial estriba en que ha de formularse, en definitiva dentro de coordenadas de valor que provienen, por una parte, del ser espiritual de una persona... por la otra del mundo valorativo propio del derecho...'* (conf. Frías Caballero, Jorge, op. cit., págs. 143, 152, 153, 154 y 155)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R.042/00).

"...Ya Frías Caballero, como integrante de la Cámara Criminal de Capital, en su voto en el plenario "Segura, Néstor" del 13 de agosto de 1964 (ver "J.A.", V, págs. 369 y sgtes.), expresó que no existe regla válida *'a priori'*, dependiendo de los elementos de prueba que se disponga, resultando los índices de la alcoholemia una ayuda valiosísima, pero a la vez relativa, no debiendo postularse rígidos cartabones, sino deslindar cuidadosamente los distintos matices de la actitud, ya que la realidad ofrece múltiples hipótesis. Vicente P. Cabello, entre las conclusiones expuestas en su principal obra, expresa que *'el comportamiento delictivo de un ebrio aparece gobernado por una motivación psicológicamente comprensible, si no es absurdo y su desarrollo se*

adecua al curso cambiante del 'iter criminis' y a una finalidad congruente que se alcanza mediante una correcta adaptación a las circunstancias del evento, es lícito rechazar la amnesia alegada' (cfr. 'Psiquiatría Forense en Derecho Penal', edit. Hammurabi, Bs. As. 1.982, pág. 126)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R.042/00).

"...En igual sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de Bs. As., el día 7 de junio de 1.995 (P. 57.050, 'Avellaneda, José Antonio s/ homicidio agravado'), -fallo citado por el Fiscal en oportunidad de su alegato-, sosteniendo que el procesado no padeció un estado de inconsciencia por ingesta alcohólica que le haya impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, si de los actos inmediatos posteriores al hecho conocidos a través de distintas declaraciones testimoniales, a más del informe del médico de policía, no se infiere que haya estado en el grado ni en la intensidad que requiere la ley sustantiva y su interpretación doctrinaria. Avanzando en la exposición de los motivos que me llevan a afirmar, sin hesitación, la imputabilidad del imputado, estimo adecuada oportunidad para recordar a Emilio Federico Bonnet, para quien *'Lucidez'*, significa capacidad para comprender y mantener un diálogo, para orientarse en tiempo y lugar, para comprender la criminalidad de un acto y dirigir las acciones (cfr. 'Medicina Legal', volumen II, López Libreros, Bs. As. 1.980, pág. 1.625), concepción científica que se contrapone con las apreciaciones ya citadas del psiquiatra forense..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R.042/00).

"...Concluyo en este punto, sosteniendo que el causante se encontraba, al momento de la revisión médica (una hora y media después del hecho), en estado de lucidez, según el alcance de la teoría expuesta por Bonnet y el diagnóstico del médico de policía... Alfredo Achaval, al referirse al metabolismo del alcohol, sostiene que la absorción proveniente de la bebida ingerida, depende del estómago vacío u ocupado por el bolo alimenticio, el estado de la pared gástrica, concentración de agua en los tejidos, distinta tolerancia según el sujeto de que se trate, que sea abstemio o bebedor, etc. (op. cit., pág. 79). A lo que cabe adicionar el atinado aporte del Dr. José Antonio V. Fraraccio en el sentido que *'existen personas resistentes al alcohol, como los etilistas crónicos, que necesitan mayores dosis que las personas normales para llegar a los mismos síntomas clínicos'* (cfr. 'Medicina Legal. Conceptos clásicos y modernos', edit. Universidad, Bs. As. 1.997, pág. 286). Y así bien se ha sostenido que la regla general es que el agente sea imputable, y para que haya inimputabilidad debe existir una causa de tal magnitud que le haya impedido al sujeto comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones, tal el caso de las alteraciones graves por las denominadas *'drogas alcohólicas'*, teniendo claro que éstas pueden producir estados alterados de conciencia, extremos o intermedios, que van desde el coma etílico a la embriaguez leve. No puedo dejar de mencionar al maestro Soler cuando trata el tema de la imputabilidad y las causales que la excluyen, y en referencia expresa a la ebriedad, afirma que *'los efectos de la ingestión alcohólica no pueden ser determinados en general, pues dependen de la constitución, el hábito y el estado del sujeto'* (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo II, punto VI, pág. 55)... En semejante sentido se ha expedido la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As. al sostener que es *'principio biológico notorio que la repetida ingesta de una droga o tóxico, el alcohol... eleva el umbral de acostumbramiento tornando inocuos o minimizando los efectos de las dosis de menor significación'* (causa n° 392, 'Sánchez, Pedro s/ homicidio', del 24/2/00)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. 042/00).

“...Como ya tuviera oportunidad de indicarlo, con cita de Edgardo Donna y Carlos Tozzini, el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad del autor es una cuestión de naturaleza jurídica, cuya resolución -como no podría ser de otra manera, en nuestro sistema procesal- le compete intransferiblemente al Tribunal decisor, y no al perito, por importante o esclarecedora que pueda ser la contribución de éste. En ese contexto, la función del peritaje psico-psiquiátrico debe limitarse a describir las condiciones psíquicas de las personas y las características, intensidad, signos y síntomas de su padecimiento, si lo hubiere, pero el significado que esto tenga para el juicio de culpabilidad, es una valoración eminentemente jurídica. Es más; añadido ahora la opinión de Eugenio Raúl Zaffaroni para quien *‘ésta no es una cuestión insignificante o de detalle, sino que es una cuestión de fundamental trascendencia teórica y práctica: nuestro código no clasifica a los hombres en ‘locos’ de competencia médica y ‘cuerdos’ de competencia judicial, sino en hombres a los que en el momento del hecho puede exigirse o no la adecuación de su conducta a derecho. Con ello queda definitivamente claro que la imputabilidad penal es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito ilustra con los datos de su ciencia’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Ediar, Bs. As. 1.988, t. IV, pág. 121)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042/00).

“...En el plano jurídico, la pregunta que debe hacerse es si el procesado, como destinatario de la norma penal, tuvo capacidad para que ésta se concretara en él, de comprenderla, introyectarla o internalizarla, y, además, si pudo tomar la decisión de actuar en su contra, a pesar de que sobre sí pesaba el deber de actuar conforme la norma. Aquí es donde se debe analizar la conducta del autor, no sólo sobre la base de las pericias, sino teniendo en cuenta todo el contexto en que el causante realizó el injusto...Hasn-Heinrich Jescheck para quien *‘cuando falta la capacidad de culpabilidad, el autor puede, ciertamente, actuar -a diferencia de lo que ocurre con la incapacidad de acción en los actos reflejos (v. gr. reacción a una descarga eléctrica) o en la inconsciencia (sonambulismo)- pero no llegar a ser culpable, ya que el hecho no responde a una actitud jurídica merecedora de desaprobación’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal. Parte General’, edit. Comares, Granada 1.993, pág. 391)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042/00).

“...El relativismo con que debe apreciarse ese cómputo alcoholimétrico del perito tiene plurales fundamentos, al punto que el propio psiquiatra forense consintió que esa elaboración *‘no es absolutamente categórico’* (sic). Claus Roxin, aludiendo a diversos pronunciamientos del *‘Bundesgerichtshof’* (BGH, Tribunal Supremo Federal alemán), expone que *‘en relación con el consumo de alcohol, no se puede indicar un límite determinado de un tanto por mil para que se produzca la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, sino que depende de las circunstancias del caso concreto’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Civitas, Madrid 1.997, tomo I, pág. 827). Tampoco escapa del conocimiento general que *‘la absorción y eliminación del alcohol depende de numerosos factores, como la constitución del individuo, sus hábitos de bebida, sus condicionantes digestivos, tipo y cantidad de bebida, etc.’* (cfr. Pérez Pineda, B. y García Blázquez, M. en ‘Manual de Medicina Legal para profesionales del derecho’, Madrid, 1.990, pág. 282); *‘a fortiori’* cuando se trata de la tolerancia o resistencia al alcohol que ha sido capaz de desarrollar un alcoholómano, como el acusado, quien lleva más de quince años bebiendo excesiva y descontroladamente...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042/00).

“...Por otra parte, es sabido que *‘el alcohol es una droga depresora del sistema nervioso central, capaz de alterar intensamente las funciones cognitivas y emocionales y la conducta habitual del sujeto, porque el aspecto de excitación, euforia y alta*

emotividad de la embriaguez proviene, precisamente, de su efecto depresor sobre las áreas corticales superiores, que regulan las funciones mentales e inhiben la explosión de los impulsos y emociones...', pero, *'en cualquier caso, desde una concepción mixta de la inimputabilidad, para la exención o atenuación de la responsabilidad penal no es suficiente la constatación de la presencia de la droga en el organismo, sino que es preciso probar también sus efectos perturbadores sobre las facultades cognoscitivas o volitivas, ambos elementos referidos al momento de la comisión del hecho delictivo'* (cfr. García García, Julián en 'Drogodependencias y justicia penal', edit. Ministerios de Justicia e Interior de España, Madrid 1.999, págs. 228/31)... Ese despliegue de medios aptos -idóneos- para la consecución del despojo, precisamente, es la mejor demostración del error perceptible en el informe de fs...., y que es función de los jueces poner en evidencia al apartarnos de la opinión del perito, sacando el equívoco a la luz, so pena de incurrir en un arbitrario escrutinio y examen de la prueba rendida en el proceso... Por lo demás, si hubiera padecido la dictaminada incapacidad en la dirección de sus acciones, difícilmente hubiera podido articular el *'modus operandi'* descrito por la víctima para la perpetración del ataque a la propiedad, y que tan buenos -aunque efímeros- resultados le diera, desde que salió de la despensa con ciento diez pesos ajenos..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. 042/00).

Capacidad de culpabilidad, concepto (JO, C. 202)

"...Al abordar la capacidad de culpabilidad de su asistido, desde la perspectiva de la teoría de las normas de Armin Kaufmann, a la que adscribió la solvente defensora pública, subrayó las verificadas deficiencias del sujeto para ser destinatario de las pautas adaptativas que rigen la convivencia social y para motivarse por el deber, potencializadas, en el momento del hecho, por la aguda intoxicación alcohólica. Pero esas dificultades para captar y hacer propios los mandatos normativos, como ha quedado de manifiesto en los coincidentes informes periciales y en las deposiciones oralizadas, no revisten carácter absoluto, ni poseen la inimputabilizante entidad que les atribuyera la defensa en su discurso final, habida cuenta que el encausado tiene aptitud para comprender lo ilícito o injusto de sus actos, y para obrar conforme ese entendimiento. La ligera embriaguez detectada en un hombre acostumbrado -desde hace muchos años- a los excesos alcohólicos, no ha tenido una incidencia apreciable en el cuadro de situación descrito..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 202, "Torres, Dario Eduardo s/ homicidio", [J.O.], del 25/03/00, R. 33/00).

Ebriedad parcial (JO, C. 202; JO, C. 174; JA, C. 357)

"...Todo ello nos permite caracterizar el estado toxicológico del causante como el de una ebriedad incompleta (o parcial) de primer grado, que, según la antigua clasificación de Hofbauer, se manifiesta por la excitación, euforia e irritabilidad, sin pérdida de conciencia. En la opinión de Vicente P. Cabello, *'en este primer grado de ebriedad no se pierde el control ni la claridad de la conciencia perceptiva; tampoco se suspenden las funciones cognoscitivas y volitivas. No hay amnesia, a lo sumo una leve 'dismnesia' que no impide el ejercicio consciente y voluntario de las acciones'* (cfr. 'Psiquiatría forense en el derecho penal', edit. Hammurabi, Bs. As. 1.982, tomo II-A, pág. 84). Francesco Carrara, en su célebre obra, definió con simpleza y economía de palabras las consecuencias jurídicas del asunto analizado, *'la embriaguez alegre, o simple alborozo, ejerce influjo sobre la voluntad, haciéndola más precipitada e irreflexiva. Al igual que el ímpetu de las pasiones, puede aminorar la imputación, pero nunca anularla'* (cfr. 'Programa de derecho criminal', edit. Temis, Bogotá 1.988, vol. I, pág. 232, § 339)..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 202, "Torres, Dario Eduardo s/ homicidio" [J.O.], del 25/03/00, R. 33/00).

“...La parcial ebriedad del causante que se informó en autos, no alcanza a constituir un estado de inconsciencia, o similar, que le hubiera impedido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. Así lo dijo en la ampliación oral el médico de policía, al referirse a los signos de intoxicación alcohólica que el nombrado presentaba al momento del examen, explicando que la bradipsiquia, que él constató, no le imposibilitaba prestar declaración, ya que sólo se trataba de una cierta disminución de las funciones psíquicas, lentitud mental, que puede haber afectado la memoria, pero no la capacidad de entender y obrar...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 174, “Hermosi, Daniel Adán y Romero, José Alejandro s/ robo Agravado”, [J.O.], del 14/04/00, R. 043/00).

“...La moderada ebriedad del reo representada por los signos descriptos en el informe médico policial, a saber, inyección conjuntival bilateral y leve alteración del equilibrio, y que se le detectara a poco de ser detenido en la vía pública -manejando una bicicleta y llevando consigo un equipo electrónico de tamaño mediano-, no reviste trascendencia alguna a la hora de establecer la capacidad de culpabilidad del reo, tal como se desprende del resultado de la alcoholimetría, correctamente interpretada por el psiquiatra forense en su esclarecedor peritaje...” (Del voto de la Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 357, “Sandoval, José Enrique s/ robo agravado por efracción” [J.A.], del 9/06/00, R. 084/00)

Trastorno anormal de personalidad (JO, C. 129)

“...Le asiste razón al experimentado especialista forense: el aludido trastorno anormal de la personalidad, también conocido como trastorno explosivo intermitente o, más modernamente, como uno de los trastornos del control de los impulsos, es definido por la doctrina científica -tal lo ya consignado- como *‘episodios de pérdida de control de los impulsos agresivos, que producen un ataque grave o una destrucción de bienes, sean propios o ajenos, siendo siempre desproporcionados los hechos con el acto desencadenante. El sujeto puede describir los episodios como crisis o como ataques... Tras las actuaciones puede haber lamentaciones y auto-reproches sinceros. Entre los episodios no hay signos de impulsividad o de agresividad generalizada... El trastorno explosivo intermitente plantea la cuestión jurídico penal de su consideración respecto a la inimputabilidad, al ser trastorno psíquico evidente que no responde a las patologías clásicas de la psiquiatría y que la jurisprudencia, por tanto, no recoge cuando aprecia circunstancias atenuantes o eximentes... Por todo lo dicho creemos que la eximente completa, ya sea de trastorno mental transitorio o enajenación mental, no podrá ser de aplicación, salvo supuestos en los que el trastorno explosivo intermitente sea de tal magnitud, incidencia e intensidad que haya resultado ya crónico; en consecuencia la apreciación de la eximente de enajenación comportaría la impunidad y el internamiento psiquiátrico indefinido hasta su curación’* (cfr. Homs Sanz De La Garza, Joaquín en “Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad”, edit. Bosch, Barcelona 1.996, pág. 268)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], 10/03/00, R. 028/00).

Trastorno explosivo intermitente (JO, C. 129)

“...Según el DSM IV (Diagnóstico Manual y Estadístico de las Enfermedades Mentales, última edición, 1.995), el trastorno explosivo intermitente, mencionado por el psiquiatra forense, es el equivalente de la personalidad explosiva del antiguo DSM III, ahora tratado dentro del capítulo de los trastornos del control de los impulsos, cuya característica esencial *‘es la aparición de episodios aislados de dificultad para controlar los impulsos agresivos, que da lugar a violencia o destrucción de la propiedad (criterio a). El grado de agresividad expresada durante el episodio es desproporcionado con respecto a la provocación o a la intensidad del estresante psicosocial precipitante*

(criterio b)... Como síntomas y trastornos asociados, las personas con rasgos narcisistas, obsesivos, paranoides, o esquizoides pueden tener una predisposición a los episodios explosivos de cólera en situaciones de estrés. El trastorno puede aparecer tras una pérdida de trabajo o fracaso académico, un divorcio, dificultades interpersonales, accidentes (...), una hospitalización (...), o un encarcelamiento...' (DSM IV, págs. 625/6)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio” [J.O.], del 10/03/00, R. 028/00).

INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 341 del CPP (I, C. 477)

“...El art. 28 de la C.N. establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en las normas anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Pero este poder instrumental no debe ser incondicionado, ni arbitrario, sino razonable (es decir, adecuado y justo), y además no puede alterar la esencia de los derechos fundamentales. El precepto está gobernado por el principio de razonabilidad que preserva el valor justicia (cfr. Zarini, Juan Helio, en ‘Análisis de la Constitución Nacional’, 3ª edición, edit. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 162)...Néstor P. Sagües opina que algunas veces la Corte Suprema ha dicho que la inconstitucionalidad investigada puede derivar de dos cauces distintos: a.) que la norma infraconstitucional sea, en sí, opuesta a la Constitución Nacional (norma inconstitucional), o b.) que la interpretación (*‘inteligencia’* o *‘entendimiento’*) de esa norma, tal como consta en una resolución impugnada por medio de un recurso extraordinario, se halle en conflicto con la Ley Suprema (interpretación inconstitucional). Así lo expone en su obra ‘Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario’ (2ª edición, edit. Astrea, Bs. As. 1.989, tomo II, págs.136/7)...” (Por unanimidad, causa n° 477, “Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público”, [I.], del 6/12/00, R. 298/00).

“...La propia Corte Federal ha sostenido que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda otra vía para optar, si existen varias interpretaciones posibles debe adoptarse la que la preserva y no la que la destruye (cfr. ‘L.L.’, 105-161). Asimismo, la Suprema Corte bonaerense ha reiterado que *‘la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerado como la última ‘ratio’ del orden jurídico. La atribución de decidir la inconstitucionalidad de preceptos legales sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable’* (SCBA., Ac. 1494 S 23/12/97, ‘López, Jorge Hugo s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78’; SCBA, I 1496 S 23/12/97, ‘Causanel, Elvira María s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78’, e/o)...” (Por unanimidad, causa n° 477, “Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público”, [I.], del 6/12/00, R. 298/00).

“...En una semejante línea argumentativa se ha enrolado este Tribunal en los autos caratulados ‘Ledesma, Frede Tadeo s/ tenencia de arma y munición de guerra’, del 27/12/99, R. 99/99 (publ. en ‘Revista La Ley Bs. As.’, año 7, n° 3, abril de 2.000, págs. 318/29), donde se sostuvo que *‘la misión de los jueces es resolver con una sana reflexión las cuestiones que le son sometidas, teniendo en cuenta que no es resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en el uso de facultades constitucionales propias, no correspondiéndole juzgar la oportunidad, ni el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado, menoscabando sus facultades...’* Entonces, por los fundamentos expuestos, y teniendo en cuenta que no se advierte en el planteo traído ninguna de las hipótesis enunciadas por Sagües, no corresponde hacer lugar a lo solicitado por el impugnante (CN, 14, 16 y 28, todos

ellos 'a contrario sensu')..." (Por unanimidad, causa n° 477, "Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público", [I.], del 6/12/00, R. 298/00).

INDICIOS

Mendacidad (JO, C. 188)

"...Considero que 'al indicio de mendacidad es preciso no asignarle importancia desmesurada, exagerando su valor, pues no siempre el reo se ve obligado a mentir a causa de la conciencia que tiene de ser responsable, sino que en ocasiones su mentira origínase en el temor de que la verdad pura y simple de su inocencia no pueda triunfar. Y en esas circunstancias miente para destruir apariencias que él cree que lo harían condenar injustamente' (cfr. Framarino Dei Malatesta, Nicola en su 'Lógica de las pruebas en materia criminal', edit. Temis, Bogotá, 1.973, tomo I, págs. 326/7). Otro notable jurista italiano abona la misma interpretación, diría de carácter psicologista, al afirmar que 'el inocente no siempre dice la verdad, no es constante en sus interrogatorios, y por ello la acusación yerra cuando, al sorprendérselo en mentira o contradicción, cree haber obtenido la prueba de su culpabilidad... Por lo tanto podemos decir con Hellwig: 'es preciso no olvidar jamás que el inocente, sobre quien pesa una seria acusación, se encuentra en grave estado de excitación o de turbación que lo impele a actos estúpidos: sería poco racional atribuir a esas actitudes sentimiento alguno de culpabilidad...' El culpable detenido se resigna y se defiende, el inocente se indigna y se aterra, pensando en que la misma apariencia de indicio que lo hizo arrestar podría ocasionar su condena; de allí la necesidad de la mentira' (cfr. Altavilla, Enrico en 'Psicología judicial', edit. Depalma, Bs. As., 1.973, vol. II, pág. 548/51)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 188, "Gauna, José Adrián s/robo", [J.O.], del 17/03/00, R. 32).

JUICIO ABREVIADO

Acuerdo anterior rechazado por otro Tribunal (JA, C. 285; C. 395)

"...Sobre la materia, este Tribunal tiene decidido que: 'No obstante las contingencias procedimentales reseñadas en los antecedentes del caso (en particular, frente al rechazo protocolizado de una solicitud similar a la presente), no advierto obstáculos que impidan acordar viabilidad a la mutua conformidad de los sujetos procesales en favor de la salida alternativa instituida en los arts. 395 y sgts. del CPP (t.o. ley 12.059), tal como se formaliza en el acta glosada a fs.... Añado, a mayor abundamiento, que lo decidido por el órgano jurisdiccional originario no resulta vinculante para este Tribunal, quien ante la insistencia de los interesados está habilitado -sin restricciones de ninguna clase- para realizar un reexamen de la cuestión traída; máxime cuando el acuerdo primigenio, respecto del que se plasmara en la audiencia preliminar, ha sido alterado en algún aspecto (así: la cuantía punitiva...), aunque preservando en los aspectos medulares los principios de unidad de actuación e indivisibilidad del Ministerio Público (art. 2, ley 12.061), a pesar de haber tomado injerencia el Fiscal de Juicio, en reemplazo del Fiscal de Instrucción" (T.C. n° 1, causa n° 72 'Alais, Juan José s/ tentativa de robo', del 19/08/99)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 285, "Pugliesi, Carlos Adrián s/ robo automotor y otros" [J.A.], del 31/03/00, R. 040).

"...En el caso se presenta un problema adicional que es necesario tratar, y decidir, antes de entrar a considerar la cuestión de fondo, si correspondiere, que es el relativo al rechazo por parte del Tribunal en lo Criminal n° 3, de un acuerdo anterior de juicio abreviado entre las partes, concebido en términos casi iguales al ahora instrumentado y puesto a votación. Sin embargo, hay una considerable diferencia a partir de

que se introdujo el dictamen psicológico que fuera practicado en la persona del causante por la perito de la Fiscalía General, y que estimo adquiere relevancia medular frente al tema *'sub examine'*, desde que permite aventar, cuanto menos, las razonables dudas sobre la capacidad de culpabilidad del reo que exteriorizaran los tres magistrados que suscribieron la destimación aludida. Además, cabe tener presente que hemos expuesto en ocasión similar a ésta que *'no se advierten obstáculos que impidan acordar viabilidad a la mutua conformidad de los sujetos procesales en favor de la salida alternativa instituida en los arts. 395 y sgts. del CPP (t. o. ley 12.059)... Lo decidido por el órgano jurisdiccional originario no resulta vinculante para este Tribunal, quien ante la insistencia de los interesados está habilitado -sin restricciones de ninguna clase- para realizar un reexamen de la cuestión traída; máxime cuando el acuerdo primigenio, respecto del que se plasmara en la audiencia preliminar, ha sido alterado en algún aspecto (así: la cuantía punitiva...), aunque preservando en los aspectos medulares los principios de unidad de actuación e indivisibilidad del Ministerio Público (art. 2, ley 12.061), a pesar de haber tomado injerencia el Fiscal de Juicio, en reemplazo del Fiscal de Instrucción'* (T.C. n° 1, causa n° 72, 'Alais, Juan José s/ tentativa de robo', del 19/8/99). El precedente transcrito resulta por entero aplicable al caso de autos y, por mi parte, no encuentro otras razones que puedan obstruir la vía procesal escogida por los interesados..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 395, "Moreno, Walter Adrián s/ tentativa de hurto agravado y tentativa de robo" [J.A.], del 03/06/00, R. 077).

Admisibilidad una vez fijada la audiencia del debate (JA, C. 61)

"...Todo parecería indicar que el acuerdo plasmado una vez fijada la audiencia del debate (a pesar de haberse frustrado su efectiva realización), resulta inadmisibile, por extemporáneo, en mérito a lo que se establece en el último párrafo del art. 397 del CPP (texto reformulado por ley n° 12.059)...Sin embargo, mediante una interpretación proclive al controvertido instituto que aparece reglado en el Capítulo III, Título II, Libro III del Código de Procedimiento Penal de Bs. As., cuya constitucionalidad he admitido, sólo, por el supremo valor del libre, advertido y expreso consentimiento del imputado (así, en causa n° 199, 'Flores, Ariel Ramón s/ violaciones reiteradas', del 06/03/00; ídem en causa n° 285, 'Pugliesi, Carlos Adrián s/ robo automotor y otros', del 31/03/00; íbidem en causa n° 509, 'Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo y tenencia de arma de guerra', del 07/12/00), y, por supuesto, privilegiando en el caso la voluntad de las partes en la elección del modelo de juzgamiento criminal, puede llegarse a sostener lo contrario, desde que una vez caído aquél acto procesal (es decir, el que ordenara la frustrada audiencia oral), en autos no se llegó a fijar una *'nueva'* fecha para la celebración del debate..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 61, "Tonini, Norberto Hugo s/ robo calificado", [J.A.], del 27/12/00, R. 235/00).

"...Claramente explicitado lo que ha ocurrido en este proceso en los antecedentes del caso, como así también teniendo presente parte del argumento sustentado por el colega preopinante, entiendo que no puede prosperar el pedido de juicio abreviado solicitado en estos actuados...En efecto, entiendo que resulta extemporánea la concreción de la vía alternativa prevista en los arts. 395/9 del CPP, atento la clara redacción del último párrafo del art. 397 del cuerpo legal citado: *'hasta antes que se fije la audiencia de debate'*, reza norma en cuestión. Dicha disposición, entonces, en mi opinión, veda la admisibilidad en este caso del juicio abreviado..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 61, "Tonini, Norberto Hugo s/ robo calificado", [J.A.], del 27/12/00, R. 235/00).

Antecedentes legislativos (JA, C. 479)

“...La potestad jurisdiccional de individualizar la especie (cuando el delito del que se trate así lo permite), y, sobre todo, la cuantía sancionatoria, -naturalmente, dentro de los topes penales preconfigurados por el legislador nacional: CN, 75, inc. 12º-, ha quedado drásticamente recortada en su límite máximo en los casos en que las partes interesadas, de común acuerdo y con la indispensable venia del Juez o Tribunal interviniente, optan por la vía procedimental acotada y rápida que instituyen los arts. 395 y sgts. del CPP (t.o. ley 12.059), tal como sucedió en nuestra provincia durante varias décadas con el extinto Código Jofré para los delitos correccionales: CPP/1.915, 432/3 (ley 3.589; modif. por ley 10.358). Esas limitaciones, al decir del maestro Tomás Jofré, tenían su antecedente en el art. 655 (norma todavía intacta) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, promulgada por Real Decreto del 14 de setiembre de 1.882 (cfr. “Código de Procedimiento de la Provincia de Bs. As.”, ed. Depalma, Bs. As. 1.966, pág. 319)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 479, “González, Julio César s/ robo agravado en poblado y en banda”, [J.A.], del 21/09/00, R.161).

Improcedencia (JA, C. 220; JA, C. 331)

“...Las aludidas diferencias acerca del correcto emplazamiento típico de la conducta que se le atribuye al causante, revisten, a mi parecer, entidad suficiente para justificar el juicio oral, público y contradictorio, donde se podrá conocer el verdadero alcance y el *‘nomen iuris’* del episodio delictivo, si es que la acusación logra acreditarlo en forma certera. Ya he tenido oportunidad de adherirme a la opinión de Francisco D’Albora, quien sostiene que *‘el rechazo debe atender a dos circunstancias: la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos -a nuestro modo de ver debe entenderse su materialidad y la atribución a quien se estime responsable- y la razonabilidad de la calificación’* (cfr. ‘Código Procesal Penal de la Nación’, 3ª edición, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.997, pág. 630). En síntesis, entiendo que media motivo bastante para preferir el debate pleno, antes que el juicio abreviado, a los fines de dilucidar en sentencia la materialidad delictiva, su subsunción típica, y la responsabilidad del procesado (si la hubo), así como para calibrar con toda ecuanimidad la pena imponible (si correspondiere). Tales argumentos abonan mi convencimiento personal en favor de la respuesta negativa a la cuestión analizada (CPP, 398, letra ‘a’)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 220, “Rodríguez, Francisco Javier s/ robo”, [J.A.], del 17/02/00, R. 017/00).

“...Considero, en suma, que no pueden ser homologados los acuerdos bajo examen desde que se rotula como robo simple (CP, 164), lo que, conforme las merítadas actuaciones del período instructorio y las prescripciones del catálogo punitivo, constituye un robo agravado por rotura de la ventana de lugar habitado (CP, 167, inc. 3º)... Esas razones abonan mi convencimiento personal en favor de la respuesta negativa a la cuestión analizada (CPP, 398, letra ‘a’)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 331, “Gigena, Adrián Oscar, Paredes, Héctor Leonardo y Pereyra, Diego Ramón s/ robo y tentativa de robo”, [J.A.], del 12/06/00, R. 085/00).

