

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

PERIODO FEBRERO / DICIEMBRE DE 2.001

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

J.A.: Juicio Abreviado
J.O.: Juicio Oral
S.J.P.: Suspensión del Juicio a Prueba
A.: Amparo
H.C.: Habeas Corpus
C.: Causa
R.: Registro
I.: Interlocutoria
S.: Sobreseimiento

INDICE GENERAL

ABUSO SEXUAL SIMPLE

Tentativa (J.A., C. 622)

ACCION DE AMPARO

Alcance excepcional (A., C. 749)
Improcedencia contra actos jurisdiccionales (A., C. 749)
Patrocinio letrado inexistente (A., C. 749)
Rechazo "*in limine*" (A., C. 864)

ACUSACION

Retiro por el Ministerio Público Fiscal (J.O., C. 477)

ACUSATORIO

Concepto (I., C. 863)

AGRAVANTES

Asalto a taxista (J.O., C. 578)
Genérica, por el uso de arma (J.O., C. 859; JA, C. 941)

APRECIACION DE LA PRUEBA

Certeza (J.O., C. 643)
Implicancias (J.O., C. 653)

ATENUANTES

Drogadependencia (J.O., C. 686)

COACCION

Diferencias típicas entre los arts. 149 bis y 158 del CP (J.O., C. 408)

COAUTORIA

Dominio funcional del hecho (J.A., C. 642)

CONCURSO DE DELITOS

Concurso real (J.O., C. 859)

CUERPO DEL DELITO

Distintos componentes. Necesidad de su prueba (J.O., C. 504 y 578)

CULPABILIDAD

Principio de inocencia (J.O., C. 653)

DOLO

“*Aberratio ictus*”, improcedencia (J.A., C. 1.012)

Delimitación entre lesiones y tent. de homicidio (J.A., C. 574, 724 y 840)

EBRIEDAD

Aplicación de la “*actio libera in causa*” (J.O., C. 661)

Intoxicación ebriosa (J.O., C. 520)

EMOCION VIOLENTA

Improcedencia (J.O., C. 643)

Procedencia (J.O., C. 643)

ERROR

De tipo y de prohibición (J.O., C. 643)

EXCARCELACION

Inaplicabilidad del art. 371 “*in fine*” del CPP (J.O., C. 550 y 578)

EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

Exceso extensivo (J.A., C. 436)

EXHIBICION DE EFECTOS

Procedencia (I., C. 729)

HABEAS CORPUS

Alojamiento de penados en comisarías (H.C., C. 1.091)

HOMICIDIO CALIFICADO

Circunstancias extraordinarias de atenuación (CP, 80 “*in fine*”)

Aplicabilidad (J.O., C. 507)

Inaplicabilidad (J.O., C. 507)

HOMICIDIO CULPOSO

Principio de confianza (J.O., C. 718)

Violación del deber objetivo de cuidado (J.O., C. 489)

HURTO

Tipicidad objetiva (S., C. 894)

INCOMPETENCIA

Delitos de acción privada (I., C. 863)

Falta de jurisdicción (I., C. 882)

Prejudicialidad (I., C. 882)

INDICIO DE CAPACIDAD MORAL DELICTIVA

Inadmisibilidad e ineficacia (J.O., C. 653)

INIMPUTABILIDAD

Debilidad mental (J.A., C. 777 y 558; J.O., C. 598)

Fórmula legal. Valoración. Semiimputabilidad (J.O., C. 661)
Oligofrenia (S., C. 490)
Psicopatía (J.O., C. 661)

JUICIO ABREVIADO

Alcances del acuerdo sobre la pena (J.A., C. 565)
Rechazo de un pacto anterior (J.A., C. 596)

JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA

Inconstitucionalidad (S.J.P., C. 656)

LEGITIMA DEFENSA

Procedencia eventual (J.O., C. 555)

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Improcedencia (J.O., C. 554)

LIBERTAD PROBATORIA

Implicancias (J.O., C. 653)

NULIDADES

Actuación policial para ubicar al sospechoso (I., C. 727)
Allanamiento domiciliario sin orden judicial (I., C. 729)
Autopsia (I., C. 727)
Citación a prestar declaración a tenor del 308 CPP (I., C. 835)
Finalidad (J.O., C. 550)
Reconocimiento de armas (I., C. 639)

PARTICIPACION

Complicidad secundaria (J.A., C. 656 y 756)

PENA

Fines y determinación (J.O., C. 661)

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Concepto (J.O., C. 507 y 841; S.J.P., C. 677)
Razonabilidad y realidad (J.O., C. 841)

PRISION Y RECLUSION PERPETUA

Objeciones constitucionales (J.O., C. 507)

RECLUSION ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO

Evolución normativa (J.O., C. 841)
Naturaleza jurídica (J.O., C. 841)
Reclusión accesoria, como pena, y el principio de culpabilidad. Su inconstitucionalidad (J.O., C. 841)
Reclusión accesoria, entendida como medida de seguridad, y el criterio legal de la peligrosidad presunta. Su inconstitucionalidad (J.O., C. 841)
Reclusión accesoria ¿e inconstitucional? (J.O., C. 841)

RECONOCIMIENTOS FOTOGRAFICOS

Ausencia de formalidades (J.O., C. 653)

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Acción típica y concurso con las lesiones leves (J.O., C. 550)

ROBO AGRAVADO

Con efracción de lugar habitado (J.A., C. 577)

En banda (J.A., C. 951, 1.009 y 768)

Por el uso de arma impropia (J.O., C. 578)

SOBRESEIMIENTO

Improcedencia (S., C. 819)

Procedencia (S., C. 482)

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

Ambito de aplicación (S.J.P., C. 656)

Delitos penados con inhabilitación (S.J.P., C. 677)

Finalidad de la '*probation*' e improcedencia en el caso (S.J.P., C. 622)

Oposición del Ministerio Público (S.J.P., C. 656)

TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA

Alcance del art. 189 bis, 3º párrafo del Código Penal (J.O., C. 643)

Error de tipo (J.O., C. 643)

TENENCIA DE MUNICION DE USO PROHIBIDO

Clasificación (J.A., C. 620)

TESTIMONIOS

Limitaciones (I., C. 835)

Testigo único (J.O., C. 686)

ABUSO SEXUAL SIMPLE

Tentativa (J.A., C. 622)

“...A la genérica posibilidad de que pueda configurarse la tentativa, en el marco de la tipicidad donde quedara subsumida la conducta descrita en el primero de los episodios del *‘sub judice’* (es decir, abuso sexual simple del art. 119, 1er. párrafo del CP), se refieren, entre otros, Edgardo Alberto Donna (cfr. *‘Delitos contra la integridad sexual’*, edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2.000, pág. 37), Ricardo Carlos Nuñez (en su *‘Manual de Derecho Penal Especial’*, 2ª edición, edit. Marcos Lerner, Cba. 1.999, pág. 106; obra actualizada por Víctor Félix Reinaldi), y Ernesto Ferreyra (cfr. *‘El abuso sexual’*, en *‘Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología’*, edit. Univ. Nac. de Cba., Cba. 2.000, pág. 105)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 622, “Shurin, Ariel Carlos Alberto s/ abuso sexual, tent. de abuso sexual y exhibiciones obscenas agravadas”, [J.A.], del 10/04/01, R. 050/01).

ACCION DE AMPARO

Alcance excepcional (A., C. 749)

“...Estimo adecuado recordar -tal lo ha hecho este Tribunal en pronunciamientos anteriores- que *‘...el amparo, pese a la regulación que formula nuestra Constitución Nacional en su art. 43, siempre es un proceso excepcional, utilizable en casos extremos, y cuando la carencia de otras vías legales no permita alcanzar los resultados queridos...’* (Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional Departamental, Sala III, causa n° 40.237, ‘Basillo, Jorge s/ acción de amparo’ del 27/10/95; causa n° 1 de este Tribunal ‘Salim, Jorge Gustavo s/ acción de amparo’, del 06/10/98, e/o). Considero cabe tener presente, también, que la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As., por su parte, ha resaltado el carácter excepcional de la vía intentada, al sentenciar que *‘...no es admisible que por razones de urgencia como las que se invocan cualquier cuestión se someta a la consideración de los jueces por vía del amparo...’* (B. 57.419, ‘Intermar S.A.’ y otros c/ Pcia. de Bs. As. del 02/07/96; B. 53.416, ‘Pagani de Birán’, del 01/10/90; B. 59.644 ‘Life S.A.’, del 19/11/91)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 749, “Munar, Alberto Santos s/ acción de amparo”, [A.], del 18/04/01, R. 055/01).

“...En semejante sentido Augusto M. Morello, ha expresado que se prevé *‘...el amparo para tutelar contra violaciones de derechos constitucionales claros a raíz del obrar arbitrario o ilegítimo de la autoridad o particulares...’*, agregando que con él se busca la prestación efectiva de justicia para la protección de derechos constitucionales conculcados, y que si bien con la reforma constitucional de 1.994 ha *‘pegado un brinco espectacular’*, debe ser empleado razonablemente, no abusando de sus posibilidades funcionales. Por ello, es que no es un comodín de uso indiscriminado y necesita un responsable manejo (ver *‘El amparo después de la Reforma Constitucional’*, en Separata Anticipo de Anales año XL, Segunda Epoca n° 33, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., págs. 3, 6, 7, 10 y 22; *‘El lugar del amparo’*, en *‘La Ley Bs. As.’*, 2.000, págs. 988 y sgtes.). Por su parte, Germán Bidart Campos afirma que *‘...hemos de puntualizar que las aperturas que proyecta el art. 43 de la Constitución Nacional, para su aplicación no llegan, a nuestro juicio, a deparar al justiciable una opción libérrima para acudir al amparo en reemplazo liso y llano de otras posibles vías judiciales’*. Y agrega que *‘...no se trata de que la mera voluntad del actor prefiera para una determinada pre-*

tensión alcanzar más pronto una decisión judicial... no creemos que la reforma alcance para postular que, a gusto de cada pretensor, el amparo venga a ser la acción y el proceso mediante el cual se pueda proponer a un juez cualquier clase de asunto justiciable... (en *'Las aperturas en la acción de amparo según la reforma constitucional de 1.994'*, Separata Anticipo de Anales Segunda Epoca n° 33, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., pág. 4)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 749, “Munar, Alberto Santos s/ acción de amparo”, [A.], del 18/04/01, R. 055/01).

Improcedencia contra actos jurisdiccionales (A., C. 749)

“...La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la vía del amparo no justifica alterar las instituciones vigentes, ni extender la jurisdicción legal y constitucional de los magistrados (*'Agnese de Packhan s/ amparo'*, del 20/12/94). A lo expuesto cabe agregar que, la Constitución de la Provincia de Bs. As., en su art. 20 ap. 2, indica que esta acción *'no procederá... contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial'*. En idéntico sentido, el art. 3 de la ley 7.166 vigente, establece que: *'La acción que por esta ley se reglamenta no procederá: a) Si el acto impugnado emana de un órgano del Poder Judicial...'* Conforme las motivaciones que anteceden propongo que la acción intentada, por carecer de viabilidad jurídica, sea desestimada *'in limine'* (arts. 9, 25 y 26 de la ley 7.166/7.261)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 749, “Munar, Alberto Santos s/ acción de amparo”, [A.], del 18/04/01, R. 055/01).

Patrocinio letrado inexistente (A., C. 749)

“...Sin perjuicio de la obligatoriedad del patrocinio letrado que se desprende de los artículos 17 de la ley nacional n° 16.968 (en función del 56 del CPCN), 20 de la ley provincial n° 7.166 (con relación al 56 del CPC), y 110 de la ley bonaerense n° 5.177; es de advertir que tal requisito no surge de modo expreso de las normas constitucionales de carácter operativo que regulan el instituto en cuestión, en el ámbito nacional y local (CN, 43, primer párrafo; CPBA, 20 n° 2), razón por la cual, estimo, corresponde proveer la presentación del accionante, no obstante la ausencia de asistencia técnica...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 749, “Munar, Alberto Santos s/ acción de amparo”, [A.], del 18/04/01, R. 055/01).

Rechazo “in limine” (A., C. 864)

“...Tras la lectura de la documental precedentemente individualizada, no advierto norma o principio alguno relativo al objeto de la litis, que me permita calificar de arbitrario el Reglamento cuestionado por la accionante... En el caso, creo adecuado tener presente lo que ha sostenido Augusto M. Morello, respecto de la finalidad del amparo, en el sentido que consiste en *'...tutelar contra violaciones de derechos constitucionales claros a raíz del obrar arbitrario o ilegítimo de la autoridad o particulares...'*, agregando que con él se busca la prestación efectiva de justicia para la protección de derechos constitucionales conculcados, y que si bien con la reforma constitucional de 1.994 ha *'pegado un brinco espectacular'*, debe ser empleado razonablemente, no abusando de sus posibilidades funcionales. Por ello, es que no es un comodín de uso indiscriminado y necesita un responsable manejo (cfr. *'El amparo después de la Reforma Constitucional'*, en Separata Anticipo de Anales año XL, Segunda Epoca n° 33, Academia Nacional de Derecho y

Ciencias Sociales de Bs. As., págs. 3, 6, 7, 10 y 22)... Es más, el maestro Morello pontificó que *'el amparo sirve a pleno en lo suyo; no queremos que se lo use para todo, porque arriesgamos -como lo demostró la suerte declinante de la opaca ley 16.986- a que, luego, termine por no servir sino para muy poco; que es lo que precisamente no ha querido la Reforma de 1.994, al dotarlo de renovado voltaje institucional'* (cfr. *'El lugar del amparo'*, en revista *'La Ley Bs. As.'*, setiembre de 2.000, año 7, n° 8, págs. 988 y sgtes.)... La acción intentada, por carecer de viabilidad jurídica, deberá ser desestimada *'in limine'* (arts. 9, 25 y 26 de la ley 7.166/7.261)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 864, “Cutura, Dolly Margarita s/ acción de amparo”, [A.], del 05/07/01, R. 129/01).

ACUSACION

Retiro por el Ministerio Público Fiscal (J.O., C. 477)

“...Ya es criterio afianzado de este Tribunal que *'con el nuevo ordenamiento ritual de la Provincia de Buenos Aires el Ministerio Público Fiscal resulta ser el titular, exclusivo, de la acción penal pública (CPP, 6; t. o. ley 12.059), lo que responde al principio acusatorio según el cual 'ne procedat iudex sine actione', bifurcando la jurisdicción de la acusación. En el ejercicio de su función el representante del interés social entendió en el curso del debate oral, que no encontraba ningún mérito probatorio para reprocharle a la enjuiciada alguna complicidad criminal en el delito contra la propiedad que se le endilgara... Esa postura del Fiscal de Juicio, cualquiera sea la convicción personal de los jueces, impone el deber de absolver a la procesada, ante el expreso desistimiento del órgano requirente, por así disponerlo el párrafo final del art. 368 del CPP'* (causa n° 31, *'Jurado, Mónica Haydée s/ participación criminal secundaria en robo agravado'*, del 17/06/99, entre otras)... Esta interpretación jurisprudencial se enmarca, además de lo que surge del texto expreso de la ley bonaerense, en las líneas directrices que viene trazando la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos *'Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad'* (del 28/12/89; T.209.XXII), *'García, José A. s/ p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/ casación'* (del 22/12/94; G.91.XXVII), *'Cattonar, Julio P. s/ abuso deshonesto'* (del 13/06/95; C.408.XXXI), *'Bensadón, Germán p/ av. infr. art. 34 inc. d, ley 20.974 y art. 293 en función del art. 292, 2ª parte del CP'* (del 10/08/95; B.352.XXXI), *'Saucedo, Elizabeth y Rocha Pereyra, Lauro D. s/ av. Contrabando'* (del 12/09/95; S.172.XXVIII), y *'Ferreyra, Julio s/ rec. de casación'* (del 20/10/95; F.164.XXVIII), a las que se han plegado todas las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal; a saber: Sala I, causa 2.040, *'Angulo, Alejandro s/ rec. de casación'*; Sala II, causa 782, *'Franchini, Stella M. s/ rec. de casación'*; Sala III, causa 949, *'Bensadón, Germán s/ rec. de casación'*; y Sala IV, causa 969, *'Scaccia Zanón, Oscar A. s/ rec. de casación'*...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 477, “Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de documento privado”, [J.O.], del 16/04/01, R. 053/01).

“...En efecto, en coyunturas justiciables análogas a la presente, el intérprete final de la Carta Magna ha sostenido que, en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, y que dichas formas no son respetadas si se dicta sentencia condenatoria sin que medie acusación... Por otra parte, las limitaciones que la propia Corte Federal impuso a esos principios rectores en el caso *'Santillán, Francisco Agustín s/ rec. de casación'* (CSJN. Fallos: 321-2:2021, del 13/08/98;

publ. en 'L.L.' del 28/09/98, págs. 21 y sgtes.), resultan inaplicables en la especie, habida cuenta de la inactividad procesal adoptada durante el juicio oral por aquel que se presentara en el rol de particular damnificado... Este Tribunal no puede rebasar el único interés legítimo para promover y mantener la acción penal pública, por lo que, sin necesidad de otras consideraciones, y sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que se dirimen en otro ámbito jurisdiccional..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 477, "Longhi, Miguel Angel s/ falsificación de documento privado", [J.O.], del 16/04/01, R. 053/01).

ACUSATORIO

Concepto (I., C. 863)

"...Sólo es acusatorio aquel sistema de enjuiciamiento que concibe al juez como un sujeto rígidamente diferenciado de las partes involucradas en el pleito, y al juicio como una disputa entre iguales que sólo se inicia por la acusación (pública o privada), a la que le compete la carga de la prueba, estando enfrentada al acusado y a su defensa técnica en el ámbito del debate oral, público y contradictorio, donde se practicarán las medidas de prueba que los litigantes intenten hacer valer para apuntalar sus ulteriores pretensiones sobre la aplicabilidad, al caso, del derecho de fondo; contienda que será resuelta por el juzgador imparcial que la presencia, en forma ininterrumpida, y que deberá dirimirla conforme su sincero y fundado convencimiento..." (Por unanimidad, causa n° 863, "Vigliani, Javier Horacio c/ Silva, Luis Eduardo s/ querrela", [I.], del 03/06/01, R. 128/01).

AGRAVANTES

Asalto a taxista (J.O., C. 578)

"...No puedo soslayar como agravante, tal como lo tiene reiteradamente establecido este Tribunal, '*...la particular situación de desprotección en la que se encuentran los choferes de los servicios públicos de transporte urbano de pasajeros, toda vez que los taxis, remises y microómnibus, como regla, no pueden negarse a subir personas, lo que ha sido aprovechado por el malhechor para la consumación delictiva...*' (cfr. causa n° 26, 'Herrera, Carlos Ruben s/ robo calif. y priv. ilegítima de la libertad' [Juicio Oral], del 10/05/99, reg. n° 19-S)..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 578, "Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma, etc.", [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

Genérica, por el uso de arma (J.O., C. 859; JA, C. 941)

"...No considero aplicable a este caso, la agravante genérica objetiva del artículo 41 bis del CP, incorporada por la ley 25.297 (B.O.N. del 22/09/00), habida cuenta que la violencia o intimidación a la que se alude en la norma citada, ya se encuentra incluida en el tipo penal del artículo 79 del código de fondo..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 859, "Molinas, Oscar Angel s/ homicidio, tenencia de arma y munición de guerra, encubrimiento", [J.O.], del 14/11/01, R. 226/01).

"...Tal lo sostenido por este Tribunal, por unanimidad, el 15/10/01, en la causa n° 889, 'Brun, Luis María y otros s/ robo calificado', propicio que, también en este caso, no se considere aplicable la agravante genérica objetiva mentada en el

art. 41 bis del Código de fondo (texto ordenado de la ley 25.297; B.O.N. del 22/09/00), apartándome de la pretensión fiscalista, ya que dicha norma establece como excepción la circunstancia de que se encuentre el arma de fuego como elemento constitutivo o calificante, como en el *'sub judice'*, que justamente es un robo con arma, que quedó en grado de conato..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandri, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 941, "Tolosa, Sergio Angel s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma y tenencia ilegítima de arma y munición de guerra", [J.A.], del 20/11/01, R. 240/01).

APRECIACION DE LA PRUEBA

Certeza (J.O., C. 643)

"...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 art. 210, 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... Afirmo, sin hesitación, que el Juez debe estar *'convencido'* es decir, encontrarse dentro del campo de la *'lógica de la certeza'*. Y es por ello, que resulta 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'* (conf. CSJN, S. 232 XXII, 01/12/88, *'Scalzone s/ robo'*, en 'E.D.' 23/06/89, M 705 XXI 07/06/88 en 'E.D.' 04/11/88; CN Casación Penal, Sala I, 25/11/97 en 'G.J.G s/ rec. casación', en 'E.D.' 10/09/98, e/o; cit. en votos anteriores, en resoluciones de este Tribunal, a los que se adhirieron sus integrantes en su composición originaria: ver causas n° 258, *'Suranitti, Marcelo Fabián s/ robo calificado por el uso de arma'*, del 10/07/00, Reg. 111; n° 275, *'Martín, Nicolás y otros s/ robo agravado'*, del 06/10/00, Reg. 178; e/o...) (Del voto de la Dra. Arrola de Galandri, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...El juzgador debe tener la *'firme convicción de estar en posesión de la verdad...'* (cfr. Cafferata Nores, José I. en 'La prueba en el proceso penal', edit. Depalma, 1.998, 3ª edición, págs. 8 y 14)... *'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 español, *'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)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandri, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...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)... Germán Bidart Campos 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 'E.D.', 143-243)... Por ello, es que debo adherirme a la postura sostenida por la asistente técnica particular, en el sentido que, para estar frente a un injusto, las palabras anunciadas deben infligir un mal posible y con aptitud de impresionar o alarmar, de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar, así como, también, las características de los sujetos, tal lo sostiene en forma conteste reiterada jurisprudencia y doctrina (conf. Soler 'Derecho Penal Argentino', t. IV, pág. 72/4, Breglia Arias 'Código Penal...', pág. 481, Manigot 'Código Penal...anotado...', t. I, págs. 474/5, e/o)... Pero, a mi criterio, no resulta necesario, ni siquiera, entrar en el tratamiento del análisis del contexto, para descartar aquellas expresiones, como en los casos, en que sí literalmente tienen potencialidad intimidatoria, pero que resultan insuficientes, por haber sido pronunciadas en el marco de una acalorada discusión..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

Implicancias (J.O., C. 653)

"...En el ámbito provincial y como es sabido, a partir de esta reforma procesal, a través de los arts. 209 y 210 del ordenamiento respectivo, se ha instaurado la libertad probatoria, lo que no implica la libertad caprichosa por cierto. Pues bien, a pesar que no soy adepto a las citas doctrinarias o jurisprudenciales, sino que me parece que ésta es la precisa ocasión para decir mi pensamiento razonado, en esta ocasión me veo casi diría obligado para apuntalar mi convicción, a decir que, tal como lo expresara Vincenzo Manzini en su obra 'Tratado de Derecho Procesal Penal' (t. III, pág. 99): *'La valoración de la prueba consiste en el análisis crítico, hecho por el magistrado, del resultado del examen probatorio y en la consiguiente libre convicción de él acerca de lo concluyente de esa misma prueba a los fines procesales...'*" (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

ATENUANTES

Drogadependencia (J.O., C. 686)

"...Resulta atenuante la drogadependencia de larga data que padece el procesado, según resulta de los dictámenes producidos como instrucción suplementaria (CPP, 338, n° 7), toda vez que -como lo viene señalando este Tribunal, en casos análogos- *'ese malsano hábito por las sustancias psicoactivas reduce su capacidad intelectual y volitiva, aún 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)...' (causa n° 855, 'Sánchez, Néstor Fabián s/ robo y tentativa de hurto', del 31/08/01, entre otras)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 686, "Ramírez Rossi, Cristian Mauricio s/ tent. de robo y robo calif. por el uso de arma", [J.O.], del 10/09/01, R. 173/01).

COACCION

Diferencias típicas entre los arts. 149 bis y 158 del CP (J.O., C. 408)

“...Para arribar a una adecuada y fundamentada respuesta comenzaré por la conducta descrita en el art. 149 bis del Código Penal, tipo conocido como ‘*coacción*’, que protege el bien jurídico de la ‘*libertad individual*’, conforme lo establecido en el Capítulo 1 de ese cuerpo legal, dentro del Título 5, que agrupa los ‘*Delitos contra la libertad*’, en general; subsunción que propusiera el Fiscal de Juicio, en consonancia con la Agente Fiscal de la etapa penal preparatoria, quien requirió la elevación de la causa a juicio, habiéndole tocado decidir a este Tribunal en lo Criminal n° 1, según el sorteo realizado por la Cámara de Apelación y Garantías... Ese art. 149 bis, en su 2° párr. expresa textualmente: ‘*Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*’...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Recuerda el maestro Soler que ‘*El hecho de que la violencia y la coacción sean en general medios comunes de delincuencia y que por tal motivo integren las más variadas figuras delictivas, dificultó en algunos códigos... la admisión de este delito como un hecho autónomo...*’, explicando que no queda abarcada la voluntad viciada por error, ni tampoco basta la astucia, no consistiendo tampoco en el puro empleo comunicado del medio intimidante, ya que quedan comprendidos los ‘*casos en los cuales el mal actúe a través de la psiquis de la víctima imponiéndole la conducta no querida por ella y deseada e impuesta por el autor*’ (cfr. ‘*Derecho Penal Argentino*’, tomo IV, edit. Tea, Bs. As. 1.978, págs. 67 y sgtes.)... El mencionado autor agrega ‘*La amenaza es la promesa de un mal futuro cuyo cumplimiento depende del poder del que la hace o de terceros con cuya acción dice contar... las amenazas deben ser graves... debe juzgarse desde el punto de vista del hombre medio y prudente colocado en la mis situación cultural ambiental y económica en que la víctima se hallaba. El punto de vista general y uniforme no es suficiente*’. Es decir deben ser serias, graves e injustas y representar un mal posible y gobernable con poder para impresionar a otro, correspondiendo ser medida en sí misma y puesta en relación con un hombre común (op. cit., pág. 69 y 72/4)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...El maestro argentino, también, recuerda en su obra que, de acuerdo a la manda del art. 19 de la Constitución Nacional, que establece el principio de legalidad: ‘*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y obligarlo es delito, ni está privado de hacer lo que la ley no prohíbe, e impedirlo por la violencia es(también) delito*’ (op. cit. pág. 70)... En igual sentido se pronuncia Carlos Creus al sostener que ‘*...lo amparado por la ley es la autonomía de las voliciones y las acciones... la protección se extiende desde la libertad para determinarse a hacer o no hacer, hasta la libertad de obrar según esa determinación...*’ Y agrega: ‘*Las amenazas como medio comisivo de las coacciones, siempre son condicionadas en cuanto la inferencia del daño se hace depender de la decisión del sujeto pasivo sobre la conducta que de él pretende el agente. En lo demás, los principios... referidos al delito del art. 149 bis, párr. 1° son de aplicación al de coacciones...*’ (‘*Derecho Penal. Parte Especial*’, tomo 1, edit. Astrea, Bs. As. 1.991, págs. 355/7)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Siguiendo al mencionado Creus, la coacción ‘...trátase de un delito subsidiario, cuyo presupuesto de aplicación es la no previsión del hecho por otros tipos particulares, en los que la coacción funcione instrumentalmente para la vulneración de distintos bienes jurídicos (incluso el de la libertad en otras manifestaciones; esos tipos absorben el de coacciones)’ (op. cit., pág. 359)... Con los precedentes fundamentos me permito no compartir la postura de la parte acusadora, en cuanto a la pretendida dicotomía que afirmó existir entre el concepto de *amenaza* mentado en la primera parte del art. 149 bis del CP, delito de amenaza propiamente dicho o a secas, y el establecido en su segundo párrafo, o sea coacción, cuyo encuadre propiciara... Y ahora resta referirme a los elementos normativos del delito conocido como ‘*compulsión a la huelga*’, incluido entre los ‘*Delitos contra la libertad de trabajo y asociación*’, Capítulo 4, del ya mencionado Título 5, del Código Penal, en el que se agrupan todos los ‘*Delitos contra la libertad*’... En el art. 158, 1º párr. de ese cuerpo legal se expresa textualmente: ‘*Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte de una huelga o boicot*’... ‘*Compeler*’, según la Real Academia Española es ‘*obligar a alguien con fuerza o por autoridad a que haga lo que no quiere*’ (Diccionario de la Lengua Española, op. cit., pág. 522)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Soler, comentando el referido art. 158 afirma que: ‘*Lo que aquí se tutela no es el derecho del... obrero..., sino el derecho de libertad del otro obrero para trabajar o no según le plazca*’, ya que ‘*no responde a ningún concepto especial de represión, sino a la protección de la libertad individual*’; para luego recordar que no bastan la coacción o la amenaza, ya que ‘...se ha querido evitar la injusticia de que se castiguen meras vehemencias verbales, frecuentes en el calor de la lucha y de la propaganda’ (op. cit., pág. 141)... Como bien lo sostiene Creus ‘*La libertad personal que aquí se ampara es la relacionada con las actividades laborales: la libertad de cualquier sujeto a trabajar cuando quiere...*’ Y agrega que: ‘...la acción es la de ejercer violencia, o sea desplegar medios físicos... sobre el sujeto pasivo’. Y agrega: ‘*La fuerza en las cosas no entra en el tipo, salvo que, a la vez, represente una violencia sobre la persona...*’ (op. cit., págs. 395/6)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...En igual sentido se expide Ricardo C. Nuñez, al sostener que: ‘*El medio compulsivo es el ejercicio de violencia física sobre la persona de la víctima. Sucede esto tanto si la energía física constitutiva de la violencia alcanza la persona del sujeto pasivo, como si el autor la despliega amenazadoramente contra aquel... la violencia, se debe ejercer para compeler a la víctima a tomar parte en una huelga...*’ O sea, ‘*No basta que se ejerza con motivo u ocasión de una huelga...*’ Y ésta en el sentido del art. 158 del CP, ‘...consiste en la suspensión colectiva del trabajo dispuesto por un gremio en razón de un conflicto o cuestión laboral..’ (‘Manual de Derecho Penal. Parte Especial’, 2º edit. actualizada por Víctor F. Reinaldi, edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1.999, págs. 185/6)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Y así, por todo lo recién considerado con relación a los requisitos típicos de ambas figuras: *coacción y compulsión a la huelga*, respectivamente, y habida cuenta de las razones ya expuestas, más arriba, en los puntos antecedentes, cuando analicé los aspectos fácticos y distintas circunstancias, debo concluir que no se encuentran fehacientemente probados los recaudos normativos indispensables para poder tener por subsumido el acontecimiento que tuviera lugar en el

HIEMI aquel 9 de junio de 1.999, en alguno de los dos tipos legales específicamente abordados, tal la pretensión fiscalista, como propuesta de encuadre típico principal, el primero, y en forma alternativa, el segundo, al momento de sus alegaciones y al formular acusación, en la discusión final...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Habida cuenta de los problemas interpretativos del lenguaje tanto utilizado por el jurista, como por el hombre común, tal lo hemos podido palmariamente advertir a lo largo de las deposiciones en la audiencia, y en concreto cuando hizo uso de la palabra uno de los acusados, tal la parcial transcripción precedente, estimo conveniente tener en cuenta a los fines de aclarar mi dubitativa postura, el significado de algunos términos, conforme el Diccionario de la Lengua Española (op. cit., págs. 1.584, 2.065, 1.127, 1.662)... Y así: 1º) ‘*Persuadir*’ es ‘*inducir, mover, obligar a uno con razones a creer o hacer una cosa*’; 2º) ‘*vehemente*’ significa ‘*que tiene una fuerza impetuosa, ardiente y lleno de pasión*’; 3º) ‘*hostil*’ quiere decir ‘*contrario o enemigo*’; 4º) ‘*hostilidad*’ es igual a ‘*agresión armada de un pueblo, ejército o tropa*’; 5º) ‘*hostilizar*’, significa ‘*atacar, agredir, molestar a alguien aún levemente, pero con insistencia*’; 6º) ‘*presión*’ y ‘*presionar*’, términos derivados del latín ‘*pressio – onis*’, son definidos como: ‘*acción de apretar o comprimir*’, ‘*fuerza o coacción que se hace sobre una persona o colectividad*’, también se los conceptúa como ‘*ejercer presión sobre el enemigo para hacerle abandonar sus posiciones*’, y como ‘*presión social*’ se dice es ‘*el conjunto de influencias que ejerce la sociedad sobre los individuos que la componen*’, sin perjuicio de incluirse, en el indicado texto lingüístico, como 4ª acepción a los denominados como ‘*grupos de presión*’...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...El término ‘*huelga*’, en francés ‘*grève*’ hace relación a la plaza del ayuntamiento de París o ‘*Plaza de Grève*’, espacio donde, en otras épocas, se reunían los obreros sin trabajo, mientras que en español deriva de ‘*holgar*’, haciendo referencia al tiempo que se está sin trabajo, y como derivado del latín ‘*follicare*’, da idea de respirar, tomar aliento, descansar después de un esfuerzo o fatiga. Pudiendo ser conceptuada, la huelga, según alguna postura como ‘*medio de presión de acción colectiva por el cual un grupo persigue la defensa de intereses profesionales que son los obreros, los trabajadores, frente a otros que pueden estar formados por uno o más empleadores...*’, por el cual se abandona el trabajo en común por pluralidad de trabajadores con un fin determinado o concreto (cfr. Romero, Ramón, ‘*Derecho de Huelga*’, edit. Depalma, Bs. As. 1973, pág. 9). Según el Diccionario mencionado más arriba es ‘*espacio de tiempo en que uno está sin trabajar*’, ‘*interrupción colectiva del trabajo con el fin de imponer ciertas condiciones o manifestar una protesta*’ (pág. 1.128/9)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Estimo propicia ocasión para recordar que el Superior Tribunal de la Nación, ha dicho que ‘*Si bien la participación pacífica en una huelga no es punible, sí puede serlo en cambio mediando ley al respecto, cuando ello se realiza con recurso a la violencia física*’, y también agregó que ‘*el empleo de la violencia en una huelga es incompatible con el respeto de los demás derechos que la Constitución Nacional preserva para los integrantes de la comunidad*’ (CSN, ‘*Ribas, Riego y otros*’, 1.964, Fallos 258:267). Y también lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el sentido que ‘*El derecho de huelga consagrado en la Constitución Nacional no es absoluto o ilimitado, y el juez puede evaluar y fijar pau-*