Objeciones constitucionales e inconstitucionalidad (JA, C. 199; JA, C. 395; JA, C. 509)

“...El actual modelo de transacción intraprocesal (o de justicia penal consensuada), donde el imputado -con su abogado defensor- y el Ministerio Fiscal arriban a un acuerdo acerca de la calificación típica de los injustos criminales, y de la aplicación de una pena a su respecto, que se conoce como ‘juicio abreviado’ (aunque de ‘juicio’ nada, toda vez que consiste, precisamente, en la supresión lisa y llana del debate de confrontación), impone al juzgador que lo haya declarado admisible el deber de sen-

tenciar sólo conforme al contenido probatorio (¿?) de las actuaciones de la fase investigativa, verdadera afrenta al debido proceso a ser enjuiciado con todas las garantías constitucionales, y al sistema acusatorio introducido por la ley 11.922, apenas digerible por el valor supremo que se le atribuye al consentimiento ilustrado del justiciable...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 199, “Flores, Ariel Ramón s/ violaciones reiteradas”, [J.A.], del 6/3/00; ídem: causa n° 395, “Moreno, Walter Adrián s/ tentativa de hurto agravado y tentativa de robo” [J.A.], del 3/06/00, R. 077).

“...Acá cabe recordar lo manifestado por el Juez Marshall en el caso ‘Marbury vs. Madison’ (1 Cranch 137, 1803) del cual rescato cuatro ideas sucesivas: a) La Constitución es superior a todas las demás normas; b) ninguna norma puede oponerse a ella; c) las normas que se opusieren a ella deben ser sustraídas del ordenamiento jurídico por ‘inconstitucionales’; d) y los únicos habilitados para realizar la declaración de inconstitucionalidad son los jueces, porque son quienes están facultados para interpretar a la Constitución... Las precedentemente indicadas y en honor a la brevedad, son las razones que entiendo me legitiman a expedirme sobre la cuestión central, dando así una respuesta afirmativa a este introito...Puesto ahora en la tarea de fondo, adelanto que daré una respuesta negativa a esta parte de la cuestión, referida a la constitucionalidad del denominado juicio abreviado...Hay una tendencia casi diría mundial en el sentido de ver al delito como un “conflicto social” que no solo merece un castigo, sino también una solución reparadora, conciliatoria si se quiere y a la cual se puede arribar por medio de determinadas reglas o medios procesales...Sostengo que el procedimiento legislado en los arts. 395/403 del actual Código de Procedimientos en lo Penal, resulta francamente contrario a los preceptos constitucionales, más precisamente, a la manda prevista en el art. 18 de nuestra C.N., cuando proclama que ‘Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso’...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...El procedimiento jurisdiccional tiene una fundamental importancia para el derecho procesal porque es la auténtica protección de las garantías de los ciudadanos...El proceso, entendido como una ‘serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva’ (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo en ‘Derecho Procesal Penal’, edit. Lerner, Cba., t. II, págs. 114 y sgts.), es como antes decía, una garantía, porque es un instrumento anterior al conflicto y una vía específica cuando se producen las amenazas o violaciones a los derechos fundamentales...Esa garantía, entendida como una seguridad que le es concedida a todo habitante de este país para impedir que el efectivo goce de sus derechos sea avasallado por el ‘ius puniendi’ del Estado, considero que no es respetada por la vía alternativa que estamos analizando...En el juicio abreviado, tal como se encuentra legislado en nuestra Ley de Forma, la sentencia que se dicta no es precisamente el resultado de un procedimiento imparcial porque esa ‘lucha’ por obtener el reconocimiento de los derechos, no es la consecuencia de una contradicción, bilateralidad, oralidad, continuidad, intermediación que permita a la persona que es sometida a proceso; oportunidad y libertad de defensa, que influyan en el Tribunal en su decisión final...La sanción decretada mediante el procedimiento que ahora cuestiono, no es el producto de un proceso tal como lo exige nuestra Constitución, no es el resultado de un ‘juicio previo’...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...Que conste que no puedo negar -necio sería si no lo reconociera-, que la vía alternativa en análisis, acelera los casos penales, pero así también entiendo que debemos convenir en que ello no es lo querido por nuestro constituyente según mi

modesta opinión...Las leyes irrazonables, lo son porque afectan más de lo debido los derechos fundamentales, de modo tal que dicho perjuicio no redunde en beneficio de los intereses sociales; los intereses individuales serán protegidos por el derecho en tanto ellos son intereses sociales...Las normas constitucionales son de una generalidad en grado sumo: establecen un marco dentro del cual el legislador debe elegir las opciones que a su juicio son convenientes para cumplir con el programa que le marca la Constitución. El legislador realiza por tanto, una tarea de interpretación que es un acto de voluntad. Si se rompe esa estructura constitucional, llegamos a la irrazonabilidad...En ese orden de ideas, cuando una ley afecta libertades individuales, pero beneficia a los intereses sociales, ello es un principio razonable, salvo que la afectación tenga el carácter que en virtud de ello, los mismos intereses sociales se encuentren afectados; y en tal caso, no es razonable... El aspecto '*Justicia*', *debido proceso*, pasa a un segundo plano. Esa sería la idea pergeñada y en puridad, se me ocurre intolerable...Me pregunto en este estado del análisis, dónde quedan las garantías de imparcialidad y legalidad, en un proceso escrito, sin contradicción. Tenemos una intermediación, que se reduce a ver la cara del imputado como si fuera una fotografía, pero que ninguna participación tiene en el acto, salvo el manifestar un simple y hasta a veces me atrevería a decir, no convencido, 'estoy de acuerdo' con el pacto al que se arriba. '*Eso*' no es un juicio, es un engendro tendiente a suplantar eficacia, entendida ésta como el respeto a nuestro debido proceso; por rapidez, en el cual el justiciable casi diría es coaccionado a aceptar un pacto...La '*eficacia*', es un concepto pragmático y que entiendo, debe valorarse desde una óptica en este caso, constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. El proceso se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular por eso, antes del conflicto penal es una garantía y que puesto en marcha, '*mide*' su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar. Así de simple... A pesar de que es una verdad de perogrullo, y por si alguna duda subyaciera, digo que precisamente el fin de ese procedimiento que reclamo, es procurar elementos probatorios para la decisión del juzgador, que le ayuden a resolver un caso determinado...En lo dicho precisamente estriba la capital importancia del trazado de ese camino ineludible, insalvable para poder arribar a un constitucional juicio de reproche si corresponde, y que además sea justo..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

"...Este procedimiento al que estoy haciendo referencia, debe ser una vía jurídica, reglada por la Ley, que defina en forma concreta los actos que lo componen, y el orden en que se los debe llevar a cabo. Entiendo que lo que sostengo no necesita mayores comentarios... En esta alternativa que se nos propone, no existe en lo más mínimo, el juicio tal como viene impuesto, exigido -no aconsejado- por nuestra Carta Magna. El mismo consiste esencialmente en un '*acuerdo*' entre el imputado por un lado y el agente fiscal por el otro; relativo a la calificación y pena que se estima adecuada imponer por el ilícito cometido...Una verdadera justicia penal tiene que verse representada en una lucha entre acusación y defensa. Entre ellos, el Tribunal que decide y, apreciando todo este panorama, como fiscalizando esta lid, el público que presencia el debate oral...Que yo sepa, la Justicia no se limita a un pacto, a un consenso entre las partes como si fuera un mercado que obedece a la oferta y la demanda existente en plaza, vulgarmente hablando y conforme al índice delictivo, sino que es otra cosa totalmente distinta en el ámbito de la ciencia procesal. Si hablamos en el terreno de hipótesis referidas a aventuras científicas, quizá se lo pueda aceptar, pero en el plano en el que lo estoy proponiendo, se me ocurre más brillante que sólida la postura que pueda llegar a admitir esta aberración...Puedo convenir en que las leyes se derogan por otras, pero entiendo que hay un concepto inmanente, perpetuo y que está dado precisamente por la noción de *Justicia*... Me imagino cuáles deben haber sido las causas por las que se adoptó este tipo de vía. Y en ese orden de ideas supongo que uno de los motivos fue el colapso o cuasicolapso en el sistema judicial regido por el Código de Jofré. Se habrá querido agilizar el procedimiento pensando que las causas se resuelvan rápido. Y no es así. Es una concepción muy simplista frente a la rea-

lidad que nos rodea, la cual y a mi modo de ver, no resulta ser tan distinta de la existente durante la vigencia de la anterior ley procesal, ello, si nos detenemos a analizar las estadísticas...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...Otro aspecto a tenerse en cuenta es lo relativo a la igualdad existente entre las partes (imputado y representante del Ministerio Público)... Sostengo que en este ‘procedimiento’, en modo alguno puede garantizarse o resguardarse la existencia de un verdadero acuerdo, sino que en general implica un compromiso o condiciones impuestas por el órgano acusador, que es quien tiene el poder en la mayoría de los casos y a los que el imputado se adhiere por necesidad o conveniencia...De modo que, la imposición de una pena justa legalmente individualizada, y la condena en base a un juicio de culpabilidad, quedan como relegados a un segundo plano a favor de una economía útil para los órganos del Estado, encargados de administrar Justicia y en el cual el imputado tiene, por regla general un papel de sometimiento para impedir consecuencias más gravosas como sería el caso de someterse a un juicio oral propiamente dicho...Es por ello entonces que, además de los problemas que se advierten respecto a si este ‘mecanismo de negociación’ resulta violatorio del proceso constitucionalmente establecido en cada país, lo que aparece como primordialmente peligroso es la idea de esta ‘solución’ del conflicto entre un órgano del Estado y un particular, donde el primero ejerce el poder sobre el segundo que se somete, para evitar un perjuicio mayor que siempre está latente...Una persona privada de su libertad, imputada de la comisión de varios delitos, ante el ofrecimiento de una sanción más benigna, en caso de aceptarse el acuerdo, mediante el cual se somete a la vía abreviada -porque ello es así, seamos sinceros- no me deja resuelto el conflicto con la homologación prestada por el Tribunal, el cual ante la verificación de haberse cumplido con un principio de legalidad, no puede rechazar lo pactado. Y la experiencia tribunalicia me está indicando bien a las claras que un caso similar, ante un juicio oral propiamente dicho, donde se plasman las garantías que hacen a nuestro debido proceso y que citara en párrafos anteriores, los resultados no serían los mismos...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...Los defensores del sistema que ahora cuestiono, argumentan en apoyo del mismo que al momento de aceptar el acuerdo, el imputado ‘renuncia’ espontánea y voluntariamente a ser juzgado conforme a nuestro debido proceso, oral, público y contradictorio...Me pregunto: ¿renunciar a qué?; ¿es que acaso se puede renunciar a ello?; ¿es así de simple?...El orden público, las disposiciones constitucionales pasan a segundo plano en busca de una solución utilitaria. Francamente no lo puedo creer ni menos aún, admitir...Tenía entendido que a toda persona, antes de ser sancionada penalmente, le asistía un derecho a un proceso previo mediante la intervención de un organismo jurisdiccional, designado por la Ley, con una actuación independiente e imparcial, todo lo cual posibilitaba la fijación de un programa -también legalmente definido, general e inalterable-, cuyo objetivo era la investigación y juzgamiento de delitos, adoptándose la resolución definitiva en un término razonable, en forma oral y pública, con un fallo motivado conforme a la correlación entre acusación y sentencia. Y esas preciadas notas, francamente no las advierto en este ‘procedimiento’... Los principios constitucionales por otra parte, no están sólo para el justiciable sino instituidos como procedimiento legítimo de los órganos públicos que aplican su poder de coacción en un Estado de Derecho, según mecanismos de control ciudadano, y sobre todo cuando más allá de esto, se encuentra siempre latente en la práctica diaria, la coacción al imputado, representada por la posibilidad de que si no acepta el ‘acuerdo’, se le impondrá luego del juicio, una pena probablemente más grave. Esta disyuntiva en el cual se coloca al imputado, transforma al procedimiento que ahora cuestiono, en coercitivo y por ende, resulta un contrasentido hablar de la libertad que implica este mecanismo transaccional en el cual el acusado, por razones tácticas y estratégicas en

el diseño de su defensa frente a la imputación que le dirige el Estado, elige reconocer su responsabilidad al respecto, cuando, del otro lado, tiene, en sustancia la amenaza que aún cuando subliminal es innegable que si no 'transa', su destino puede sin lugar a dudas, ser más grave..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

"...El no respeto de la exigencia constitucional, voluntad viciada en el justicia-ble, resultan ser hasta ahora las causales de mi observación hacia el juicio abreviado... Puedo llegar a comprender que la Justicia sea lenta, que el cúmulo de trabajo la sature, que los procedimientos conspiran en cierto modo con la agilidad que la Justicia debe tener, pero lo que jamás puedo llegar a admitir es que, se trate de solucionar estos graves problemas con una visión utilitaria del proceso, lo que me resulta prácticamente inconcebible... No se puede dejar de lado nuestro debido proceso, preceptos constitucionales bien claros y concretos, so color político, o prácticos... Si las comisaría-ías están colmadas de detenidos, si las Unidades Penales no tienen cupos para albergar nuevos internos, todo lo cual reconozco a través de la experiencia diaria; ese no es problema de la Justicia, pero más reprobable es que para paliar esa ostensible situación y en nombre de un garantismo mal entendido, o propaganda política, se proclame a este engendro como el salvador de esta acuciante situación que en definitiva no hace más que agudizar el problema por un lado, desconociendo claras y precisas normas de orden constitucional y por la otra, dando lugar a una impunidad francamente insoportable, dada por la cantidad de veces que se ve desfilar al mismo imputado ante los estrados tribunales por la comisión de distintos delitos, siempre en libertad o con la obligación de realizar con determinadas reglas de conducta que en definitiva no se alcanzan a cumplir, hasta que finalmente queda privado de su libertad..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

"...Pareciera que estos vientos garantistas acuerdan una especie de 'crédito' para que el malviviente delinca... Y que conste que no se me ocurre el alentar un aumento de las penas establecidas en nuestro Código Penal porque estimo que las mismas resultan acordes con la gravedad del ilícito cometido; lo que necesitamos es que las sanciones pronunciadas por los Tribunales, se cumplan tal como fueron dictadas y no que, mediante la utilización de las distintas libertades legisladas, en especial por la Ley de Ejecución Penal (n° 12.256), se tornen prácticamente líricas... El oportunismo político, no tiene cabida en el área de la Justicia, porque según yo lo entiendo es como el agua con el aceite: nunca se mezclan y nunca se deben mezclar. Que jamás se utilice esta fórmula porque, aparte de no corresponder, resulta en definitiva pernicioso para la comunidad con un discurso que suena como el canto de las sirenas que hace oír las palabras que uno quiere escuchar pero que precisamente esa estrategia política termina por perjudicar a la ciudadanía y para lo único que sirve es para disfrazar la real situación y alongar las soluciones que se requieren con urgencia. A ello lo denomino lisa y llanamente 'aventura' y, en el momento que nos toca vivir no estamos para aventuras y menos aún para improvisaciones..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

"...Para finalizar, concuerdo en que el goce de las libertades ciudadanas sólo se concibe en el marco de las garantías individuales que consagra el Estado de Derecho, presupuesto institucional básico y fundamental para la vigencia de aquéllas, pero cuidado, que ello no nos conduzca en una forma tan vergonzosa a una impunidad francamente insoportable... Es por todo lo dicho entonces y lo dispuesto en el art. 18 de la C.N. que dejo propuesto a los colegas que se declare la inconstitucionalidad del procedimiento instituido en los arts. 395/403 del CPP que prevé como vía alternativa al denominado 'juicio abreviado'..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...La regla de interpretación de las leyes conforme a la Constitución permite vincular a todos los órganos jurisdiccionales, cualquiera sea el fuero y el grado, por imperio de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de supremacía jerárquica de la Ley Suprema dentro del mismo. Siendo así, mal se podría vedar a los jueces o tribunales la revisión, aún de oficio, de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, antes de aplicarlas... Sentado ello, paso a tratar la segunda parte del cuestionario, donde comparto la preocupación por el tema de la validez constitucional de los arts. 395/403 del CPP que inspira el voto del Dr. José Antonio Martinelli. No así sus conclusiones... A los plurales fundamentos expuestos, tal vez sea necesario acoplar que la censura más enérgica y radical al ‘pacto’, que constituye el ‘*alma mater*’ del procedimiento que ahora se propone inconstitucionalizar el colega, proviene de Italia donde Luigi Ferrajoli ha denunciado que *‘todo el sistema de garantías queda así desquiciado: (a) el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; (b) los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y discipline la partida que ha emprendido con el acusado; (c) la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; (d) la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; (e) el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales’* (cfr. ‘Derecho y razón. Teoría del garantismo penal’, edit. Trotta, 3ª edición, Madrid 1.998, pág. 749; aunque debo aclarar que las letras consignadas entre paréntesis no son originales)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...Por mi parte, desde hace algún tiempo he opuesto variadas objeciones a la compatibilidad del mal llamado ‘juicio abreviado’, respecto de la garantía constitucional del debido proceso adjetivo (CN, 18, 28, 33 y 75, inc. 22º), máxime cuando el instituto aparece reglado en el contexto de un código procesal que proclamó *‘la adopción franca del sistema acusatorio, en sintonía con la línea político institucional democrática que marcan las recientes reformas procesales penales de países de notoria influencia en nuestra cultura jurídica, tales Italia, España, Portugal y Francia’* (de la nota de elevación del Proyecto del CPP, por parte de la Comisión de Reforma al entonces Ministro de Gobierno y Justicia de la Pcia. de Bs. As.)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...No escatimé críticas al sistema analizado en varios precedentes de este Tribunal. Así tuve ocasión de sostener que: *‘Excepcionando la regla de oro de cualquier sistema acusatorio, por la cual los judicantes (da lo mismo que sean legos, letrados, o escabinos, singulares o colegiados) deben decidir, ‘sólo’, en función de las pruebas válidamente adquiridas a lo largo del debate de confrontación, la modalidad rápida y acotada instituida por la reforma procesal provincial permite a los jueces - previo acuerdo de partes afectadas- dictar sentencia, ‘sólo’, sobre el mérito de los actos investigativos realizados en la fase preparatoria bajo la dirección del titular exclusivo de la acción penal pública, es decir, con absoluta prescindencia del juicio oral y, consigo, de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e identidad física del juzgador que la ley n° 11.922 ha venido a instaurar con carácter general. Esto demuestra, una vez más, que la necesidad (naci-*

da de la manifiesta imposibilidad estatal de proveer a cientos de miles de justiciables bonaerenses de un proceso penal con todas las garantías) suele tener no sólo la apariencia externa, sino también el coste de la herejía' (causa n° 223, "Montoya, Edgardo Gabriel s/ tent. robo calificado", del 28/02/00)... 'El actual modelo de transacción intra-procesal (o de justicia penal consensuada), donde el imputado -con su abogado defensor- y el Ministerio Fiscal arriban a un acuerdo acerca de la calificación típica de los injustos criminales, y de la aplicación de una pena a su respecto, que se conoce como 'juicio abreviado' (aunque de 'juicio' nada, toda vez que consiste, precisamente, en la supresión lisa y llana del debate de confrontación), impone al juzgador que lo haya declarado admisible el deber de sentenciar sólo conforme al contenido probatorio (¿?) de las actuaciones de la fase investigativa (verdadera afrenta al debido proceso a ser enjuiciado con todas las garantías constitucionales, y al sistema acusatorio introducido por la ley 11.922, apenas digerible por el valor supremo que se le atribuye al consentimiento ilustrado del justiciable)' (causa n° 199, "Flores, Ariel Ramón s/ violaciones reiteradas", del 06/3/00; ídem en causa n° 285, "Pugliesi, Carlos Adrián s/ robo automotor y otros", del 31/03/00)... 'En esta modalidad de 'juicio escrito', que nada tiene que ver con la 'oralidad plena' a la que se refiere la nota de elevación del proyecto del Código Procesal Penal (luego sancionado como ley n° 11.922), caracterizada -esta última- como 'el método que mejor se compadece con la máxima aproximación a la verdad procesal, determinada por la inmediatez del juzgador' (cfr. mensaje de la comisión redactora al entonces Ministro de Gobierno y Justicia de la Pcia. de Bs. As., Dr. Rubén Citara); decía, entonces, que en esta variante -si no antigarantista, al menos poco compatible con el debido proceso adjetivo y con el modelo acusatorio- del juicio escrito tradicional que hoy se denominada 'juicio abreviado', donde más que una 'abreviación' se produce la lisa y llana 'supresión' del debate oral, público y contradictorio, para privilegiar la voluntad negocial de los sujetos procesales, y donde, en rigor de verdad, importa el acta más que el acto, el documento más que lo documentado, y el registro más que lo registrado, que es la alternativa que de consuno han elegido las partes intervinientes para que el Tribunal resuelva el asunto de autos, (sólo) con el contenido 'probatorio' de las piezas de la fase preparatoria, a cargo del Ministerio Público Fiscal (CPP, 399), es posible afirmar...' (causa n° 473, "Marín, Javier Ezequiel s/ tentativa de robo", del 29/08/00)... (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, "Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo", [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

"...Sin embargo, al propio tiempo que expuse esos reparos a su validez constitucional, añadí que la abreviación del trámite era 'apenas digerible por el valor supremo que se le atribuye al consentimiento ilustrado del justiciable' (por todas, causa n° 199, 'Flores, Ariel Ramón s/ violaciones reiteradas', del 06/3/00)...Es también la opinión de Alejandro D. Carrió quien considera que 'tal como ocurre en otras áreas, es posible concebir a la garantía que consagra que no hay pena sin juicio como algo renunciabile por el imputado, en la medida en que lo haga conscientemente y con total conocimiento de sus consecuencias. La presencia del abogado defensor aconsejándolo y explicándole la magnitud del derecho al que renuncia, se vuelve aquí indispensable' (cfr. 'Garantías constitucionales en el proceso penal', edit. Depalma, 4ª edición, Bs. As., marzo 2.000, pág. 97)...No advierto razones para apartarme de la directriz trazada en los antecedentes transcritos, ni me convence la prédica del primer sufragante donde junto a la crítica a los 'vientos garantistas', creo entrever una nostálgica evocación del Código de Jofré; acaso sin advertir que, precisamente, fue en ese ordenamiento procesal en el que se introdujo en la Provincia de Buenos Aires, para los delitos correccionales (o sea, para aquellos que conminan penas no superiores a la de tres años de prisión), un mecanismo semejante al que hoy fustiga quien me precede. Analícese, si no, la redacción de los arts. 432 y 433 del CPP/1.915 (ley 3.589, modificados por ley 10.358, y renumerados como arts. 420 y 421 por el decreto 1.174), en los que el maestro Tomás Jofré adoptó el sistema del art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, norma todavía vigente a pesar de haber sido promulgada

por Real Decreto del 14 de setiembre de 1.882 (cfr. 'Código de Procedimiento de la Provincia de Bs. As.', edit. Depalma, Bs. As. 1.966, pág. 319)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...Tampoco estoy en condiciones de asegurar, como pareciera poder hacerlo quien me antecede, que el acusado que se presenta -en la compañía de su asistente jurídico- a *'pactar la abreviación procesal'* con el representante del Ministerio Público, y, luego, a ratificar su interés a favor del trámite bilateralmente concertado (es decir, cuando el Tribunal le avisa al causante, de modo expreso y sistemático, que está renunciando al derecho a ser juzgado conforme las reglas del procedimiento común), lo hace con la *'voluntad viciada'*, o bajo *'coacción subliminal'*, de tal entidad que ni siquiera la haya percibido la defensa técnica del reo...En resumen, es sólo el consentimiento debidamente informado del causante el que me decide en pro de la constitucionalidad del *'juicio abreviado'*, y es por ese motivo que disiento con la solución que se pretende arbitrar en el voto que antecede (CN, 5, 18, 28 y 121).” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 07/12/00, R. 228/00).

“...La Corte Suprema de la Nación ha sosteniendo reiteradamente que la *'declaración de inconstitucional de una disposición es un acto de suma gravedad institucional que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia'*, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, si ello es posible sin violencia de los textos (en M 421 XXIII 5-11-91 en 'E.D.' 3-7-92 'Síntesis Jurisprudencial' n° 1499, L 268 XXII, del 19-9-89, 'Leiva c/ P. E. Pcia. Catamarca', en 'Síntesis Jurisprudencia' 19-3-90 n° 1885, P. 199 XXIII 14.591, en 'E.D.', del 21-2-92, n° 381/2)...Y en igual sentido el Superior Tribunal de la Nación ha dicho que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse *'cuando no queda otra vía para optar'*, debiendo siempre decidirse, entre las distintas posibles interpretaciones, por la que la preserva y no la que la destruye ('L.L.', 105-161 e/o)...En sentido semejante se ha pronunciado, también el Superior Tribunal Provincial, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la *'última ratio'* del orden jurídico (SCBA., L. 45.654 del 28-5-91, P. 38.504 del 1-7-89, y L. 1302 del 5-11-89)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], 07/12/00, R. 228/00).

“...Considero oportuno, asimismo, recordar, tal lo he manifestado en votos anteriores, que según la C.S.J.N. la *'misión de los jueces es resolver con una sana reflexión las cuestiones'*, teniendo en cuenta que no es resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en el uso de facultades constitucionales propias, no correspondiéndole juzgar la oportunidad, ni el mérito o la conveniencia de las decisiones, menoscabando sus facultades (ver de este Tribunal, causa n° 203, 'Ledesma, Frede Tadeo s/ tenencia de arma y munición de guerra', 27-12-00, R. 99/99, siguiendo la doctrina de la CSN en causa V 70 XXXII 'Villegas, Angel', del 5-3-97 en 'Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal', edit. Ad Hoc, año IV n° 8, Bs. As. 1998 pág. 430; en P. 233 XXIII, 17-3-92 en 'Partido Obrero s/ art. 50 inc. C' en 'Síntesis Jurisprudencia' en 'E.D.', 30-12-92, n° 147; en causa 'Gabetta c. Estado Nacional' en 'E.D.', 21-7-89, 'Síntesis Jurisprudencial' n° 142 y 143; e/o)...La Cámara Nacional de Casación Penal, por su parte, también ha dicho que no es posible revisar judicialmente postulados de política criminal propios de otras esferas de los poderes del Estado, so pena de arrogarse ilegítimamente facultades legislativas (Sala III, el 5-5-95, en S.S.J.G., 'E.D.' 17-8-95), y el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As., recientemente, ha sostenido que el control constitucional no incluye el examen de la conveniencia del legislador (causa n° 30, del 23-9-99)...” (Del voto de la Dra. Arrola

de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], 07/12/00, R. 228/00).

“...Deseo agregar, por último, que desde la puesta en funcionamiento de este Tribunal en lo Criminal n° 1, con igual integración que en el presente caso, ha dictado más de doscientos setenta sentencias declarando admisible la vía abreviada, sin haberse decidido, ni de oficio, ni a pedido de parte, la inconstitucionalidad de la regulación procesal de este medio alternativo de solución de conflictos, a través del cual cada uno de los encausados ha ido optando por el denominado *‘juicio abreviado’*, previo asesoramiento de su respectivo asistente técnico, o sea, que han ido acordando, con *‘consentimiento informado’*; labor en la que contribuyéramos, también, concreta y expresamente los integrantes de este organismo, en la oportunidad de la audiencia *‘de visu’*, y todo conforme a derecho...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 509, “Odo, Maximiliano Javier s/ tentativa de robo”, [J.A.], 07/12/00, R. 228/00).

Modificación de la calificación (JA, C. 210; JA, C. 283)

“...Bien lo ha venido sosteniendo este Tribunal, siguiendo las enseñanzas de Francisco J. D’ Alhora, que el rechazo del juicio abreviado *‘...debe atender a dos circunstancias: la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos -a nuestro modo de ver debe entenderse su materialidad y la atribución a quien se estime responsable- y la razonabilidad de la calificación’* (causa n° 143, ‘Hernández, Héctor Daniel s/ lesiones leves, etc.’ 30/11/99, R. 88/99, voto del Dr. Favarotto). Con relación a dos de los tres hechos objeto del acuerdo de juicio abreviado, entonces, no resultan razonables las calificaciones consensuadas por los interesados, y, en ambos casos, las conductas encuadran en figura típicas más gravosas para el procesado, lo que habla a las claras de la necesidad de que se determinen mediante el juicio pleno...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 210, “Montenegro, Ramón Abel s/ tentativa de hurto agravado, lesiones leves y amenaza”, [J.A.], del 02/03/00, R. 025/00).

“...Con la modificación introducida en la *‘opinio iuris’* no se alteran, según creo, los sólidos pilares que sostienen el acuerdo en favor del juicio abreviado, en tanto éstos -con un criterio realista- pasan mucho más por la vía procedimental elegida y, sobre todo, por la pena seleccionada y mutuamente consentida por los interesados, que por la fina sintonía de los tecnicismos jurídicos, propios de los especialistas y operadores del sistema penal...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 283, “Cordero, Jorge Francisco s/ robo calificado (dos hechos) y tentativa de hurto”, [J.A.], del 02/06/00, R. 075/00).