tas de legalidad y procedencia conforme a los antecedentes jurisprudenciales' ('Alderete, Carlos y otro c/ Proveeduría...', Sala III, 28/10/93)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Y, en el renombrado caso ‘Kot’, *‘leading case’* en la creación pretoriana del amparo, como medio de defensa frente a derechos arbitrariamente conculcados, hoy sí receptado en la Carta Magna, nuestra Corte Suprema de la Nación, el 05/09/58 expresó: *‘...además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales...’* El constitucionalista Segundo Linares Quintana, se refiere a ese señero fallo tras abordar las necesarias distinciones entre *‘grupos de interés’*, *‘grupos de presión’* y *‘grupos de tensión’*, conceptuando a los primeros, como aquellos que para *‘el logro de sus fines se relacionan con el poder político procurando influir en una decisión gubernativa... su actividad... se reduce a la pretensión, es decir, al requerimiento, exigencia o petición formulada públicamente a los órganos de gobierno o a agentes estatales’*. Agrega, dicho autor que, *‘...instalados en la legalidad formal, con su pretensión de seguridad para sus intereses, operan como grupos de presión’*. Y parafraseando al profesor Carlos Fayt, actual miembro de la Corte Suprema, explica que como grupos de presión *‘...no crean ni provocan la anormalidad formal, limitando su acción a coaccionar en procura de la protección de la legalidad en busca de la seguridad’...*” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Esto para concluir, con referencia al caso ‘Kot’, diciendo: *‘No es posible aceptar la posición rígida y simplista de quienes condenan a los grupos de presión en forma terminante, considerándolos como una perversión de la democracia. La actuación de tales fuerzas, en su proyección en el campo de la política puede ofrecer aspectos favorables como desfavorables y desde cierto ángulo resultaría difícil objetarla cuando operan en forma lícita y correcta... Los grupos de presión, cuando desarrollan una acción lícita, pública y clara, cumplen una función útil en la dinámica institucional, en tanto su influencia sea canalizada y asimilada por los partidos políticos, la opinión pública y los órganos estatales, en un plano de adecuado equilibrio y ponderación de los intereses particulares con los generales y permanentes de la comunidad. No ha de alarmar que los sindicatos, las entidades empresarias, las asociaciones confesionales y tantas otros agrupamientos de intereses particulares hagan llegar sus opiniones y puntos de vista a los partidos y autoridades públicas, los defiendan y procuren hacerlos triunfar, utilizando los medios constitucionales y legales a disposición de todos los habitantes... actuarían como fuerzas de contrapeso..., como factores que hacen posible o facilitan el restablecimiento de los equilibrios necesarios’...*” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Linares Quintana, a continuación, también agrega que: *‘Lo que preocupa y suscita profunda inquietud a la vez que gran malestar y angustia es que alguno o algunos sectores de la comunidad pretendan ejercer un verdadero gobierno invisible, como tal, irresponsable y clandestino, al margen de las instituciones constitucionales... los grupos de presión se transforman en grupos nocivos...’*

en tal caso no funcionará el gobierno constitucional, sino tan sólo una caricatura... (cfr. 'Grupos de presión', en Encicl. Jurídica Omeba, tomo XIII, edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1965, págs. 403 y sgtes.; ver, asimismo, CN, 14 bis, leyes 14.786/59 y 25.250/00, sobre medidas legítimas de acción directa, así como el desarrollo de los denominados '*derechos de 2º generación o sociales del trabajador*', en el marco del '*Estado Social de Derecho*', en Quiroga Lavié, Humberto '*Constitución de la Nación Argentina Comentada* edit. Zavalía, 1.996, págs. 79 y sgtes.)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 408, "Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada", del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

"...En primer término, señalaré que si bien coincido con el Agente Fiscal en que las circunstancias de conflictividad laboral y gremial que rodeaban el hecho -una empresa disfrazada bajo el ropaje legal de cooperativa que, en fraude laboral, tenía a su personal como asociados y no como empleados para no pagar los sueldos debidos ni las cargas sociales y previsionales pertinentes; los reclamos de los trabajadores para regularizar la situación, y la medida de fuerza de 'huelga' o 'paro' dispuesta para provocar la legalización que finalmente ocurrió-, no deberían hacernos perder de vista el objeto procesal de éste juicio cual es, de acuerdo a la pretensión punitiva concreta ejercida por el titular de la '*vindicta pública*', saber si personas concretas fueron obligadas contra su voluntad a hacer o dejar de hacer algo que libremente habían decidido no hacer o realizar; sin embargo, no puedo dejar de desconocer aquellas circunstancias las que me obligan a estrechar el encuadramiento legal definitivo del hecho... En efecto, estoy convencido que existiendo un contexto de huelga, los actos que impiden a un trabajador poder laborar o que pretenden hacerlos plegarse compulsivamente a dicha medida de fuerza, sólo pueden ser examinados a la luz del art. 158 del CP, y no bajo las previsiones del art. 149 bis de dicho cuerpo normativo..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 408, "Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada", del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

"...Para el legislador, las conductas que impiden a una persona poder realizar su voluntad de trabajar, cuando se producen dentro de un paro o huelga, o que pretenden compulsivamente obligarlo a adherirse a ésta, solamente deben ser castigadas cuando encuadran dentro de la figura del art. 158 del Código Penal... Ello resulta evidente, tanto porque -como expusiera Rodolfo Moreno al proponer el Código de 1921- no se ha querido castigar el derecho de huelga (dada su consagración como derecho constitucional), como porque tiene una pena sensiblemente menor a la prevista en el art. 149 bis del CP... En igual sentido se ha resuelto que: '*...para la existencia del delito previsto en el artículo 158 del Código Penal, ha de ejercerse o intentarse ejercer violencia física, no bastando la amenaza, el insulto o cualquiera otra clase de violencia moral...*' (Cám. Nac. Crim. y Correcc. , sentencia del 20/12/1938 L.L., 17-571; ídem. Cám. Federal Bahía Blanca 16/10/56 'L.L.' 88-423). '*El tipo del art. 158 requiere que uno o varios obreros apliquen violencia física (o intimidación equiparable) a otro u otros para compelerlos a tomar parte en la huelga... no obstante se considere probado que no se podía salir del establecimiento, la significación jurídica de ello escapa al tipo controlado por el art. 158, que tampoco contempla el abucheo reprochador ante la falta de adhesión a la huelga...*' (Cám. Crim. y Correcc. Morón, Sala II, 28/06/94, 'L.L.B.A.', 1994-227.)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 408, "Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada", del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

"...Si los actos intimidatorios tendientes a provocar que los trabajadores dejen de hacer algo contra su voluntad, han sido cumplidos dentro del contexto de una huelga, la conducta no puede ser examinada a la luz del art. 149 bis del C.P.,

porque conforme nuestra legislación, no se ha querido punir la huelga, sino ciertas conductas cumplidas dentro de ésta y su previsión punitiva es sensiblemente menor a la prevista en éste tipo legal... A su vez, los únicos actos intimidatorios que quedan comprendidos dentro del art. 158 del CP, son los que por imperio del art. 78 del mismo cuerpo legal quedan equiparados al concepto de violencia: medios hipnóticos, narcóticos... Advierto que la legislación penal en la materia, deja lagunas o vacíos, pero en virtud del principio de legalidad por el cual sólo se puede juzgar como delictivo lo así definido por una ley penal con anterioridad al hecho juzgado (arts. 18 y 19 C.N. y 15 C. Pcial.), tales vacíos no pueden ser llenados por los jueces por vía de analogía (CP, 2), o de interpretación extensiva, tomando elementos de otras figuras para adecuar la ley a un hecho... El padre del Derecho Penal alemán (autor del Código de Baviera del siglo XIX) Anselmo Von Feuerbach, al enunciar el principio de legalidad en materia penal, explicitaba que comprendía las siguientes reglas: a) toda pena supone una ley penal (*nulla poena sine lege*), b) toda pena supone una acción conminada con ella (*nulla poena sine crimine*) y c) toda acción punible debe tener una pena legal (*nullum crimen sine poena legal*)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...El maestro italiano Francesco Carrara, concebía al delito sólo como ‘...una infracción a una ley del Estado...’, sosteniendo Sebastián Soler, que el derecho penal es un ‘sistema discontinuo de ilicitudes’, porque la mayoría de las conductas humanas se mueven dentro del amplio mar de la libertad y sólo son delictivas aquellas que encajan (encuadran) en las definiciones legales, actuando así la ley como un límite a la pretensión punitiva del Estado (garantía contra la arbitrariedad)... Más modernamente, Hans Heinrich Jescheck (Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, edit. Bosch. Barcelona. 1.981 págs. 4 y 5) expresa que ‘...el poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la Sociedad... el Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad, garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima... la norma penal representa la última ‘ratio’ del instrumental del que dispone el legislador... El Derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad...’ (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Más adelante el mismo autor nos dice que ‘...puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de libertad del ciudadano que conoce el ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley, posee por ello mayor importancia en el derecho penal que en cualquier otra rama del ordenamiento jurídico... con ello no se exige solamente la presencia de una ley como base de la punibilidad sino también la prohibición de retroactividad y de aplicación analógica...’ (op. cit., pág. 33)... Aún cuando todo hecho delictivo tiene un contenido inmoral y antisocial, no todo hecho inmoral o antisocial, es ‘per se’ delicto... En éste caso concreto, entiendo que estando prevista solamente la violencia física (*vis absoluta*) como medio comisivo de la coerción para obligar a la huelga en la figura del art. 158 del C.P. (advértase que cada vez que el legislador utiliza la expresión violencia se refiere exclusivamente a ésta forma de fuerza, por oposición a *vis moral*: intimidación), los jueces, no podemos integrar el modo comisivo de ése delito con elementos de otra figura como es la del art. 149 bis del mismo cuerpo legal...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

“...Es el hecho, el que se debe adecuar a la previsión de la ley como si fuera su traje a medida y no la ley adaptarse al hecho. Y los jueces no podemos hacer, ni si quiera, objeciones de política criminal, debiendo aplicar el derecho positivo que se nos da como vigente. ¡Somos esclavos de la ley!... Quizás la regulación de los actos ilícitos penales que, dentro de una huelga, pueden afectar el derecho libre de un trabajador a decidir voluntaria e individualmente, estén desactualizados o no capten todas las conductas que socialmente pueden ser reprochables, pero no nos toca a los jueces suplir tal vacío legislativo... En este caso puntual, no obstante los esfuerzos realizados por el representante del Ministerio Público Fiscal, no encuentro acreditado suficientemente –con la certeza que me exige un juicio de reproche penal- que haya mediado violencia alguna para impedir a los nombrados ejercer su decisión libre de trabajar en la limpieza del HIEMI el 8 y 9 de junio de 1.999, arribando sólo dudas al respecto...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 408, “Balcedo, Luis Andrés y otros s/ coacción continuada”, del 04/12/01, [J.O.], R. 249/01).

COAUTORIA

Dominio funcional del hecho (J.A., C. 642)

“...Ante tamaño desmoronamiento de las evidencias cargosas, el Fiscal Instructor, tras censurar a la ‘*desacreditada*’ doctrina formal objetiva, echó mano de la teoría del dominio funcional del hecho, para fundamentar en ella la coautoría del causante respecto del suceso recreado en la materialidad delictiva... Se imponen algunas breves consideraciones previas, de carácter general, a propósito de lo argumentado por el solvente representante del Ministerio Público... Autor, según la tesis objetiva formal, es quien -al margen del ‘*animus*’- ejecuta exteriormente las conductas descritas en los tipos penales, doctrina respetuosa, como ninguna otra de su clase, del principio de legalidad (cfr. Fierro, Guillermo Julio en ‘*Teoría de la participación criminal*’, 2ª edición, edit. Astrea, Bs. As. 2.001, págs. 316/7). En cambio, 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, 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 y decide sobre el ‘*si*’ y el ‘*cómo*’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 642, “Briñón, Juan Adrián s/ robo agrav. en poblado y en banda y lesiones leves”, [J.A.], del 14/03/01, R.029/01).

“...La coautoría, siempre siguiendo el surco abierto a partir del último de los esquemas jurídicos trazados, significa desde el punto de vista subjetivo comunidad de propósitos en la realización típica, mientras que desde el objetivo implica división o fraccionamiento de tareas, donde el dominio del hecho no lo ejerce solo uno, sino todos, mediante una concreción mancomunada y funcional de los aportes individuales (cfr. Salazar Marín, Mario en ‘*Autor y partícipe en el injusto penal*’, edit. Temis, Bogotá 1.992, págs. 99/100)... Sin embargo, en el caso que nos convoca, el acusado no puede ser reputado coautor de las infracciones punibles que se le atribuyen, no ya conforme a la teoría formal objetiva que cultivaran Beling, Mayer y Mezger (en Argentina, Soler, Jiménez de Asúa, Núñez y Fontán Balestra, entre otros), sino tampoco recurriendo a la moderna concepción del dominio funcional del injusto, invocada, porque nada me permite presumir que el abrupto ingreso de un reducido grupo de la hinchada ‘*tricolor*’ a una pizzería, haya sido una obra preparada, planificada u organizada, o que el dominio del hecho haya sido

funcional, es decir, mediante la distribución de los roles ejecutivos acordados de antemano (cfr. Wessels, Johannes en *'Derecho Penal. Parte General'*, 6ª edición, edit. Depalma, Bs. As. 1.976, págs. 157/8)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 642, “Briñón, Juan Adrián s/ robo agrav. en poblado y en banda y lesiones leves”, [J.A.], del 14/03/01, R.029/01).

CONCURSO DE DELITOS

Concurso real (J.O., C. 859)

“...Acerca de la modalidad de concurrencia entre los dos primeros delitos recién calificados, aspecto sobre el que controvirtieron las partes, aduciendo la defensa que el encubrimiento quedó subsumido en la tenencia ilegal del arma de guerra, creo, sin hesitar, que tratándose de ataques a bienes jurídicos diversos y con elementos constitutivos diferenciados, es decir, de dos acciones típicas separables o independientes, una, efectivamente lesiva de la administración pública (el encubrimiento), y la otra, potencialmente atentatoria de la seguridad pública (la tenencia ilegal de arma de guerra), ha mediado un concurso real, en los términos del art. 55 de la ley de fondo...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 859, “Molinas, Oscar Angel s/ homicidio, tenencia de arma y munición de guerra, encubrimiento”, [J.O.], del 14/11/01, R. 226/01).

CUERPO DEL DELITO

Distintos componentes. Necesidad de su prueba (J.O., C. 504 y 578)

“...A riesgo de pecar de reiterativo, debo resaltar la lamentable instrucción practicada que dejó de lado diligencias útiles, a la vez que simples y lógicas, para la debida comprobación del cuerpo del delito, que nos hubieran podido brindar un panorama más acabado de lo sucedido, como ser una concreta inspección ocular y una pericia profesionalmente practicada, dejándonos al borde de prescripciones que francamente me resultan incomprensibles a la luz de este novel procedimiento. Pareciera que la comprobación del cuerpo del delito fuera algo intrascendente, cuando en realidad resulta ser, nada más y nada menos, la base todo procedimiento en materia penal: es decir, todo parte desde la comprobación de un hecho con la apariencia física de delito...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Arrola de Galandrini, causa n° 504, “Aguilar, Marcelo Antonio s/ daño y lesiones graves”, [J.O.], del 24/04/01).

“...En este orden de ideas, y respondiendo a uno de los tantos interrogantes que planteara la defensa técnica en su alegato, es verdad que por falta de diligencia o perspicacia de los encargados de la investigación, no se logró secuestrar el elemento utilizado para lesionar a la víctima (o sea, que carecemos de uno de los tres componentes de la materialidad ilícita; esto es, el denominado *'corpus instrumentorum'*); pero ello no implica, lisa y llanamente, descartar la plena comprobación del extremo al cual estoy haciendo referencia, puesto que a los otros dos ingredientes -a saber, el *'corpus criminis'* y el *'corpus probatorium'*, constituidos por la persona sobre la cual se ejerció la violencia física, y los vestigios o huellas dejados por el accionar criminal-, los encuentro harto demostrados con los testimonios contestes a los que ya me he referido...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Arrola de Galandrini, causa n° 504, “Aguilar, Marcelo Antonio s/ daño y lesiones graves”, [J.O.], del 24/04/01; en igual sentido, causa n°

578, “Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

CULPABILIDAD

Principio de inocencia (J.O., C. 653)

“...Cabe tenerse presente la más que clara norma procesal establecida por el art. 367 del Código Ritual, en su primera parte, cuando expresa: *‘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. 1º 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’*... Y por ello es que 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’*...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa nº 653, “Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R.01-269).

“...Y todo ello según el actual sistema procesal vigente, que si bien 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), 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’*... Y, por ende, el Juez debe estar *‘convencido’*, es decir, encontrarse dentro del campo de la *‘lógica de la certeza’* o sea con *‘absoluta certidumbre’*, ya que esta última, en grado apodíctico, es la única que puede fundar un pronunciamiento condenatorio pues debe el juzgador haber arribado a una *‘firme convicción ...y si no se consigue llegar a la certeza corresponde la absolucón’* (conf. CSJN, S 232 XXII, del 01/12/88, ‘Scalzone s/ robo’; CN Casación Penal, Sala I, del 25/11/97 en ‘G.J.G s/ rec. casación’, en ‘E.D.’ del 10/09/98, e/o; Cafferata Nores, op. cit., págs. 8 y 14)... Y conforme todo lo considerado, en esta cuestión, no existe en mi ánimo ese estadio de *‘Certeza’*, que 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’* (ver ‘Diccionario de la Lengua Española’, 21ª edición, Madrid 1.992, pág. 466). Y, entonces, existiendo sólo cierto grado de probabilidad, sobre el tema a decidir, corresponde estar a lo más favorable al procesado (SCBA, P. 35.272, e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa nº 653, “Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R.01-269).

DOLO

“Aberratio ictus”, im procedencia (J.A., C. 1.012)

“...El sujeto activo disparó con un arma de fuego, lesionando gravemente a la pareja del destinatario de la descarga, quien lo acompañaba a bordo de una bicicleta... La doctrina moderna trata, en forma casi unánime, supuestos como el de autos como situaciones de desviación del curso causal; así lo exponen, entre

otros, Bottke, Jakobs, Luzón Peña, Maurach, H. Mayer, Puppe, Roxin, Silva Sánchez, Stratenweth, Weber y Zaffaroni... Este último, precisamente, argumenta que la mayor discusión se produce alrededor de la llamada *'aberratio ictus'* o error en el golpe, es decir, el caso del que dirige el ataque contra un objeto y alcanza a otro equivalente, exponiendo que *'...la doctrina se divide desde muy antiguo y fue donde en este campo se hizo valer de la máxima de Farinaccio, traducida al caso como quiso matar a un hombre y mato a un hombre. La mayor parte de la doctrina se separa hoy de la tesis medieval del dolo general y se inclina por considerar que existe una tentativa de homicidio en concurso ideal con un homicidio culposo, siempre que la identidad de la víctima no carezca de relevancia para el autor... Conforme a la tesis de concreción del dolo, la solución de la llamada aberratio ictus dependerá de que lo realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto... En caso que el resultado sea inessential para el plan concreto, no existe contradicción en admitir la naturaleza dolosa del homicidio cometido...'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 2.001, pág. 514)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 1.012, “Avila, Juan José s/ abuso de arma y lesiones leves”, [J.A.], del 30/11/01, R. 252/01).

“...Pero es Claus Roxin quien, a mi criterio, resuelve con mayor claridad y coherencia dogmática los problemas sobrevinientes de estas situaciones... Es así que el (ahora) ex profesor de la Univ. de Munich expresa que *'... La aberratio ictus se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel a que el sujeto quería alcanzar... La discusión tradicional sobre el tratamiento de este grupo de casos se mueve entre los polos de la teoría de la concreción y de la equivalencia. Según la primera el dolo presupone su concreción a un determinado objeto... En cambio, la teoría de la equivalencia parte de que el dolo sólo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie... La desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos...'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte General', edit. Civitas, Madrid, 1.997, tomo I, págs. 492/3)... Sin embargo, agrega el calificado autor y catedrático alemán que, antes de entrar en la discusión de estas teorías, hay que separar tres casos particulares del problema, los cuales encuentran solución unánime en la doctrina. Mencionaré sólo el último de ellos, por ser el aplicable al *'sub iudice'*, es decir, cuando la *'aberratio ictus'* excluye, además, la pena del delito consumado ante la posibilidad de que la desviación del curso causal fuera abarcada por el dolo eventual del sujeto activo (cfr. Roxin, loc. cit.; en igual sentido, incluso, Diethar Zielinski)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 1.012, “Avila, Juan José s/ abuso de arma y lesiones leves”, [J.A.], del 30/11/01, R. 252/01).

“...En la especie, pareceme a todas luces indubitable que la conducta ilícita del procesado fue ejecutada, cuanto menos, con dolo eventual, desde que el autor no pudo dejar de prever las consecuencias que -directa o indirectamente- ocasionarían sus disparos con un arma de fuego dirigidos hacia una persona, quien sólo se encontraba separada de la otra, por muy escasos centímetros...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 1.012, “Avila, Juan José s/ abuso de arma y lesiones leves”, [J.A.], del 30/11/01, R. 252/01).

Delimitación entre lesiones consumadas y tentativa de homicidio (J.A., C. 574, 724 y 840)

“...Francisco Muñoz Conde, analiza la compleja cuestión que puede suscitarse en torno al etiquetamiento jurídico de injustos -como el segundo de los de autos, por ejemplo-, formulando una serie de precisiones que creo necesario transcribir: *...‘A veces el problema que se plantea es si la muerte fue provocada intencionalmente o fue, simplemente, una desgraciada consecuencia de un mal golpe propinado en una pelea sin intención de matar...’, o, por el contrario, si a pesar de que no se produjo la muerte, las heridas causadas constituyen tentativa de asesinato. Y el Tribunal tiene que determinar entonces estos hechos con ayuda de criterios que ya no se derivan directamente de datos empíricos o inequívocos, sino de otros más imprecisos y, por tanto, proclives a valoraciones diversas. Así, por ejemplo, para resolver el problema antes apuntado de la distinción entre intención de matar e intención de lesionar, el Tribunal Supremo español recurre a ‘indicadores’ como la naturaleza del arma empleada, número y dirección de las heridas, existencia de amenazas previas entre el agresor y la víctima, actitud del agresor antes y después de la agresión, etc., pues sólo a partir de estos datos puede determinar o ‘atribuir’ una intención que de otro modo sería de imposible constatación y prueba’* (cfr. ‘Búsqueda de la verdad en el proceso penal’, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.000, págs. 99/100)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 574, “Herrera, Julio Armando Gabriel s/ lesiones gravísimas en concurso real con lesiones leves y lesiones leves”, [J.A.], del 13/06/01, R. 111/01; en igual sentido, causa nº 840, “Contardi, Emilio Abel s/ tent. de homicidio”, [J.A.], del 19/07/01, R.139/01).

“...En otras palabras, siempre en opinión del autor citado, *‘respecto a la delimitación entre lesiones consumadas y tentativa de homicidio, la distinción es clara en el plano teórico, pues la tentativa de homicidio supone siempre la intención o dolo (aunque sea eventual), es decir, la intención de matar, lo que por definición falta en las lesiones. En la práctica, sin embargo, es difícil distinguir un caso de otro’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte Especial’, 12ª edición, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1.999, pág. 45)... De tal suerte, es muy probable -‘a priori’, o sea, con la limitada validez que puede tener una apreciación de estas características- que ni siquiera el cristalino ámbito del juicio oral, público, contradictorio, concentrado e inmediato, fuera suficiente para despejar la neblinosa situación que plantea (nada menos que) el aspecto subjetivo del autor, en el segundo de los hechos que se inculpan al imputado; *‘a fortiori’*, cuando todos los testigos directos del sangriento episodio son parientes (o ‘cuasiparientes’) entre sí, divididos en fracciones antagónicas perfectamente diferenciables...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 574, “Herrera, Julio Armando Gabriel s/ lesiones gravísimas en concurso real con lesiones leves y lesiones leves”, [J.A.], del 13/06/01, R. 111/01; en igual sentido, causa nº 840, “Contardi, Emilio Abel s/ tent. de homicidio”, [J.A.], del 19/07/01, R.139/01).

“...Exponen en una de sus obras Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée: *‘Dicho de otra forma, serían lesiones consumadas si se acredita un dolo de lesionar o tentativa de homicidio si se acredita un dolo de matar. Podría argumentarse que la prueba del dolo en uno u otro sentido es una prueba de difícil obtención pues significa acreditar algo que está en la conciencia del sujeto. Como se verá en derecho procesal penal, este tipo de prueba muy excepcionalmente puede obtenerse por vía directa. Es una prueba que se logra a partir de indicios, esto es, de una serie de hechos objetivos legalmente acreditados que considerados individualmente no acreditan el hecho, pero que valorados en su conjunto llevan al convencimiento de su existencia. Así, un disparo dirigido a la cabeza de una persona desde corta distancia que sólo le causa una herida, permite dar por establecido un dolo de matar y no de lesionar’* (cfr. ‘Lecciones de Derecho Penal’, edit. Trotta, Madrid 1.999, vol. II, pág. 61)... En síntesis: la decisión jurisdiccional que

corresponda arbitrar acerca de un tema tan complicado y con derivaciones sancionatorias tan dispares entre sí, parece inconveniente, desde todo punto de vista, que se adopte con las *'anteojeras'* que le son propias a la sugerida modalidad del juicio abreviado, donde las actuaciones escritas de la fase preparatoria pierden este último carácter y se transforman, por la concurrente voluntad de los interesados, en la piedra de toque sobre la que habrá de sustentarse el veredicto y la sentencia. Resulta preferible, a todas luces, el conocimiento pleno y garantizado del proceso común..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 724, "Giura, Carlos Osvaldo s/ lesiones leves y tent. de homicidio", [J.A.], del 09/08/01, R.146/01).

EBRIEDAD

Aplicación de la *"actio libera in causa"* (J.O., C. 661)

"...Resulta útil señalar que en la doctrina, tanto vernácula como extranjera desde Eduardo Alimena entre éstas y Jorge Frías Caballero (el bien denominado maestro de la Imputabilidad del Derecho Penal Argentino) se ha entendido que para poder aplicarse los principios de la *'actio libera in causa'* por los cuales la conducta del autor, cuando obra en estado de ebriedad, para juzgar si lo hizo con incapacidad de culpabilidad por perturbación profunda de la conciencia o incluso si no existió acción por inconsciencia plena, debe examinarse el momento de la ingesta de alcohol para saber si la ebriedad fue voluntaria, involuntaria, preordenada con fines delictivos, etc..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, "Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo", del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

"...Pero, también, la doctrina, unánimemente, señala que, en todo caso, dicha ebriedad, para tornar aplicable éste instituto de creación pretoriana, debe ser completa (ver al respecto Frías Caballero en 'Temas de Derecho Penal', capítulo referido a la *'actio libera in causa'*, Din Editora 1.989, págs. 107/108, fallo Plenario 'Segura' del 13/08/64 en 'J.A.' 1964-V-369, allí comentado largamente; ídem Zaffaroni, Alagia y Slokar en 'Derecho Penal Parte General', edit. Ediar Bs. As. 2.000 pág. 679; ídem Jorge De La Rúa en 'Código Penal Argentino' Parte General 2da. Edición, edit. Depalma, 1.997, págs. 469/73, números 58 a 68, especialmente números 66 y 68, expresando aquí que *'...es condición común a todos los razonamientos que se trate de ebriedad de un cierto grado. ...baste decir que su determinación se hace en relación al efecto psicológico, esto es, si priva o de los poderes de comprensión y dirección. La situación intermedia, en nuestro derecho, implica imputabilidad, y no siempre será, científicamente, semiimputabilidad. Lo será cuando corresponda a formas patológicas, como status de capacidad, pero no cuando corresponda a simples estados de 'semi-inconsciencia...'*, igualmente Claus Roxin 'Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito', edit. Civitas, Madrid 1.997, pág. 851/2, ptos. 58 y 59)... (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, "Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo", del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

Intoxicación ebriosa (J.O., C. 520)

"...A esta altura no puedo dejar de mencionar algunas consideraciones, de carácter general, sobre la inimputabilidad por intoxicación ebriosa, ni omitir precisiones acerca del valor probatorio asignable a los peritajes en la materia... Siguiendo al maestro Sebastián Soler, cuando trata el tema de la imputabilidad y las causales que la excluyen, en especial referencia a la ebriedad, entiendo 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)... Por ello es que comparto lo afirmado por Alfredo Achával en el sentido que *'la medicina no es una ciencia exacta, y mal entonces podría obligar al juez...'* (cfr. 'Alcoholización. Imputabilidad. Estudio Médico Legal', edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.994, pág. 206)... Más aún en un tema de la importancia como lo es la imputabilidad penal, ya que, tal lo sostiene Jorge Frías Caballero, trátase de un *'concepto cultural de índole compleja: psiquiátrica-psicológica-valorativa...'* (cfr. 'Imputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social', edit. Ediar, Bs. As. 1.981, pág. 155)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 520, "Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda", [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

"...Frías Caballero, en su célebre obra ya citada, sostiene que '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 apreciación de 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... y, por la otra, del mundo valorativo propio del derecho...' (conf. págs. 143, 152, 153, 154 y 155)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 520, "Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda", [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

"...Ya Frías Caballero, como integrante de la Cámara Criminal de Capital, en su voto en el plenario 'Segura, Néstor' del 13 de agosto de 1.964 (ver 'J.A.', V, págs. 369 y sgtes.), se pronunció en el sentido 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... Por todo lo expuesto, tengo certeza sobre la ausencia de causales de exoneración con relación al hoy procesado en el momento del hecho..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 520, "Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda", [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

"...Siendo la ebriedad un concepto ontológico y la inimputabilidad uno normativo, cualquier pretendida asimilación entre ambos está destinada, de antemano, al fracaso... Es que la existencia de un inficionamiento de origen ebrioso -y, en su caso, su graduación o inclusión dentro de alguno de los períodos clasificadores expuestos en la literatura especializada- resulta una determinación empírica-

mente verificable, conforme los métodos de las ciencias naturales; en cambio, cuestión distinta es la de categorizar el estado del autor, al momento de cometer el injusto, según su capacidad o incapacidad para responder por la conducta delictiva... Esa conclusión no puede dejar de relacionarse con el triple canon - psicológico, psiquiátrico y jurídico- utilizado por el codificador penal, en el art. 34, inc. 1º, para establecer la capacidad de culpabilidad de aquél que (en los peldaños previos de la teoría del delito) ya ha sido declarado autor de una conducta típica y antijurídica, habida cuenta que otro sería el corolario de haberse adoptado un criterio rector exclusivamente biológico...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 520, “Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda”, [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

“...Con razón ha explicado Claus Roxin que *‘el ‘método mixto’, que convierte determinados estados o diagnósticos psicopatológicos en la base de un ulterior juicio sobre la capacidad de comprensión y de inhibición del sujeto, ha sido preferido por el legislador a las otras dos posibilidades, sea la de fijarse sólo en determinadas formas de trastorno psíquico, sea la de fijarse únicamente en la capacidad de comprensión y de inhibición, renunciando a puntos de conexión concretos. El primer procedimiento fue desechado, porque por regla general la inimputabilidad no se puede constatar en abstracto en razón de un determinado estado o diagnóstico, sino sólo en atención al hecho concreto. Ni siquiera los trastornos psíquicos patológicos deben excluir la capacidad de culpabilidad o imputabilidad respecto de cualquier conducta: ‘la misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos, y sin embargo no serlo en otros momentos respecto de otros hechos’. Más lógico parece el renunciar por completo a determinados estados psicopatológicos de conexión y fijarse sólo en la capacidad de comprensión y de inhibición, que es la que al final resulta de todos modos decisiva’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, tomo I, edit. Civitas, Madrid 1.997, págs. 825/6)...”. (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 520, “Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda”, [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

“...Jorge Frías Caballero, varias veces citado por la jueza de primer voto, ha expuesto con inigualable lucidez el carácter *‘eminente valorativo del concepto de imputabilidad’*, cuyo juzgamiento exige a los magistrados una toma de conciencia de su complejidad, debiendo encarar el problema en los tres planos que sucesivamente lo integran: a.) en el nivel naturalístico, en el cual habrá de valerse de la pericia psiquiátrica, aceptando o rechazando el informe según el mérito de sus fundamentos, *‘sin la ridícula veleidad de pretender substituirlo formulando o modificando diagnósticos (cosa que suele acontecer) por mucha que sea la información teórica que pretenda poseer’*; b.) en el aspecto psicológico y *‘comprensivo’*, donde también con la ayuda del perito conocerá las características de personalidad del autor, aunque aquí *‘la opinión imprescindible del técnico en este punto no es ya, sin embargo, vinculatoria para el juez como en el caso anterior’*; c.) por último, en el plano específicamente jurídico-valorativo, *‘vedado al técnico y privativo del juzgador a quien en este punto ya nada puede ofrecerle la pericia y del cual, en definitiva, deberá resultar la solución del caso o su confirmación, sobre todo en los casos fronterizos o dudosos’* (cfr. ‘Imputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social’, edit. Ediar, Bs. As. 1.981, págs. 173/4)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 520, “Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda”, [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

“...Trasladando esas nociones al ámbito, particular, de la alcoholización (pero lo propio sucede con cualquier otra intoxicación, desde que constituye un dato diagnóstico, comprobable senso-perceptivamente), sólo puede conducir a la

exención de la responsabilidad penal cuando, por su magnitud, es capaz de provocar en el sujeto activo una profunda alteración de la conciencia, que se manifiesta a través del desconocimiento (incomprensión, en el plano intelectual) del contenido criminoso del acto, y/o el descontrol (ausencia de inhibición, a nivel volitivo) de la conducta que ejecuta, lo que conlleva un juicio de carácter jurídico... Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que *'en los casos de intoxicación aguda, descartada la teoría de la actio libera in causa, resta el problema de saber si la intoxicación habrá provocado una perturbación de la conciencia de tal entidad que da lugar a inimputabilidad. En el caso de la embriaguez por alcohol esto se produce con la llamada embriaguez completa: a partir de la concentración de alcohol en sangre, se estima que superado cierto índice se podría producir la muerte, en tanto que entre otros valores habría posibilidad de embriaguez completa, y por sobre ellos existiría sin duda alguna'* (Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 679)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 520, “Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda”, [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

“...No creo que la personalidad alterada del procesado, que sólo presenta *'rasgos que la perfilan como psicopática'*, pueda ser equiparada a la ceguera valorativa característica de las psicopatías perversas que es capaz, en algún extremo, de cancelar la aptitud de captación del valor ético social de la conducta, y hasta de hacer irreprochable el accionar de quien a pesar de que entiende y quiere, no alcanza a comprender la criminalidad por su marcado déficit afectivo-emocional... En otras palabras, a mi entender, no estamos frente a un sujeto del cual se pueda predicar la imposibilidad de asimilar valores, introyectándolos, haciéndolos propios o aprehendiéndolos; a lo sumo, tiene dificultades para hacerlo, las que no le impiden esa captación interior de las normas penales. No se trata de un psicópata consumado (tampoco presenta una personalidad perversa), y habida cuenta que ninguna de las peritaciones psicopsiquiátricas proporciona datos de su individualidad sobre los cuales estructurar la inimputabilidad del causante (ni siquiera por la conjunción de su cariz psicopático con una embriaguez semiplena), concluyo afirmando el juicio de reproche para el acusado...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 520, “Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agrav. por el uso de arma y en poblado y banda”, [J.O.], del 18/05/01, R.085/01).