Ratificación (JA, C. 278)

“...Es cierto que el acuerdo logrado entre las partes en el marco de lo previsto en los arts. 396 y 398 del CPP, requiere de un pronunciamiento de admisibilidad, o rechazo, por parte de un órgano jurisdiccional, pero esa decisión del Tribunal, en modo alguno, puede estar supeditada a actitudes ulteriores de los propios interesados, sino que ese control se limitará a acreditar la existencia de requisitos de carácter formal que posibiliten la vía abreviada, nada más. Puede suceder que la formulación de un acuerdo de partes no nos resulte del todo justo, según nuestro particular punto de vista, pero ello no alcanza para declarar la inadmisibilidad del consenso. Fijémonos, por ejemplo, en el supuesto que la pena nos resulte leve comparada con la falta cometida y demás circunstancias personales del causante. Tengo que considerar que en ese caso se pacta una sanción *‘adecuada’*, lo cual no significa que sea *‘justa’* (es decir, con el mismo criterio de justicia que vengo empleando en otras situaciones), pero no por ello resultará inadmisibile la vía alternativa consensuada porque, reitero, formalmente reúne los recaudos exigidos por la ley y deberá en su consecuencia, ser

homologada...” (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Favarotto y Arrola de Galandrini, causa n° 278, “Diagne, Soraya y otros s/ robo en grado de tentativa y robo [J.A.], del 15/05/00, R. 060/00).

“...Ese es el sistema que actualmente nos rige, nos guste o no. Para finalizar, tratando de dejar aclarado en forma definitiva este tipo de cuestiones y siendo coherente con todo lo hasta ahora dicho, considero que aquél acuerdo al cual arribara la representante del Ministerio Público Fiscal, no requiere, procesalmente hablando, de una ‘ratificación’ ante el Tribunal de Juicio, sino que, pura y simplemente, el objetivo de la audiencia que fija el cuerpo colegiado lo es a los fines del art. 41, n° 2, ‘*in fine*’ del CP, o sea, el conocimiento ‘*de visu*’, cumplimentando de esa forma el principio de inmediación, exigido también, entre otras cosas, por este sistema que actualmente nos rige. En síntesis, entonces considero que los argumentos hasta aquí expuestos, resultan suficientes como para estimar admisible también la vía alternativa del juicio abreviado respecto del coencausado aludido...” (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Favarotto y Arrola de Galandrini, causa n° 278, “Diagne, Soraya y otros s/ robo en grado de tentativa y robo [J.A.], del 15/05/00, R. 060/00).

LEGITIMA DEFENSA

Exceso (JA, C. 360; JO, C. 172)

“...En la especie, debe ser materia de reprobación penal la necesidad razonable de la acción tendiente a impedir o repeler la agresión padecida, y de allí que sea factible endilgar al acusado un exceso en la causa de justificación (CP, 35), tal como lo acordaran las partes intervinientes...En la opinión de Carlos Santiago Nino ‘*el exceso en las justificantes no es, como cree la mayoría de los autores, una causa de atenuación de la culpabilidad del agente, sino una causa de atenuación de la antijuridicidad del acto: si bien el derecho busca prevenir una acción defensiva ineficiente o desproporcionada, no lo hace con la misma intensidad que cuando se trata de una acción que genera el mismo daño pero sin impedir ningún resultado jurídicamente disvalioso... concebir el exceso como una situación de atenuación de la antijuridicidad implica caracterizar a esa situación en términos puramente objetivos, con total independencia de los motivos y creencias del agente*’ (cfr. ‘La legítima defensa’, Ed. Astrea. Bs. As. 1.982, pág. 187)...En suma, el injusto de autos constituye, a mi entender, un homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa (CP, 35, en función de los arts. 34, inc. 6°, 79 y 84)...’ (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 360, “Caballero, Edgardo Rubén s/ homicidio, [J.A.], del 3/06/00, R.105/00).

“...Es una verdad de perogrullo que para que exista la tipificación sustentada, es necesario que el agente actúe en cumplimiento de la ley, en ejercicio de su autoridad o en legítima defensa, y que al excederse en su actuación, no lo guíe otro propósito que el de cumplir la ley, ejercitar su autoridad o defenderse, y no el de cometer un delito...Dicho en otras palabras, puedo simplificar la idea diciendo que para juzgar el exceso, debe concurrir -en el caso- un estado inicial de legítima defensa (CP, 34, inc. 6°)...La norma en cuestión contiene en tres acápite, los requisitos que la hacen viable, de los cuales entiendo que cubre su conducta solamente el referido a la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende... No hubo una agresión ilegítima -letra “a”, del art. 34, inc. 6° del CP- de parte de la víctima, ni así tampoco considero que esté a cubierto la exigencia de la racionalidad del medio empleado...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio”, [J.O.], del 5/09/00, R.151/00).

“...Tampoco, estimo que la conducta pueda subsumirse, en el exceso en la legítima defensa (CP, 35), por no concurrir en el caso los requisitos mentados por los

tres incisos del art. 34, apart. 6 del Código Penal, elementos típicos indispensables, para estar frente a la defensa imperfecta por exceso, ya sea de necesidad o proporcionalidad, intensivo o extensivo (SCBA., P. 32.881 del 15/5/84, P. 43.071 'López' 1/12/91, P. 48. 354 'Gutiérrez', 29/11/91, P. 33.280 del 5/5/92, e/o; Soler, Sebastián 'Derecho Penal Argentino', tomo I, págs. 371 y sgtes; Frank, Jorge 'Legítima defensa con armas de fuego...', ed. Ad Hoc, Bs. As. 1992, págs. 29 y sgtes.; Nino, Carlos 'La Legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico', ed. Astrea, Bs. As. 1982, págs. 163/6; Díaz Palos, Fernando 'La legítima defensa', ed. Bosch, Barcelona 1971, págs. 79 y 83/4)...En este juicio, a mi entender, no ha quedado acreditada la existencia de la necesaria situación razonablemente peligrosa de una conducta antijurídica, actual o futura, anunciadora de un daño (agresión ilegítima), que hubiere posibilitado una reacción defensiva para impedir la o repelerla, conforme a los arts. 34, inc. 6° y 35 del Código Penal..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 172, "Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio", [J.O.], del 5/09/00, R.151/00).

"...Cualquiera sea la naturaleza y caracterización jurídica del exceso, doy por sentado que éste requiere, a título de *'conditio sine qua non'*, de una causal justificante -en la especie, la prevista en el art. 34 inc. 6° del CP- sobre la cual se excede el autor, intensiva o extensivamente...Así lo explica Zaffaroni cuando escribió que *'en nuestro texto, para que la conducta merezca una consideración de injusto menor, conforme al art. 35, es necesario que la misma se inicie justificadamente; ello se debe a que nadie puede 'exceder el límite' de un ámbito dentro del que nunca ha estado'* (cfr. 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 1987, vol. III, pág. 642), y, parafraseándolo, cuando en una defensa falta desde el comienzo la agresión ilegítima (actual o inminente), *'no puede haber exceso en la legítima defensa, porque no puede excederse de la legítima defensa quien no ha actuado nunca en legítima defensa'* (ídem)...Todavía más; agrega el autor que esa conclusión *'no significa excluir totalmente del ámbito del art. 35 el llamado exceso 'intensivo', sino sólo cuando el mismo se opera ab initio. Habrá una disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada continúa fuera del permiso, como cuando sigue la conducta que comenzó siendo defensiva, continuándose cuando ya ha cesado la agresión o su amenaza (exceso extensivo)'* (op. cit., págs. 642/3)... (Del voto del Dr. Favarotto causa n° 172, "Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio", [J.O.], del 5/09/00, R.151/00).

"...En ese marco conceptual, dentro del cual si no hay justificante, mal puede hablarse de exceso, ya que aquélla opera como un presupuesto necesario de éste, entiendo llegado el momento de retornar a la plataforma fáctica que ya fuera analizada, para argumentar con base en los sólidos y contundentes testimonios recibidos en el debate, que el obrar homicida del victimario no estuvo precedido de una agresión ilegítima y actual o inminente de la víctima, quien por su avanzado estado de alcoholización, y conforme lo relataran los testigos del hecho, apenas podía sostenerse en pie, estando desarmado y desprovisto de cualquier otro elemento que pudiese parecer un arma, sin serlo...Emilio C. Díaz, citado por la defensa, al referirse al primero de los ingredientes normativos que habilitarían la legítima defensa, expuso que *'debe tratarse de un ataque formal, que revista cierta gravedad, suficiente para hacer suponer con fundamento a la víctima, que su persona o derechos están seriamente en peligro. El ataque debe ser actual. No se concibe reacción defensiva cuando aquel hubiere cesado. Un sentimiento de venganza y no de seguridad, informaría esta acción que no puede ampararse por el derecho sin desnaturalizar la institución de la defensa legítima'* (cfr. 'El Código Penal para la República Argentina', edit. 'La Facultad', Bs. As. 1.942, pág. 97)...Y con elocuencia difícil de equiparar, José Peco, otro de los autores aludidos en el excelente alegato del defensor, al referirse sobre el *'thema decidendum'*, en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Código Penal de 1.941, sostuvo que *'la legitimidad de la defensa es oriunda del peligro actual, no del pasado que legitimaría la venganza, ni del futuro que salvaguardaría el miedo'* (editado por los Institutos de Altos Estudios Jurídicos y de Criminología de la Universidad Nacional de La Plata, La

Plata 1.942, pág. 115)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio”, [J.O.], del 5/09/00, R.151/00).

MINISTERIO PUBLICO

Ausencia de legitimación (JO, C. 118; I, C. 477)

“...Recién iniciado el debate la defensora dejó planteada, como cuestión preliminar, el sobreseimiento del causante al ser aplicable, a su entender, lo establecido en el art. 34, inc. 1° del CP, en conjunción con los arts. 341, 356 y 368 “in fine” del CPP; es decir, insistió una vez más con su petición de que se sobresea a su asistido, al considerar que el titular de la acción penal pública, en la etapa intermedia, al adherir a esa solicitud inimputabilizadora desistió del ejercicio de la misma. El nuevo representante Fiscal sostuvo que el pedido de sobreseimiento ya fue resuelto por este Tribunal de Juicio en pronunciamiento firme, por lo que postuló el rechazo de la objeción defensiva, agregando, luego, que siempre se mantuvo vigente la pretensión del Ministerio Público, al extremo que en el mismo escrito en que se consintió el sobreseimiento del imputado, el entonces Fiscal de la causa advirtió acerca de la necesidad de implementar una severa medida de seguridad para el enjuiciado...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. n° 42/00).

“...En respuesta a la cuestión planteada por la defensa debo recordarle que el codificador separó perfectamente tres momentos o fases del proceso, oportunidades en las que podrían tener cabida situaciones semejantes, pero de ninguna manera iguales, a las que dieran lugar a su reclamo preliminar, aunque no siempre con las mismas consecuencias jurídicas. Así: a.) En primer lugar, durante la etapa instructoria se ha reglado en el Título IV (Sobreseimiento) del Libro II (Investigación Penal Preparatoria), que las partes *‘en cualquier estado de la Investigación Penal Preparatoria, podrán solicitar al Juez de Garantías que dicte el sobreseimiento...’* (CPP, 321), y *‘si el Juez no estuviere de acuerdo con la petición de sobreseimiento formulada por el Fiscal, se elevarán las actuaciones al Fiscal de la Cámara de Garantías...’* (CPP, 326, 1ª parte), fijándose en el segundo párrafo de esa norma un procedimiento semejante al del derogado Código Jofré cuando trataba en el art. 216 (ley 3.589) acerca del sobreseimiento por acuerdo de fiscales. b.) Luego, muy distinta es la situación que se plantea en la etapa intermedia, donde sólo es admisible el sobreseimiento *‘si en cualquier estado del proceso, con posterioridad a la oportunidad dispuesta en el art. 338, por nuevas pruebas, resultare evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad..., para cuya comprobación no sea necesario el debate, el Tribunal podrá dictar el sobreseimiento’* (CPP, 341). Al decir *‘podrá’* (341), el legislador ha querido marcar una distancia clara con la hipótesis anterior, donde a causa del acuerdo de los Fiscales durante la IPP, *‘el Juez resolverá en tal sentido’* (CPP, 326, 2ª parte). c.) Por último, exclusivamente para el juicio oral y público se ha previsto la posibilidad de que *‘si en cualquier estado del debate el Ministerio Público Fiscal desistiese de la acusación, el Juez o Tribunal, absolverá al acusado’* (CPP, 368, ‘in fine’)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. n° 42/00).

“...Como he resumido *‘supra’* no es posible mezclar o confundir tres situaciones bien distintas, que se refieren a otras tantas etapas del nuevo proceso penal, claramente delimitadas por el legislador, y donde resulta evidente que en ellas las condiciones y las consecuencias de la actitud asumida por el Ministerio Público no pueden ser equiparadas; a menos que se plantee la inconstitucionalidad de alguna de tales previsiones adjetivas, cuestión que la defensa no ha formulado. Pero, además de que la opinión del otrora Fiscal sobre la procedencia del pedido de sobreseimiento en la etapa intermedia, no era vinculante para este Tribunal en lo Criminal (en razón del *‘podrá’* del citado art. 341 del CPP, y de su notoria diferencia tanto con las analizadas previsiones de los arts. 321 y 326, sólo aplicables para la IPP, como con las del 368 ‘in

fine', sólo utilizables en el desarrollo del debate), quiero apuntar otro grave error de la peticionante al creer que aquella manifestación de voluntad del Fiscal implica, sin más, la imposibilidad de realizar el juicio pleno por imperio del principio acusatorio '*ne procedat iudex sine actione*', en virtud del cual se establece una tajante separación entre la jurisdicción y la acusación..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. n° 42/00).

"...También tengo que recordarle a la defensa que -a raíz de esa regla- el juicio sólo se abre mediando requerimiento de elevación (CPP, 334/5), y que, precisamente, por los invocados principios de unidad e indivisibilidad del Ministerio Público (art. 2, ley 12.061), el Fiscal de Juicio no está legalmente facultado, en la etapa intermedia -ni siquiera cuando '*por nuevas pruebas resultare evidente que el imputado...*', según la redacción del art. 341 del CPP-, para desistir del ejercicio de la acción penal pública ya entablada por su predecesor procesal, lo que sólo podrá hacer, válidamente, recién después de iniciado el debate oral y público (CPP, 368, 'in fine'). Interpretar el contenido del último párrafo del art. 368 del CPP, en nombre '*de los principios legales jerárquicamente superiores que se encuentran en juego*' (sic), con el alcance que le ha pretendido dar la defensa, no es una tarea hermenéutica (propia de la judicatura), sino, lisa y llanamente, un acto legislativo, tendiente a darle una extensión que esa clara y precisa norma jurídico-procesal no tiene; o sea, una especie de '*interpretación modificatoria o derogatoria*' de preceptos legales, vigentes, que le está institucionalmente vedado hacer al Poder Judicial..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. n° 42/00).

"...Finalizo diciendo que los principios esenciales del sistema acusatorio han quedado a salvo de los repetidos cuestionamientos y reclamos de la defensora, no sólo porque ha sido un representante del Ministerio Público quien ha solicitado la realización del juicio (CPP, 334/5), o porque durante todo el desarrollo del mismo otro funcionario de dicha repartición pública ha expresado el interés estatal en ejercitar la acción penal, llegando a formular una concreta petición de condena (CPP, 368, 1° párr.), sino también porque quien actuara en la fase intermedia, admitiendo el sobreseimiento pedido por la defensa, carece de la autorización legal para desistir de la demanda penal ya presentada, o para obligar al Tribunal en lo Criminal a expedirse en el mismo sentido (CPP, 202/3, 326, 341 y 368, 'in fine', todos a contrario)..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. n° 42/00).

"...Que en referencia a las cuestiones relativas a las excepciones, no se advierte falta de legitimación para actuar por parte del actual representante del Ministerio Público Fiscal (CPP, 338, 3°), toda vez que, como él lo expresara con acierto, '*la parte acusadora al estar presente en este acto está sosteniendo la acción penal pública*'... El requerimiento punitivo efectuado por el Fiscal de Instrucción conserva su plena validez (CPP, 334/5), y en nada lo afecta lo sostenido por el Fiscal de Juicio al adherir al sobreseimiento pedido por la defensa, toda vez que en el '*sub iudice*' rige la máxima francesa '*le Ministère Public est un et indivisible*', receptada por la Ley Orgánica del Ministerio Público (n° 12.061, arts. 2 párrafo final, 16 incs. 3° y 4°, 48 incs. 1° y 2°, 50 y ccdtes.), por la Suprema Corte de Buenos Aires (P. 33.391, del 31/8/84), y por este Tribunal (causa n° 24, 'Salazar, Carlos Alberto s/ robo calificado en grado de tentativa y tenencia ilegal de arma y municiones de guerra', del 25/02/99, R. 1/99)...Es más; tal criterio ha sido reiterado y ampliado por este organismo en la causa n° 118 caratulada 'Carrere, Juan Carlos s/ robo', del 7/4/00, R. 42/00..." (Por unanimidad, causa n° 477, "Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público", [I.], del 6/12/00, R. 298/00 int.).

NULIDADES

Actas de la IPP (I, C. 281)

“...Que, en lo que atañe al planteo nulificante del defensor de confianza del procesado, el mismo debe rechazarse toda vez que, cabe advertir que las contradicciones y/o falsedades apuntadas por el aludido profesional entre el acta inicial y otras actuaciones recogidas en la investigación penal preparatoria, al igual que la posibilidad de los funcionarios policiales que actuaron en la facción del instrumento de encontrarse incurso en el delito de falsedad ideológica de documento público, deben ser dirimidas en el ámbito del debate pleno, oral, público y contradictorio (CPP, 118, 119 a contrario, 338, 3er. párr., nº 2)...” (Por unanimidad, causa nº 281, “Baiz, Diego Carlos y otro s/ tentativa de robo agravado por su comisión en poblado y en banda y tentativa de robo”, [I.], del 28/4/00, R. 72/00 int.).

Actas de requisa y secuestro con ausencia de testigos (JO, C. 124; I, C. 475; JO, C. 475)

“...Aún cuando la requisa personal del imputado se hizo sin orden judicial, y el secuestro sin la necesaria presencia de testigos, la inclemencia climática a la que hicieron referencia todos los comparecientes en el juicio -bien sea que se haya tratado de un temporal, una tormenta, de una lluvia torrencial o copiosa, tal la diferencia de matices-, es motivo razonablemente entendible para dar crédito a la versión oficial de que les fue imposible, en esas condiciones y en ese lugar, conseguir personas que atestiguaran sobre la autenticidad del procedimiento. Sólo aparecieron ahí, traídos en móviles policiales, los damnificados de ambos hechos y una amiga de una de las víctimas...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 124, “De Ibarguengoitia, Mauro Rodolfo y Gómez, Walter Adrián s/ robo agravado y robo agravado en grado de tentativa”, [J.O.], del 11/02/00, R.10/00)...”

“...Que acerca de la pretendida invalidez del acta de secuestro, la misma debe rechazarse toda vez que la inexistencia de razones de urgencia -alegada por el defensor- no puede derivarse, única y directamente, de la menor o mayor extensión del lapso temporal que habría mediado entre la aprehensión de su pupilo, y el acto cuya legalidad cuestiona, sino que requiere una indagación de detalles fácticos propia de ser efectuada en el ámbito del debate pleno...Por ello, no obstante la provisionalidad que comporta un juicio en este sentido y la eficacia demostrativa que corresponda asignar -en definitiva, luego del contradictorio- al acto aludido, no se advierte en este estadio intermedio del proceso razones que permitan dudar de la conformidad de la actuación cuestionada con las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales que regulan la materia (CN, 18 y 28; CPP, 219, 226, 293, 294 incs. 2, 4, y 5, 338, 3er. párr. nº 2)...” (Por unanimidad, causa nº 475, “García, Guillermo Daniel s/ robo agravado por el uso de arma” [I.], del 18/9/00, R. 201/00).

“...Por lo tanto, existiendo evidencias suficientes de peligro en la demora, la actuación de secuestro del susodicho revólver debe reputarse arreglada a derecho, habida cuenta que para los casos de urgencia, el art. 226, 2º párrafo, ‘*in fine*’ del CPP (ley 11.922), habilita a proceder sin orden judicial a los funcionarios policiales en los casos urgentes, del mismo modo que el art. 222 del ordenamiento adjetivo les permite efectuar allanamientos domiciliarios, sin previo mandato jurisdiccional...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 475, “García, Guillermo Daniel s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 6/11/00, R.199/00).

Ampliación de la declaración del imputado (I, C. 425)

“...Liminarmente debe precisarse, con carácter general, que en el proceso penal bonaerense, siempre y cuando medien las condiciones formales exigibles para hacerlo -en dos planos: tanto respecto de la existencia material del delito, cuanto del estado de sospecha que permita relacionar a una persona con la comisión del mismo-, el Fiscal Instructor *‘procederá a recibirle declaración’* al imputado, *‘previa notificación al defensor bajo sanción de nulidad’* (CPP, 308, 1er. párr.). Una vez cumplido ese acto procesal, ya sea que haya efectuado su descargo u optado por el derecho a guardar silencio, el reo, según su voluntad, puede volver a comparecer ante el representante del Ministerio Público *‘cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente’*, o bien *‘el Agente Fiscal podrá disponer que la misma se amplíe, siempre que lo considere necesario’*. En cualquiera de estas dos hipótesis, expresamente autorizadas en el art. 317 del rito, el previo aviso al defensor técnico sigue siendo requisito indispensable para la validez de la diligencia, igual que en la recepción del relato originario, puesto que de no ser así tan importante recaudo -derivación operativa de garantías fundamentales: CN, 18 y 75, inc. 22º: CADH, art. 8, nº 2, letra ‘d’ y PIDECyP, art. 14, nº 2, letra ‘b’-, quedaría convertido en letra muerta si el funcionario que tiene a su cargo la investigación penal preparatoria pudiere oír al causante y plasmar sus expresiones mediante registros escritos, con prescindencia e incluso a espaldas de su asistente profesional...En la especie, el causante fue reglamentariamente citado a prestar declaración por el Fiscal Instructor (CPP, 308), pero en la ampliación de ese relato, dispuesta por el Agente Fiscal (CPP, 317, 2ª parte), se omitió la notificación anticipada a la defensa de aquél, situación que a todas luces infringe lo preceptuado, bajo pena de nulidad, en el párrafo inicial del citado art. 308, a la vez que constituye uno de los supuestos de las nulidades de orden general enunciadas en el art. 202, inc. 3º del CPP...Por lo tanto, el acta cuestionada donde se instrumenta la deposición ampliatoria del procesado, sin el conocimiento previo su abogado defensor, está viciada de nulidad y así deberá declarársela, tal como lo peticionaran con solidez argumental los defensores particulares, durante la audiencia preliminar (CPP, 202, inc. 3º, 308, 1er. párr. y 338, 3er. párr., nº 2)...” (Por unanimidad, causa nº 425, -acum. nº 307-, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado por el uso de arma, etc.”, [I.], del 19/9/00, R. 200/00 int.)

Declaración testimonial (I, C. 477)

“...Que con relación al planteo de nulidad de la declaración testimonial prestada por la hermana del enjuiciado, el mismo no tiene asidero legal, ya que no se advierte en el caso violación a derechos y garantías constitucionales, pues la nombrada en ningún momento de la investigación fue sindicada como imputada (CPP, 60)...Esta impugnación defensiva no puede prosperar (CN, 18; CPP, 202, 3º, ambos *“a contrario sensu”*)...” (Por unanimidad, causa nº 477, “Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público”, [I.], del 6/12/00, R. 298/00 int.)

Efectos de la nulidad sobre actos procesales ulteriores (I, C. 425)

“...La defensora postuló, además, que se invaliden todos los actos procesales producidos como consecuencia necesaria del irregular comparendo de uno de los causantes ante el Fiscal Instructor, estimando que, en el caso, de no haber sido por ese señalamiento del coimputado, su comitente no habría sufrido las vicisitudes procedimentales que lo llevaron desde la aprehensión al umbral del juicio...Sin embargo, obsérvese que ya en una declaración testifical anterior, se lo mencionó al reo como uno de los intervinientes en el ilícito que luego se le atribuyera. Ese testimonio, así como el descargo material efectuado por uno de los coprocesados, cuya validez formal no ha sido objetada, fueron invocados como elementos incriminantes no sólo por el Agente Fiscal Instructor originario, para peticionar su detención (CPP, 151), y su prisión preventiva (CPP, 157/8), sino también por el Juez de Garantías para ordenar la detención del aludido (CPP, 151), y el posterior encarcelamiento provisional (CPP,

157/8), decreto éste que fue confirmado por la Sala I de la Cámara de Garantías; también se los citó, con idéntico carácter, en el requerimiento de elevación a juicio (CPP, 334/5), y al resolverse acerca de la oposición de la defensa (CPP, 337). Entonces, al margen de la nulidad del acta judicial, existen otros elementos acreditativos autónomos y exentos de anomalías formales, que han sido invocados como fundamento de las distintas proposiciones y proveídos impugnados por la defensa, que en principio -y hasta tanto se sustancie la prueba de la audiencia oral- conservan su validez, y permiten disociar aquel relato nulo de las demás actuaciones procesales consecutivas, sobre cuya invalidación la defensora cimentó el pedido de sobreseimiento de su asistido, el que deberá ser desestimado por improcedente (CPP, 207, 1º párr. ‘a contrario sensu’)...” (Por unanimidad, causa nº 425, -acum. nº 307-, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado por el uso de arma, etc.”, [I.], del 19/9/00, R. 200/00 int.).

Testimonio de la víctima y exhibición de fotos (I, C. 425)

“...En lo relativo a la pretendida invalidez de las denuncias y testimonios de las víctimas, y la de todas aquellas actuaciones obradas en consecuencia, no obstante la provisionalidad que comporta un juicio en este sentido y la eficacia demostrativa que corresponderá atribuir -en definitiva, luego del debate contradictorio- a esas diligencias de la fase instructoria, no advertimos en este estadio intermedio del proceso razones suficientes para acceder al cuestionamiento formal articulado por el defensor, desde que, a nuestro entender, es de la esencia de toda pesquisa realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de hechos delictivos, siempre a condición de valerse de medios lícitos...La exhibición de fotografías de posibles sospechosos, o del denominado ‘álbum de malvivientes’, por ejemplo, no constituye un acto ilegal, salvo que se pruebe su ocultamiento malicioso, o la inducción/coacción a señalar a determinados sujetos. Desprovista de estas notas corrosivas, como a primera vista permitiría presumirlo la propia literalidad de los actos documentados, la sola exposición de las fotos a los ojos de los testigos, con el fin de orientar con éxito las investigaciones criminales, podrá disminuir o cancelar -depende el caso- el valor demostrativo de ulteriores reconocimientos de personas, mas carece de aptitud para declarar la nulidad de esas diligencias procesales...” (Por unanimidad, causa nº 425, -acum. nº 307-, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado por el uso de arma, etc.”, [I.], del 19/9/00, R. 200/00 int.).

“...Sobre el particular, resulta orientador el criterio adoptado por la Sala I del Tribunal de Casación Penal, en tanto sostuvo que *‘muchas veces será necesario, para guiar la investigación, realizar extensos reconocimientos de álbumes fotográficos o en cuadernos de ‘modus operandi’ y asimismo -como ocurre en los EE.UU. y Canadá-, en bases de datos electrónicas donde conste digitalizada la fotografía de personas que hayan cometido delitos con características similares’* (TCP, Sala I, causa nº 232, ‘González, Marcelo Fabián’, del 09/11/99)...Por otra parte, el procedimiento de identificación por fotos utilizado, no implica, necesariamente, una lesión a los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana y a la igualdad jurídica, ni un acto de carácter discriminatorio en los términos del art. 1º de la ley 23.592, por lo cual consideramos que la nulidad impetrada por la defensa, al menos de momento, carece de sustentación, lo que conlleva su rechazo y el del sobreseimiento que dejara peticionado su asistente técnico de confianza (CN, 1, 16, 18, 33 y 75, inc. 22º, todos ellos a contrario imperio)...” (Por unanimidad, causa nº 425, -acum. nº 307-, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado por el uso de arma, etc.”, [I.], del 19/9/00, R. 200/00 int.).

PARTICIPACION CRIMINAL

Diferencia entre autoría y participación (JA, C. 425)

“...El reo, en tanto colaboró en la ejecución de un hecho ajeno, deberá responder a título de partícipe en el segundo de los delitos descriptos y ya tipificados. Para ello, es necesario abandonar, como lo hace la ley penal vigente (nº 11.179), el concepto unitario de autor en los injustos dolosos que no permite diferenciar el papel que cumplen las distintas personas que concurren en la comisión de un delito, tal como ocurre, actualmente, en los ordenamientos austríaco e italiano...En la teoría subjetiva, el deslinde entre autor y partícipe reside en la divergencia del ‘*animus actoris*’ del ‘*animus socii*’, con las serias dificultades que, en el orden probatorio, una distinción tal es capaz de acarrear, a la vez que importa una extensión indebida del concepto de autor que afecta la función de garantía del tipo penal. A su vez, en la tesis objetiva formal, en la que autor es quien -al margen del ‘*animus*’- ejecuta exteriormente las conductas descriptas en los tipos penales, y partícipe es aquel que, sin hacerlo, le presta una cooperación intencional. Por último, en el planteamiento objetivo material, más conocido como dominio del hecho, conforme la formulación de Hans Welzel en 1.933, consolidada en la brillante exposición de Claus Roxin treinta años después, donde autor es la figura central del ilícito, el que mantiene una conducción consciente del fin en dirección al resultado típico, quien controla y tiene en sus manos el curso causal del suceso delictivo (en otras palabras, el que domina el hecho), mientras que partícipe es el que, por exclusión, no decide sobre el ‘*sí*’ y el ‘*cómo*’, sino el que efectúa un aporte doloso a la realización típica...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Alemanno, causa nº 425, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado y resistencia a la autoridad” [J.A.], del 10/11/00, R. 201/00).