EMOCION VIOLENTA

Improcedencia (J.O., C. 643)

“...Entiendo personalmente que la emoción, a diferencia de la pasión, se caracteriza por ser un sentimiento súbito, breve, intenso, episódico, que irrumpe repentinamente en el sujeto influyendo en su actuación... He aquí la tarea del Juez, esto es, tratar de bucear hondo y conocer todos los antecedentes, circunstancias y reacciones humanas y en este apartado, hago uso de la cita efectuada por la Dra. Arrola en el sentido que corresponde a los magistrados, interpretar las circunstancias fácticas que rodean al hecho, y algo de ello he desarrollado en los párrafos anteriores... Yendo al plano legal, considero que la ley requiere, ante todo, la existencia de una emoción, vale decir, que aunque las circunstancias sean excusables, si el individuo no actúa emocionado, aquellas no pueden servir de atenuante de pena. Esa emoción no puede ser la simple emoción o la emoción fisiológica, que perturba la capacidad de síntesis y tiende al automatismo con inhibición voluntaria. La emoción violenta, sin llegar a suprimir la conciencia ni la memoria, es más intensa que la anterior, casi diría, que deben eliminarse entonces, la serie de sentimientos que no alcanzan a superar las situaciones normales del espí-

ritu, y por eso, un relato claro, preciso, pormenorizado y coherente de los hechos, permite descartarla...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Interesa también en esta cuestión, el intervalo de tiempo entre la emoción y la reacción y esto varía según la personalidad del agente, porque el individuo puede sufrir en su espíritu un efecto distinto, según que el agente externo provoque en él, una depresión o lo impulse a la acción. Cuando el agravio deprime, el sujeto queda en actitud pasiva y que a veces se vuelve contra sí mismo, mientras que cuando la reacción externa incita al sujeto a obrar, lo hace dominado por la ira, por la venganza por la afrenta recibida, y entonces nos encontramos frente a un sujeto con una reacción dinámica. Pienso que el encausado, pertenece a esta segunda caracterización... Como antes decía, convengo en que se preocupó por no saber acerca del destino del cargamento de pescado, pero a medida que fue transcurriendo el tiempo, empezó a sospechar que alguna irregularidad, no accidental, había ocurrido. Ahí es donde comienza la búsqueda de lo que creía suyo, y para ese entonces, estimo que la primitiva preocupación se fue transformando en enojo, que fue creciendo con el transcurso del tiempo. Ud. mismo afirmó al momento de decir su última palabra, que no era la primera vez que había tenido problemas o que lo habían engañado...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Encuentra el cargamento, discute, sale al exterior en busca del arma que tenía en su vehículo, regresa, apunta, dispara en la sien de la víctima y lo mata, exclamando luego de ello se me escapó...Debo decir que, en puridad, no advierto ese estallido emocional que, por ejemplo, lo hubiera llevado a vaciar la carga del arma que portaba. Debo decir, también, que no creo que haya existido una súbita explosión en su ánimo porque, como antes dije, fue todo un proceso lento que había comenzado con una preocupación. Ud. llegó a la planta procesadora ya enojado ante el engaño, entró, discutió y se retiró, pero no para irse del lugar, sino para buscar el revólver y solucionar el diferendo de la forma que Ud. conoce, la violencia. Y eso es lo que le reprocho... La ley no puede premiar a los intemperantes... Estimo una conducta dolosa de su parte, encuadrable en el art. 79 de nuestro Código Penal...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

Procedencia (J.O., C. 643)

“...En el caso, y sobre el tema del *homicidio en estado de emoción violenta*, estimo necesario recordar algunos pensamientos del también académico, maestro Soler, expuestos, con el nivel jurídico que lo caracteriza, en su tratado de Derecho Penal, en el sentido que, el Código de la materia, en el art. 81 inc. 1° letra ‘a’, establece una fórmula amplísima, dando al juez suficiente margen para que, adaptando la pena, en cada caso, pueda aplicar un mínimo bajo, valorando las circunstancias, no con un criterio puramente ético, sino desde un punto de vista jurídico, subordinando la situación histórica, valorándola en concreto y planteándosele, por ende, un problema de relación, de ponderación, de prudencia entre ‘*causa desencadenante*’ y ‘*reacción emotiva*’, ya que esta última debe ser ‘*explicable, comprensible, excusable*’, afirmando, textualmente: ‘...*el juez, entre las circunstancias que debe considerar, encontrará las características personales y del ambiente del imputado...*’, sosteniendo que ‘...*no es necesario sea un hiperemotivo*’ el autor (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, tomo I, edit. Tea, Bs. As. , 1.978, págs. 47, 61, 62

y 67/8)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Soler afirma, asimismo, que, existen diferentes criterios para inducir si el sujeto estaba o no, realmente, en estado de emoción violenta, es decir si existió *‘carga emotiva... mientras ejecuta... se debe tratar pues de un verdadero impulso desordenadamente afectivo... de la capacidad reflexiva de frenación’* (cfr. op. cit., págs. 57/8 y 61)... Sostiene con claridad meridiana que *‘...la emoción es un hecho psíquico... carente en si mismo de sentido ético... su valor... depende precisamente de las circunstancias’*, ya que *‘...lo que tiene poder de atenuación son las circunstancias motivantes...’*, o sea *‘...que es llevado al estado subjetivo de emoción por circunstancias que la hagan excusable’* (cfr. op. cit., págs. 57/8 y 60)... Creus también resulta claro al respecto cuando expresa: *‘el autor ha sido impulsado al delito por la fuerza de las circunstancias que han conmocionado su ánimo, dificultando el pleno dominio de las acciones’*, *‘...que no estamos en presencia de una causalidad... mecánica, sino ante la influencia del estímulo sobre el espíritu del autor’* (cfr. ‘Derecho Penal. Parte especial’, tomo I, edit. Astrea, Bs. As. 1.988, págs. 37, 40/1)... Según, el ya mencionado Creus, la emoción, como conmoción del ánimo, puede traducirse en ira, en dolor, en miedo, quedando afectada la capacidad de elección, no siendo imprescindible que también lo sea la de comprensión. Y agrega que *‘un determinado temperamento...puede... resultar campo fértil para que el estímulo externo opere eficientemente’*, los rasgos pueden llegar a remarcar, pudiendo ser estímulo hechos o situaciones, incluso de carácter económico, y también la indignación (cfr. op. cit, págs. 38/9)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Y como bien lo ha sostenido Gerardo Peña Guzmán, para determinar si el sujeto estuvo emocionado *‘los únicos ‘elementos’ 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’* (cfr. ‘El delito de homicidio emocional’, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.969, pág. 193, citado en el voto del Juez Favarotto, al que adherimos los demás integrantes de este Tribunal, en la causa n° 129, ‘Arrupea, Osvaldo s/ tent. de homicidio’, del 10/03/00, Reg. 28/00)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...En cuanto a la doctrina y jurisprudencia, previamente seleccionada por mi parte y a la que me he venido refiriendo, quiero recordar, por último, que en semejante sentido se ha pronunciado la SCJBA, al sostener que a partir de las circunstancias, y de su evaluación *‘habrá de elaborar el juez el fundamento para otorgar o rechazar la excusa’*, pudiendo ser del *‘hecho’* o de su *‘autor’*, afirmando que *‘la ley penal no da al juez ninguna prueba para el otorgamiento, de la excusa, como no sea la de atender a las circunstancias. Ellas darán apoyo a su decisión, en particular la constatación de un estado psíquico. Ha sido la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales los que presentaron teorías para fundamentar la excusa, tales como la de los ‘motivos éticos’ y la de los ‘derechos con-*

culcados'. Ambas prestan utilidad al juez, en su tarea valorativa, siendo la última la que proporciona un criterio más preciso: el desatender a derechos que el ordenamiento jurídico tutela y que se han visto afectados por el estímulo determinante de la voluntad humana, tratándose dicho estímulo las más de las veces en una provocación por parte de la víctima' (P. 32.764, 'Brizuela, Adolfo s/ homicidio calificado', del 12/12/89, publ. en Boletín Oficial, Sección Diario de Jurisprudencia Judicial, 20/05/90)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Muchas veces, la emoción violenta va acompañada de deseos de defensa respecto de una agresión, cuya aprehensión puede ser errada en cuanto a su carácter definitivo, lo que hace que sea difícil optar entre la legítima defensa putativa o la primera... Para ilustrarnos sobre su distinción, Carlos Santiago Nino expresa que *'...en la defensa emocional el agente actúa por el temor o el furor que le hacen perder el control de sus actos...'* aclarando, *'...la circunstancia que afecta el consentimiento -el temor o el furor- está relacionada causalmente con el acaecimiento de un agresión...'*, mientras que en la defensa putativa *'...el agente actúa por error, cree que se dan las condiciones que legitiman su defensa, cuando, en realidad, esto no ocurre...'* (cfr. 'Legítima Defensa. Fundamentación y Régimen Jurídico', edit. Astrea, Bs. As. 1.982)... Por lo que, concluyo que lo que diferencia una y otra, es que en la defensa putativa hay una falsa percepción de la agresión, mientras que en la emoción violenta hay, frente a un acto, real o aparentemente agresivo, una reacción afectiva -por miedo y/o ira- que impide a nivel de la conciencia controlar la reacción impulsiva de defensa...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Otra diferencia es que, en la emoción violenta, no se pueden exigir definitivos motivos éticos, propios de la defensa (ver al respecto ponencia del Dr. Raúl Cossio sobre el tema en las VI Jornadas Médico Legales y de Criminología celebradas en San Miguel de Tucumán entre el 18 y 20 de abril de 1.977, Libro de Actas, págs. 79/80 con abundante cita de jurisprudencia de la SCBA), pero que no se los tenga como predominantes no significa que no puedan coexistir, e incluso en este caso, como señala el autor citado, pueden ser coadyuvantes de una mayor intensidad emotiva... Lo que quiero significar en este punto, es que en el caso *'sub examine'*, para mí, el sufrimiento de las emociones vividas por el encausado se vieron potenciadas por la presencia del hijo y la advertencia de algún peligro para éste y para la persona del mismo autor...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Clásicamente se ha vinculado la emoción violenta con determinadas reacciones psicológicas (de gran intensidad: angustia, ansiedad, desesperación, llanto, amnesia, etc.) y hasta corporales (aumento del ritmo cardíaco y adrenalina, excesiva transpiración, acaloramiento, etc.), pero como sostiene el Dr. Carlos Acevedo en su artículo 'Inconciencia por Emoción' (en 'Revista del Colegio de Abogados de la Plata, doctrina, legislación y jurisprudencia', año III. n° 6 tomo III, enero junio de 1.961, págs. 129 y sgtes., con riquísimas citas doctrinarias, médico-legales y jurisprudenciales) *'...el modo como se traba, altera y complica la conducta de quien sufre la emoción a punto tal que todo control cede a las exigencias de la emoción hasta perderselo, cuando la intensidad de la misma alcanza una magnitud determinada depende de la constitución de cada individuo...'*” (Del voto del Dr.

Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...En este caso, en el caso se trata de una persona de 57 años de edad, rústicamente formado en las lides del mar, con escasa educación, de temperamento fuerte, con una tendencia a la reacción impulsiva como mecanismo de defensa frente a circunstancias o comportamientos de terceros que lo agreden fáctica o afectivamente, lo que se denomina técnicamente de *‘constitución emotiva’*, que aquel jurista considera *‘...como el factor de más pronunciada importancia en el individuo por su natural disposición a reacciones de gran intensidad...’*, citando un fallo de la Cámara 3ª de Apelaciones de La Plata (‘L.L.’, t. 45, pág. 773), conforme al cual se resolvió que *‘...la emoción... en circunstancias de excepcional gravedad, puede trastornar la inteligencia, disminuir la síntesis de la conciencia, alterar la inhibición volitiva e impulsar el automatismo...’*” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...El eje de la cuestión pasa, como señala el destacado penalista platense, por saber en cada caso concreto la incidencia de la emoción sobre la conciencia del agente, para lo cual la existencia o no de amnesia verificable pericialmente (sobre lo cual se ha debatido en la audiencia) *‘...tiene un valor relativo y será necesario integrar el panorama con el examen de otros elementos que contribuyan a esclarecerlo...’*, indicando con citas del médico legista Cabello que, en la emoción violenta no se requiere una amnesia completa sino difusa *‘...algunos recuerdos pueden evocarse, otros no, ...se trata de una amnesia parcial, selectiva...’* Al respecto, el Dr. Cossio sostuvo así (op. cit., pág. 80) que *‘...la emoción violenta no es otra cosa que una conmoción psicológica de gran intensidad provocada por la propia víctima al herir un sentimiento de un tercero, que no es necesario que se concrete en un estado súbito... que incide fundamentalmente sobre la capacidad reflexiva de frenación del mismo, relajando o debilitando sus frenos inhibitorios de voluntad al impedir que éstos actúen libremente e impulsando a quien la experimenta a un hecho de sangre... se traduce según nuestros tribunales, en un estado de furor, irritación, de exaltación del ánimo, de dolor, de miedo...’*” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Estos son los sentimientos sufridos por el encausado que le provocaron las circunstancias vividas y resultaron acordes a su edad y constitución de su personalidad, coincidiendo con este penalista (quien, al efecto, cita la obra de Peña Guzmán ya analizada por la colega que vota en primer término) en cuanto a que *‘...en caso de excitación por miedo, la significación del valor ético es indiferente para la estimativa... el problema oscila entre la imputabilidad y la excusa... hay casos de lastre pasional en la personalidad del sujeto en los que ha de examinarse la vida plena de éste para comprender adecuadamente la razón y disculpa del arrebató...’* (op. cit., pág. 85) ...No podemos olvidar, como señalara ya, las características del medio en el cual el acusado se formó y desempeña, y los comportamientos de la gente de mar en casos como el jugado, debiendo tenerse presente que *‘...si bien desde lo estrictamente psicológico es cierto que toda emoción libera procesos inhibitorios debido a una paralización del control, también lo es que las emociones como cualquier otro fenómeno del funcionamiento mental superior, son a su vez controladas por los elementos adquiridos en las relaciones de convivencia y socialización...’* (conf. Wolf. W. “Introducción a la psicopatología, edit. EFE Méxi-

co, 1.960, Cap. IX)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...La constitución emotiva de la personalidad del acusado (además de temperamental e impulsivo), la difícil situación económica por la que estaba atravesando el sector propio de su actividad productiva (la pesca: prácticamente nula en ésta ciudad a esa fecha), los compromisos comerciales asumidos, el fraude -al menos civil- del que estaba siendo víctima, lo que le agredía y frente a lo que intentaba defenderse por vías propias (recupero de sus cosas), sumado, finalmente, a las agresiones y amenazas verbales y de hecho hacia su persona y la de su hijo, provocaron su reacción súbita -mezcla de furor, miedo y necesidad de defenderse- que lo llevaron -con alteración de su nivel consciente y de su voluntad- a cometer el hecho en juzgamiento (conf. art. 81 inc. 1º del C.P.)... No existe prueba para concluir que al encausado sólo lo movió la ira y que permita descartar totalmente su alegación de estar dominado por el miedo y la necesidad de defenderse, por lo que a mi entender, todos estos sentimientos concurrieron en el hecho que provocó su reacción emocional incontrolable...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Gerardo Peña Guzmán (en ‘El delito de Homicidio Emocional’, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1.969) define al miedo como ‘...un estado de conmoción orgánica provocada por la representación de un peligro, perturbación angustiada del ánimo, ante un riesgo o mal que amenaza o que finge la imaginación...’ Y José Enrique Marinetti, (en ‘Emoción Violenta, interrelaciones psiquiátrico, psicológicas y jurídicas’, 2ª edición, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 1.999, pág. 268) explica, con cita de Carrara, que ‘...las emociones provenientes de la representación de un mal, son ciegas, al hacer la distinción entre pasiones ciegas y razonantes. Incluye a la ira, excitada por la representación de un mal por sufrirse, sosteniendo que el temor es menos vicioso que la ira y que, además, es muy difícil dominarlo... la ira y el temor son las únicas pasiones a las cuales podrá el derecho concederles la eficacia de aminorar la imputación...’ A su vez, el primero de los autores precitados (op. cit. pág. 93) señala -en el intento de diferenciar la emoción de la legítima defensa- que ‘...en la necesidad de la reacción se halla el elemento discriminante. Cuando falta ese extremo (y agrego, cuando es imperfecto), puede atenuar el miedo (porque irresistible lleva a la impunidad) o la emoción del calor de la lucha y la cólera de la injuria y provocación. En cambio, además de la provocación, con matices diferentes interviene en la legítima defensa y en la emoción violenta, la defensa de los derechos puede colocar al perjudicado en un estado emocional excusable...’” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 643, “Malvica, Venerando s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

ERROR

De tipo y de prohibición (J.O., C. 643)

“...Como señala Javier Augusto De Luca, ‘en la teoría clásica sólo excusan los errores de hecho y de derecho extrapenal, no así el de derecho. Ellos excluyen el dolo...’. Y agrega, que en el delito en cuestión ‘...como no hay figura culposa carece de relevancia la evitabilidad o inevitabilidad de él...’ Dicho autor añade que: ‘error o ignorancia de hecho, alegaría quien no sabía que tenía un arma de guerra en su poder a su disposición. De derecho extrapenal, quien creía que el

arma que tenía no era de guerra... De derecho, quien creía que la tenencia de armas de guerra sin autorización no era delito. La dogmática moderna, en cambio, discrimina los errores de tipo y de prohibición, categorías no asimilables completamente a las tradicionales ya enunciadas... El error de tipo... recae sobre alguno de los elementos del tipo objetivo. Por ejemplo, no saber que tomaba un arma de guerra creyendo que era de juguete... El error de prohibición, en cambio, afecta el conocimiento o la comprensión de la criminalidad o antijuridicidad del acto, dejando intacto el dolo, como por ejemplo creer... que la tenencia de armas de guerra está permitida... (cfr. 'El delito de tenencia ilegal de armas de guerra', edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.993, págs. 87/9)... La defensa técnica, enrolándose en la teoría moderna, centró la cuestión en el *'error de tipo'*, referido, exclusivamente, al elemento normativo que lo integra, o sea, que su pupilo habría ignorado o conocido equivocada o falsamente, que el revólver calibre 38 que tenía en su poder, un *'arma de guerra'...*" (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...Para comprender la cuestión en análisis y el porqué no abrigo dudas que el procesado conocía todos los elementos normativos del tipo, creo adecuado comenzar recordando que el Preámbulo de la Constitución Nacional establece, entre los fines de esa Ley Fundamental, el *'consolidar la paz interior'* y por ende, en la comunidad por ella reglada, no existe libertad indiscriminada para *'armarse'*, y ello es un principio elemental, de accesible conocimiento, a todo habitante con capacidad de comprender y dirigir sus acciones, tal el caso del encausado, como ha quedado probado, a mi entender, según lo he afirmado al comienzo del tratamiento de esta tercera cuestión... Quienes quieran hacerlo, deben sujetarse a un determinado control y disciplina; cualquiera sea el tipo de arma de fuego de que se trate... Patricia Ziffer, refiriéndose al art. 189 bis. del Código Penal ha expresado: *'frente a fenómenos de violencia creciente, el legislador tradicionalmente ha respondido a los reclamos sociales con normas de este tipo...'*, agregando *'el peligro que deriva del empleo de armas se acentúa si son poseídas subrepticamente... la tenencia del arma está prohibida en la medida que resulta peligrosa- y por ello la ley reglamenta su posesión-, pero con independencia de que esté directamente encaminada a la comisión de delitos'* (cfr. 'El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma', en 'Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal', edit. Ad-Hoc, año 2, n° 3, octubre 1.996, págs. 336 y 338)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...Y así es que se reprime a los detentadores materiales de armas de guerra, a quienes *'se presupone por ley, como atentatorios de la seguridad común'*, o sea que en el caso es necesario que ésta sea dañada o puesta en peligro (Carrera, Daniel 'Los delitos contra la seguridad común del art. 189 bis. del C. Penal', en 'L.L.' Sec. Doctrina, tomo 134 págs. 1.377 y sgtes.)... Bien lo expresa el maestro Soler: *'Hay cierto tipo de materiales peligrosos, cuya simple tenencia comporta ya considerable peligro... por eso la ley suele regular esas tenencias mediante autorizaciones'*, para, luego, agregar: *'el delito consiste en tener las cosas sin la debida autorización cuando está legalmente requerida...'* (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo IV, pág. 520)... En igual sentido, Ricardo C. Nuñez expresa que *'consiste en la tenencia flagrante de material clasificado reglamentariamente como arma de guerra por el PE (Ley 20.429 y su reglamentación Dto. 395/75)'*, ('Manual de Derecho Penal. Parte Especial', actualizado

por Víctor F. Reinaldi, 2º edit., Marcos Lerner, Córdoba 1999, pág. 292)... *‘Armas de Guerra son todas las clasificadas como tales por las respectivas reglamentaciones nacionales; la designación reglamentaria es indispensable para que el objeto asuma el carácter típico, (no hay armas de guerra por su naturaleza)* (cfr. Creus, Carlos ‘Derecho Penal. Parte Especial’, tomo 2, edit. Astrea 1.991; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto ‘Cód. Penal. Parte Especial...’, edit. Hammurabi, impresión setiembre 2.000. pág. 73)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Tanto la ley 20.429 de armas y explosivos, como su reglamentación, integran la hermenéutica del art. 189 bis del Código Penal... Reiterada es la jurisprudencia y doctrina en el sentido que el delito se configura cualquiera sea el origen del arma y los motivos por los cuales ha llegado a manos del tenedor, careciendo de importancia si fue comprada o recibida en préstamo, así tampoco si la adquisición lo fue con fines de defensa. Por ello no cambia la solución las explicaciones que, sobre el particular, brindó del encausado al hacer uso de la palabra al final de debate... En el caso que nos convoca, en virtud de las circunstancias que lo rodean, no se advierte que el encausado haya desconocido o, en su defecto, conocido de modo falso o equívoco que el arma que se incautó en su poder, es decir, el revólver calibre 38 SPL..., era un ‘arma de guerra’... Primeramente porque, respecto de los elementos normativos del tipo, *‘...basta con que el autor tenga una `valoración paralela en la esfera del profano`, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo...’* (cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes en ‘Derecho Penal. Parte General’, 2º edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1.995, edit. Tirant lo blanch. Valencia, 1.996, pág. 292)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Asimismo, cabe destacar que la población, a través de los distintos medios de comunicación, es casi diariamente anoticiada sobre la necesidad de cumplir con la ley y proceder a la debida inscripción o registración de las armas de fuego, haciéndosele saber que debe concurrir a registros públicos (ya sea, el Registro Nacional de Armas, o su similar provincial), donde se le brinda el asesoramiento completo sobre cada arma. Sin perjuicio de lo cual, a la transmisión de tal información contribuyen, también, los comerciantes que las expenden... Por lo tanto, el conocimiento de aquellas exigencias legales, o sea, inscribir las armas de fuego y requerir la correspondiente autorización administrativa para tenerlas o portarlas, cualquiera sea la clasificación que de ellas haga la ley, es un parámetro no sólo normativo, sino, además, cultural y comercial que ningún ciudadano puede ignorar... El entorno laboral en el que está acostumbrado a vivir el acusado, desde su temprana juventud, sin duda, le permitió conocer que el diámetro del caño del arma que tenía en sus manos, era de suficiente dimensión, como para diferenciarla de las calificables como de uso civil, cuyo caños no superan el grosor de un bolígrafo, o un lápiz, de común adquisición en el mercado...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Sin perjuicio de lo ya expuesto, la solución no variaría, aunque el error respecto a la inclusión de un arma de guerra en la enumeración del decreto regla-

mentario de la ley nacional de armas y explosivos, fuera considerado como un *'error de prohibición'*, toda vez que, insisto, las disposiciones legales respecto a armas de guerra son motivo de profusa difusión... Para finalizar y no obstante no haber sido planteado por la defensa, con el objeto de aventar toda duda, estimo adecuado dejar sentado que tampoco ha existido por parte del procesado desconocimiento alguno acerca de la necesidad de registración del arma en cuestión y obtención de la correspondiente autorización para su tenencia..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

EXCARCELACION

Inaplicabilidad del art. 371 *"in fine"* del CPP (J.O., C. 550 y 578)

"...Estimo, al igual que lo hiciera en su alegato el Fiscal, que al caso de autos le resulta inaplicable lo normado en el último párrafo del art. 371 del CPP (texto de la ley 12.405), toda vez que el causante no fue excarcelado (o eximido de prisión), ni su situación procesal está comprendida dentro de la hipótesis del 4° párr. del art. 151 del CPP, únicas dos posibilidades de hacer operativo el mandato legal en análisis..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Trogu y Favarotto, causa n° 550, "Domínguez, Angel Roberto s/ tent. de robo, resistencia a la autoridad y lesiones", [J.O.], del 28/05/01, R. 092/01).

"...Sugiero que se mantenga la libertad caucionada del encartado, hasta tanto quede firme este pronunciamiento condenatorio, libertad que le fuera concedida por el titular del Juzgado de Garantías, declarando la inaplicabilidad, al caso, de lo normado en el art. 371 *'in fine'* del CPP (t. o. ley 12.405; B.O. del 15/03/00), en razón de tratarse de una modificación legislativa que restringe los derechos procesales del causante y que fuera sancionada con posterioridad a la comisión del ilícito de autos (CN, 18), tal como lo sostuviera este Tribunal en las causas n° 504, "Aguilar, Marcelo Antonio s/ daño y lesiones graves", del 20/04/01 y n° 520, "Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agravado", del 14/05/01..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 578, "Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma y lesiones leves", [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

Exceso extensivo (J.A., C. 436)

"...Frente a la consideración efectuada al referirme a la inexistencia de eximentes de la responsabilidad, no encuentro razones para apartarme del encuadre propuesto por las partes intervinientes, o sea, homicidio por exceso en la legítima defensa (CP, 34 inc. 6°, 35, 79 y 84), atento 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 (SCJBA., P. 32.881 del 15/05/84, P. 43.071 'López' 1/12/91, P. 48.354 'Gutiérrez', 29/11/91, P. 33.280 del 05/05/92, e/o; Soler, Sebastián 'Derecho Penal Argentino', tomo I, págs. 371 y sgtes.; Nino, Carlos S. en 'La Legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico', edit. Astrea, Bs. As. 1.982, págs. 163/6; Díaz Palos, Fernando 'La legítima defensa', edit. Bosch, Barcelona 1971, págs. 79 y 83/4)... Según lo acreditado se le presentó a la imputada, una situación razonablemente

peligrosa -la pérdida de su propia vida-, o sea, una conducta antijurídica actual (agresión ilegítima), sin haber existido provocación suficiente de su parte; lo que justificó su reacción defensiva para impedir la o repelerla, conforme al art. 34, inc. 6º del Código Penal. Pero el exceso se ha dado en cuanto al límite, ya que si bien su actuar comenzó siendo justificado, continuó fuera del permiso, cuando ya había cesado la agresión (exceso extensivo)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandri, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 436, “Roldan, María Isabel s/ homicidio con exceso en la legítima defensa”, [J.A.], del 12/03/01, R.024/01).

EXHIBICION DE EFECTOS

Procedencia (I., C. 729)

“...Respecto de la oposición de la defensa a la exhibición de efectos sequestrados a los declarantes, en la audiencia oral, de conformidad a lo normado por el párrafo final del art. 360 del CPP, deberá ser rechazada, toda vez que el acto reglado por este dispositivo del ceremonial no se trata del reconocimiento de cosas establecido por el art. 262 del CPP, razón por la cual deviene errónea la invocación al quebrantamiento de esta última previsión efectuada por el defensor... Como ha sostenido reiteradamente este Tribunal, *‘ambas diligencias, cabe precisar, no responden a los mismos fines, y consecuentemente, no tienen igual significación’* (causa nº 26, ‘Herrera Carlos Rubén s/ robo calificado y privación ilegítima de la libertad’)... Sin perjuicio de ello, cabe precisar que como es de práctica, antes de exhibirlos, los comparecientes serán invitados a describir el objeto de que se trate, con todas las particularidades que del o de los mismos recuerden, con la precaución de no tenerlos a la vista...” (Por unanimidad, causa nº 729, “Chávez, Walter Alejandro s/ robo y portación de arma de uso civil condicionado”, [I.], del 25/06/01, R. 191/01).

HABEAS CORPUS

Alojamiento de penados en comisarias (H.C., C. 1.091)

“...Con arreglo a los antecedentes reseñados en el decisorio, el accionante, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales, dedujo acción de hábeas corpus en los términos del art. 43 de la CN, en favor de todas las personas privadas de su libertad que, dentro de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, estuvieran alojadas en establecimientos policiales, a pesar que, según las prescripciones legales y constitucionales que regulan la materia, su estancia en prisión debería serlo en centros especializados, entendiéndose que tales situaciones comportan un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención que hacen procedente la acción prevista en el art. 405 del CPP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 1.091, “Verbitsky, Horacio (C.E.L.S) s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 27/12/01, R. 01/286).

“...La irregular situación precedentemente descripta resulta violatoria, en especial, del art. 5º, apart. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; así como del art. 10, apart. 2, letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional (CN, 75 inc. 22), lo cual comporta, en este caso particular -tal como lo propugnara el accionante-, un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención sufrida por uno de los detenidos, motivo por el cual, deberá acogerse, con este alcance, la pretensión originaria... A mayor abundamiento, cabe consignar que un calabozo de comisaría no puede, sin menoscabo de la manda constitucional del

art. 18, en su primigenia versión de 1.853, asimilarse a la cárcel sana y limpia, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.091, “Verbitsky, Horacio (C.E.L.S) s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 27/12/01, R. 01/286).

HOMICIDIO CALIFICADO

Circunstancias extraordinarias de atenuación (CP, 80 “*in fine*”)

Aplicabilidad (J.O., C. 507)

“...Probado -e incontrovertido- el vínculo matrimonial entre el victimario y la víctima, con el documento público traído al debate, el injusto de la causa ha sido correctamente emplazado por las partes como un uxoricidio (CP, 80, inc. 1º). Es más, tanto el acusador, cuanto la defensa, han coincidido en sostener, en la especie, las circunstancias extraordinarias de atenuación que se prevén en el último párrafo del mentado dispositivo legal... No veo razones para apartarme en este caso de la convergente opinión de los interesados, máxime cuando en la audiencia oral se ha logrado demostrar el ostensible deterioro de la relación conyugal, al extremo de que el imputado hizo repetidos anuncios -no concretados, lamentablemente- de hacer abandono del hogar, aduciendo la infidelidad de su esposa, siendo disuadido en distintas oportunidades por el padre y la abuela de la occisa; así, lo testimoniaron ellos mismos en este recinto, confirmando lo expuesto por el causante no sólo ante la psicóloga oficial, sino también en el juicio pleno...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R.017/01).

“...Tanto el padre cuanto la abuela de la infortunada víctima, en ese orden, admitieron haber terciado en las permanentes disputas de la pareja, aconsejándole al causante, con la mejor de las intenciones, por supuesto, que no se vaya de la casa, que los problemas de convivencia ser iban a superar y, en especial, que pensara en la numerosa prole que habían decidido traer al mundo; nada menos que cuatro hijos de corta o cortísima edad. Él les hizo caso. Precisamente, al debilitamiento de la razón de ser de la calificante basada en el vínculo conyugal, se refiere la Suprema Corte de Buenos Aires para acceder a la escala punitiva privilegiada que los intervinientes sometieron a la consideración este Tribunal (P. 34.955, ‘Barragán, Rubén Alberto s/ homicidio calificado’, del 31/5/88). Por otra parte, respecto de las circunstancias personales del sujeto activo, también corresponde añadir para reforzar la solución propuesta el evidente quebrantamiento de su salud física, resultante de sus graves padecimientos neuroendocrinológicos (diabetes grado II) y circulatorios (hipertensión arterial), que se informan en su historia clínica, en los peritajes médicos y en el estudio electroencefalográfico, que le provocaron en su momento el accidente cerebrovascular (A.C.V.) del que, aún hoy, arrastra algunas secuelas (v. gr., la hemiparesia izquierda leve), a pesar de tratarse de una persona que todavía no cumplió cincuenta y siete años de edad. Lo expuesto me permite sostener que en el ‘*sub judice*’ -aún cuando la adúltera relación que proclamara una y otra vez el causante durante la oralizada defensa material, entre su esposa y ‘*Pirulo*’, el albañil que trabajaba en la vivienda del matrimonio, no ha quedado certeramente establecida- están reunidas las extraordinarias circunstancias de atemperación a las que se alude en el párrafo final del art. 80 del CP, y que habilitan, de modo excepcional, la exclusión de la conducta en juzgamiento del muy severo régimen punitivo previsto en ese dispositivo legal...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R.017/01).

Inaplicabilidad (J.O., C. 507)

“...Las dolencias del acusado no reúnen envergadura suficiente como para beneficiarle, en la medida establecida en el art. 80 *‘in fine’* del CP. Téngase en cuenta que no ha quedado acreditado que le hubieren impedido desenvolverse normalmente, ya sea en el tiempo anterior o en el concomitante al hecho, ni en su vida familiar como tampoco en lo laboral. Cabe resaltarse que incluso contaba con habilitación reglamentaria para la conducción profesional de un vehículo de transporte público, habida cuenta que su trabajo diario era el de remisero, habiendo decidido, según su preferencia y voluntaria elección, efectuarlo sin excepción en horario nocturno, y así lo hizo inclusive el mismo día del hecho... A mayor abundamiento, tampoco se vio impedido por su estado de salud para utilizar con habilidad la escopeta al darle muerte a su esposa en forma certera... Llegué a esta certera conclusión, asimismo, tras el conocimiento *‘de visu’*, del escenario de los hechos, que, afortunadamente pude adquirir en oportunidad de la inspección judicial, llevada a cabo durante la audiencia pública... Así pude contar con un panorama acabado del escenario de los hechos y demás circunstancias; vivienda de tres ambientes, totalmente precaria en paralizada y deficiente construcción, habitada por los cuatro niños y su abuelo materno...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R.017/01).