“...En cualquiera de tales tesituras, es a todas luces evidente que en la importancia de la complicidad radica el grado de la participación: primaria, cuando es indispensable, y secundaria, cuando es prescindible...En nuestro régimen jurídico, la separación en esos dos niveles no reviste sólo un interés especulativo; se traslada, de modo directo, a otras tantas escalas sancionatorias aplicables en abstracto...En efecto, según la trascendencia, decisiva o no, de la cooperación del partícipe en el caso concreto, deberá serle reprochada su conducta en el marco -siempre accesorio de la participación- que prefiguran los arts. 45 y 46 del CP, respectivamente...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Alemanno, causa nº 425, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado y resistencia a la autoridad” [J.A.], del 10/11/00, R. 201/00).

“...No tengo la menor duda que, en la situación de autos, el causante ofreció a quienes tuvieron el ‘*señorío del hecho*’ un conjunto de informaciones vitales para su eficaz concreción, lo que extraigo tanto de su relato confesorio ante el Fiscal Instructor, cuanto de las reglas de la lógica y la experiencia que inequívocamente me permiten inferir que el aludido, en razón de su empleo con funciones de vigilancia y seguridad en el banco, disponía de datos claves para lograr la perpetración del atraco, que les proporcionó a los autores, aventando así, al menos, algunos de los riesgos propios de tan audaz empresa criminal...La expuesta resulta ser, en mi opinión, la hipótesis más beneficiosa para el nombrado (aunque sin gravitación en la pena imponible), toda vez que, siguiendo al pie de la letra los postulados teóricos de Roxin, otro sería el tratamiento que merecería el accionar del acusado, habida cuenta que su ingreso al banco concomitante con el de los ladrones y las tareas distractivas que efectuó con la encargada del tesoro, y con el custodia de turno dentro de la garita blindada, configurarían supuestos claros del dominio funcional que caracteriza a la coautoría...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Alemanno, causa nº 425, “Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado y resistencia a la autoridad”, [J.A.], del 10/11/00, R. 201/00).

Inexistencia de cooperación (JA, C. 323)

“...Respecto de Javier R. Lagos, no tengo dudas de que era el cuarto ocupante del auto a los que aludieron los testigos, ya que al volante estaba su consorte de causa, y los otros dos fueron a cometer el hecho. Además, es de presumir que sabía con anterioridad que estos últimos se bajaron para perpetrar el asalto a mano armada, en razón de su probada experiencia en este tipo de sucesos delictivos...Empero, a diferencia de Silvestri que cooperó efectivamente con la obra criminal poniendo su automóvil a disposición de los sujetos activos, y haciéndose cargo de la conducción del mismo para salir de la zona de peligro, una vez consumado el ataque a la propiedad ajena, no alcanzo a advertir cómo se materializó la colaboración que pudo haber prestado Lagos, quien se quedó esperando a la vuelta del comercio, dentro del auto, sentado en la butaca delantera derecha...En suma, desplazada la posible coautoría de Lagos, al menos, a juzgar por las declaraciones de los damnificados, su presencia en las proximidades del escenario fáctico -que doy por comprobada- no puede traducirse, sin más, en un acto de complicidad cuando no se conoce, a ciencia cierta, en qué consistió su aporte a la realización ilícita...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa nº 323, “Lagos, Javier Reinaldo y otro s/ robo agravado”, [J.A.], del 30/6/00, R.103).

PENA

Fundamentos, funciones y finalidades (JO, C. 313, C. 203)

“...Se podrá estimar un tanto excesiva la sanción que dejo postulada a los restantes miembros del Tribunal -supera el mínimo legal previsto para el delito de homicidio-, pero aparte de lo dicho en las cuestiones cuarta y quinta del veredicto, entiendo que se trata de dos asaltos a mano armada y tal como sucedieron los hechos en juzgamiento, no puedo dejar de tener presente que, al menos en un caso, la víctima hasta temió por su vida. Así también pienso que día a día, y tal como están sucediendo las cosas en nuestra comunidad, todos los ciudadanos estamos expuestos a este tipo de ilícitos, los cuales, por su forma de perpetrarse, se acercan a las lesiones o al homicidio directamente. Y con esto quiero significar, a mi modo de ver, que representa un mayor peligro el autor de este tipo de delitos que un homicida porque, el autor de este último ilícito casi siempre es accidental, en tanto y en cuanto el asaltante, casi diría que en la mayoría de los casos va dispuesto a matar. Esto es lo que me está indicando la afligente realidad...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 313, “Guaymás, Rolando Julio s/ robo calificado por el uso de arma y resistencia a la autoridad”, [J.O.], del 11/09/00, R. 152).

“...Por último, y conforme lo puedo apreciar en nuestra experiencia diaria, las sanciones impuestas por los Tribunales de Justicia, no se cumplen en su totalidad. Ya sea por la forma en que se encuentra legislada nuestra ley 12.256, por razones de política criminal o, directamente, por el criterio de distintos magistrados...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 313, “Guaymás, Rolando Julio s/ robo calificado por el uso de arma y resistencia a la autoridad”, [J.O.], del 11/09/00, R. 152).

“...Las denominadas ‘sanciones ejemplares o ejemplarizadoras’ inexorablemente conllevan, a mi parecer, ciertos márgenes de inequidad, desde que a la pena por la culpabilidad del acto que le corresponde al autor del injusto se le añade un ‘plus’, cuya función -de neto carácter preventivo general negativo- es la de disuadir a otros (tácitos destinatarios no ya de una norma legislativa, sino del mensaje que ‘por elevación’ se les envía a través de la sentencia judicial, donde el condenado ‘es un medio a ese fin’), para que en lo futuro se abstengan de imitar la conducta delictiva así

penalizada. Pero ese incremento sancionatorio fundado, más que en la superior culpabilidad del reo, en la necesidad social de evitar desbordes en materia de seguridad, deviene a todas luces ilegítimo, al violentar el principio kantiano de que la persona, el individuo en particular, no puede servir de instrumento a fines ajenos, tal como lúcidamente lo expone Ferrajoli en su crítica a estas concepciones (cfr. 'Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal', edit. Trotta, Madrid 1.998, págs. 278/80)... Por otra parte, los atentados a la propiedad no pueden ser parangonados con los ataques a la vida humana, porque el mayor aprecio que la comunidad jurídica y políticamente organizada les brinda a estos últimos, a través del diseño de los bienes tutelados y de las diferenciales escalas punitivas de unos y otros, guarda estricta relación con la jerarquía axiológica que dimana de la Constitución adoptada por la Nación Argentina..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 313, "Guaymás, Rolando Julio s/ robo calificado por el uso de arma y resistencia a la autoridad", [J.O.], del 11/09/00, R. 152).

"...Superadas las tesis positivistas y peligrosistas del derecho penal de autor, la razón de ser de la pena no debe residir sino en la responsabilidad personal por el delito cometido; así como abandonadas las doctrinas absolutas del retribucionismo moral (Kant) o jurídico (Hegel), su graduación cualitativa y cuantitativa -dentro de los parámetros normativos preconfigurados en abstracto por el legislador, al describir en tipos cerrados las conductas lesivas a los bienes jurídicos- debe hacerse tomando en cuenta la mayor o menor culpabilidad del sujeto por el injusto, es decir, *'mirando hacia atrás, hacia el pasado'*, pero con el necesario complemento de criterios utilitarios y preventivos, o sea, *'mirando hacia adelante, hacia el futuro'*..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 419, "Espinoza, Víctor José s/ homicidio [J.O.], del 17/11/00, R. 203/00).

Razonabilidad (JO, C. 202)

"...Entiendo que hay una especie de razonabilidad para establecer sanciones, conforme a la cual, la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma determinada, deben ser confirmados en su confianza, no como algo ejemplarizador o retributivo, sino como algo que se estima justo, así de simple. En este orden de ideas no puedo dejar de pensar lo que manifestara en su oportunidad F. Gorphe cuando aseveró que *'...el delincuente, no solo debe ser objeto de indagaciones y noticias sobre su pasado y su ambiente, sino también de observaciones constantes y de exámenes precisos, tanto desde el punto de vista antropológico y psicológico, y esto debe aprovecharse no únicamente para conmensurar la pena, como comienza a hacerse, sino también para el juicio, de modo que la sanción se adapte a la personalidad del delincuente, teniendo en mira su carácter y sus tendencias, su perversidad y su capacidad para enmendarse...'* (cfr. 'Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire', Presses Univers. de France, 1.952, pág. 157, citado por Enrico Altavilla en su obra 'La dinámica del delito', tomo II, pág. 469, edit. Temis, Bogotá, 1.973)..." (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 202, "Torres, Darío Eduardo s/ homicidio", [J.O.], del 25/03/00, R. 33).

Sustitución por trabajos comunitarios (JA, C. 165)

"...En cuanto a las consideraciones concretadas por las partes con respecto a las características de la modalidad de ese efectivo cumplimiento de la pena, estimo que resultan ajenas a este juicio de conocimiento y a la competencia de este Tribunal en pleno, ante el claro texto del arts. 25 del Código de forma en el sentido que: *'El juez de ejecución conocerá: 1º. En las cuestiones relativas a la ejecución de la pena...'* Por ello, propongo que el tratamiento de ese tema sea diferido para la fase de ejecución, cuando la presente sentencia quede firme; aunque me atrevo a sugerir, dadas las par-

ticulares características del caso y la personalidad del agente, que la propuesta de sustitución de la efectiva privación de la libertad ambulatoria de Miranda, por la realización de tareas comunitarias, durante treinta jornadas, a razón de seis horas diarias distribuidas durante un período de seis meses (arts. 35, letras 'c' y 'f' y 50 de la ley 24.660), sea tomada en cuenta, y en lo posible receptada, por el magistrado encargado de expedirse al respecto..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 165, "Miranda, Carlos Alberto s/ defraudación", [J.A.], del 03/02/00, R. 03).

POLICIA

Facultades (JO, C. 275)

"...Bien se ha dicho que pretender quitar a la policía esas facultades (interceptar y requisar vehículos, aprehender a sus ocupantes si correspondiere y secuestrar objetos de interés para la investigación) sería dejar a la sociedad totalmente indefensa. Sin perjuicio que las sospechas deben ser serias, o sea, referirse a pautas comprobables, palpables y objetivas, y no simples conjeturas subjetivas, la ley no exige, en forma tan prematura, que revistan la calidad de pruebas..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 275, "Martín Nicolás Oscar y otros s/ robo agravado por su comisión en poblado y en banda", [J.O.], del 06/10/00, R. 178).

PORTACION DE ARMAS DE USO CIVIL

Concepto. Diversidad con la tenencia. Configuración como atentado a la seguridad pública (JA, C. 586)

"...La hermenéutica del art. 189 bis del CP, la integran tanto la Ley Nacional de Armas y Explosivos n° 20.429, como sus decretos reglamentarios, habiéndose reconocido, con acierto, que la evolución legislativa ha ido discriminando los conceptos de 'tenencia', 'portación', 'transporte' de armas, etc., sin confundirlos, por tratarse de situaciones diferentes, no importando el otorgamiento de permiso para una, la autorización para la otra; estando cada uno de los casos sometido a una normativa específica... Cabe recordar, asimismo, que son sensiblemente distintos los conceptos jurídicos de 'tenencia', 'posesión' y 'propiedad', tanto en la órbita civil, como en la penal... Patricia S. Ziffer, refiriéndose al delito de tenencia de armas de guerra, ha escrito: *'Frente a los fenómenos de violencia creciente, el legislador tradicionalmente ha respondido a los reclamos sociales... la forma de tipificación ha tenido en cuenta la definición tradicional de peligro abstracto, como aquel peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y del empleo de ciertos medios... el bien jurídico protegido es la seguridad de la comunidad frente a los riesgos que representaría la libre circulación y tenencia de armas de fuego, concretados en una más frecuente utilización de ellas... el peligro que deriva del empleo de arma se acentúa si son poseídas subrepticamente...'* (cfr. 'El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma', en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año 2 n° 3, ed. Ad. Hoc, Bs. As., octubre 1.996, págs. 335, 336 y 338)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

"...Carlos Enrique Haller, como integrante de la Sala III de la entonces Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Departamental, ya el 17 de diciembre de 1.992, en un meduloso voto, al que se adhirieron sus colegas, expresó: *'Con la proliferación creciente de delitos contra la seguridad común, que registran las*

estadísticas concernientes a nuestra sociedad, y habida cuenta de los cruentos y dolorosos episodios vividos en etapas aún no lejanas de nuestra historia... sobreabundan los argumentos a favor del proveimiento normativo de delitos de 'puesta en peligro' como los previstos, entre otros, por los arts... 189 bis del Cód. Penal. El citado ex Juez de la Cámara marplatense agregó: *'Desde el preámbulo de nuestra Ley Fundamental se enuncia el objetivo de 'consolidar la paz interior' y por ello no hay libertad indiscriminada para 'armarse'... la ley 20.642... fue sancionada y promulgada por un gobierno legalmente constituido, precisamente en respuesta a condiciones de incremento delictual...'* (C.A.M.d.P., Sala III, causa n° 32.715, 'Righero, Carlos s/ tentativa de robo de automotor, etc.', R. 177/92)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

"...La 'seguridad pública', como bien jurídico tutelado en el título 7, del libro 2º, del Código Penal, como *'derecho a la tranquilidad, es decir, a poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores de los demás derechos constitucionales..., sin sufrir daños o perturbaciones en las personas o en los bienes..., se encuentra plasmado no sólo en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1.853 (cuando hace mención a la paz interior y la defensa común), sino también en los tratados internacionales constitucionalizados en la reforma de 1.994 (art. 75, inc. 22º); a saber: en la Declaración Universal de Derechos Humanos (N.Y., EE.UU., 1.948; art. 3), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1.948; arts. I y XXVIII), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (N.Y., 1.966; arts. 7 letra "b", 8 n° 1 letras "a" y "c"), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (N.Y., 1.966; arts. 9, 12 n° 1, 2 y 3, 13, 18 n° 3, 19 n° 2 y 3 letras "a" y "b", 21 y 22 n° 1 y 2), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (N.Y., 1.967; art. 5 letra "b"), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1.969; art. 7 n° 1, 12 n° 3, 13 n° 1 y 2 letras "a" y "b", 15, 16 n° 1 y 2, 22 n° 1, 2 y 3, 27 n° 1 y 32 n° 1 y 2), en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (N.Y., 1.979; art. 11 n° 1 letra "f"), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (N.Y., 1.989; arts. 10 n° 2, 13 n° 1 y 2 letras "a" y "b", 14 n° 1 y 3, 15 n° 1 y 2)'* (T.C. n° 1, causa n° 203, "Ledesma, Frede Tadeo s/ tenencia de arma de guerra, etc." del 27-12-99, R. 99/99, conf. voto del Dr. Ricardo Favarotto, citando a Néstor P. Sagüés, fallo publ. en revista "La Ley Bs. As.", año 7, n° 3, abril de 2.000, págs. 318/29)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

"...Recordando la interpretación de alguna de las figuras típicas previstas en el art. 189 bis del CP, se ha dicho que para que se pueda estar frente a la acción típica de "tener" un arma de fuego, se requiere poder disponer dentro de la correspondiente esfera de custodia, de modo que la persona tenga respecto del objeto un poder de hecho que le permita, a su sola voluntad y sin necesidad de que intervengan terceros (CSJN., 24-12-80, en el 'E.D.' e/o)...En igual sentido se pronuncia Carlos Creus cuando expresa que: *'tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente (por ej., escondido en lugares de difícil acceso). No es indispensable la primera forma de tenencia, pues la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley...'* Y agrega: *'se la puede ejercer a nombre propio o a nombre de un tercero (p. ej. quien tiene el objeto de otro para ocultarlo)'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Astrea, Bs. As. 1.996, t. 2, pág. 31)...En cuanto al 3º párrafo del art. 189 bis, éste hace referencia al verbo 'portar', expresando textualmente: *'La simple portación de arma de fuego de uso civil... sin la debida autorización, será reprimida con prisión de seis meses a tres años...'* Y siguiendo a los fines de su interpretación las

pautas señeras indicadas por el Superior Tribunal de la Nación -que recordara, en este voto al inicio del tratamiento de esta primera cuestión de la sentencia referida a la calificación-, o sea, aquella que indica que primero debe recurrirse a la letra, en su sentido más obvio, para recién luego buscar la voluntad objetiva de la ley, el sentido jurídico auténtico, es que he ido, en su consecuencia al diccionario de la Lengua Española, para el cual el verbo *'portar'* -del latín *'poetare'*- significa *'llevar o traer'* (cfr. Real Academia Española, tomo II, pág. 1643, 21º edición, 1992)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

“...Del texto del art. 102 del decreto 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos, surge claramente qué debe entenderse por *'tenencia de un arma de uso civil'*, autorizada, ya que ella sólo permite *'1) mantenerla en su poder, 2) usarla en actividades de caza y tiro, conforme a las disposiciones en vigor, 3) transportarla, de acuerdo a lo establecido por el art. 86 de la presente reglamentación, 4) adiestrarse y practicar en los polígonos autorizados, 5) adquirir munición para la misma, 6) repararla o hacerla reparar, de acuerdo con lo especificado por los arts. 16 a 21 de la presente reglamentación, 7) adquirir piezas sueltas, repuestos o ingredientes del arma autorizada, 8) entrar y salir del país transportando el material autorizado'* ...En su consecuencia, cualquier otra situación no incluida en las ocho (8) hipótesis antedichas, es *'portación'*, para lo cual debe contarse con una autorización especial a tal fin, tal el caso de *'llevar o traer'* con otro fin que los allí indicados. Esta interpretación concuerda acabadamente con el significado que le asigna a la acción de *'portar'* la Real Academia Española, ya que no se exige en el concepto de portación que el arma sea llevada en el cuerpo, basta que se *'lleve'*, sin importar en qué lugar...Resulta claro, entonces, que la acción de Indragoli no consistió en *'la simple tenencia de arma de fuego de uso civil... sin la debida autorización'* prevista en el art. 42 bis de la ley 20.429 incorporado por la ley 25.086/99, sino que, su actuar se concretó en una *'simple portación de arma de fuego de uso civil'*, prevista en el art. 189 bis tercer párrafo del CP...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

“...Y aún más, en el *'sub judice'* no concurre la hipótesis que, en doctrina, se ha dado en llamar *'tenencia ciega'*, ya que ésta se presenta en los supuestos en los que no se acredita que el tenedor tenía realmente el objeto en su poder, conforme a una decisión suya consciente y voluntaria o ante la duda referente al conocimiento o ignorancia de su existencia por parte del procesado (entre otros, C.C.C., Sala I, causa nº 25.846, 'Iturrieta Araya, M.', 4/11/82, Sala II, causa nº 25.918, 'Camargo, Anastasio', y Sala V, 'Bajko, A. y otros', 04-08-81)...Ninguna situación análoga a éstas últimas referenciadas, se da en el caso que nos ocupa. Muy por el contrario, de lo obrado en la IPP se desprende, de modo indudable, que las armas se encontraban bajo el poder de hecho de Indragoli...El encausado no ignoraba ni desconocía la existencia de dichos objetos; llevaba los revólveres respondiendo a una elección consciente y voluntaria, ya que otra cosa no puede inferirse de la forma de ocultación de las tres armas de fuego en el interior de la consola del autoestéreo que iba conduciendo y respecto del cual se desempeñaba como remisero desde hacía unos meses, y no ya como simple peón, sino como propietario del mismo; esto último según sus propios dichos, las planillas de movimientos de viajes de la remisería, así como del informe vecinal... En cuanto a la ausencia de habilitación administrativa, extendida en favor del sujeto activo, para la portación del arma, surge claramente del informe perteneciente al Banco Nacional Informatizado de Datos sobre Armas de Fuego del RENAR...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...En cuanto a la portación de las armas de uso civil -tres revólveres-, considero que Indragoli debe responder como coautor (CP, 45), ya que fue quien condujo, controló, tuvo en sus manos el curso de la acción típica, el dominio del hecho, fue quien ejecutó la conducta típica, o sea las *‘portaba o llevaba con municiones en sus tambores’*, con pleno conocimiento, ya que, con anterioridad a esa constatación y correspondiente secuestro, fue quien las había escondido en el interior de la consola del autoestéreo del automotor que él justamente condujera; sin perjuicio de estar ocupando el habitáculo otras dos femeninas, quienes acababan de utilizar alguna de esas armas en el atraco perpetrado, en grado de tentativa, al comercio damnificado. Todo ello ha quedado acabadamente probado en el caso en juzgamiento...A mayor abundamiento, en otra ocasión he expresado textualmente que: *‘Bien se ha sostenido -por quienes se enrolan en la conocida como ‘teoría del dominio del hecho’- que basta tener el poder de disposición, voluntad de realización, codominio funcional, en forma consiente, aunque lo sea en forma tácita... ya que la autoría requiere tener el poder del ‘sí’ y del ‘cuándo’ del hecho, aunque un tramo del suceso quede a cargo de alguno de los intervinientes exclusivamente... (Tribunal Oral Federal M.d.P. ‘Radovich y otro’ 14-11-96, ‘Varela, Héctor’ 5-12-96, ‘Virgilio, María’ 20-3-96, ‘Bastit’ 25-10-96 e/o, Bacigalupo, Enrique ‘Principios de Derecho Penal - Parte General’, ed Tres Cantos, Madrid 1.997, págs. 352 y sgtes., Bottke, Wilfried ‘Estructura de la autoría...’, en “Fundamentos de un Sistema Europeo...” Schünemann y otros, ed. Bosch, Barcelona 1.995)’* (T.C. n° 1, causa n° 37, ‘García, Raúl Alfredo s/ homicidio en ocasión de robo’, del 7/7/99, R. 36/99)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...La ley 25.086 (B.O. del 14/05/99), entre otras modificaciones a la normativa en materia de armas y explosivos, reprime la simple portación de arma de fuego de uso civil, para quien carezca de la especial habilitación reglamentaria al efecto (CP, 189 bis, 3° párrafo)...Se trata de la introducción de una tipicidad que conjuga dos aspectos esenciales; a saber: uno positivo, acción descrita por el verbo portar, y uno negativo, el hacerlo sin la autorización necesaria...Para conocer los alcances precisos de la prohibición penal en su faz activa, la magistrada que me precede en el orden de sufragio ha recurrido, en primer lugar, a la definición lexicográfica que proporciona la Real Academia Española, y, en segundo término, ha efectuado un razonamiento deductivo consistente en designar como portación todo aquello que según el art. 102 del decreto 395/75, excede el marco conceptual de la tenencia de un arma de uso civil. La última parte de la fórmula legal, es decir, la atingente a la ausencia del permiso administrativo del portador no ofrece dificultad alguna, al punto que en autos, el recaudo ha quedado perfectamente satisfecho con el informe del Registro Nacional de Armas, organismo dependiente del Ministerio de Defensa, y que permite asegurar que el causante Indragoli no contaba con la licencia respectiva...El problema pasa, entonces, por determinar el contenido de la acción típica, para lo cual es preciso atender no sólo a la significación gramatical del vocablo *‘portar’* en el lenguaje natural (cuya máxima expresión está dada, justamente, por el célebre diccionario de la Real Academia Española del que ha echado mano la colega), sino, además, a la finalidad de la regulación legal...” (Del voto del Dr. Favarotto al que se adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...Como explica Gonzalo Rodríguez Mourullo, *‘en virtud del elemento teleológico, la labor del intérprete rechaza las instancias formales del derecho y penetra en su contenido sustancial. La vigencia del principio de legalidad hace, sin embargo, que la máxima ‘littera occidit, spiritus autem vivificat’, deba ser acogida con reservas en materia jurídico-penal’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’. Madrid, 1.977, tomo I, pág. 108)...A su vez, descarto que la extensión de la veda normativa pueda ser inferi-

da apelando al método complementario que se usara en el voto precedente, porque no me parece factible extraer de una disposición jurídica de rango inferior a la ley (el decreto del P.E.N. n° 395/75) el núcleo de la prohibición penal; menos aún por exclusión, como si portación fueran todos aquellos casos residuales que no configuran supuestos de tenencia, en el sentido indicado por el art. 102 de ese decreto...Recapitulando y volviendo al concepto literal del término portar, advierto que frente a la acepción de la Academia Española que lo designa como *'llevar o traer'*, existe otra, más estricta, que es la que aporta Manuel Ossorio al definir a ese verbo como *'llevar consigo; como las armas...'* (cfr. 'Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales', edit. Heliasta, Bs. As. 1.992, pág. 589)... (Del voto del Dr. Favarotto al que se adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

"...A riesgo de recurrencia, destaco que es imposible pasar por alto que no se trata de una mera disputa terminológica, ni de una disquisición baladí, sino de un asunto de capital importancia, cual es el de especificar hermenéuticamente el sentido concreto que ha de tener en el plano de las acciones individuales la descripción típica conminada por el legislador con una pena...Va de suyo que la interpretación de los elementos constitutivos del delito, en general, y de la acción punible, en especial, ha de hacerse siempre de modo restrictivo en un sistema discontinuo de prohibiciones como el imperante en un estado de derecho, o, lo que es igual, que entre varias posibles acepciones de un mandato (deber de actuar) o prohibición (deber de abstenerse) de naturaleza penal, se prefiera aquella que garantice su significado más reducido...Claro que la incorporación del mentado verbo típico tiene consustanciales inconvenientes en una legislación, como la nuestra, que no lo preveía en ninguna de sus hipótesis delictivas. Ese escollo puede ser sorteado si se toman en cuenta los criterios orientativos que provienen de otras latitudes... Así, por ejemplo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, profesor de derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, expuso la rica evolución científica que ha experimentado en Italia el concepto de portación de armas, sosteniendo que *'de manera bastante gráfica y significativa, la doctrina penal italiana mantiene que 'portar un arma significa estar armado'. En este sentido Manzini dice que 'portar un arma significa essere armati... por tanto cuando el arma se porta como tal y uno como una cosa cualquiera de un lugar a otro', y concluye, 'el arma viene portada como tal, sólo cuando se porta en modo y condición de poderla usar eventualmente, según su finalidad específica'; Guadagno dice que 'portar un arma significa estar armado; es necesario que el arma se porte como medio de ofensa o defensa'; para Maggiore, 'portar o llevar armas significa llevar consigo algún arma para poderse servir de ella, es lo mismo que estar armado', para Piero Vigna y Gianni Bellagamba 'portar un arma significa poderla usar en todo momento'; para Santaniello, 'portar un arma significa tenerla consigo, de manera que pueda ser utilizada', para Ranieri, 'el arma debe ser portada de manera que pueda ser utilizada con inmediatez', etc.'* (cfr. 'El delito de tenencia ilícita de armas de fuego', edit. Colex, Madrid, 1.987, págs. 77/8)... (Del voto del Dr. Favarotto al que se adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

"...En el contexto del precepto penal analizado, vistos los antecedentes doctrinarios transcritos, considero que la palabra *'portar'* representa en su sentido técnico, una relación directa entre una cosa (en el caso, un arma de fuego de uso civil) y una persona que la detenta; es decir, *'portar'* es *'llevar consigo'* -y no de cualquier otra manera-, ya sea en el cuerpo, en las ropas y hasta en el auto, en un lugar público o de acceso público. Aunque en el último caso, sólo a condición de que se pueda predicar que existe univocidad en el vínculo entre el portador y el arma, que es lo que, precisamente, no sucede en la causa, dónde los tres revólveres incautados, o al menos dos de ellos, fueron llevados hasta el vehículo de Indragoli por la pareja de jóvenes

asaltantes que minutos antes los usaran para intimidar a las empleadas del local damnificado...Siendo ello así, debe quedar sentado que la portación de las armas sólo puede serle atribuida a las coprocesadas, con expresa exclusión de aquel que, probablemente a instancia de éstas, habríase limitado a esconderlas detrás del autoestéreo. En todo caso, no sería más que un modo adicional de efectiva cooperación en el desistido intento criminal, constitutivo de la participación de nivel secundario por la que el remisero habrá de responder penalmente...Al no haberse configurado, a mi juicio, la tipicidad enunciada en el art. 189 bis, 3º párrafo del CP (ley 25.086), Martín Ezequiel Indragoli deberá quedar exonerado de reprochabilidad jurídica en el injusto que se individualiza con el número dos, en la cuestión primera del veredicto (CPP, 367 a contrario)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que se adhirió el Dr. Dominella, en causa nº 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R. 221/00).

PROBATION

Oportunidad para presentar la solicitud (P, C. 298 y C. 249)

“...Ni la ley material (24.316), ni la ley adjetiva (11.922), se han ocupado de establecer el límite procedimental para peticionar la aplicación del instituto. El Congreso de la Nación tal vez haya entendido que, tratándose -el tema de la oportunidad- de una cuestión eminentemente procesal, correspondía reglamentarla a las autonomías provinciales; no así el proyecto originario del Poder Ejecutivo Nacional que lo demarcaba con claridad al señalar, para los sistemas de juzgamiento oralizado, que la ‘*probation*’ podía ser articulada ‘*hasta la resolución que fije la audiencia de debate*’ (v. Orden del Día nº 1.174, Cám. de Dips., pág. 6.949), límite apenas posterior al del juicio abreviado en el CPPBA que lo autoriza ‘*hasta antes de que se fije la audiencia de debate*’ (art. 397 ‘*in fine*’). Lo cierto es que la Legislatura Bonaerense no lo ha hecho (ocupándose más bien poco de los aspectos formales del instituto, en los arts. 338, nº 5 y 404 del CPP), de manera que ese vacío o laguna normativa no puede quedar así y debe ser cubierta por la interpretación jurisdiccional...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...He advertido que ante el silencio de la ley, y como era harto esperable en nuestra disciplina, han aparecido criterios jurisprudenciales y doctrinarios de los más variados. Así, por ejemplo, para la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala Iª, ‘*resulta razonable que si lo que se pretendía era la suspensión del proceso a prueba, y si esa pretensión se efectuó ante el Tribunal de Juicio, ésta hubiese sido ejercitada antes de la iniciación del debate y no después*’ (causa nº 405, ‘Trotti, Gustavo’, del 23/6/95), temperamento reiterado al sostener que ‘*la solicitud de la suspensión del juicio a prueba debe ser anterior y no posterior al debate... A los fines de evitar desgastes jurisdiccionales es razonable sostener que el derecho de peticionar la suspensión del juicio a prueba caduca al vencer el plazo establecido en el art. 354 del C. Pr. Cr.*’ [comparable al art. 338 del CPPBA] (causa nº 632, ‘Botto, Nelo A.’, del 20/2/96). Más restrictivo todavía resulta el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24 de la Capital Federal, al disponer -en simetría con el proyecto del PEN- que ‘*el límite para solicitar la suspensión del juicio a prueba es aquél en el que el tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 359 CPr.Cr., señala la fecha de audiencia*’ (causa nº 87, ‘Escobar, Andrés O.’, del 20/6/95). En cambio, menos tasado y más amplio es el principio que adoptara la Sala Iª de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital, al conceputar que ‘*la instancia oportuna para reclamar la suspensión del juicio a prueba precluye con la realización del juicio*’ (causa ‘Vázquez, Carlos E.’, del 31/8/95)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...También los especialistas traen opiniones para todos los gustos que me atrevo en agrupar, asumiendo el riesgo de caer en censurables simplificaciones, en dos corrientes o fracciones principales: a.) En la que denomino tesis *‘reduccionista’* es posible incluir, con algunos matices diferenciales, a autores como Marcelo J. Sayago al estipular que *‘el momento final para ejercer ese derecho que tiene el imputado para manifestar que ha decidido optar por el camino alternativo que la ley le proporciona, no puede ser otro que aquél donde empieza a concretarse la otra vía procesal posible, cuando comienza formalmente la actividad de los diversos sujetos del proceso que culminará con el dictado de la sentencia. Es decir, cuando se inicia estrictamente el juzgamiento del imputado’* (cfr. *‘Suspensión del juicio a prueba. Aspectos conflictivos’*, edit. M. Lerner, Cba., 1.996, pág. 127); a Carlos Edwards, para quien *‘la fijación de la clausura de la instrucción, como momento en el cual se produce la caducidad de la facultad de solicitar la suspensión del juicio, resulta congruente con la finalidad que se persigue a través de la ‘probation’ que es evitar la realización del juicio, descomprimiendo así la ya saturada justicia penal’* (cfr. *‘La Probation en el Código Penal Argentino’*, edit. M. Lerner, Cba. 1.997, pág. 55), y a Francisco J. D`Albora, que acerca de la discusión de *‘cuándo precluye la posibilidad de formular la petición pertinente... resulta atinado considerar hito razonable la notificación del auto que fija audiencia para el debate, aunque también cabe admitir que ya en el juicio procede desde la citación, hasta la apertura del debate’* (cfr. *‘Código Procesal Penal de la Nación’*, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1.997, págs. 399/400)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...b.) Entiendo que dentro de lo que podría designarse como corriente *‘expansiva’* militan Julio de Olazábal: *‘ha de tolerarse la introducción del pedido y eventual suspensión del juicio en cualquier momento de éste, y hasta tanto no exista sentencia definitiva’* (cfr. *‘Suspensión del juicio a prueba’*, edit. Astrea, Bs. As., 1.994, pág. 67); también Eleonora A. Devoto, para quien *‘parece razonable que la suspensión pueda aplicarse hasta tal momento: el dictado de la sentencia’* (cfr. *‘Probation e institutos análogos’*, edit. DIN, Bs. As., 1.995, pág. 103); Gustavo L. Vitale, en tanto afirma que *‘la suspensión puede disponerse hasta que adquiera firmeza la condena penal’* (cfr. *‘Suspensión del proceso penal a prueba’*, edit. del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 247); y Julio I. Arriola al enfatizar, en precisa referencia a la legislación procesal bonaerense, que *‘nada obsta a que la petición pueda deducirse y resolverse hasta en ocasión de los alegatos; el texto del art. 368 no lo excluye y la laxitud del art. 404 en su frase inicial concurre al sostenimiento de tal posibilidad’* (cfr. *‘Algunas consideraciones respecto de la suspensión del proceso a prueba en el nuevo Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.’*, en *Jurispr. Arg. del 24/2/99*, pág. 15)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...A parecer, la cuestión de la temporalidad del pedido no puede ser resuelta sin atender, como criterio general, al que ya dejara sentado este Tribunal al abordar por primera vez el tema de la *‘probation’*, cuando sostuvo que *‘la búsqueda de efectivas soluciones convencionales o composicionales para resolver la enorme litigiosidad criminal se ha convertido, hoy en día, en un desafío impostergable para la supervivencia del avanzado modelo de juzgamiento introducido, con generalizado beneplácito entre juristas y operadores del sistema penal, por las leyes bonaerenses n° 11.922 y 12.059. Frente a esta realidad, estrechar el radio de acción de institutos como la ‘probation’ habrá de constituir, más pronto que tarde, un serio revés para la funcional aplicación de las nuevas normas’* (T.C. n° 1, causa n° 12, ‘Muza Martínez, Alejandro Rafael s/ tent. robo’, del 30/11/98). Sentado ello, es dable apuntar que si con la sanción de la ley 24.316 se ha querido evitar a las personas sometidas por primera vez a proceso, las dañosas consecuencias -entre otras, la estigmatización o señalamiento social, es decir *‘la pena de estar sentado en el banquillo’*- causadas por el mismo, y, al

propio tiempo, dotar al sistema penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad de la causa en los casos de menor trascendencia, para que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura, la conclusión que propongo es la de extender hasta el momento inmediatamente anterior al dictado del veredicto -anticipado o no- y sentencia (CPP, 371, 374 y 375), la posibilidad de presentar acuerdos de suspensión de juicio a prueba...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...Refuerza una amplitud semejante la convicción de que el vocablo ‘juicio’, en sentido técnico, implica debate o audiencia contradictoria, y mientras éstos no hayan concluido con el dictado del pronunciamiento jurisdiccional que les pone fin, cabe admitir la posibilidad de que las partes pretendan suspender no sólo su realización (*‘antes del juicio’*), sino también su continuidad (*‘durante el juicio’*), planteo que será homologado por el juzgador, si correspondiere. En suma, apelando a criterios funcionales, utilitarios y finalistas para establecer el linde hasta el cual es factible impetrar la solicitud de suspensión del juicio a prueba, considero que, en la especie, resulta temporáneo -y además, formalmente admisible- el pedido traído a consideración como cuestión preliminar al comienzo del debate oral (CPP, 404)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...A mi modo de ver, la opción a la que estoy haciendo referencia, debe ser concretada con anterioridad a la iniciación del debate; no después. En estos actuados, se inició un juicio oral y público (arts. 354 y ccots. del CPP). Ello resulta ser una verdad innegable y siendo ello así, no cabe su finalización sino mediante una sentencia absolutoria o condenatoria, conforme lo sucedido en el debate. Entiendo, o creo entender, la filosofía que inspira a nuestro ordenamiento procesal vigente, pero así también pienso que nuestro debido proceso debe ser respetado y es precisamente en ese orden de ideas que opino que elegida una vía, se sigue en ella hasta el final. Me pregunto si resultaría admisible que en el curso del debate o luego de él, el imputado o la Defensa, advierten que la situación del causante resulta insostenible y a esa altura de los acontecimientos optan por la suspensión del juicio a efectos no de abreviar el trámite, sino de evitar consecuencias más gravosas con el dictado de una sentencia definitiva. En verdad me parece poco serio y por otra parte no creo que las partes dispongan de un poder discrecional tan extenso en el proceso. Finalmente, y en lo que hace al argumento de evitar *‘dañosas consecuencias -entre otras la estigmatización o señalamiento social, es decir, “la pena de estar sentado en el banquillo”- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, dotar al sistema penal de una herramienta que permita su ejercicio racional, obviar la continuidad de la causa en los casos de menor trascendencia...’*, debo decir que en lo que hace a la estigmatización o señalamiento social, no se puede hacer cargo la Justicia y en lo referido a suplantar eficacia por rapidez para evitar un congestionamiento de causas a resolver, estimo que ello no resulta aceptable a mi modo de ver...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 298, “Capello, Fernando Enrique s/ robo”, [P.], del 06/06/00, R. 100/00).

“...Si bien la ley (ya sea la material n° 24.316, o la adjetiva n° 11.922), no se ha ocupado de establecer el límite procedimental para petitionar la aplicación del instituto, es doctrina de este órgano jurisdiccional que si con la suspensión del juicio a prueba *‘se ha querido evitar a las personas sometidas por primera vez a proceso, las dañosas consecuencias -entre otras, la estigmatización o señalamiento social, es decir ‘la pena de estar sentado en el banquillo’- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, dotar al sistema penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad de la causa en los casos de menor trascendencia, para que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura, la conclusión que propongo es la de extender hasta el momento inmediatamente anterior al dictado del*

veredicto -anticipado o no- y sentencia (CPP, 371, 374 y 375), la posibilidad de presentar acuerdos de suspensión de juicio a prueba. Refuerza una amplitud semejante la convicción de que el vocablo 'juicio', en sentido técnico, implica debate o audiencia contradictoria, y mientras éstos no hayan concluido con el dictado del pronunciamiento jurisdiccional que les pone fin, cabe admitir la posibilidad de que las partes pretendan suspender no sólo su realización ('antes del juicio'), sino también su continuidad ('durante el juicio'), planteo que será homologado por el juzgador, si correspondiere' (T.C. n° 1, causa n° 298, caratulada 'Capello, Fernando Enrique s/ robo', del 06/06/00). En esa inteligencia, y apelando a criterios funcionales, utilitarios y finalistas para establecer el linde hasta el cual es factible impetrar la solicitud de suspensión del juicio a prueba, considero que, en la especie, resultan temporáneos -y además, formalmente admisibles- los pedidos traídos a fs. 270 y sgts..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 249, "Ale, Lucas; Capogrosso, Julio; Corredera, Maximiliano s/ tentativa de robo y robo", [P.], del 27/06/00, R. 126/00).

Rechazo: distintas causales (P, C. 251, C. 218, C. 402, C. 152, C. 356)

"...Entiendo que existiría un cierto grado de interés público, tanto por la profesión del causante, como por el elemento que se habría utilizado para la comisión del ilícito, que impide acceder a la vía alternativa seleccionada por las partes inrtervientes. Es por lo dicho que, haciendo uso de la prerrogativa conferida por el ordenamiento adjetivo (art. 404 del CPP), propicio el rechazo del acuerdo agregado a fs. 124/vta., por ser mi convicción sincera..." (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 251, "López, Pedro Cornelio s/ lesiones graves", [P.], del 01/06/00, R. 101/00).

"...El instituto indicado, que fuera objeto de resoluciones hasta casi diría encontradas, producto de la oscuridad en la redacción de la Ley (v.gr. causa n° 298 de este Tribunal, 'Capello Fernando Enrique s/ robo'), obliga a los Jueces en algunos casos, no a ser legisladores pero sí a tratar de desentrañar qué quiso decir el legislador al sancionarla, y aplicarla o no, conforme a una interpretación que conlleve a una mejor solución del conflicto. Eso sí, merituando el contexto social en el cual estamos inmersos, para que la decisión que finalmente se adopte, además de resolver la incidencia, adquiera una proyección ejemplarizadora, en beneficio de la comunidad. En el sentido indicado pienso también que la introducción de este modo un tanto '*sui generis*' para la resolución de conflictos -y ello lo digo teniendo en cuenta nuestra herencia jurídicocultural-; tuvo o ha tenido en cuenta más que nada, un fin práctico, tendiente a desafectar del sistema penal algunos conflictos que tienen prevista una sanción en nuestra Ley de Fondo..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 218, "Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación", [P.], del 16/06/00, R. 114/00).

"...Dicho en otras palabras, descomprimir de la administración de Justicia, aquellas causas que no tienen relevancia político criminal. Así expresado y frente a la realidad existente, estimo que se puede convenir que, recordando el refrán que dice: '*el fin justifica los medios*', podría, en cierto modo, hasta resultar aceptable el paliativo que nos dejara propuesto el legislador pero reitero, ello no lo estimo aplicable al caso que ahora nos ocupa. Y si bien el representante del Ministerio Público Fiscal, en la oportunidad procesal adecuada, ha prestado su conformidad para que el presente se resuelva conforme la previsión contenida en los arts. 76 bis del CP y 404 del CPP, entiendo que dicho consentimiento es una condición necesaria -pero no suficiente- para la procedencia del instituto en análisis, toda vez que ese criterio en modo alguno vincula al Tribunal a concederla... La Ley es clara cuando en el art. 76 bis, tercer párrafo del CP, establece como condición para acceder a la suspensión del juicio a prueba, que el imputado ofrezca '*...hacerse cargo de la reparación del daño en la me-*

dida de lo posible...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 218, “Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación”, [P.], del 16/06/00, R. 114/00).

“...Ahora bien, y sin intención que dicha manda se interprete como una indemnización con todos los rubros que ella implicaría, sino que por el contrario se trata de demostrar una predisposición acorde con la madurez y responsabilidad que el caso amerita; se me ocurre por otra parte, una actitud un tanto caprichosa, ello, si la comparamos con lo ofrecido por Pérez, persona ésta que, según surge de lo informado en autos, vive juntamente con su hijita de tres años de edad, alquilando una vivienda por la cual abona la suma de doscientos setenta pesos y desempeñándose como empleada por lo cual percibe la suma estimativa a los cuatrocientos cincuenta pesos, no obstante lo cual adoptó la postura ya indicada; en tanto que la imputada en cuestión, con aparente título profesional, que vive sola, es pensionada, recibe la suma de seiscientos pesos en forma mensual, aparte de laborar como astróloga; trata de simplificar la cuestión, ofreciendo sus disculpas verbales. Quiero significar, en resumen que, respecto de Gómez, no advierto una actitud sincera, que se compadezca con la de una persona a la que se le atribuye la comisión de un delito económico; y sin entrar a analizar si resulta culpable o no, habida cuenta que ello no corresponde en esta etapa procesal, entiendo que sería más comprensible una postura de reflexión o autocrítica, demostrando a la par madurez y responsabilidad, como antes decía, todo ello acorde con la situación procesal por la cual está atravesando...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 218, “Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación”, [P.], del 16/06/00, R. 114/00).

“...Resultan muy atinadas, y por entero aplicables al *‘sub lite’*, las consideraciones que vertiera el Juez Daniel Adler al expedir su voto en un caso de similares connotaciones al que ahora nos ocupa. Sostuvo el colega -con argumentos a los que adhiero- que *‘si sólo bastara la manifestación de reparar el daño en la medida de lo posible, sin amagar siquiera a ejecutar la reparación, un pobre papel desempeñaría la judicatura penal suspendiendo el juicio a prueba frente a las víctimas de los delitos económicos, en los cuales se producen muy concretos perjuicios... Debe quedar claro que lo aquí resuelto no contradice el espíritu de la institución, en cuanto en otros casos si bastaría el mero ofrecimiento de la reparación y hasta las meras disculpas. Pero es evidente que esos supuestos sólo pueden tener lugar en aquellos casos de una menor entidad político criminal, que por lo general se encuentran protagonizados por personas excluidas del sistema social (Vitale, Gustavo en ‘Suspensión del proceso penal a prueba’, Ed. del Puerto, 1996, págs. 124/6)’* (T.C. n° 3, causa n° 119, caratula *‘Castillo, Nicolás Sandro s/ defraudación’*, del 24/11/99, R. n° 104-R). Por lo tanto, creo que deben desestimarse, por improcedentes, ambas solicitudes de *‘probation’*, debiendo continuarse la tramitación procesal según su estado...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 218, “Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación”, [P.], del 16/06/00, R. 114/00).

“...No abrigo dudas en el sentido que el instituto previsto por el art. 76 bis del CP y conchs. del CPP, no es de aplicación automática, sino que debe ser analizado ante cada caso concreto, no resultando vinculante el acuerdo prestado por la Fiscalía, ya que resorte de la función jurisdiccional resulta el conocido como *standard* de razonabilidad. debiendo servir de guía al juez para aplicar la ley según las circunstancias especiales de tiempo y lugar (cfr. Marienhoff, Miguel y otros en *‘Homenaje a Juan Francisco Linares... la razonabilidad en el Derecho’*, en Anticipo de Anales año XXXVIII Segunda Epoca n° 31 pág. 17 ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.). El juzgador debe actuar en el caso concreto como fiador de la efectividad de las garantías, teniendo en cuenta todas aquellas que pueden encontrarse en conflicto (cfr. Morello, Augusto, *‘Perfil del Juez al final de la centuria’* en L. L. 9-6-98 pág. 1 y sptes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 218,

“Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación”, [P.], del 16/06/00, R. 114/00).

“...Lo primero que se advierte, es que el imputado no ha satisfecho el extremo referido al ‘ofrecimiento’ de reparación, en la medida de sus posibilidades, y en cuanto la modalidad del hecho que se le enrostra lo permita, del daño causado (CP, 76 bis, 3º párrafo). Dicha reparación, en el marco normativo que lo regula ‘no persigue estrictamente un fin resarcitorio (el que, sin embargo, en algún caso puede llegar a cumplirse igualmente), sino que procura brindar una respuesta a la víctima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pueda habersele causado, como un intento de internalizar en el imputado la existencia de un posible afectado por el hecho que se le atribuye’ (cfr. Vitale, Gustavo L. en ‘Suspensión del proceso penal a prueba’, edit. del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 125). Es quizá, en función de este último propósito -demostrativo, además, de la verdadera intención del enjuiciado de solucionar el conflicto penal- que la exigencia analizada cobre mayor sentido y que, en el ‘sub examine’, se torne ineludible. Máxime cuando los dos delitos que se enrostran al causante han sido perpetrados contra la propiedad, uno perfeccionado y el otro, si bien frustrado, mediante la producción de otros daños materiales, situaciones estas que, por lógica consecuencia, comportan una afectación al bien jurídico indicado, susceptible de ser mínimamente enmendada...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 402, “Aguiar, Ariel Augusto s/ tentativa de robo agravado”, [P.], del 30/06/00, R. 134/00).

“...Fuera de ello, concurre otro motivo que propende mi voto en sentido negativo, cual es, que el caso concreto no amerita el tratamiento propugnado por el avenimiento de los sujetos procesales. En este orden de ideas, por imperativo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, el acuerdo de voluntades al que han arribado las partes intervinientes, no resulta vinculante para el órgano jurisdiccional quien, dentro de un sistema (implícito) de oportunidad reglada -como se podría caracterizar al adoptado por nuestra legislación en este tópico-, debe controlar, por un lado, si el caso sometido a su consideración es uno de aquellos, a cuyo respecto, la ley autoriza, en abstracto, a paralizar la pretensión punitiva del Estado y, por el otro, si, en concreto, merece dicho tratamiento, en función de los objetivos perseguidos por el instituto. Admitir lo contrario y negar al Tribunal esa instancia de control, importaría la aceptación de la oportunidad discrecional, propia del derecho anglosajón. En este temperamento, entiendo que la concesión del beneficio en el supuesto que nos convoca, controvierte los fines tenidos en mira por la suspensión del juicio a prueba. En efecto, aquella ha sido diseñada para sustraer del juzgamiento los casos de menor trascendencia o gravedad, en beneficio de quien es sometido, ocasionalmente, a un proceso penal y de quien sea capaz de internalizar pautas sociales positivas de comportamiento...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 402, “Aguiar, Ariel Augusto s/ tentativa de robo agravado”, [P.], del 30/06/00, R. 134/00).

“...En el particular, los hechos por los cuales se intimó al imputado -conforme surge del requerimiento de elevación a juicio y con el grado de provisionalidad que comporta una afirmación en este sentido-, por sus características, no parecen ser de aquellos cuya no persecución pueda ser tolerada por la sociedad, aún cuando en teoría el concurso delictual al que me refiero, permita, eventualmente, una condena de ejecución condicional. El cálculo utilitarista que fundamenta este tipo de alternativas inclina la balanza en sentido contrario a su admisión en el caso concreto. Ello, amén, que las reglas compromisorias pactadas resultan insuficientes para la reintegración social del inculcado, a la luz de los criterios de prevención especial que guían la toma de decisiones de esta especie. Por lo tanto, creo que debe desestimarse, por improcedente, la solicitud de ‘probation’, debiendo continuarse la tramitación procesal según su estado...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola

de Galandrini, causa n° 402, “Aguiar, Ariel Augusto s/ tentativa de robo agravado”, [P.], del 30/06/00, R. 134/00).

“...Si bien, en razón de los antecedentes reseñados y desde el punto de vista formal, resulta admisible la petición formulada, estimo que, en la especie, deviene improcedente en sentido material el acogimiento de la vía alternativa normada por los arts. 76 bis y ter del código de fondo y 404 de la ley ritual...El Tribunal que presido, tiene dicho que *‘...por imperativo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, el acuerdo de voluntades al que han arribado las partes intervinientes, no resulta vinculante para el órgano jurisdiccional quien, dentro de un sistema (implícito) de oportunidad reglada -como se podría caracterizar al adoptado por nuestra legislación en este tópico-, debe controlar, por un lado, si el caso sometido a su consideración es uno de aquellos, a cuyo respecto, la ley autoriza, en abstracto, a paralizar la pretensión punitiva del Estado, y por el otro, si, en concreto, merece dicho tratamiento, en función de los objetivos perseguidos por el instituto...’* (voto del Dr. Favarotto en causa n° 402, caratulada ‘Aguiar, Ariel Augusto s/ tentativa de robo agravado y robo’, del 30/06/00, R. int. 134/00)...En este orden de ideas, como lo expresa Gustavo L. Vitale, *‘...la suspensión del proceso penal a prueba tiende a generar o a fortificar en el imputado ciertas pautas de conducta que se consideran socialmente positivas... El presente objetivo se advierte claramente en la regulación legal, en cuanto ella supedita la extinción de la acción penal (cuyo ejercicio quedó suspendido) al cumplimiento de ciertas condiciones por parte del imputado...’* (cfr. ‘Suspensión del proceso penal a prueba’, edit. Del Puerto, Bs. As., 1.996, pág. 48)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 152, “Hernández, Julio César s/ robo doblemente agravado”, [P.], del 03/08/00, R. 162/00).

“...Observo que a pesar de estar debidamente notificado, el causante no compareció de modo injustificado a la audiencia designada; luego, se dispuso su citación con auxilio de la fuerza pública, y, no obstante ello, debió librarse orden de allanamiento para lograr su presencia al acto procesal aludido...Ello demuestra una obstinada renuencia por parte del procesado a dar cumplimiento a una pauta elemental, como lo es la de concurrir ante las autoridades judiciales, cuando estas lo requieran, circunstancia objetiva de la cual se colige, no sólo la endeblez del compromiso a asumir en torno a la observancia de las reglas obligatorias de conducta que, eventualmente, se le impongan, sino, también, la frustración de los fines del instituto cuya aplicación han auspiciado los sujetos procesales...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 152, “Hernández, Julio César s/ robo doblemente agravado”, [P.], del 03/08/00, R. 162/00).

“...Ejercitando el control jurisdiccional estimo que, independientemente que desde una óptica formal se den los recaudos para la admisión de la alternativa procesal que se dejara peticionada, las conductas antisociales que se dicen cumplidas, en mi opinión, no quedan a cubierto con una simple suspensión del juicio a prueba, con reglas de conductas aún no determinadas...Ya con anterioridad sostuve que el acuerdo al que arriban las partes interesadas, en modo alguno resulta vinculante para el Tribunal y así también afirmé que si bien el instituto cuya aplicación se dejara peticionada -regulado en un único artículo en la Ley de Forma (art. 404)-, ha tenido en cuenta nada más y nada menos que un fin práctico tendiente a descomprimir a la administración de Justicia de aquellas causas que no tienen relevancia político criminal; ello no implica lisa y llanamente aceptar toda propuesta, o sea que en el momento de resolver habría que merituar diversas circunstancias a efectos que la decisión que finalmente se adopte, a más de cumplir o alcanzar aquel objetivo, adquiera una proyección ejemplarizadora y al mismo tiempo sea adecuada y justa (v. causa n° 218, ‘Gómez, Alicia y Montes, Marcela Karina s/ defraudación’, R. 114 de este Tribunal)...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 356, “Cisilino, Sebastián s/ resistencia a la autoridad, agresión etc.”, [P.], del 04/08/00, R. 163/00).

“...En el orden de ideas indicado entonces y siendo fiel con mi pensamiento, estimo que no puedo acordar la *‘probation’* a un individuo que haciendo gala de un patoterismo inusual, utilizando un arma del más grueso calibre -que ya le ha sido reintegrada juntamente con la licencia respectiva, aunque no sé por qué, habida cuenta que entiendo que dicho efecto, forma parte del cuerpo del delito-, tiene en vilo a toda una familia, a la cual agrede y amenaza; matonea y provoca -siempre con la utilización de su arma-, a empleados y vigilancia de un establecimiento, y así también desprecia e incita a la autoridad policial al momento de su intervención...A esta altura del análisis y sin tratar de hacer un diagnóstico de futuro, no estoy en condiciones de afirmar con meridiana certeza si una persona de las características de Cisilino, con un control y sometimiento a determinadas reglas de conducta, puede llegar a solucionar sus problemas de personalidad. La Justicia no está para regalar impunidad...Es por lo dicho entonces que estimo que un debate amplio, con las características que ello implica, esto es, producción de la prueba, contradicción, intermediación, etc., contribuirá en grado sumo a una decisión más adecuada y a la vez justa de este conflicto, propugnando en su consecuencia la desestimación, por improcedente, de la suspensión del juicio a prueba que se dejara a resolver a este Tribunal...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 356, “Cisilino, Sebastián s/ resistencia a la autoridad, agresión etc.”, [P.], del 04/08/00, R. 163/00).

“...Sin desconocer la importancia del mecanismo para la resolución alternativa de los conflictos penales instituido por la ley 24.316, que, por una parte, procura evitar a las personas sometidas por primera vez a proceso, las nocivas consecuencias -entre otras, la estigmatización o señalamiento social, es decir *‘la pena de estar sentado en el banquillo’*- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, busca dotar al sistema penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad del trámite procesal en los casos de menor trascendencia criminal, para que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura, entiendo, igual que quien me precede en el orden de votación, que debe extremarse el cuidado en la concesión del beneficio en análisis...Máxime cuando, según lo sostenido en el requerimiento de elevación a juicio y con el grado de probabilidad propio de las demandas penales que suscriben los representantes del Ministerio Público Fiscal (CPP, 6 y 334/5), en autos habríase verificado un abuso por parte del accionado en la autorización reglamentaria para la tenencia y portación de armas de gran potencialidad ofensiva, reservadas, como norma, para las fuerzas encargadas de la seguridad pública...Siendo de ese modo, creo preferible la continuidad del proceso antes que homologar la suspensión acordada por los intervinientes...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 356, “Cisilino, Sebastián s/ resistencia a la autoridad, agresión etc.”, [P.], del 04/08/00, R. 163/00).