“...Los únicos factores o motivos atenuantes que he podido apreciar son los concretados en la cuestión 4° del veredicto. Todos de carácter ordinario o normal. Ninguno de ellos revisten la calidad de *‘extraordinarios’*, ni *‘singulares’*, *‘excepcionales’*, *‘raros’*, *‘insólitos’* o *‘infrecuentes’*, tras valorarlos dentro de un contexto axiológico (conf. SCJBA., ‘Villalba, Hilario’ Ac. 22.850, del 04/04/78). Todas las demás circunstancias han motivado, incluso, las plurales agravantes que han sido plasmados al votarse la correspondiente cuestión en el veredicto (n° 5)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

“...Y también puedo afirmar, sin hesitación, que el juez al resolver un conflicto debe intentar hacer justicia en el caso concreto, es decir, dar a cada uno lo suyo, o sea, lo que le corresponde conforme a derecho. Bien lo ha afirmado el Superior Tribunal de la Nación: *‘Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo ‘in concreto’, y ello solo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia 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 del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compece con la misión de administrar justicia’* (CSN., en ‘Oilher, Juan’, del 23/12/80, ‘L.L.’, 1981-C pág. 67)... Estimo adecuado, asimismo, recordar las enseñanzas de los maestros Juan Francisco Linares y Augusto Mario Morello en cuanto a la razonabilidad que debe existir siempre que de crear una norma jurídica se trate -ya sea de carácter general o particular- en el sentido que debe responderse a la regla del equilibrio conveniente, a modo de síntesis de los distintos valores jurídicos protegidos, debiendo servir de guía al juez como estándar para aplicarlas según las circunstancias especiales de tiempo, modo 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, edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Morello, Augusto M., ‘Perfil del Juez al final de la centuria’, en ‘L.L.’ 09/06/98 pág. 1 y sgtes.)...” (Del voto de la

Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 507, "Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.", [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

"...Tal surge del claro texto del art. 80 *'in fine'* del Código Penal, aún mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, ausentes en este caso tal lo he intentado explicar, la aplicación de la escala penal reducida, allí prevista, es facultativa para el juez, ya que el precepto legal expresa concretamente que el *'juez podrá'* proceder o no en dicho sentido, no revistiendo el carácter de mandato legal. Y así decidirá, tras tener en cuenta las otras circunstancias atenuantes ordinarias y también las agravantes, conforme lo establecido en los arts. 40 y 41 del Código Penal..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 507, "Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.", [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

"...Acertado o no, tengo un concepto especial respecto de las denominadas circunstancias extraordinarias de atenuación, contempladas en el art. 80 *'in fine'* de nuestra ley de fondo... Como su nombre lo indica, deben ser algo fuera de lo común, de lo normal. Se funda en la calidad de los motivos que determinan a una comprensible disminución de los vínculos afectivos, razonabilidad ésta que encontraría su génesis, fuera del propio individuo, no obstante lo cual no escapa al análisis lo referido al elemento subjetivo... En que forma reaccionó el acusado frente a la situación que se le presentaba ya lo sabemos, pero me interesa escudriñar un tanto, la causa de tan trágica determinación, o su etiología... Más o menos el panorama fue esbozado y en el contexto indicado, entiendo que resulta válido el colegir que en ese ambiente, cargado de celos, tensión y sospechas, el acusado, no estuvo fuera de sí, sino que, por el contrario, actuó fríamente, casi diría, calculando el desenlace... Así también estimo que su conducta posterior a perpetrar el homicidio, resulta acorde con lo esbozado... En fin, como antes decía, no encuentro que el hecho que diera lugar a estos actuados esté comprendido en extraordinarias circunstancias de atenuación, sino todo lo contrario, por lo cual en mi opinión, el acusado deberá ser condenado como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, conforme lo previsto en el art. 80 inc. 1 del CP..."(Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 507, "Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.", [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

HOMICIDIO CULPOSO

Principio de confianza (J.O., C. 718)

"...Es Claus Roxin quien explica que *'mientras que las normas jurídicas y las normas del tráfico proporcionan indicios más o menos importantes de la existencia de creación de un peligro no permitido, el principio de confianza hoy reconocido sobre todo en el derecho penal de la circulación, es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibles. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte General', edit. Civitas, Madrid 1.997, pág. 1.004)... Refiriéndose al mismo tema, Günther Jakobs expresa que *'a pesar de que cada vez hay mas sentencias 'favorables' al principio de confianza, la jurisprudencia (del BGHSt, Tribunal Supremo Federal alemán) lo excluye en aquellas 'infracciones de las reglas del tráfico que se cometen con tanta frecuencia que un conductor escrupuloso ha de contar razonablemente con ellas'...*' (cfr. 'Estudios de Derecho Penal', edit. Civitas, Madrid 1.997, págs. 177/8, aunque debo aclarar que lo expuesto entre paréntesis me pertenece)... Como quedara expuesto, entonces,

el causante no podrá parapetarse jurídicamente en el principio de confianza, cuando, a consecuencia de un censurable hábito, muchos de los habitantes de la aludida zona de esta ciudad acostumbran a caminar por los bordes (y hasta por encima) de la calzada, lo que él no desconocía, ni podría desconocer, ya que conducía frecuentemente por allí, según nos dijo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 718, “Balsas, Daniel Ernesto s/ homicidio culposo agrav.”, [J.O.], del 17/09/01, R. 178/01).

“...El injusto culposo le es atribuible al imputado desde que el comportamiento imprudente de la víctima -por su casi generalizada reiteración en ese sector donde ocurrió, y por ser del conocimiento de todos los vecinos del lugar, incluso del acusado- le era no sólo previsible, sino también evitable, de haber actuado con destreza y habilidad, frente a la momentánea ceguera que le produjo el encandilamiento de otro vehículo que venía en el carril contrario; es decir, frenando o reduciendo la velocidad en el nada despreciable segmento de cincuenta a sesenta metros que tenía por delante, antes de atropellar a la víctima... Esa falta de pericia en el obrar del acusado que, ante el deslumbramiento, en vez de ejercer el recurso más simple y efectivo de frenar o desacelerar, optó por seguir conduciendo a ciegas a la misma velocidad que traía, coadyuvando involuntariamente -así- a provocar el resultado mortal conocido, constituye el fundamento del reproche que deberá dirigírsele...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 718, “Balsas, Daniel Ernesto s/ homicidio culposo agrav.”, [J.O.], del 17/09/01, R. 178/01).

“...Respecto de éste tema adhiero a la posición adoptada por el Tribunal Supremo Español, en fallo citado por el Dr. Maximiliano Rusconi en ‘Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal’ (trabajo compilado por el Dr. Julio B. J. Maier, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.999, pág. 30), en cuanto establece que ‘...en el ámbito penal, si bien no cabe la compensación de culpas puede hablarse de concurrencia de conductas que desplaza el problema al campo propio de la culpabilidad...’; pero aclarando que en tal caso ‘...ello se origina en un concurso de conductas para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente a fin de determinar su eficacia preponderante análoga o de inferioridad respecto de otras, llegando por éste sistema a su delimitación...’... Al respecto, como señala Manuel Cancio Meliá en ‘Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva’, libro prologado por el Dr. Enrique Bacigalupo (Ediciones Jurídicas Cuyo, 2.001, pág. 127), para determinar el grado de incidencia de la responsabilidad de autor y víctima corresponde hacer un análisis ‘...de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el autor para ser autor y qué representación debe tener la víctima para que no se la considere víctima en sentido estricto sino responsable de sus pérdidas...’, aclarando luego, que tal análisis no puede hacerse abstracto o ‘...desnudo...’ de los elementos correspondientes al análisis de la materialidad objetiva del hecho. Entonces ello debe combinarse con el análisis de lo que denomina el ‘riesgo concurrente’...”. (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 718, “Balsas, Daniel Ernesto s/ homicidio culposo agrav.”, [J.O.], del 17/09/01, R. 178/01).

“...Creo necesario valorar el rol de cada actor frente a la provocación de la lesión que definitivamente causó la muerte, advirtiendo como sostiene Günther Jakobs (en ‘la organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte’, obra traducida por Cancio Meliá y mencionada en ‘Estudios de Derecho Penal’, Civitas Ediciones U.A. Madrid, 1.997, pág. 402), que la obligación de ‘auto-protección’ que sustenta la responsabilidad de la víctima es equivalente a la posición de garante que proviene de las instituciones que implican la creación de un

mundo común. Pero que en éstos casos debe distinguirse la autolesión que se da cuando la misma víctima organiza el suceso renunciando a su protección en cuyo caso sólo se desplaza la responsabilidad del autor si el acto se configura no sobre el ámbito ajeno sino propio'. Mientras que en la heterolesión hay ilícito para el autor, cuando representa la participación de un curso causal en perjuicio del otro... En base a ésta forma de análisis, sostengo que el comportamiento de la víctima, en las particulares circunstancias del caso no puede desplazar la evidente responsabilidad que en el hecho le cupo al acusado..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 718, "Balsas, Daniel Ernesto s/ homicidio culposo agrav.", [J.O.], del 17/09/01, R. 178/01).

Violación del deber objetivo de cuidado (J.O., C. 489)

"...El causante, conductor y propietario del vehículo embistente, violó su deber objetivo de cuidado al no advertir la presencia del desatento peatón, a pesar de que éste no apareció súbitamente ante sus ojos, máxime teniendo en cuenta las particularidades del escenario fáctico, es decir, la inexistencia de obstáculos visuales para el acusado, el escaso tráfico vehicular que se registraba ese día domingo en esa zona de la ciudad, y las muy favorables condiciones climáticas reinantes (así, las fotos traídas al debate reflejan que era una mañana soleada, con piso seco, tal como lo depusieron los testigos, en consonancia con el acta policial). Es más, el automovilista atropelló a la víctima sin llegar siquiera a accionar el pedal del freno, pues en el asfalto no aparecieron las características huellas que dejan los neumáticos... Entonces, circulando a velocidad excesiva, como fuera explicado *'supra'*, y lesionando el deber objetivo de cuidado, el enjuiciado obró imprudentemente, incrementando en forma que le deberá ser reprochada la situación de peligro en la que se colocó la víctima..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 489, "Hollmann, Guillermo Martín s/ homicidio culposo agrav.", [J.O.], del 19/02/01, R. 011/01).

HURTO

Tipicidad objetiva (S., C. 894)

"...La tipicidad de la conducta atribuida a los causantes ha quedado incompletamente configurada, habida cuenta que *'la cosa ajena'* -de acuerdo a la descrita situación fáctica- carece de valor económico, aún en una interpretación amplia del concepto de propiedad (CN, 17; CSN, Fallos, 184:137), pudiéndosela caracterizar jurídicamente como *'res derelictae'* (CC, 2.525), por lo que su apoderamiento es legítimo y constituye un título para adquirir dominio (cfr. Tozzini, Carlos A., en 'Los delitos de hurto y robo', edit. Depalma, Bs. As. 1.995, pág. 149)... Ante la atipicidad jurídicopenal de la conducta desplegada por el causante, considero que deberá ser sobreseído (CPP, 341)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 894, "Solís Leal, Antonio y otro s/ tent. de hurto calif.", [S.], del 29/11/01, R. 243/01).

INCOMPETENCIA

Delitos de acción privada (I., C. 863)

"...A pesar de la defectuosa técnica legislativa de la ley 25.236 (B.O.N. 02/11/00), denunciada por el magistrado de intervención originaria, no podemos dejar de mencionar que el accionante de autos promovió su querrela por sendos delitos de acción privada (CP, 73, n° 1 y 2), es decir, injurias agravadas (CP, 117

bis, nº 2) y violación de secretos o información confidencial (CP, 157 bis, nº 2), ilicitudes, ambas, de competencia netamente correccional (CPP, 24, nº 2 y 26). La oficiosa mutación efectuada, *in limine litis*, por el juez preventor de una de las hipótesis típicas motivantes de la demanda penal, -nos referimos al cambio *inaudita parte* del inc. 2º por el 3º, del art. 117 bis del CP-, implica una injerencia jurisdiccional impropia del sistema acusatorio vigente; máxime en el juzgamiento de ilícitos de acción privada, a punto tal que una prerrogativa semejante ni siquiera era admisible, para esta clase de infracciones punibles, en el derogado Código Jofré (CPP/1.915), donde se reglamentaba el ejercicio de las acciones privadas en el libro V, 2ª parte, título III, arts. 423 y sgtes. (numeración, según dto. 1.174/86)...” (Por unanimidad, causa nº 863, “Vigliani, Javier Horacio c/ Silva, Luis Eduardo s/ querella”, [I.], del 03/06/01, R. 128/01).

“...*A fortiori* el régimen procedimental instituido en 1.998 conlleva la -implícita, pero indudable- prohibición de practicar una suerte de *plus o ultra petita*, cuando conforme lo expusiera la Comisión de Reforma al Sistema Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As. (creada en ámbito de la entonces Subsecretaría de Justicia, por resolución nº 23/95), redactora del Proyecto -después convertido en ley 11.922, con ligeras variaciones parlamentarias-, en su nota de elevación al Poder Ejecutivo: *Como plataforma jurídico cultural del proyecto se ha tomado en cuenta 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...*” (Por unanimidad, causa nº 863, “Vigliani, Javier Horacio c/ Silva, Luis Eduardo s/ querella”, [I.], del 03/06/01, R. 128/01).

“...Sólo es acusatorio aquel sistema de enjuiciamiento que concibe al juez como un sujeto rígidamente diferenciado de las partes involucradas en el pleito, y al juicio como una disputa entre iguales que sólo se inicia por la acusación (pública o privada), a la que le compete la carga de la prueba, estando enfrentada al acusado y a su defensa técnica en el ámbito del debate oral, público y contradictorio, donde se practicarán las medidas de prueba que los litigantes intenten hacer valer para apuntalar sus ulteriores pretensiones sobre la aplicabilidad, al caso, del derecho de fondo; contienda que será resuelta por el juzgador imparcial que la presencia, en forma ininterrumpida, y que deberá dirimirla conforme su sincero y fundado convencimiento... En definitiva, habiéndose promovido la querella por la presunta comisión de dos delitos correccionales, no corresponde variar de oficio ninguna de las hipótesis jurídicas contenidas en la demanda penal primigenia, ni, por lo tanto, aceptar la competencia en estos actuados...” (Por unanimidad, causa nº 863, “Vigliani, Javier Horacio c/ Silva, Luis Eduardo s/ querella”, [I.], del 03/06/01, R. 128/01).

Falta de jurisdicción (I., C. 882)

“...Corresponderá rechazar la excepción de competencia por falta de jurisdicción de esta Justicia ordinaria para entender en el presente proceso, planteada por la defensa técnica del encausado, toda vez que, a criterio del Tribunal, aquella no puede prosperar en atención a los siguientes motivos: a.) El uso o la exhibición de documento falso destinado a acreditar la identidad de las personas, hechos que -en principio- se verían alcanzados por la competencia derivada del auto de fs..., no integran los sucesos por los cuales se ha requerido la elevación de la causa a juicio, respecto del imputado... Dicha circunstancia, de la que cabe destacar la escindibilidad de las conductas que serían juzgadas en cada fuero y la separabilidad de las lesiones, derivada de la notoria diversidad de los bienes jurídicos que se verían afectados por cada infracción punible, -sin perjuicio de la provisionalidad

que comporta una afirmación en este sentido y siempre a resultas de lo que pueda surgir en el debate oral-, coloca a los sucesos materia de proceso fuera de una hipótesis de *'unidad de hecho'* con relación a los ventilados en la Justicia Federal... b.) El Agente Fiscal ha requerido el juzgamiento de los hechos que calificó, con la provisionalidad inherente al respectivo estadio procesal (CPP, 334/5), como estafa, estafa y tentativa de estafa, todos en concurso real (CP, 42, 55 y 172) en los que el perjudicado por las maniobras atribuidas al causante resulta ser un particular y no el Estado Federal, único supuesto en el que, de configurarse, se desplazaría la jurisdicción provincial (CN, 116)... y c.) finalmente, no puede soslayarse que la competencia provincial hubo sido consentida por el propio peticionante, no sólo en la etapa de la investigación, sino en la del juicio..." (Por unanimidad, causa n° 882, "Cuevas, Sergio Daniel s/ estafa, estafa y tent. de estafa", [I.], del 22/10/01).

Prejudicialidad (I., C. 882)

"...En lo que respecta a la prejudicialidad supletoriamente alegada por la defensa, y no obstante la prioridad de juzgamiento a favor de la Justicia Federal (CPP, 16), ambos procesos deberán sustanciarse de modo simultáneo, puesto que así lo permiten las características del *'sub examine'*, en especial, la libertad de la que goza el inculpado y la misma ubicación geográfica de ambos organismos jurisdiccionales, circunstancias que determinan la inexistencia de obstáculos, tanto para el ejercicio de sendas jurisdicciones, cuanto para los intereses de la defensa del causante..." (Por unanimidad, causa n° 882, "Cuevas, Sergio Daniel s/ estafa, estafa y tent. de estafa", [I.], del 22/10/01).

INDICIO DE CAPACIDAD MORAL DELICTIVA

Inadmisibilidad e ineficacia (J.O., C. 653)

"...Ha resultado manifiestamente inútil la inserción, en el discurso del Fiscal, de lo que se conoce como indicio de capacidad moral delictiva, extraído de los variados antecedentes penales que registran los reos. Se trata de un indicio que, desde el punto de vista probatorio, por su mediatez y equivocidad no puede ser considerado como tal a la hora de arbitrar la decisión justa para el *'sub iudice'*; mientras que, desde el prisma del derecho sustantivo, encierra -según Sebastián Soler- una concepción de tipo peligrosista, con fundamento en las teorías de Lombroso, Ferri y Garófalo, que han sido combatidas eficazmente por nuestros doctrinarios ya que pretendían fundar el derecho penal sobre un derecho penal del autor y no del acto o del hecho (cfr. 'Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso', Bs. As., 1.929). No se está juzgando a los causantes por lo que son o por lo que han sido, sino por sus conductas determinadas, línea divisoria que delimita con estrictez un derecho penal de autor (basado en la culpabilidad por la conducción de la vida), del derecho penal del acto o hecho (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, en 'Manual de Derecho Penal', edit. Ediar, Bs. As., 1.986, págs. 518/9)..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

INIMPUTABILIDAD

Debilidad mental (J.A., C. 777 y 558; J.O., C. 598)

"...Ni el déficit intelectual constatado por los profesionales intervinientes (de magnitud leve), ni la dificultad en el entendimiento de la criminalidad del acto

que se le imputa, a la que sólo aludiera el psiquiatra forense, configuran una situación compatible con la incapacidad de culpabilidad del imputado, quien está -a juzgar por esos mismos peritajes- por encima del *'mínimum'* exigible en la fórmula mixta de la inimputabilidad penal... Sebastián Soler, en ese sentido, ha expresado *'que cuando se fijan las condiciones que hacen imputables a un sujeto, esas condiciones constituyen un mínimo. No es necesaria una fina conciencia valorativa para saber que el homicidio, el robo o el secuestro son malas acciones; por eso no es preciso encontrar perfecciones psíquicas en los procesados para concluir en su imputabilidad'*. Basta, pues, un mínimo de condiciones, siempre que de ellas resulte que el sujeto haya tenido conciencia de la criminalidad de su acto y facultad de dirigir sus acciones' (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. Tea. Bs. As. 1.978, t. II, § 36, pág. 40)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 777, “Cisneros, Luis Alfredo s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y en forma continuada”, [J.A.], del 22/06/01, R.121/01; en igual sentido, causa n° 558, “De Bedia y Saénz, Fernando Benjamín s/ tent. de robo”, [S.], del 19/05/01).