PRUEBA

Apreciación: libertad probatoria, sana crítica, standard de razonabilidad (JO, C. 258, C. 172)

“...El actual sistema procesal vigente consagra el principio de *‘libertad probatoria’*, por el cual todo se puede probar y por cualquier medio lícito, siempre que sea pertinente y vinculado al objeto (CPP, 209). Pero dicha norma no puede ser escindida de la mentada en el artículo siguiente, que establece como exigencia de la valoración de la prueba la expresión de la *‘convicción sincera’* -entendida como una *‘sana crítica racional’*-, *‘con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción’* (210). Entiendo, en su consecuencia, como concreta tarea del juzgador, la de *‘ponderación’*, o aplicación del denominado *‘standard de razonabilidad’*, según la sana crítica, el entendimiento recto, las leyes del pensamiento, la psicología, la experiencia y los conocimientos científicos; pero siempre teniendo en cuenta que son las pruebas las que

condenan o su ausencia la que absuelve, jamás la discrecionalidad de los jueces, ya que la sentencia debe ser el fruto racional de las pruebas valoradas conforme dichas reglas, que son las que deben llevar a poder concluir en forma certera que se encuentra acreditado tanto el cuerpo del delito, o exteriorización material de una conducta típica, como la autoría jurídicamente responsable de un sujeto sometido a proceso...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

“...Clara es la norma procesal establecida por el art. 367 del Código Ritual, en su primera parte: *‘A la acusación incumbe la prueba de la culpabilidad del acusado...’*, lo que guarda total armonía con el principio de *‘inocencia’*, de raigambre constitucional receptado expresamente por el art. 1° del mismo cuerpo legal, el cual en su parte pertinente expresa: *‘Nadie podrá... ser declarado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal... En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado’...*” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

“...Con razón se ha dicho que el arte del proceso es el arte de la prueba, y que *‘lo probado es lo bueno’*, y así tradicionalmente se ha venido sosteniendo que, en el ámbito del derecho penal, la parte acusadora debe destruir el apuntado principio de *‘inocencia’*... El actual sistema procesal vigente consagra el principio de *‘libertad probatoria’*, por el cual todo se puede probar y por cualquier medio lícito, siempre que sea pertinente y vinculado al objeto (CPP, 209). Pero dicha norma no puede ser escindida de la mentada en el artículo siguiente, que establece como exigencia de la valoración de la prueba la expresión de la *“convicción sincera”* -entendida como una sana crítica racional, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción (CPP, 210)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio”, [J.O.], del 5/09/00, R. 151).

Convencimiento, diversos estadios: certeza, probabilidad, duda (JO, C. 258)

“...Para condenar, el Juez debe estar *‘convencido’*, es decir, encontrarse certeramente dentro del campo de la *‘lógica de la certeza’*. Es por ello que es importante diferenciar nitidamente los distintos estadios del convencimiento humano, o sea, el juicio de *‘certeza negativa’*, de la *‘simple probabilidad’*, y de la *‘absoluta certidumbre’*, ya que esta última, en grado apodíctico, es la única que puede fundar un pronunciamiento condenatorio (conf. CSJN, S 232 XXII, 1-12-88, ‘Scalzone s/ robo’, en ED 23-6-89, M 705 XXI 7-6-88 en ED 4-11-88; CN Casación Penal, Sala I 25-11-97 en ‘G.J.G s/ rec. casación’, en ED 10-9-98, e/o). En otras palabras, el juzgador debe tener la *‘firme convicción de estar en posesión de la verdad... y si no se consigue llegar a la certeza corresponde la absolucón’* (cfr. Cafferata Nores, José I. en ‘La prueba en el proceso penal’, edit. Depalma, Bs. As. 1.998, 3ª edición, págs. 8 y 14)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

“...Germán Bidart Campos refiriéndose al principio *‘in dubio pro reo’*, con la sagacidad y lucidez que lo caracteriza, hace un juego de palabras expresando que *‘el interrogante es: cuándo hay una duda que sin duda permite aplicar el principio de la duda’* (cfr. ‘La duda en la aplicación del beneficio de la duda en materia penal’, en el ED, 143-243). *‘Certeza’*, según la Real Academia Española, es *‘conocimiento seguro y claro de alguna cosa’*, *‘firme adhesión de la mente a algo concebible, sin temor de errar’*. Y en igual sentido *‘evidencia’* es *‘certeza clara, manifiesta y tan perceptible, que nadie puede racionalmente dudar de ella... certidumbre de una cosa de modo que el*

sentir o juzgar lo contrario sea tenido por temeridad' (ver 'Diccionario de la Lengua Española', 21ª edición, Madrid 1.992, págs. 466 y 927). Por el contrario, para ese mismo jerarquizado organismo, *'duda'* es *'suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones'*, mientras que *'probabilidad'* es *'verosimilitud... que puede suceder'* (cfr. 'Diccionario...', op. cit., págs. 780 y 1.670). Y así la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha expresado que, existiendo sólo cierto grado de probabilidad, sobre los temas esenciales a decidir, corresponde estar a lo más favorable al procesado (P. 35. 272, e/o)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, "Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

Ocultamiento de prueba (I, C. 477)

"...Que con respecto a la ocultación de prueba favorable a la defensa, es decir, de las fotocopias certificadas que obran agregadas por cuerda, pertenecientes al expediente civil "T.C.E. SA c/ M., R. s/ ejecución", lo petitionado por el defensor no puede prosperar, toda vez que el representante del Ministerio Público dispuso la oportuna extracción de todas las copias de dichos actuados, mencionándolos incluso en la propia requisitoria de elevación a juicio (CPP, 334/5), sin mediar ninguna objeción por parte de la defensa, hasta la audiencia preliminar, por lo que cabe considerar, al igual que lo hiciera el Fiscal de Juicio, que la ponderación de un modo distinto de esta prueba por parte del Fiscal Instructor no puede ser tenida como el ocultamiento que sanciona el código ritual..." (Por unanimidad, causa n° 477, "Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de instrumento público", [I.], del 6/12/00, R. 298/00).

RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO

Albunes policiales, identificación, validez y valor probatorio (JO, C. 188)

"...Es de la esencia de toda pesquisa realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de hechos delictivos, siempre a condición de valerse de medios lícitos. La exhibición de fotografías de posibles sospechosos, o del denominado *'álbum de malvivientes'*, por ejemplo, no constituye un acto ilegal, salvo que se pruebe su ocultamiento malicioso, o la inducción/coacción a señalar a determinados sujetos. Desprovista de estas notas contaminantes, como permite asegurarlo lo relatado por los testigos en la audiencia de vista de causa, la sola exposición de las fotos a los ojos de los damnificados, con el fin de orientar con éxito las investigaciones criminales, podrá disminuir o cancelar -dependen los casos- el valor demostrativo de ulteriores reconocimientos de personas, mas carece de aptitud para declarar la nulidad de estas diligencias procesales..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 188, "Gauna, José Adrián s/ robo", [J.O.], del 17/03/00, R. 32).

"...La previa identificación de fotos no invalida (en el sentido de su validez formal) la medida a la que aluden los arts. 257/9 del CPP, aunque, eso sí, pueda relativizar o diezmar la fuerza probatoria que le sería asignable. El primer reconocimiento, *'una vez fijado, por así decir cristalizado, dará al testigo la precisión y la estabilidad amnésica que buscaba, y cuando, después de la fotografía, se le presente la persona misma, la reconocerá según la fotografía más que según su verdadero recuerdo: se afirmará en su certeza subjetiva, auténtica o falsa, y ya no abandonará su presa'* (cfr. Gorphe, François en su clásica obra 'La crítica del testimonio', edit. Reus, 2ª edición, Madrid 1.949, pág. 237). Más drástico e intransigente es José Ignacio Cafferata Nore, cuando afirma que *'una vez aprehendido el señalado en fotografías, la policía no podrá practicar el reconocimiento personal. La manifiesta irreproductibilidad de este acto desde el punto de vista psicológico, exige dejarlo exclusivamente en manos de los jueces, sobre todo si, como en esta hipótesis, hay peligro de superposición de*

imágenes en la mente del reconociente, quien no sabrá a ciencia cierta si la imagen que obtiene en el reconocimiento judicial será confrontada con la aprehendida al cometerse el delito o con la obtenida en la identificación fotográfica... A poco de reflexionar sobre la naturaleza del reconocimiento, se advierte que se trata de un acto irreplicable; es decir, que no puede ser renovado en las mismas condiciones. Es que desde el punto de vista psicológico la diligencia se reduce, en último término, a la confrontación de dos imágenes -una percibida antes del proceso y la otra durante el acto- y a la formulación de un juicio de identidad o de diferencia entre ambos. De practicarse un segundo reconocimiento existirá siempre el peligro de que la imagen adquirida durante el primero persista en la mente del reconociente, superponiéndose, completando o sustituyendo la percepción originaria. Ello arrojará dudas acerca de que realmente sea esta última la que se confronte con la obtenida en el nuevo acto' (cfr. 'La prueba en el proceso penal', edit. Depalma, Bs. As. 1.986, págs. 142/3). Idéntico criterio expone Pedro J. Bertolino en 'El debido proceso penal' (LEP, La Plata 1.986, págs. 171/84, al referirse a 'un caso de nulidad de reconocimiento de personas en el proceso penal')..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 188, "Gauna, José Adrián s/ robo", [J.O.], del 17/03/00, R. 32).

"...Los errores de reconocimiento no pueden contarse; un volumen no bastaría para relatar todos los que han sido descubiertos, que, por lo demás, no han sido sino una pequeña parte. Se refieren sobre todo a las personas... Todo el mundo sabe a qué errores de reconocimiento exponen las fotografías, incluso las mejor hechas. Una imagen inanimada no podría nunca reemplazar la realidad viva" (sic), esas expresiones de Gorphe parecen premonitorias y por entero aplicables a la situación de Acuña en este proceso (cfr. op. cit., págs. 226 y 236).." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 188, "Gauna, José Adrián s/ robo", [J.O.], del 17/03/00, R. 32).

REINCIDENCIA

Constitucionalidad y cumplimiento parcial de pena en prisión preventiva. Facultades del Tribunal en el juicio abreviado (JA, C. 257)

"...Párrafos aparte me merece la condición de reincidente que, entiendo, reviste Gorosito (art. 50 del CP). En la audiencia de ratificación del acuerdo, nada se dijo sobre el particular, pero en la inteligencia que dicho estado interesa al orden público, considero que si ello resulta evidente, los Jueces estamos en la obligación de declararla, no afectando con ello el consenso al cual arribaran las partes, las cuales tan solo se tienen que limitar a pactar lo relativo a la calificación del hecho atribuido al agente y la pena estimada para el mismo (arts. 396 y ccdts. del CPP)..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 257, "Gorosito, Héctor Germán s/ robo", [J.A.], del 19/04/00, R.045).

"...Veamos ahora el porqué de su reincidencia, según mi opinión. La cuestión estaría centrada en estimarse que el lapso cumplido en prisión preventiva no puede ser considerada como pena a los fines de la reincidencia (art. 50 del CP). Se me dice que hay autorizadas opiniones en uno u otro sentido, pero como no es cuestión de elegir entre las opciones, trataré de fundar mi postura. Gorosito, si bien no ha tenido un régimen carcelario en sentido estricto, no es menos cierto que ese lapso en el cual ha estado privado de su libertad se tiene en cuenta al momento de efectuarse el pertinente cómputo -de pena-; que así también se tuvo presente al momento de otorgársele su excarcelación por estimarse que estaba en condiciones de obtener su libertad condicional -suponiendo su condición de penado-. Quiero significar con lo dicho que el argumento que en algunas situaciones a la prisión preventiva se la considere como una medida de coerción, medida cautelar, pena, etc., se traduce en definitiva a distintos nombres que corresponden a una misma situación fáctica: el hombre está privado

de su libertad. Y no se trata de querer minimizar la cuestión en análisis, sino que considero que a veces los abogados, en vez de esclarecer los temas jurídicos, los oscurecemos encerrándonos en discusiones bizantinas, producto la más de las veces, de cambios doctrinarios o jurisprudenciales y que a nada conducen...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...Para hacer más ameno mi pensamiento, esta discusión me hace acordar el caso de los estudiantes universitarios los cuales comienzan el estudio de su vocación con conferencias, cursos, libros, etc., y que con el transcurso del tiempo pareciera como que sucumben ante una barrera de principios y conceptos, acompañados con todos los refinamientos metafísicos habidos y por haber. Y una vez que han aprendido ese lenguaje, se sienten cómodos, si se quiere en esa especie de charlatanismo mental que hasta hace poco los confundía y entonces pareciera como que se sienten doctrinarios, juristas, etc. Volviendo al tema, usando mi lenguaje llano y simple, diré que, acorde con lo que dijera en párrafos anteriores en el ejemplo del cómputo de pena, como así también en lo referido a la excarcelación que se le concediera en su oportunidad a Gorosito, situaciones éstas en las que el lapso de prisión preventiva, se meritúa como pena, encuentro también identificación entre ambos conceptos -siguiendo con los ejemplos- en aquellos supuestos en los cuales al imputado se lo condena y pasó todo el tiempo detenido en una Comisaría. No es jurídicamente un penado, pero dicho lapso se tiene en cuenta como tal -pena- a los fines de concedérsele por ejemplo, la libertad condicional...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...Así también cuando al dictarse el decisorio, se da por compurgada la sanción impuesta con el *‘tiempo de prisión preventiva cumplida’*. En fin, entiendo que los ejemplos que surgen de la práctica tribunalicia abundan y excederían en definitiva los fines de este voto. En resumen entonces, mi postura se reduce a que así como se confunden, se mezclan los conceptos *‘pena’* y *‘prisión preventiva’*, dichos lapsos resultan computables a los fines de la declaración de reincidencia. Para completar mi pensamiento, entonces, y a pesar que entiendo que el sentido común no requiere refuerzo doctrinario ni jurisprudencial alguno, digo que el pensamiento aquí esbozado es el que vuelca en sus decisorios el Superior Tribunal de esta Provincia (P. 56.424, entre otros)...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Cámara Nacional de Casación Penal, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de Casación de la Provincia de Bs. As., se han decidido por la constitucionalidad de la reincidencia, como una forma de reiteración del delito, mediante la cual el sujeto demuestra su falta de arrepentimiento a pesar de haber sufrido en carne propia una privación de libertad, expresando así una suerte de desprecio por la amenaza penal. Han sostenido que razonable ha sido el fundamento del legislador, al contemplar de diferente manera situaciones que considera distintas, estableciendo un tratamiento especial a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del CP cometen un nuevo delito, respecto de aquellas otras que no exteriorizan esa persistencia delictiva; respetándose, de ese modo, el principio de igualdad ante la ley de raigambre constitucional (CN, 16)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...Compartidas consideraciones, éstas, sin perjuicio de las distintas posturas con relación al art. 50 del Código Penal en lo que respecta a los términos: “hubiere cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad”. Así Horacio Daniel Piombo - como integrante de la Sala I del Tribunal de Casación Provincial- en reciente voto (ver causa n° 542, ‘Ordinas, Nestor Luis’, 16/2/00), expresa que: *‘la ley establece un siste-*

ma de equivalencia sin distinguir o restringir efectos una vez operada la conversión o sentencia compurgada...’, agregando que: ‘no existe diferencia apreciable entre procesados y condenados en materia de tratamiento carcelario’. Recuerda, que la Suprema Corte -en P. 49.356 del 4/4/95- puntualizó que: ‘...la pena que se tiene por compurgada con la prisión preventiva es pena cumplida a los efectos del artículo 50 del CP...’ Concluye su voto en el sentido que: ‘...a los fines de la reincidencia cualquier tiempo de prisión es suficiente como cumplimiento parcial de la condena...’ En la misma resolución, el Juez Benjamín Sal Llargués, votando en minoría expresa: ‘...la pena y sólo la verdadera pena privativa de libertad puede determinar la aplicación al penado del tratamiento penitenciario que establecen las normas respectivas...’, agregando que son las que se refieren exclusivamente a los condenados como los únicos destinatarios de ese tratamiento. Sostiene que: ‘...el individuo evidencia ser persona refractaria al tratamiento que le fuera impartido durante el cumplimiento de la pena’. Agrega que ‘...la compurgación de la pena por la prisión preventiva soportada está instituida materialmente a favor de la persona que ha pasado en encierro el proceso... no puede alzarse en contra para considerar que ha recibido un tratamiento que en la realidad no le ha sido impartido...’ Y concluye en el sentido que: ‘la tesis de que cualquier tiempo de encierro y a cualquier título constituye el cumplimiento total o parcial de pena que exige el art. 50 del CP, es criterio violatorio... de la interpretación más restrictiva de penalidad que tiene hoy expresión concreta en la ley procesal -art. 3º del CPP-’...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...En igual sentido se ha expresado la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, al decir: ‘La nueva redacción del art. 50 del CP se aparta del régimen anterior... resulta necesario que el encartado haya cumplido efectivamente, en forma total o parcial, una condena privativa de libertad, pasada en autoridad de cosa juzgada, anterior al hecho del proceso en que se lo declara reincidente’ (causa nº 660, ‘Ayala, Carmelo s/ recurso de casación’, R. nº 987, del 30/10/97; ‘Muñoz, José’, 17/5/99, e/o, en ‘Suplemento de Jurisprudencia Penal’, ed. LL 24/3/00 págs. 10, 12 y 13 principalmente). La Sala II de esa Cámara Nacional, ha dicho que: ‘La reincidencia presupone que se haya ejecutado una porción de condena para que el sujeto haya experimentado la sensación de haber sufrido una pena privativa de libertad...ya que en virtud del principio de inocencia consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional sólo puede sufrir pena quien ha sido condenado por sentencia firme’ (causa nº 1.567, ‘Bartoli, Lidia’, 3/6/98, R. nº 202, en ‘Fallos de la Casación Penal. Selección de Jurisprudencia’, ed. Fabián J. Di Plácido, 199, pág. 296 y sgtes.). Por su parte la Sala I del mismo Tribunal ha sostenido que: ‘A los efectos de la reincidencia ha de considerarse que existe cumplimiento de la pena con la detención sufrida a partir que la sentencia condenatoria pasó en autoridad de cosa juzgada; la privación de libertad sufrida en prisión preventiva no es asimilable al sometimiento efectivo a una pena’, ‘...correspondiendo dejar sin efecto la declaración de reincidencia fundada en el cumplimiento de una pena bajo la forma de libertad condicional’ (‘Abet, José’, 10/7/94, en L. L. 1995-E pág. 152; ‘Sarmiento, Eduardo’, en LL 1995 C pág. 238; ‘Falconieri, Alejandro’, 4/3/98 L.L. 1998 C pág. 865)..” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa nº 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...En el caso que hoy nos convoca, el causante Gorosito, sufrió privación de libertad sólo en prisión preventiva, habida cuenta de haber sido excarcelado no estando la sentencia condenatoria firme y ello en virtud de las disposiciones procesales entonces vigentes conforme el principio establecido en el art. 13 del Código Penal. Por ello, y compartiendo la última postura jurisprudencial transcripta, por las motivaciones allí expuestas, es que entiendo, a diferencia de lo sostenido por del Dr. Martinelli, que el causante no debe ser considerado reincidente, en un todo de acuerdo a lo consensuado por Ministerio Fiscal y Defensa, por no darse la situación mentada en el art. 50 del CP, en cuanto a lo que al cumplimiento de pena respecta...” (Del voto de la Dra.

Arrola de Galandrini, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...El Tribunal en lo Criminal n° 3 deptal. decidió -por mayoría de opiniones- el controvertido tema de si corresponde declarar la reincidencia después del cumplimiento de una pena en prisión preventiva, en sentido idéntico al que propusiera quien me precede, aportando el Juez Daniel E. Adler valiosos datos empíricos, con trascendencia jurídica, de gran utilidad para responder a algunas de las punzantes observaciones formuladas por el Dr. Martinelli. Así, sostuvo que *‘en cuanto a la realidad de la persona sometida a encierro, la experiencia me ha demostrado que luego de la condena firme cesan las expectativas, angustias e incertidumbres propias de quienes no han sido sentenciados, y se posibilita entonces la ímproba tarea de readaptación social, en condiciones antropológicas, sociales, culturales, económicas, institucionales y psicológicas francamente desfavorables a tal propósito, lo cual explica el fracaso de la prisión en su cometido de evitar la reincidencia. Quien no ha sido declarado culpable por una norma heterónoma (sentencia condenatoria firme) difícilmente se considere tal, y esto dificulta las posibilidades reales de trabajar para la verdadera reinserción social, finalidad última del sistema penitenciario. Culpa y pena son realidades jurídicas íntimamente vinculadas, y sólo podrá ser efectivo el castigo penal a partir de la determinación de la culpa que recién se concreta con la pena’* (T.C. n° 3, causa n° 32, ‘Sisterna, José David s/ robo calificado’, del 23/8/99)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...Por mi parte, a pesar de la doctrina legal emergente de reiterados fallos de la Suprema Corte de Justicia provincial sobre la materia (P. 37.474, del 20/12/88; P. 41.334, del 12/12/89; P. 39.863, del 20/3/90; P. 46.755, del 7/4/92; P. 50.592, del 1/3/94; P. 56.325, del 4/6/96; P. 44.368, del 16/9/97; P. 55.102, del 17/2/98; P. 61.511, del 3/8/99; etc.), y ahora también de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense (causa n° 542, ‘Ordinas, Néstor Luis’, del 16/2/00, por mayoría), donde se predica la asimilación o equivalencia -entiendo que *‘in malam partem’*- de la prisión preventiva al cumplimiento total o parcial de la pena restrictiva de la libertad, al que alude el art. 50 del código sustantivo, del mismo modo en que se los equipara -aquí, *‘in bonam partem’*- a los fines de la libertad condicional (CP, 13), o del cómputo de las sanciones penales (CP, 24), considero que el encarcelamiento cautelar -por su naturaleza, desprovisto de finalidades correctivas o resocializadoras- no logra llenar aquel presupuesto indispensable de la reincidencia real...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R.045).

“...En efecto, esa corriente jurisprudencial bonaerense debe ser soslayada porque afecta principios esenciales al haberse hecho un uso indebido de la analogía en el ámbito del derecho penal. Luigi Ferrajoli ha demarcado con claridad ese linde, al exponer que *‘en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluida si es ‘in malam partem’, mientras que se la admite ‘in bonam partem’, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del ‘favor rei’, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad’* (cfr. ‘Derecho y razón. Teoría del garantismo penal’, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 382)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 257, “Gorosito, Héctor Germán s/ robo”, [J.A.], del 19/04/00, R. 045).

REQUISA

Automotor (JO, C. 275)

“...Y en cuanto a los casos de requisa de automotores, se ha sostenido que no resulta razonable extender a ellos la protección constitucional del domicilio, yendo

más allá del lenguaje expreso de la Carta Magna, sin dejar de admitir, incluso, el problema de la evidente movilidad del vehículo (ver Carrió, Alejandro, 'Garantías Constitucionales en el Proceso Penal', 3º edic., Edit. Hammurabi, Bs. As. 1.997, págs. 142/5, 266 y 269)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto causa nº 275, “Martín Nicolás Oscar y otros s/ robo agravado por su comisión en poblado y en banda”, [J.O.], del 6/10/00, R. 178).

ROBO

Consumación (JO, C. 118, C. 174, C. 80, C. 467)

“...Otra prueba de la consumación del robo lo es el que sólo se recuperaron setenta y cinco pesos de los ciento diez sustraídos. Como fundamento de lo expuesto en dicho sentido, téngase en cuenta que Carrere se encontraba contando el dinero malhabido, junto a otros sujetos, cuando llegó el hijo de la damnificada quien rescató sólo una parte de lo robado (conf. sentencia de este Tribunal en causa nº 21, ‘Pedraza, Miguel s/ robo’, del 9-3-99, R. 6/99; compartiendo la doctrina legal de la S.C.J.B.A. en P. 33.590, del 15-3-83; P. 49.740, del 28-6-94; P. 57.235, del 21-9-75; y Cám. Nac. de Casación Penal, Sala III, causas nº 981 del 21-5-97 y nº 512 del 6-5-97)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

“... Además de calificado por el empleo de arma blanca, el robo alcanzó el estadio de acción consumada, considerando que los sujetos activos no fueron constantemente perseguidos, y que pudieron disponer de la ‘*res furtiva*’, aunque haya sido por escaso tiempo y por una distancia apenas inferior al kilómetro (conf. causa nº 21, “Pedraza, Miguel s/ robo” sentencia del 9-3-99, R. 6/99, de este Tribunal nº1; compartiendo la doctrina legal de la S.C.J.B.A. en P. 33.590, del 15-3-83; P. 49.740, del 28-6-94; P. 57.235, del 21-9-75; y Cám. Nac. de Casación Penal, Sala III, causas nº 981 del 21-5-97 y nº 512 del 6-5-97)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 174, “Hermosi, Daniel Adán y Romero, José Alejandro s/ robo agravado”, [J.O.], del 14/04/00, R.043).

“...Es evidente que la consumación del robo quedó frustrada, debido a causas ajenas a la voluntad del causante Jaime (me refiero, a la oportuna intervención de Pagella y a la posterior persecución policial, sin solución de continuidad, que fue la que no permitió aquí que el ‘*iter criminis*’ alcanzara el estadio de acción perfeccionada), ya que el victimario no llegó a disponer de la “*res furtiva*”, al no haber podido disfrutar de ella, sin riesgos. Todo ello conforme lo ha venido resolviendo este Tribunal en las causas nº 21, ‘Pedraza, Miguel A. s/ tentativa de robo’, del 9/3/99, R. 6/99; nº 45, ‘Alvarez, Agustín s/ tentativa de hurto agravado, etc.’, del 25/3/99, R. 9/99; y nº 48, ‘Romano, Cristian M. s/ tentativa de robo agravado’, del 30/3/99, R. 10/99, entre otras.” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado”, [J.O.], del 22/05/00, R. 062).

“...No comparto esta última tesitura de los representantes del Ministerio Público, porque, para tener por consumado el robo, resulta decisiva la probada circunstancia de que la persecución de los malhechores no fue ininterrumpida; obsérvese que la policía recién logró detectarlos, e interceptarlos, a no menos de ocho o nueve cuadras del lugar en que se produjera el atraco, y un buen rato después que abandonaran al chofer... Esa distancia y esa fracción de tiempo, cortas por cierto, resultan suficientes para que los sujetos activos -tras apoderarse en forma ilegítima de lo ajeno, sacándolo de la esfera de custodia de la víctima- pudieran detentar, aunque sea fugazmente, el botín que les deparó el accionar ilícito...” (Del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres.

Dominella y Arrola de Galandrini, causa n° 467, “Eluchanz, Reinaldo Andrés s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 23/11/00, R. 212).

“...Respaldo el criterio apuntado en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: *‘Que medió un lapso entre el desapoderamiento y la detención queda establecido en función de los hechos que se consideran firmes; y su brevedad no obsta que el delito se considere consumado. Ha dicho esta Corte en reiteradas oportunidades que hay delito consumado cuando el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Y que si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo, aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviera en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado (P. 49.018, 14-XII-93; P. 44.046, 21-XII-93, e/o)’* (P. 41.511, *‘Naya, Darío Adalberto s/ priv. ilegal de la lib. y robo’*, del 12/9/95, publ. en D.J.J. del 27/11/95, págs. 6.259/60; P. 52.074, *‘Lobo, Marcelo Alberto s/ tent. robo calif.’*, del 25/4/95, publ. en D.J.J. del 14/8/95, págs. 4.031/2; P. 49.616, *‘Budzovsky, José Eduardo s/ robo calif.’*, del 24/10/95, publ. en D.J.J. del 6/3/96, págs. 949/51)...” (Del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Arrola de Galandrini, causa n° 467, “Eluchanz, Reinaldo Andrés s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 23/11/00, R. 212).

“...En pocas palabras, entiendo con Nelson Pessoa que para una correcta delimitación de la tentativa es necesario remitirse al tipo penal para saber qué es lo prohibido (cfr. *‘La tentativa’*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1.998, pág. 110), y siendo que en el robo *‘lo prohibido’* consiste en el apoderamiento ilegítimo mediante fuerza en las cosas o violencia en las personas, el autor recién consuma (agota) ese delito - en su figura básica o en cualquiera de sus modos agravados- cuando puede ejercer actos de poder sobre los bienes ajenos, circunstancia de hecho que, en la especie, estimo debidamente acreditada con los plurales constancias analizadas...” (Del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Dominella y Arrola de Galandrini, causa n° 467, “Eluchanz, Reinaldo Andrés s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 23/11/00, R. 212).

ROBOS AGRAVADOS

Con el uso de armas. Concurso con el delito de resistencia a la autoridad (JO, C. 433).

“...En cuanto a la agravante (del robo) con el uso de arma el maestro Sebastián Soler explica, refiriéndose a la interpretación de la calificante prevista en el art. 166 inc. 2° del Código Penal, que *‘la ley exige que el robo haya sido cometido con armas, lo cual no quiere decir que el ladrón simplemente las tenga, por lo cual creemos francamente infundado plantear dudas a este respecto frente al texto de nuestra ley...’* Agrega que, entre los antecedentes de nuestra normativa, Tejedor *‘era aún más explícito, pues se refería al que roba empleando armas’* (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, tomo IV, n° 114, ed. Tea, Bs. As. 1.978, págs. 266/7)... Por su parte Carlos Creus expresa que *‘el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de esa acción... disparándola, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente; el robo no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado arma... el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación; la utilización del arma... con posterioridad (para lograr el fin propuesto o la impunidad), no sirven para calificar, sino que dejan vigente la figura del art. 164’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, tomo I, ed. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 456)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 433, “Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo

agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra”, [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

“...Para entender el momento en que debe ser el arma utilizada o empleada para calificar el robo, estimo de interés transcribir, una vez más, lo expresado por Soler, en el sentido que *‘resulta una razonable limitación temporal con respecto a las acciones posteriores dotadas del poder de transformar un hurto consumado en un robo ...no puede entenderse... referidas a cualquier tiempo posterior, porque entonces todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación. La expresión ‘después de cometido’ no está empleada en el sentido indefinido con el cual se dice ‘después que cumplí los veinte años’...*’ Y acota que *‘la expresión agregada por la ley 17.567 ‘inmediatamente después’ aclara bien el sentido, se refiere al mismo contexto de acción, tiempo inmediato al del apoderamiento’* (op. cit., pág. 254). Por ende, la circunstancia de haber sido suprimido el adverbio *‘inmediatamente’*, por reformas posteriores (ley 23.077), a mi criterio, no varía la razonable interpretación explicada por este autor, al sostener que quedan atrapados actos posteriores de violencia, sólo, si fueron efectuados en un contorno fáctico inmediato ulterior al contexto del desapoderamiento...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 433, “Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra”, [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

“...Carlos A. Tozzini al referirse al concurso entre el delito de robo y resistencia afirma: *‘Cuando la violencia con miras a lograr la impunidad, la ejerce el ladrón dentro del marco inmediato del robo... parece obvio que se debe aplicar en estos casos el criterio del concurso ideal de tipos penales entre el robo y la resistencia’*. Y más adelante agrega: *‘Si, en vez, a la reacción le falta el requisito mencionado de la inmediatez con respecto al tiempo y lugar del apoderamiento, puede darse un concurso real entre ambos delitos... si el apoderamiento previo no se realizó con los medios comisivos calificantes’* (cfr. ‘Los delitos de hurto y robo’, edit. Depalma, Bs. As. 1.995, pág. 268/9)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 433, “Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra”, [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

“...Por su parte la Sala VII de la C.C. y C. de la Capital Federal, resolvió que si el robo ya estaba consumado, puesto que durante la persecución perdieron de vista al colectivo, en que fugaba el acusado, los disparos con el arma de fuego, que efectuó el delincuente contra los funcionarios policiales y penitenciarios que lo perseguían, configuran el delito de resistencia a la autoridad que concurre materialmente con el de robo (causa 15.410, ‘Tito, Antonio’, del 30/7/91, en J.P.B.A., año 1.991, n° 4 pág. 354, cit. por Tozzini en op. cit., pág. 271)...Concluyo esta parte citando la opinión de Eusebio Gómez para quien *‘la violencia posterior al robo, para asegurar su impunidad, debe ser inmediata. La ley no lo dice, pero hay una razón que lo impone: si entre el robo y la violencia media un sensible espacio de tiempo o de lugar, la conexión desaparece. Decidir cuándo puede considerarse que la conexión subsiste, es cuestión de hecho que no podría resolverse con el auxilio de fórmulas abstractas’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, Cía. Argentina de Editores, Bs. As. 1941, tomo IV, pág. 135)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 433, “Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra”, [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

“...Los elementos constitutivos del robo resultan ser: a.) un apoderamiento ilegítimo; b.) de cosa mueble; c.) ajena, en todo o en parte; y d.) fuerza en las cosas, durante la ejecución, o violencia física en las personas, antes, durante o después de la

concreción del delito... Ahora bien, de los elementos indicados, los tres primeros resultan ser comunes al hurto (CP, 162) y al robo (CP, 164), diferenciándolos el cuarto elemento, por lo que se puede decir que el robo, no es sino un hurto cometido con fuerza o violencia... La figura base sería el hurto -apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble y ajena-, y partiendo de ahí los matices o ingredientes que se pudieran agregar, cambiarían o agravarían la conducta desplegada por el agente..."(Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 433, "Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra", [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

"...El Fiscal, según yo lo entiendo, parte en su argumento, no del hurto (CP, 162), sino directamente del robo simple (CP, 164), y de allí pretende escalar a la figura contemplada en el art. 166, inc. 2° del CP, entendiendo que existe un concurso ideal con la actitud del acusado de disparar en contra del funcionario policial que lo perseguía, pensamiento éste del cual no participo... Hubo un desapoderamiento con violencia en las personas, de ello no tengo dudas -forcejeos, lesión en uno de los ojos de la víctima-, pero dicha acción la estimo consumada con la fuga... Destaco que hubo un momento, hasta que llegara la policía, en el cual el acusado, desapareció de la vista de sus perseguidores, y el taximetrero, una vez arribada ésta, se limitó a decir: 'se fue por ahí...', señalando la dirección en que huía el caco... El pretender extender la acción del causante y hacerla llegar hasta la agresión armada de la que fuera objeto el diligente y destacado policía, no se adecua a lo realmente sucedido, ni a lo normado en nuestro Código Penal... El disparo realizado por el acusado durante la persecución, resultaba ajeno al robo, tenía un fin distinto a éste por cuanto, estimo, la intención del malviviente era la de escapar al accionar del suboficial... En resumen, no existía una relación directa entre uno y otro hecho..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 433, "Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra", [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

"...A mayor abundamiento, no podemos olvidar la razón de ser de la calificante prevista en el art. 166, inc. 2° del CP; es decir: a.) la real situación de peligro para la propia víctima, que está dada por el empleo de un arma propia o impropia en la ejecución de un robo, y b.) el incremento de la intimidación. Yendo ahora al caso que nos ocupa, entiendo que resulta claro que el ilegítimo desapoderamiento al taximetrero, ya se había concretado. La víctima no corría ningún riesgo en su integridad física, y el disparo efectuado por el imputado considero que lo hizo, pura y simplemente, para no ser alcanzado por quien lo perseguía..."(Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 433, "Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra", [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

"...En referencia al primero de los injustos '*sub judice*', el Agente Fiscal ha pretendido en sus alegatos llegar al robo agravado del art. 166, inc. 2° del Código Penal, haciendo uso de la fórmula básica del robo, en cuanto ésta -a diferencia del hurto, del art. 162- permite considerar como tales a los apoderamientos ilegítimos consumados no sólo con fuerza en las cosas, sino también -y esto es lo que interesa resaltar en autos- con violencias físicas ejercidas antes, durante y después del acto, en este último caso 'para procurar su impunidad' (CP, 164)...Sin embargo, la parte acusadora no ha logrado probar que el robo se haya cometido 'con armas', cual es la condición específicamente exigida en el tipo que invocó como aplicable al caso, sino que 'después de cometido (el robo, se empleó un arma de fuego) 'para procurar la impunidad', lo cual excede de la estricta enunciación legal del art. 166, inc. 2° del CP..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 433, "Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra", [J.O.], del 18/12/00, R. 232).

Efracción de vidrios de ventanas o ventanales (JO, C. 80; JA, C. 369)

“...Respecto de la fuerza ejercida sobre el vidrio de la ventana del living, ha sido adecuada y suficiente para vulnerar esa defensa de cerramiento, puesta como protección propia en la morada de la familia, creadora de una efectiva esfera de vigilancia, como defensa o salvaguarda de peligros a correr, simultáneamente, por las personas de sus moradores y por sus bienes. Ese ha sido el criterio sentado por este Tribunal en lo Criminal desde sus primeros pronunciamientos, como en la causa n° 23 ‘Mansur, Raúl Leonardo y Ulloa Durán, Sergio Gregorio s/ tentativa de robo doblemente agravado’, del 17/4/99, R. 14/99, conforme a lo ya sostenido en causa n° 48 ‘Romano, Cristian M.’, ambos con primer voto de mi parte, y con cita de diversos fallos de la SCJBA., a saber: P. 32.007, del 2/8/83; P. 37.313, del 20/6/89; P. 49.524, del 25/8/92; y P. 47.063, del 15/7/97, entre otros...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado”, [J.O.], del 22/05/00, R. 062).

“...Es que la rotura del vidrio ha significado el ejercicio de fuerza sobre uno de los elementos constitutivos de la ventana en que estaba colocado, delimitando el hogar habitado con el sector externo de la vivienda. Se ha violado, entonces, una de las protecciones de esa morada, encuadrable claramente en el concepto de fractura mentado por el art. 167, inc. 3°, del Código Penal (cfr. Soler, Sebastián, en ‘D.P.A.’, edit. Tea, Bs. As., 1.978, t. IV, págs. 267 y sgts.; y Fontán Balestra, Carlos, en ‘T.D.P.’, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.989, t. V, págs. 566 y sgts.; e/o). Y así, sin desconocer la existencia de otras posturas jurisprudenciales y doctrinarias, sostenidas por autores como los citados por la defensa, siendo titular del disuelto Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 7 siempre compartí la postura de aquellos que consideran que la fractura del vidrio supone la de la ventana, ya que ésta se compone no sólo de las hojas, sino también de los cristales, correspondiendo tener en cuenta que *‘la calificante por fractura... no se vincula necesariamente con el grado de violencia empleada, sino que la acción resulta atrapada por la circunstancia agravante en tanto se vulnera la protección propia de la morada que fuera objeto de la acción típica’* (SCJBA., P. 37.313 del 20/6/99; P. 37.143 del 29/8/89; e/o). Contundente y a la vez clarificadora, estimo la afirmación de Carlos A. Tozzini, citando al maestro Soler, en el sentido que *‘la mención de las ‘ventanas’ por parte de la ley, impone el razonamiento que incorpora también a los vidrios comunes, que por lo general las integran, y es a veces utilizado como su material principal, pues basta que esas defensas alcancen a constituir un ambiente de protección y vigilancia internamente ejercida’* (cfr. ‘Los delitos de hurto y robo’, edit. Depalma, Bs. As. 1.995, pág. 331)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado”, [J.O.], del 22/05/00, R. 062).

“...Ni el forzamiento de la reja protectora, ni la rotura de la vidriera de un local comercial, autoriza a calificar la figura básica del hecho al no haberse establecido la existencia de un *‘lugar habitado’*, o la proximidad de sus dependencias inmediatas, en los términos del art. 167, inc. 3° del CP. Insisto, el hecho no ha pasado de ser una tentativa de robo simple (CP, 42 y 164), como lo hiciera consignar el Fiscal Instructor, al término de la declaración del imputado...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 369, “Juárez, Juan Abel s/ robo agrav. por el uso de arma y otros”, [J.A.], del 31/05/00, R.071).

En banda: concepto (JA, C. 369)

“...No hay banda por la sola circunstancia de ser tres los ladrones que atacan la propiedad ajena; es necesario también que lo hagan de manera mínimamente organizada o planificada, por ejemplo, con distribución de los roles ejecutivos. Tratándose, entonces, de una simple pluralidad de sujetos activos, considero que en la especie no está configurada la agravante del art. 167, inc. 2º del CP. Sobre el punto, ya es criterio reiterado de este Tribunal que *‘la actuación en poblado ‘y en banda’ (CP, 167, inc. 2º), no es el mejor encuadramiento típico de las conductas de autos, donde se advierte más bien un obrar ilícito espontáneo e improvisado, que una realización preparada y, aunque sea, mínimamente organizada’* (causa nº 10, ‘Gómez, Ricardo y Herrera, Oscar s/ robo’, del 28/10/98, R. nº 9). *‘La razón de la mentada calificante, que aquí deberá ser excluida, reside en que con la pluralidad de autores, en la banda, no sólo corren peligro los bienes ajenos, sino la propia integridad física de la víctima, situación que no cabe asimilar a los casos, como el presente, en que la actividad de los ladrones se limita a ejercer fuerza en las cosas’* (causa nº 71, ‘Díaz, Martín Néstor y Laz, Sebastián Ismael s/ tentativa de robo agravado’, del 9/7/99, R. nº 37)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 369, “Juárez, Juan Abel s/ robo agrav. por el uso de arma, etc.”, [J.A.], del 31/05/00, R. 071).

Escalamiento (JO, C. 80)

“...También se ha puesto de manifiesto en este hecho el arrojo en el obrar delictivo del procesado, consistente en una ágil superación corporal de plurales y variados obstáculos que custodiaban la propiedad, al penetrar trepando techos de entre dos y tres metros de altura. Por ello, se está frente a un indudable escalamiento típico (así lo ha entendido en casos análogos este Tribunal, por ejemplo, en las causas nº 48, *‘Romano, Cristian M.’*, y nº 23, *‘Mansur, Raúl Leonardo y Ulloa Durán, Sergio Gregorio s/ tentativa de robo doblemente agravado’*). Con acierto se ha sostenido que la agravante por el escalamiento se funda en no detenerse el autor ante el reparo o cercamiento que defiende la cosa, al violar la defensa privada preconstituída, venciendo o superándola con el propio cuerpo mediante un esfuerzo puesto de manifiesto en el accionar, y que en el caso el Fiscal de Juicio metafóricamente describiera como la *‘destreza propia de un alpinista’* (cfr. Soler, Sebastián, en ‘D.P.A’, tomo IV, pág. 222 y sgts.; Nuñez, Ricardo C., en ‘D.P.A., Parte Especial, V’, pág. 207 y sgts.; y Fontán Balestra, Carlos, en ‘T.D.P.’, tomo V, pág. 473 y sgts.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 80, “Jaime, Diego Ceferino s/ robo agravado por efracción y tentativa de robo doblemente agravado”, [J.O.], del 22/05/00, R. 062).

Lugar habitado, concepto (JA, C. 285)

“...Sin mengua de la función casatoria que en casos particulares, y en última instancia, le puede corresponder a ese Altísimo Tribunal, me aparto de su doctrina, desde que no la comparto, ni la entiendo legal o moralmente imperativa... El *‘lugar habitado’*, o sus dependencias inmediatas, que agrava el robo cuando éste se hubiera perpetrado con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana (CP, 167, inc. 3º), no tiene, a mi parecer, un sentido jurídico diferente del gramatical; es decir, el lugar debe estar, efectivamente, habitado u ocupado (aunque en forma momentánea o circunstancial sus moradores estén ausentes), para llenar el ingrediente típico, cuyo alcance debe ser interpretado siempre en forma restrictiva por constituir un aspecto esencial de la prohibición penal. No es lo mismo -ni semántica, ni jurídicamente- el ‘lugar habitado’ de la hipótesis legal del art. 167, inc. 3º del CP, que el *‘lugar habitable’*. Este es potencial; aquél efectivo. El tipo calificado requiere, entonces, la fusión de un modo comisivo particular (la perforación o fractura de...), y de un ámbito espacial preciso (el lugar habitado o sus dependencias adyacentes), recaudo éste que no queda satisfecho con las constancias de autos donde el titular de la ac-

ción penal pública no lo ha probado (CPP, 6 y 367). Es más, el Fiscal ha renunciado explícitamente a hacerlo al subsumir el intento delictivo -no perfeccionado, por razones ajenas a la voluntad del malhechor: CP, 42- en la figura básica que enuncia el art. 164 del Cód. Penal... Por lo tanto, el acuerdo alcanzado por las partes en la materia resulta plenamente compatible con las exigencias del ordenamiento penal sustantivo, debiendo quedar calificado el hecho en juzgamiento como tentativa de robo, simple (CP, 42 y 164)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 285, “Pugliesi, Carlos Adrián s/ robo automotor, etc.”, [J.A.], del 31/03/00, R. 040).

ROBO SIMPLE

Arrebató (JA, C. 508)

“...Entiendo, con Eusebio Gómez, que *‘la distinción entre robo y hurto es tradicional en nuestro derecho. Ya la proponía el Proyecto Tejedor, reproduciendo, en una de sus notas, las siguientes palabras de Pacheco: ‘El robo, técnicamente hablando, ha sido siempre entre nosotros el apoderamiento por fuerza, de cosas muebles o semovientes, como el hurto ha sido el apoderamiento por astucia y a escondidas, como la usurpación es el apoderamiento de inmuebles o de derechos’...*’ (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, Cía. Argentina de Editores, Bs. As. 1.941, tomo IV, pág. 126). Según Carlos Fontán Balestra, *‘no es fácil establecer, con carácter general, qué intensidad debe tener la violencia, ni parece que el criterio a tomar en cuenta deba ser el de la cantidad. Sólo importa señalar que no es preciso que con ella se venza una resistencia predispuesta, es decir, opuesta especialmente al apoderamiento’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.989, tomo V, pág. 541). Pero tanto él como Soler coinciden en afirmar que *‘el que de un tirón arrebató a una señora su cartera, comete robo y no hurto, aunque para ello no haya debido hacer gran despliegue de fuerza. Este caso, es, en realidad, el que constituye el ejemplo típico de la rapiña’* (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, Ed. Tea, Bs. As. 1.978, tomo III, pág. 252). Por lo tanto, estimo que la expresión *‘violencia física en las personas’*, contenida en el tipo del art. 164 del Cód. Penal, consiste en cualquier tipo de agresión realizada sobre el sujeto pasivo, sin necesidad de lesionarlo o lastimarlo, para vencer su resistencia a la desposesión del objeto...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Dominella, causa n° 508, “Correa, Mario César s/ ttva. de robo”, [J.A.], del 24/11/00, R. 219).

SENTENCIA

Necesidad de motivación. Ponderación de los intereses en conflicto (JO, C. 258)

“...Exigencia fundamental, que hace al debido proceso, es la necesaria motivación de una decisión judicial, como exteriorización del pensamiento del juzgador. Esa argumentación debe estar basada en un razonamiento autosuficiente, a fin de demostrar, justificar y explicar, o sea, dar razones de lo resuelto. Todo ello dentro de un marco de razonabilidad, como derivación del derecho vigente, aplicado a las circunstancias comprobadas y con arreglo a las reglas de la sana lógica que gobiernan el pensamiento, de manera que la sentencia resulte ser una proyección al caso concreto de las normas jurídicas de carácter general, evitando incoherencias, contradicciones, desvíos o absurdos notorios, a fin de no caer en *‘arbitrariedad’* (CSJN, ‘E. de A.S. M.’, 24-11-98, e/o). Como toda controversia, la sometida a votación exige una elección entre las diversas opciones que se presentan en conflicto, o sea, entre libertad y seguridad, individuo y sociedad, garantía y eficacia. Al concretar una de las posibles alternativas, debe procurarse no alterar el delicado equilibrio y armónico ejercicio de los intereses en pugna, teniéndose, por guía el constitucional *‘derecho a la jurisdic-*

ción' que asegura a todos por igual -imputados y ofendidos- la posibilidad de obtener una sentencia fundada, emanada de un tribunal imparcial (conf. CN, 18, Convención Americana de Derechos Humanos, 8º párr. 1º; CSJN, 'Santillán, Francisco' 13-8-98 en L.L. 28-9-98 págs. 21 y sgtes, e/o). La Corte Suprema de la Nación, ha expresado que *'hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo 'in concreto', y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia... en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos...'* (CSJN, 'Oilher, Juan', 23-12-80 en L.L. 1981 C. págs. 67 y sgtes. e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

“...También el Superior Tribunal ha sostenido que las disposiciones del orden procesal no se reducen a una mera técnica de organización formal de los juicios, sino que tienen por finalidad y objetivo, ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr, justamente, la concreción del valor justicia en cada caso, salvaguardando la garantía de la defensa en juicio (CSJN, 'Catedral Turismo SA', 17-3-98, e/o). Tal lo he venido expresando en votos anteriores, *'resorte de la función jurisdiccional resulta el conocido como standard de razonabilidad, debiendo servir de guía al juez para aplicar la ley según las circunstancias especiales de tiempo y lugar (cfr. Marienhoff, Miguel y otros en 'Homenaje a Juan Francisco Linares... la razonabilidad en el Derecho' en Anticipo de Anales año XXXVIII Segunda Epoca nº 31 pág. 17 ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.). El juzgador debe actuar en el caso concreto como fiador de la efectividad de las garantías, teniendo en cuenta todas aquellas que pueden encontrarse en conflicto (cfr. Morello, Augusto, 'Perfil del Juez al final de la centuria', en L. L. 9-6-98 pág. 1 y sgtes.)'* (ver mis votos en causas nº 5, 'Wlasic, Juan Carlos s/ acción de amparo', 22-10-98, R. 6/98; nº 218, 'Gómez Alicia y otra s/ defraudación', 16-6-00 R. 114/00, e/o). Bien ha venido afirmando el maestro Augusto M. Morello, que la Corte Suprema ha comprendido los nuevos fines procesales en forma sorprendente, por no decir notable, *siempre que se respete la garantía del debido proceso*, y por ello es que ha sostenido que las limitaciones formales no deben prevalecer sobre el fondo, considerando que el exceso de rigorismo formal puede menoscabar, incluso, el derecho de defensa, debiendo los magistrados custodiarlas, pero teniendo en cuenta el fin último de las mismas, o sea, la realización del derecho (cfr. 'El moderno derecho procesal', en L. L. 10-5-93, págs. 1 y 2)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

SOBRESEIMIENTO

Improcedencia durante el debate (JO, C. 118)

“...Le asiste razón al Agente Fiscal quien discrepó, en la audiencia oral, con la petición de la Defensa y, además, con las consecuencias que, eventualmente, traería aparejado en este juicio el rechazo del sobreseimiento auspiciado por ella, considerando que de ningún modo se están violentando derechos y/o garantías fundamentales, ni incurriendo en causales de nulidad absoluta, como las anunciadas por la defensa. Y por lo tanto estimo que debe arribarse a la precedente conclusión ya que, si fuera aplicable al caso lo normado en el art. 326 del CPP, *que no lo es en esta etapa del procedimiento*, el Fiscal General Departamental ha tomado conocimiento de la situación generada en autos, y proveído acusador, con lo cual se ha puesto de manifiesto que se mantiene vigente el interés del titular del Ministerio Público por la acción penal en este proceso, a partir del escrito donde se requiere la citación del causante a juicio (CPP, 6 y 334/5). Por lo demás, tampoco, resulta aplicable lo normado en el art. 341

del CPP al haber precluido, la oportunidad de la solicitud y dictado de un sobreseimiento por haberse ya iniciado el debate, equivocando, de este modo, y una vez más, la defensa el camino procesal a seguir...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R.042).

“...En respuesta a la cuestión planteada por la defensora debo recordarle que el codificador separó perfectamente tres momentos o fases del proceso, oportunidades en las que podrían tener cabida situaciones semejantes, pero de ninguna manera iguales, a las que dieran lugar a su reclamo preliminar, aunque no siempre con las mismas consecuencias jurídicas. Así: a.) En primer lugar, durante la etapa instructoria se ha reglado en el Título IV (Sobreseimiento) del Libro II (Investigación Penal Preparatoria), que las partes *‘en cualquier estado de la Investigación Penal Preparatoria, podrán solicitar al Juez de Garantías que dicte el sobreseimiento...’* (CPP, 321), y *‘si el Juez no estuviere de acuerdo con la petición de sobreseimiento formulada por el Fiscal, se elevarán las actuaciones al Fiscal de la Cámara de Garantías...’* (CPP, 326, 1ª parte), fijándose en el segundo párrafo de esa norma un procedimiento semejante al del derogado Código Jofré cuando trataba en el art. 216 (ley 3.589) acerca del sobreseimiento por acuerdo de fiscales. b.) Luego, muy distinta es la situación que se plantea en la etapa intermedia, donde sólo es admisible el sobreseimiento *‘si en cualquier estado del proceso, con posterioridad a la oportunidad dispuesta en el art. 338, por nuevas pruebas, resultare evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad..., para cuya comprobación no sea necesario el debate, el Tribunal podrá dictar el sobreseimiento’* (CPP, 341). Al decir *‘podrá’* (341), el legislador ha querido marcar una distancia clara con la hipótesis anterior, donde a causa del acuerdo de los Fiscales durante la IPP, *‘el Juez resolverá en tal sentido’* (CPP, 326, 2ª parte). c.) Por último, exclusivamente para el juicio oral y público se ha previsto la posibilidad de que *‘si en cualquier estado del debate el Ministerio Público Fiscal desistiese de la acusación, el Juez o Tribunal, absolverá al acusado’* (CPP, 368, ‘in fine’)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

“...Como he resumido *‘supra’* no es posible mezclar o confundir tres situaciones bien distintas, que se refieren a otras tantas etapas del nuevo proceso penal, claramente delimitadas por el legislador, y donde resulta evidente que en ellas las condiciones y las consecuencias de la actitud asumida por el Ministerio Público no pueden ser equiparadas; a menos que se plantee la inconstitucionalidad de alguna de tales previsiones adjetivas, cuestión que la defensa no ha formulado. Pero, además de que la opinión del Fiscal sobre la procedencia del pedido de sobreseimiento en la etapa intermedia, no era vinculante para este Tribunal en lo Criminal (en razón del *‘podrá’* del citado art. 341 del CPP, y de su notoria diferencia tanto con las analizadas previsiones de los arts. 321 y 326, sólo aplicables para la IPP, como con las del 368 ‘in fine’, sólo utilizables en el desarrollo del debate), quiero apuntar otro grave error de la peticionante al creer que aquella manifestación de voluntad del Fiscal implica, sin más, la imposibilidad de realizar el juicio pleno por imperio del principio acusatorio *‘ne procedat iudex sine actione’*, en virtud del cual se establece una tajante separación entre la jurisdicción y la acusación...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

“...También tengo que recordarle a la defensa que -a raíz de esa regla- el juicio sólo se abre mediando requerimiento de elevación (CPP, 334/5), aquí firmado por el Fiscal Instructor, y que, precisamente, por los invocados principios de unidad e indivisibilidad del Ministerio Público (art. 2, ley 12.061), el Fiscal de Juicio no está legalmente facultado, en la etapa intermedia -ni siquiera cuando *‘por nuevas pruebas resultare evidente que el imputado...’*, según la redacción del art. 341 del CPP-, para desistir del ejercicio de la acción penal pública ya entablada por su predecesor procesal, lo que sólo podrá hacer, válidamente, recién después de iniciado el debate oral y público

(CPP, 368, 'in fine'). Interpretar el contenido del último párrafo del art. 368 del CPP, en nombre *'de los principios legales jerárquicamente superiores que se encuentran en juego'* (sic), con el alcance que le ha pretendido dar la defensa, no es una tarea hermenéutica (propia de la judicatura), sino, lisa y llanamente, un acto legislativo, tendiente a darle una extensión que esa clara y precisa norma jurídico-procesal no tiene; o sea, una especie de *'interpretación modificatoria o derogatoria'* de preceptos legales, vigentes, que le está institucionalmente vedado hacer al Poder Judicial..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

"...Finalizo diciendo que los principios esenciales del sistema acusatorio han quedado a salvo de los repetidos cuestionamientos y reclamos de la defensora, no sólo porque ha sido un representante del Ministerio Público quien ha solicitado la realización del juicio (CPP, 334/5), o porque durante todo el desarrollo del mismo otro funcionario de dicha repartición pública ha expresado el interés estatal en ejercitar la acción penal, llegando a formular una concreta petición de condena (CPP, 368, 1° párr.), sino también porque quien actuara en la fase intermedia, admitiendo el sobreseimiento pedido por la defensa, carece de la autorización legal para desistir de la demanda penal ya presentada, o para obligar al Tribunal en lo Criminal a expedirse en el mismo sentido (CPP, 202/3, 326, 341 y 368, 'in fine', todos a contrario)..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 118, "Carrere, Juan Carlos s/ robo", [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

TENENCIA DE ARMA DE GUERRA

Accesoriedad de las municiones. Concurso con el robo (JO, C. 433)

"...En cuanto a la figura mentada en el art. 189 bis del CP, se ha dicho que para que se pueda estar frente a la acción típica de *'tener'* un arma de fuego, se requiere poder disponer dentro de la correspondiente esfera de custodia, de modo que la persona tenga respecto del objeto un poder de hecho que así se lo permita, a su sola voluntad, sin necesidad de que intervengan terceros (CSJN, 24-12-80, en el 'E.D.' e/o)... En igual sentido se pronuncia Carlos Creus, cuando expresa que *'tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente (por ej., escondido en lugares de difícil acceso). No es indispensable la primera forma de tenencia, pues la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley...'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Astrea, Bs. As. 1.996, t. 2, pág. 31)...Es doctrina de este Tribunal, el que integro desde su puesta en marcha, que *'los párrafos tercero y quinto del art. 189 bis del Cód. Penal constituyen un único tipo penal, con pluralidad de hipótesis enunciadas en forma alternativa (CSJN, in re 'A., V. E. s/ tenencia de arma de guerra', del 2/4/91; publicado en 'E.D.' del 20/8/93, con glosa de Nemesio González), y por ende hemos rechazado 'cualquier modalidad concursal -de tenencia de arma y municiones-, porque el elemento secuestrado, con sus proyectiles anexos, sólo comporta la acción típica de tenencia ilegal de arma de guerra (donde lo accesorio, las municiones, sigue a lo principal, ..., hipótesis a la que se refiere el párrafo tercero del art. 189 bis del Código Penal, en el texto ordenado por la ley 20.642 (con el indispensable complemento del decreto n° 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos n° 20.429)' (ver causa n° 82, 'Aimale, Fabián s/ tenencia de arma y de municiones de guerra etc.', del 30/9/99, Reg. 56; e/o)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 433, "Aguirre, Juan Maximiliano y Aguirre, Sebastián Oscar s/ robo agravado por el uso de arma, abuso de arma, resistencia a la autoridad, tenencia ilegal de arma y munición de guerra", [J.O.], del 18/12/00, R. 232).*

Piezas esenciales del arma (JA, C. 173)

“...Estimo que el hecho deberá ser tenido como tenencia ilegítima de piezas de un arma de guerra (art. 189 bis, 5º párrafo del CP), ya que como surge de la pericia balística, si bien es cierto que a la pistola que le fuera incautada al causante le faltaba el correspondiente cargador, y que carecía de proyectiles, no debemos olvidar que la parte secuestrada estaba constituida por *‘piezas esenciales’* del arma, circunstancia que cubre las exigencias del tipo penal referenciado...” (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto causa nº 173, “Zownier, Juan Carlos s/ robo agravado en grado de tentativa, etc.”, [J.A.], del 29/08/00, R.150).

TENTATIVA

Concepto (JO, C. 129)

“...El delito tentado aparece cuando la realización delictiva, en la fase objetiva, es menor que el tipo subjetivo, es decir, se trata de una incongruencia entre lo que el autor se propuso, dolosamente, y lo que consiguió en la realidad. Si el resultado obtenido fue inferior al propuesto, la acción es punible, sólo, en tanto haya sido idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal. En ese orden de ideas, señala Eugenio Raúl Zaffaroni, que la consumación y la tentativa son figuras idénticas desde el punto de visto subjetivo, pero diversas desde el objetivo; subjetivamente el dolo del delito consumado es el mismo de la tentativa, por cuanto no hay *‘delito de tentativa’*, sino *‘tentativa de delito’*, y quien responde de una tentativa quiso el resultado típico y no sólo la tentativa del resultado, añadiendo que *‘la única caracterización posible de la tentativa como delito imperfecto es dentro de la estructura finalista, pues es en la única en que la tentativa consiste sólo en la falta de una parte de la tipicidad objetiva, sin que ello altere la estructura general del delito -como sucede con quienes pretenden que el dolo opera en el delito tentado como elemento subjetivo del tipo- ni que desquicie la teoría, como sucede con quienes pretenden que hay culpabilidad sin tipicidad’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Ediar, Bs. As. 1.988, tomo IV, pág. 435)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 129, “Arrupea, Osvaldo Juan s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], del 10/03/00, R. 028).

Consumación (JO, C. 475)

“...Respaldo el criterio apuntado en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: *‘Que medió un lapso entre el desapoderamiento y la detención queda establecido en función de los hechos que se consideran firmes; y su brevedad no obsta que el delito se considere consumado. Ha dicho esta Corte en reiteradas oportunidades que hay delito consumado cuando el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Y que si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo, aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviera en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado (P. 49.018, 14-XII-93; P. 44.046, 21-XII-93, e/o)’* (P. 41.511, *‘Naya, Darío Adalberto s/ priv. ilegal de la lib. y robo’*, del 12/9/95, publ. en D.J.J. del 27/11/95, págs. 6.259/60; P. 52.074, *‘Lobo, Marcelo Alberto s/ tent. robo calif.’*, del 25/4/95, publ. en D.J.J. del 14/8/95, págs. 4.031/2; P. 49.616, *‘Budzovsky, José Eduardo s/ robo calif.’*, del 24/10/95, publ. en D.J.J. del 6/3/96, págs. 949/51)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Marti-

nelli y Arrola de Galandrini, causa n° 475, "García, Guillermo Daniel s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], del 6/11/00, R.199).

"...En pocas palabras, entiendo con Nelson Pessoa que para una correcta delimitación de la tentativa es necesario remitirse al tipo penal para saber qué es lo prohibido (cfr. 'La tentativa', edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1.998, pág. 110), y siendo que en el robo '*lo prohibido*' consiste en el apoderamiento ilegítimo mediante fuerza en las cosas o violencia en las personas, el autor recién consuma (agota) ese delito - en su figura básica o en cualquiera de sus modos agravados- cuando puede ejercer actos de poder sobre los bienes ajenos, circunstancia de hecho que, en la especie, estimo debidamente acreditada con los plurales testimonios analizados..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 475, "García, Guillermo Daniel s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], del 6/11/00, R.199).

Desistimiento voluntario; naturaleza jurídica (JA, C. 586)

"...Mucho se ha discutido en la dogmática penal (como de costumbre, comenzando en Alemania y siguiendo en Italia, España e Hispanoamérica), acerca de la ubicación que corresponde asignar al desistimiento de la tentativa, en los distintos niveles de la teoría del delito, para conocer, en definitiva, cuál es el motivo por el que la ley penal renuncia a castigar a aquel sujeto que, tras haber realizado todos o parte de los actos ejecutivos punibles, evita por propia decisión que se perfeccione el ilícito...Francisco Muñoz Conde ha recopilado, en uno de sus primeros trabajos publicados, las tesis germanas para la fundamentación teórica y la situación sistemática de la impunidad por desistimiento, dividiéndolas en '*teorías jurídicas*' (y a éstas en subjetivas y objetivas, con mención de Zachariae y Binding, en ese orden), '*políticocriminal*' (Feuerbach), '*premiales*' (Mayer, Schoenke-Schroeder, Baumann y Bockelmann), y '*de la menor intensidad de la voluntad criminal*' (Welzel y Maurach), hasta desarrollar su propio convencimiento '*de que la impunidad descansa en la inutilidad que supone aplicar una pena en el caso de que se desista voluntariamente de la consumación típica, ya que tanto desde el punto de vista de la naturaleza de la pena como del de la tentativa misma, se deriva que no es necesario un castigo y que, por tanto, éste no está justificado*' (cfr. 'El desistimiento voluntario de consumir delito', edit. Bosch, Barcelona 1.972, pág. 37)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

"...La característica eminentemente abstracta de esa dilatada polémica, todavía abierta, deja de serlo a poco que se observe que según la toma de postura sobre ese tema, puede cambiar, sustancialmente, la suerte del partícipe...Tales diferencias dogmáticas han sido simplificadas y explicadas con toda claridad por Juan Bustos Ramírez. Si el desistimiento '*es una excusa legal absolutoria (en cierto modo también si sólo es problema de necesidad de la pena en general)*, tendrá un carácter estrictamente personal, ya que no es causa de atipicidad ni de justificación, luego los partícipes podrían ser punibles, pues se estimaría que hay un hecho típico y antijurídico, pero que no se castiga sólo en razón del sujeto que desistió y, por tanto, sólo respecto de él. En cambio, si se estima que es causa de atipicidad, pues aparece como un elemento negativo que elimina la intencionalidad, no sólo no se castiga el hecho respecto del que desiste, sino también respecto de los partícipes, y en verdad parecería ilógico castigar a los partícipes de un hecho que carece de desvalor de acto' (cfr. 'Manual de Derecho Penal. Parte General', 4ª edición, editorial PPU, Barcelona 1.994, pág. 423)..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, "Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...A continuación, paso sintética revista a las dos vertientes enunciadas por el notable jurista chileno, siguiendo un orden inverso a la del autor citado. a.) *De la atipicidad*...Partidario de esta categorización es Carlos Fontán Balestra, para quien *‘el fundamento legal de la impunidad resulta de la falta de un requisito de la tentativa, puesto que cuando el autor desiste voluntariamente de consumar el delito no puede decirse que no lo haya consumado por circunstancias ajenas a su voluntad, conforme lo determina el art. 42 del Código Penal... El acto no llega a ser una acción típica de tentativa por no adecuarse a la figura genérica ampliada del art. 42. No es, por tanto, punible, si no existe una disposición expresa que lo indique’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.980, tomo II, pág. 419)...Alberto A. Campos, tras discrepar con Alexander Graf zu Dohna (autor de la obra ‘La estructura de la teoría del delito’, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.959, en las postulaciones incluidas en las págs. 92/3), y con la tesis de la excusa absolutoria, añade que *‘juzgamos, por el contrario, que se trata de un caso de atipicidad, por más que nuestro código diga que ‘...quedará exento de pena...’, pues pensamos que por la mera utilización de una expresión similar a la que se vale el legislador en el art. 34 (no son punibles), no vamos a distinguir a todas las causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y de falta de acción, que son enumeradas allí todas juntas en distintos incisos’* (cfr. ‘Derecho Penal. Libro de estudio de la parte general’, 2ª edición, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.987, pág. 257)...También adscribe a esta teoría Angelo R. Latagliata (citado por Zaffaroni, en su Tratado, IV-480/1), al conceptualizar que *‘en el desistimiento hay una atipicidad, pero por ausencia de dolo’*, afirmando que siempre es el último acto *‘el que debe ser querido para que pueda configurarse el delito doloso: es esto lo que hace de una acción un hecho incriminado a título de dolo. Cuando el último acto no se cumple con la intención de causar el evento criminal, sino, por el contrario, con la voluntad de cejar de la realización proyectada, el comportamiento no corresponde al tipo de conducta incriminada a título de dolo, porque el mismo momento esencial para configurar el modelo legal, se comete no solo sin la intención de realizar el evento, sino con una determinación volitiva contraria’*. A su vez, para Bustos Ramírez, la razón de ser de la atipicidad *‘proviene desde el bien jurídico que determina el injusto, tal actividad de partida no tiene relación con el bien jurídico, ya que el sujeto no estaba en disposición de ir a la realización del hecho delictivo, queda anulado aun el desvalor del acto, con lo cual no hay posibilidad alguna de plantear la tipicidad del hecho’* (cfr. op. cit, pág. 423)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, “In-dragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...Forzoso es colegir, entonces, que una concepción semejante -más allá del sostén explicativo de cada uno de sus cultores que, como se ha visto, cobija criterios bien diversificados-, beneficiará inmediatamente al partícipe, quien no podrá ser penalizado por su ayuda en la realización de una conducta atípica. Nada mejor para la situación del reo...Sin embargo, Carlos Creus, Enrique Bacigalupo y Eugenio R. Zaffaroni critican, con acierto, esta tesis...Así, Creus dice que *‘una tendencia pone el acento sobre la atipicidad, argumentando que la circunstancia interruptiva sólo es típica en la tentativa en cuanto sea ajena a la voluntad del autor, lo cual, aunque, como vimos, es uno de los requisitos de ella, tal conclusión sólo sería exacta si hubiese un tipo autónomo de tentativa, no en cuanto ella constituye una extensión del tipo’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, pág. 430)...Bacigalupo expone que *‘ciertamente que (quien desiste) no realiza el tipo de la tentativa, pero el comienzo de ejecución del delito en cuestión permanece inalterado y es típicamente un comienzo de ejecución... En otras palabras: que la conducta no sea punible no permite afirmar que lo que falta es la adecuación típica, pues ésta no es el único presupuesto de la punibilidad. En la solución de Latagliata subyace una confusión del tipo de la tentativa (como presupuesto de la punibilidad de la tentativa) y la adecuación típica del comienzo de ejecución’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.987, pág. 301)...Para Zaffaroni, *‘la principal objeción que puede formular-*

sele al argumento que pretende ver en el desistimiento una atipicidad, sea por atipicidad objetiva o subjetiva, yace con la imposibilidad de que el desistimiento tenga la virtualidad de dejar atípica una conducta que ya era típica. Si el comienzo de ejecución es objetiva y subjetivamente típica, no se comprende como un acto posterior pueda eliminar lo que ya se afirmó como prohibido, situación que resulta sumamente parecida a la del consentimiento subsecuente' (cfr. 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As, 1.988, tomo IV, pág. 481)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...b.) De la excusa absolutoria. De aceptarse con Sebastián Soler ‘*el carácter estrictamente personal e intransitivo de la excusa*’, instituida en el art. 43 del CP (la única contenida en el libro primero dedicado a las disposiciones generales del Código Penal, como apunta Roberto A. M. Terán Lomas en su ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Astrea, Bs. As., 1.980, tomo 2, pág. 120), habrá que convenir también con él, al conjuro de lo normado en el art. 48 del CP, en que ‘*la responsabilidad de los terceros partícipes en el hecho, permanece en toda su plenitud*’ (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo II, pág. 236)...Asimismo, Zaffaroni se enrola en esta corriente al expresar que ‘*se trata, a nuestro juicio, de una causa personal que cancela la punibilidad del delito pero que no afecta ninguno de sus caracteres, que permanecen completamente inalterados. Como consecuencia de la naturaleza jurídica que damos al consentimiento, los participantes no se benefician con el desistimiento del autor, salvo que ellos mismos desistan*’ (cfr. op. cit., tomo IV. pág. 482)...Ricardo Rodolfo Gil Lavedra, comentando una serie de fallos sobre la materia, concluyó en que ‘*el desistimiento voluntario no elimina el tipo de la tentativa ni afecta su culpabilidad, sino que debe ubicarse en la esfera de las ‘excusas absolutorias’ o ‘causas personales de exclusión de la pena’. La eximente, por tanto, no se comunica a los partícipes del delito (art. 48 del Código Penal)*’ (cfr. ‘Nuevo Pensamiento Penal’. Ed. Depalma. Bs. As. 1.977, año 6, n° 13/14, pág. 202)...De modo conciso, Enrique Bacigalupo sentencia que ‘*el desistimiento excluye la pena en forma personal: es una excusa absolutoria posterior*’ (cfr. op. cit., pág. 305), y otro tanto sucede con Muñoz Conde, ahora en coautoría con Mercedes García Arán, al manifestar que ‘*la eficacia excluyente de pena del desistimiento voluntario de consumir el delito alcanza sólo al que desiste, por ser una causal personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria*’ (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia, 1.998, pág. 473)...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

“...No obstante adherir a la tesis que reconoce a la impunidad del desistimiento como una excusa absolutoria, que se le concede, sólo, al sujeto que, en forma voluntaria, desiste de seguir actuando típica y antijurídicamente, hay una razón de equidad manifiesta e insoslayable, toda vez que no sería justo equiparar -usando la antigua fórmula de Frank- al que ‘*quiere, pero no puede*’ completar la ejecución del acto delictivo (CP, 42: tentativa clásica, o frustración del injusto debida a causas ajenas al autor), con el que ‘*puede, pero no quiere*’ hacerlo (CP, 43: desistimiento de la tentativa, o interrupción voluntaria de los actos productores de la finalidad delictual)...De ello se sigue, naturalmente, que el enjuiciado Indragoli, no podrá obtener ningún rédito personal de la actitud asumida por sus consortes de causa, quienes dominaron el injusto hasta el momento en que renunciaron en forma voluntaria a su concreción, por motivos que distan del arrepentimiento o aflicción, y que nuestra ley penal no exige...En suma; resulta, a mi parecer, aplicable al caso de autos la limitación impuesta en el art. 48 del CP, respecto de la conducta desplegada por el imputado aludido, quien con su aporte complementario a la tentativa de robo con armas (CP, 42 y 166, inc. 2º), configuró la hipótesis legal contenida en el art. 46 del catálogo sustanti-

vo...” (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 586, “Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tentativa de robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.A.], del 28/11/00, R.221/00).

TESTIMONIOS

Apreciación (JO, C. 174)

“...Con relación al crédito convictivo asignable a los antedichos relatos entiendo que, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 233 del rito, que deja librada a valoración judicial la capacidad de atestiguar de las personas, no encuentro razones valederas para desconfiar de la veracidad de los dichos de los testigos aludidos, perfectamente complementarios y relacionables entre sí ...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 174, “Hermosi, Daniel Adán y Romero, José Alejandro s/ robo Agravado”, [J.O.], del 14/04/00, R.043).

Capacidad de recordar (JO, C. 172)

“...En cuanto al valor de las declaraciones testimoniales, vertidas por los cuidacoches -según sus dichos, desde hace varios años trabajan allí, a la altura del lugar del hecho en juzgamiento-, estimo oportuno recordar que, bien se ha dicho que lo normal no es que una persona guarde una imagen fotográfica, de los distintos tramos de un suceso presenciado, ni que tampoco mantenga intactos los recuerdos, después de transcurrido un cierto lapso desde el hecho, sino que, por el contrario, es común, que por el transcurso de un período más o menos prolongado, -como en el caso-, se alteren en la memoria variados aspectos de lo acontecido (SCBA., P. 39.290, del 21/11/89; P. 38.552, del 20/3/90, e/o; ver mi voto en c. 40, ‘Gómez, Cristina s/ robo’, del 22-5-99 R. 22/99)...La forma y el contenido, de las declaraciones, de los aludidos, prestadas en el debate, no me llegan a convencer, con el grado de certeza requerida, que el hecho sucedió como ellos lo han relatado, en forma casi fotográfica y ‘espectacular’, a mi apreciación, según lo visto y escuchado en audiencia pública. Lo aquí, afirmado máxime, cuando evidenciaron, a mi criterio, una actitud rayana al odio, enemistad o resentimiento, hacia quien indicaron como el autor del disparo...”(Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio, [J.O.], del 5/09/00, R.151).

Testigos de preexistencia (JO, C. 118, C. 258)

“...Acerca de la prueba de la ajenidad de la ‘res furtiva’, y de la carencia de testigos de preexistencia, aspectos que resaltara la defensa en el debate final, considero que ellos resultan innecesarios cuando se cuenta -como sucede en el caso- con otros elementos demostrativos del ataque a la propiedad, como, por ejemplo, el documento manuscrito (‘dame la guita ya’), y lo que se desprende de los dichos de personas llegadas al lugar inmediatamente después de la perpetración del hecho... Este Tribunal ya se ha expedido sobre el particular, sosteniendo que sólo en defecto de tales piezas de convicción corresponde hacer uso de aquel, supletorio, mecanismo para asegurar la ajenidad de lo sustraído. Este es el fin al que obedece la necesidad jurídica de probar la preexistencia, el que sólo debe tener aplicación en ausencia de testigos presenciales, o de otros medios directos que justifiquen la previa existencia de lo que se dice robado (causa n° 142, ‘Leguizamón, Darío Fabián s/ tentativa de robo agravado’, del 19/11/99, R. 76/99)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 118, “Carrere, Juan Carlos s/ robo”, [J.O.], del 07/04/00, R. 042).

“...En el código procesal derogado expresamente se establecía que para los delitos contra la propiedad, tal el robo, hurto y estafa, en el supuesto de no existir testigos, se exigía cualquier otra forma de acreditación, como recaudo imprescindible para tener por bien demostrada la ajenidad de lo sustraído (art. 120). En la especie, no ha sido incorporado al debate, ni producida ninguna otra probanza acerca de la existencia del local de venta de vinos, escenario del hecho, ni mediante declaraciones testimoniales, documentales, ni inspecciones de ninguna naturaleza...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

Testigo único (JO, C. 258, C. 172)

“...Sólo se ha referido a la materialidad del delito un único testigo, la víctima, quien no obstante su indiscutible veracidad, ha resultado por momentos desconcertante y vacilante en aspectos medulares, por ejemplo, confundiendo a los sujetos activos, sus roles dentro del local, y hasta las características del arma empleada ... Si bien el Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As., ha admitido que *‘un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido’* (T.C.P., causa n° 185, ‘Benítez, Carlos s/ homicidio’, del 8-9-99), en autos, la ausencia de tales *‘consonancias’* respecto de la acreditación del hecho típico, es la que *‘favor rei’* (CPP, 1), inclina mi opinión en sentido negativo...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 258, “Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma”, [J.O.], del 10/7/00, R. 111/00).

“...Si bien el Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As., ha admitido que *‘un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido’* (T.C.P., Sala 1ª, causa n° 185, ‘Benítez, Carlos s/ homicidio’, del 8-9-99), en autos, la ausencia de adecuadas y razonables *‘consonancias’* respecto de las características del hecho típico, es la que *‘favor rei’* (CPP, 1), inclina mi opinión en el sentido que vengo desarrollando...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 172, “Chevel, Eduardo Enrique s/ homicidio”, [J.O.], del 5/09/00, R.151).

VIOLACIÓN

Sexo oral, no (JA, C. 326)

“...Precisamente, comentando los alcances de la ley 11.179, Eusebio Gómez consideró que *‘no existe acceso carnal, constitutivo de la violación, en el hecho de la ‘fellatio in ore’, llevada a cabo con la violencia -presunta o manifiesta- que la ley penal exige para la caracterización de aquél delito. Hecho semejante caería en la previsión del art. 127 de nuestro código; constituiría el abuso deshonesto de personas, que es uno de los ultrajes al pudor reprimidos por el código’* (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal’, edit. Cía. Arg. de Edit., Bs. As. 1.940, tomo III, págs. 86/7)...El egregio maestro cordobés Ricardo C. Nuñez, refiriéndose siempre a la expresión originaria del Código Penal, descartó también que los casos de sexo oral puedan ser catalogados como violación, ofreciendo sus explicaciones al señalar que *‘la introducción por vía bucal (‘fellatio in ore’) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que, es un abuso deshonesto (art. 127). La boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y por esto en su contacto con el órgano masculino, no cumple una función sexual semejante a la de la vagina’* (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, edit. Bibliográfica Omeba, Bs. As. 1.964, tomo IV, pág. 249)...” (Del voto del Dr.

Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/ abuso deshonesto calificado etc." [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

"...Más modernamente ese criterio ha sido seguido, entre otros, por Justo Laje Anaya (cfr. 'Comentarios al Código Penal', edit. Depalma, Bs. As. 1.979, vol. II, pág. 342), por Edgardo A. Donna (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 1.999, tomo I, pág. 389), y por Carlos Creus, quien afirma que *'al margen del valor dogmático de este argumento (en alusión al de Nuñez), moviéndose la ley con los contenidos sociales de lo sexual, no hay duda de que la reserva sexual protegida por el tipo de violación -y consecuentemente por el estupro- se refiere a la prestación, voluntaria o no, al acto del agente por parte de la víctima de aquellos orificios de su cuerpo que normalmente permiten la cópula, con una significación sexual propia para ambos protagonistas del trato carnal; por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones ab normas con las que el agente puede desahogar su libido, no entran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación y del estupro, quedando, en su caso, reservadas para la punibilidad del abuso deshonesto'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Astrea, Bs. As. 1.996, tomo I, págs. 188/9)...Por su parte, desde la medicina legal, Alfredo Achával se ha pronunciado en forma contraria a la extensión del concepto de acceso carnal a la penetración bucal, o en otros conductos, a las que designó como abuso deshonesto (cfr. 'El delito de violación', edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.979, págs. 180/4)...Coincido, entonces, con todos esos autores al reputar como abuso deshonesto calificado (y no como violación), el núcleo fáctico que fuera descrito en la materialidad ilícita..." (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirió el Dr. Dominella, causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/ abuso deshonesto calificado etc." [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

"...Coincido con la solución propuesta por el colega, pero acá lo hago por aplicación del principio *'favor rei'* (CN, 18; CPP, 1°), en razón de que la norma en análisis -el hoy derogado art. 119 del CP- generó dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales antagónicas, hasta la reciente sanción de la ley 25.087 (B.O. del 14/5/99), que ha zanjado el diferendo con una nueva redacción, que ahora sí permite incluir, sin duda alguna, al sexo oral forzado como un caso específico de violación..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini causa n° 326, "Zacardo, Angel Gerardo s/abuso deshonesto calificado etc.", [J.A.], del 21/11/00, R. 208/00).

INDICE DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES	1
ABUSO DESHONESTO	1
Sexo oral (JA, C. 326)	1
AGRAVANTES	2
Compañía de un niño al delinquir (JA, C. 274)	2
Daño físico y psicológico (JO, C. 80; JA, C. 309)	2
Extensión del daño moral y material, estado de embarazo (JO, C. 202)	2
Lesiones resultantes (JA, C. 264)	3
Modus operandi (JO, C. 80)	3
Privación de la libertad (JA, C. 176)	3
ALCOHOL	3
Alcoholimetría (JO, C. 419)	3
ALLANAMIENTO	4
Extensión del objeto (JO, C. 366)	4
ATENUANTES	5
Confesión (JO, C. 80)	5
Déficit de personalidad (JO, C. 129)	5
Drogadependencia de antigua data (JA, C. 351)	6
CAUSAS DE JUSTIFICACION	6
Legítima defensa (JA, C. 251)	6
CAUSAS DE INCULPABILIDAD	7
Error de prohibición (JA, C. 251)	7
CONCURSO REAL	7

Entre el robo con armas y la tenencia de armas de guerra (JA, C. 351)	7
CONGRUENCIA, PRINCIPIO DE	8
CORRUPCION DE MENORES	9
Concepto (JA, C. 326)	9
COSTAS	9
Retención en garantía (JA, C. 208)	9
DEFRAUDACION	9
Abuso de confianza: diferencias entre hurto, estafa y apropiación indebida (JO, C. 476)	9
DELITO CONTINUADO	13
Configuración (JA, C. 199)	13
DERECHO PROCESAL	14
Finalidad y objetivo (JO, C. 275)	14
DOLO	14
No se presume (JA, C. 271)	14
EBRIEDAD	14
Completa: consecuencias (JO, C. 419)	14
EMOCION VIOLENTA	14
EXCARCELACION	17
Extraordinaria, por enfermedad avanzada (I, C. 221)	17
Inaplicabilidad del art. 371 del CPP (JO, C. 172)	17
HABEAS CORPUS	18
Acercamiento familiar (HC, C. 581)	18
HOMICIDIO CULPOSO	18
<i>Imprudencia o impericia en vez de dolo</i> (JO, C. 172)	18
INIMPUTABILIDAD	19
Alcoholismo e inimputabilidad (JO, C. 118)	19
Capacidad de culpabilidad, concepto (JO, C. 202)	22
Ebriedad parcial (JO, C. 202; JO, C. 174; JA, C. 357)	22
Trastorno anormal de personalidad (JO, C. 129)	23
Trastorno explosivo intermitente (JO, C. 129)	23
INCONSTITUCIONALIDAD	24
Art. 341 del CPP (I, C. 477)	24
INDICIOS	25
Mendacidad (JO, C. 188)	25
JUICIO ABREVIADO	25
Acuerdo anterior rechazado por otro Tribunal (JA, C. 285; C. 395)	25
Admisibilidad una vez fijada la audiencia del debate (JA, C. 61)	26

Antecedentes legislativos (JA, C. 479) _____	26
Improcedencia (JA, C. 220; JA, C. 331) _____	27
Objeciones constitucionales e inconstitucionalidad (JA, C. 199; JA, C. 395; JA, C. 509) _____	27
Modificación de la calificación (JA, C. 210; JA, C. 283) _____	35
Ratificación (JA, C. 278) _____	35
LEGITIMA DEFENSA _____	36
Exceso (JA, C. 360; JO, C. 172) _____	36
MINISTERIO PUBLICO _____	38
Ausencia de legitimación (JO, C. 118; I, C. 477) _____	38
NULIDADES _____	39
Actas de la IPP (I, C. 281) _____	40
Actas de requisa y secuestro con ausencia de testigos (JO, C. 124; I, C. 475; JO, C. 475) _____	40
Ampliación de la declaración del imputado (I, C. 425) _____	40
Declaración testimonial (I, C. 477) _____	41
Efectos de la nulidad sobre actos procesales posteriores (I, C. 425) _____	41
Testimonio de la víctima y exhibición de fotos (I, C. 425) _____	42
PARTICIPACION CRIMINAL _____	42
Diferencia entre autoría y participación (JA, C. 425) _____	43
Inexistencia de cooperación (JA, C. 323) _____	44
PENA _____	44
Finalidades (JO, C. 203) _____	44
Razonabilidad (JO, C. 202) _____	45
Sustitución por trabajos comunitarios (JA, C. 165) _____	45
POLICIA _____	46
Facultades (JO, C. 275) _____	46
PORTACION DE ARMAS DE USO CIVIL _____	46
Concepto. Diversidad con la tenencia. Configuración como atentado a la seguridad pública (JA, C. 586) _____	46
PROBATION _____	51
Oportunidad para presentar la solicitud (P, C. 298 y C. 249) _____	51
Rechazo: distintas causales (P, C. 251, C. 218, C. 402, C. 152, C. 356) _____	54
PRUEBA _____	58
Apreciación: libertad probatoria, sana crítica, standard de razonabilidad (JO, C. 258, C. 172) _____	58
Convencimiento, diversos estadios: certeza, probabilidad, duda (JO, C. 258) _____	59
Ocultamiento de prueba (I, C. 477) _____	60
RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO _____	60
Albumes policiales, identificación, validez y valor probatorio (JO, C. 188) _____	60

REINCIDENCIA	61
Constitucionalidad y cumplimiento parcial de pena en prisión preventiva. Facultades del Tribunal en el juicio abreviado (JA, C. 257)	61
REQUISA	64
Automotor (JO, C. 275)	64
ROBO	65
Consumación (JO, C. 118, C. 174, C. 80, C. 467)	65
ROBOS AGRAVADOS	66
Banda, concepto (JA, C. 369)	69
Efracción de vidrios de ventanas o ventanales (JO, C. 80; JA, C. 369)	66
Escalamiento (JO, C. 80)	69
ROBO SIMPLE	71
Arrebató (JA, C. 508)	71
SENTENCIA	71
Necesidad de motivación. Ponderación de los intereses en conflicto (JO, C. 258)	71
SOBRESEIMIENTO	72
Improcedencia durante el debate (JO, C. 118)	72
TENENCIA DE ARMA DE GUERRA	74
Piezas esenciales del arma (JA, C. 173)	74
TENTATIVA	75
Concepto (JO, C. 129)	75
Consumación (JO, C. 475)	75
Desistimiento voluntario; naturaleza jurídica (JA, C. 586)	76
TESTIMONIOS	79
Apreciación (JO, C. 174)	79
Capacidad de recordar (JO, C. 172)	79
Testigos de preexistencia (JO, C. 118, C. 258)	79
Testigo único (JO, C. 258, C. 172)	80
VIOLACIÓN	80
Sexo oral, no (JA, C. 326)	80