“...La defensa, en los alegatos, expuso que su pupilo actuó -en el momento de los hechos que se le atribuyen- con marcado estrechamiento del ámbito de autodeterminación, provocado por alteraciones y disfunciones orgánicas en conjunción con una intoxicación aguda, producto del consumo de alcohol y sustancias psicoactivas, concluyendo que no le era jurídicamente exigible que comprendiera el sentido de sus actos... Sin embargo, a criterio del psicólogo policial, el acusado si bien tiene una merma en sus facultades mentales (frenastenia), la misma es una insuficiencia de grado leve, que no le impide diferenciar lo lícito de lo ilícito, lo correcto de lo incorrecto, aclarando en la audiencia que cuando en su informe escrito consignó que *'su insuficiencia intelectual y judicial le impiden valorar adecuadamente la trascendencia y consecuencias que sus actos disvaliosos ocasionan a terceros y a sí mismo'* (textual), en realidad quiso decir que le dificultan, sin llegar a impedirle tal conocimiento. Por su parte, el psiquiatra forense, sostuvo que el aludido (aunque padece un síndrome orgánico cerebral; lesión verificable en el mapeo elaborado por el neurólogo particular del reo, que corre agregado por cuerda al principal), tiene la capacidad suficiente para comprender la criminalidad de sus actos, es decir, en el caso entendió el peligro de la cercanía policial, y es por eso que huyó después de cometer el delito contra la propiedad, al verse perseguido por la camioneta de la policía, así como es capaz de discernir que es más grave matar que robar, por ejemplo. En otras palabras, estos dos últimos profesionales nos brindaron un panorama concreto y completo acerca de la situación mental del acusado de referencia y, a pesar de sus indudables dificultades para ser receptor de los mandatos y prohibiciones normativas, su imputabilidad ha sido pericialmente confirmada...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Ferraris y Favarotto, causa n° 598, “Nieto Bazaure, Marcelo Alejandro s/ tent. de robo calif. por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 07/07/01).

Fórmula legal. Valoración. Semiimputabilidad (J.O., C. 661)

“...Más allá de las opiniones doctrinarias y científicas sobre qué debe entenderse por imputabilidad penal, en la doctrina nacional y extranjera, creo necesario resaltar que el Código Penal Argentino contiene en su artículo 34 inc. 1º, una clara fórmula que los jueces debemos aplicar ineludiblemente, so riesgo de incurrir en arbitrariedad e ilegalidad en el dictado de sentencias en las que pretendemos resolver casos particulares (argum. arts. 18 y 19 Const. Nac., 15 Const. Pcial. y 269 Código Penal)... Tal previsión legal, de afiliación a una fórmula mixta que comprende una triple valoración: psicológica (en cuanto a las potencias espirituales de la conciencia personal del hombre para valorar sus actos y para aceptar las

valoraciones sociales trascendentes), psiquiátrica (en cuanto a la conformación orgánica de la psiquis de la persona y su capacidad para dirigir sus actos conforme los dictados de la conciencia) y jurídica (en cuanto a la aptitud de ambas consideraciones precedentes: conciencia y capacidad de dirigirse en los comportamientos concretos, de motivarse y gobernarse en cada acto conforme a las valoraciones normativas de la ley concreta)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...No comparto la valoración crítica formulada por la defensa en su alegato final, respecto de una pretendida contradicción (o falta de modernidad que no existe) entre las doctrinas tradicionales acerca de la imputabilidad del art. 34, 1° CP que la conciben -en el ámbito vernáculo- como la capacidad del hombre para comprender la criminalidad de sus actos y dirigirse en los mismos, y doctrinas externas modernas como la expuesta por Claus Roxin en cuanto a que ahora debe concebirse como la capacidad de motivabilidad del hombre en sus acciones, conforme a la norma... En efecto, precisamente las capacidades a que alude el art. 34 inc. 1° del CP, comprender y dirigirse, no son como compartimentos estancos separados, sino estrictamente vinculados, pues lo que la ley penal requiere (como norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación, conf. Hans H. Jescheck en ‘Derecho Penal. Parte General’, trad. de Mir Puig, tomo I, edit. Bosch, Barcelona, págs. 318/9) es que una vez que el hombre ha comprendido -internalizado- la valoración que la ley penal contiene, dirija sus acciones -motive su voluntad- conforme a dicha valoración...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...Edgardo Alberto Donna en ‘Teoría del Delito y de la Pena’, edit. Astrea, 1.992, pág. 165, nos dirá con citas de Armin Kauffmann, que *‘la capacidad de motivación es también la capacidad de culpabilidad o de atribución. En ella la capacidad de motivación es la inteligencia del injusto...’*, señalando luego que dicha capacidad tiene un presupuesto previo y requisito indispensable de culpabilidad que *‘...se puede ver como la voluntad libre...la capacidad de motivación, según el deber jurídico, exige la posibilidad del hombre de autodirigirse, la voluntad libre es una exigencia para que, en el acto particular, se encuentre la capacidad de motivación...’* (Vemos que para éstos autores, la idea del libre albedrío que expusiera el maestro italiano Francesco Carrara como uno de los presupuestos de la imputabilidad penal, sigue estando vigente)... La fórmula del Código Penal Argentino sobre la imputabilidad, ha sido largamente elogiada por importantes pensadores del Derecho Penal mundial, como una fórmula integradora de los avances científicos y dogmáticos del Derecho Penal en la materia. Así, en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, celebradas en la Universidad de Belgrano (Capital Federal), entre el 9 y 12 de octubre de 1.971, con motivo de la celebración de los 50 años de nuestro Código Penal, juristas de distintas escuelas penales, de la talla de Giuseppe Bettiol, Hans Welzel, Claus Roxin, Armin Kauffmann, Jürgen Baumann, Angelo Latagliatta, Marino Barbero Santos, Enrique Gimbernat Ordeig, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Giuliano Vassali, Maurach y Enrique Bacigalupo, hicieron saber su concepto positivo sobre la norma citada...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...Así, por ejemplo, Giuseppe Bettiol, señalaba en su discurso inicial en representación de los juristas extranjeros, que el encuentro era *‘...un acontecimiento muy importante no sólo para la vida jurídica y cultural del noble país, sino también para todos los países y las naciones que quieren al estudio del derecho*

penal, como una de sus manifestaciones más importantes de la vida espiritual del hombre. Argentina es uno de los países más desarrollados del mundo en el estudio político y dogmático del Derecho Penal. En un siglo de trabajo pudo obtener resultados de importancia vital para la ciencia de su Derecho Penal, de manera que hoy no hay una persona que pueda estudiar D.P. sin conocer éste código que hoy homenajeamos...' (ver Libro de Actas, Relatos, Ponencias y Conclusiones de Dichas Jornadas, edit. Cátedra, Bs. As. 1.971, pág. 21). Y refiriéndose puntualmente al art. 34 inc. 1º del C.P.A. el Dr. Armin Kauffmann en una ponencia expresó que *'...aquí se expresa en una fórmula bastante moderna el principio fundamental del moderno derecho penal de culpabilidad. Culpable es quien puede comprender (reconocer) lo injusto (antijuridicidad) de su acción, y puede actuar conforme ésta comprensión de lo injusto...'* (ver libro precitado pág. 208)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...De modo tal que, sin dejar de reconocer la importancia de la evolución de las ideas penales en el ámbito internacional y la necesidad de mantener la apertura al *'aggiornamento'* de las normas de nuestra legislación nacional para mejor servir al hombre y la sociedad (últimos destinatarios de la ley penal), no debemos abdicar de reconocer el valor o sentir menosprecio (o vergüenza) de muchas instituciones jurídico penales del derecho penal argentino, cuya valoración jurídica por la doctrina y jurisprudencia han enriquecido y siguen siendo útiles para la realización concreta de la justicia penal en nuestro país...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...También debe advertirse que la verificación de las circunstancias psicológicas y psiquiátricas que la ley requiere para conformar el trípede de elementos personales que integran la imputabilidad en nuestro sistema jurídico penal, corresponden al mundo de las verificaciones científicas...En este sentido, coincido plenamente con las consideraciones vertidas por mi colega, el Dr. Ricardo Favarotto, en su voto en la sentencia dictada por éste mismo Tribunal (en su integración originaria) en la causa nº 520 caratulada *'Miño, Roberto Raúl s/ robo doblemente agravado por uso de arma en poblado y en banda'* (sentencia del 18-05-2.001, reg. 01/185 de este Tribunal), en cuanto a que por ejemplo en el caso de la invocación de una causal de inimputabilidad por alcoholismo, *'...siendo la ebriedad un concepto ontológico y la inimputabilidad uno normativo, cualquier pretendida asimilación entre ambas está destinada, de antemano al fracaso... La existencia de un inficiamiento de origen ebrioso resulta una determinación empíricamente verificable, conforme los métodos de las ciencias naturales; en cambio cuestión distinta es la de categorizar el estado del autor, al momento de cometer el injusto, según su capacidad o incapacidad para responder a una conducta delictiva...'*” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...En el voto aludido, el Juez Favarotto, además, señala en alusión al método mixto como el previsto en el art. 34 inc. 1º del C.P., con cita de Claus Roxin (que verifico en su obra *'Derecho Penal. Parte General'*, tomo I, edit. Civitas, Madrid 1.997, págs. 825/6) que *'...convierte determinados estados o diagnósticos psicopatológicos en la base de un ulterior juicio sobre la capacidad de comprensión y de inhibición del sujeto, ha sido preferido por el legislador a las otras dos posibilidades, sea la de fijarse sólo en determinadas formas de trastorno psíquico, sea la de fijarse únicamente en la capacidad de comprensión y de inhibición, renunciando a puntos de conexión concretos. El primer procedimiento fue desechado, porque por regla general la inimputabilidad no se puede constatar en abstracto en razón*

de un determinado estado o diagnóstico, sino sólo en relación a un hecho concreto. Ni si quiera los trastornos psíquicos patológicos deben excluir la capacidad de culpabilidad o imputabilidad respecto de cualquier conducta: *‘la misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos, y sin embargo no serlo en otros momentos respecto de otros hechos... Más lógico parece el renunciar por completo a determinados estados psicopatológicos de conexión y fijarse sólo en la capacidad de comprensión y de inhibición, que es la que al final resulta de todos modos decisiva...’* (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...Comparto con el defensor en cuando a que los médicos no pueden asumir la posición de juzgador y pretender imponer conclusiones de carácter jurídico, pero cabe tener en cuenta que tampoco los jueces (y abogados que intervienen en el proceso) podemos asumir el rol de médicos, sin perjuicio de la valoración integral posterior y de que aquellas opiniones no son vinculantes porque al decir del Dr. Frías Caballero (en ‘Imputabilidad penal, capacidad de reprochabilidad ético-social’, edit. Ediar, Bs. As. 1.981, págs. 173/4) el juicio jurídico valorativo *‘...está vedado al técnico y privativo del juzgador a quien en éste punto ya nada puede ofrecerle la pericia, y del cual en definitiva deberá resultar la solución del caso...’* (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

Oligofrenia (S., C. 490)

“...El causante, padece un marcado déficit intelectual, que, dada las características complejas del ilícito que en particular se le atribuye, donde la prohibición penal básica (la tenencia ilegítima de arma de guerra del art. 189 bis del CP), viene necesariamente complementada por disposiciones administrativas que cierran la tipicidad, al definir cuáles son las armas de fuego que quedan incluidas en esa clasificación normativa (es decir, los sucesivos decretos reglamentarios que vienen rigiendo en la materia), me permiten colegir que en el caso obró sin la debida comprensión de la criminalidad del acto, en los términos del art. 34, inc. 1° del Código Penal... Oligofrenia no es sinónima de demencia, ni en sentido jurídico, ni médico, aunque ambas presentan algunos denominadores comunes... Luis Cousiño Mac Iver se ha encargado de demarcar con nitidez las diferencias: *‘Las oligofrenias se caracterizan por el retraso o detención del desarrollo de las facultades intelectuales, ya sea por causa innata o posterior al nacimiento, pero producida antes de la adultez. En el último factor las oligofrenias se diferencian de las demencias que, como hemos visto, son procesos de pérdida de la inteligencia sobrevenidos durante el curso de la vida. En un caso las facultades intelectuales no se forman, en el otro se destruyen. Las oligofrenias (de ‘oligos’ = poco y ‘phrenia’ = espíritu) se llaman por los autores italianos ‘frenastenias’ (de ‘phrenia’ = espíritu y ‘astenia’ = debilidad); ambas expresiones quieren significar una misma cosa. Este grupo comprende tres entidades diversas que, en líneas generales, se diferencian por el mayor o menor desarrollo de los procesos intelectuales; a) el idiotismo; b) la imbecilidad; c) la debilidad mental’* (cfr. en ‘Manual de Medicina Legal’, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1.974, págs. 297/8)...” (Del voto del Dr. Favartto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 490, “Ale, Alberto Javier s/ tenencia ilegal de arma de guerra”, [S.], del 12/02/01).

Psicopatía (J.O., C. 661)

“...Las personalidades psicopáticas, por la estructura defectuosa de su psiquismo -que las torna socialmente inadaptables- juegan un rol de muy difícil solución en el ámbito criminológico y en la praxis judicial... Ya Carlos Tozzini (‘El problema de las personalidades psicopáticas’ en Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, UBA Bs. AS. 1971, op. cit., pág. 180) señalaba que *‘...desde la rotulación de Kurt Schneider (1930/50) hasta el presente es admitida la dificultad en lograr una nítida caracterización de ésta suerte de anomalía polimorfa, sin contornos precisos, que no necesariamente están caracterizados por dolencias típicas...’*, lo que a criterio de Roberto Ciaffardo (‘Psicopatología Forense’, págs. 21, 22 y 24) ha justificado la diversidad de clasificaciones elaboradas, en base a criterios y pautas disímiles, en el terreno científico específico (las Kraepeling, Schneider, Kahn, Rhöden, Birbaum, Sicco, Bunke, de la Asociación Psiquiátrica de Amsterdam y la Organización Mundial de la Salud; ver también al respecto la obra de Vicente Cabello: ‘Psiquiatría Forense’, tomo III, pág. 452)... Podríamos decir que hay más clasificaciones que tipologías, lo que dificulta el análisis jurídico. Cada psicopático o neurótico es distinto de otros y los grados de anormalidad que exhiben tienen diversa repercusión social. Recordemos que al respecto, el perito psiquiatra nos ilustró en la audiencia que *‘jen psiquiatría, no hay enfermedades, sino enfermos!’...*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...A la luz de lo expuesto, debemos preguntarnos, en el caso *‘sub examine’*, si el encausado es un verdadero enfermo y anormal, o solamente un portador de una deficiencia (los peritos coincidieron unánimemente que el nombrado no es un anormal, que no adolece definitivamente de afectividad, que es consciente y que sólo tiene dificultad para manejar su voluntad lo que se le agrava bajo las influencias del alcohol o drogas)... Me inclino por ésta última postura... En la personalidad psicopática, existe una deficiencia caracterológica y de personalidad, con mengua de contralor y dominio del Yo consciente y de las directrices de valores, para su responsable determinación, con predisposición al fracaso ante compulsiones del fondo endotímico (Ello) que conduce a sobrepasar toda contención normativa (ver Hans Welzel ‘Derecho Penal’, Chile 1.970, págs. 202/10)... Estoy convencido que existen riesgos de seguridad social si admitimos generalizada o indiscriminadamente que éstas personalidades son acreedoras de eximentes o atenuantes de penas, *‘per se’* (por el sólo hecho de ser psicópatas), lo que se puede ver en los discrepantes porcentajes asignados a los psicópatas en las estadísticas de las poblaciones carcelarias y que oscilan entre un 10% y un 90%, sosteniendo al respecto el criminólogo Hans Göppeingger (‘Criminología’, pág. 172/73) que *‘..ello proviene del seguimiento de teorías psiquiátricas distintas, con sugestiva despreocupación en los estudios clínicos y psiquiátricos, a punto que, a menudo, la ‘psicopatía’ se infiere nada más que en base a la índole de los delitos cometidos...’*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...Imaginemos, si debiéramos otorgar eximentes a los internos condenados que ocupan nuestras cárceles, nada más porque así han sido categorizados pericialmente en dictámenes psicológicos y/o médico psiquiátricos... El Dr. Marcelo Esteban Zarlenga, en un meduloso trabajo titulado ‘El Psicópata Perverso en la Jurisprudencia Argentina (una primera aproximación)’, publicado en ‘Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal’ (edit. Ad-Hoc, Año VI, núm. 10 ‘A’, Bs. As. mayo de 2.000, págs. 480/530), comenta un voto del Dr. Edgardo Alberto Donna publicado en ‘La Ley’ el 12/08/91 conforme al cual expresara que *‘...las pericias oficiales sostienen que el procesado es un psicópata y por ende la consecuencia es el descarte de la imputabilidad... desde otra parte la defensa viene sosteniendo la tesis de Zaffaroni... que por ser un psicópata es un inimputable. Los extremos se*

tocan siempre en un punto: el error. No por ser psicópata se es o no imputable porque en el fondo el argumento de uno u otro bando, es tan positivista, tan biólogo, que se deben descartar. Son, a mi juicio la misma cara de la moneda, de una concepción materialista del hombre, anclada fuera de la ciencia. Ambas son afirmaciones dogmáticas sin sustento, ni en la naturaleza de la cosa, ni en el texto legal, el psicópata será o no imputable, si puede comprender o no la criminalidad del acto y puede dirigir su conducta de acuerdo a esa comprensión. Cualquier invocación contraria a ésta tesis, desconoce la fórmula mixta del Código Penal y nos retrotrae a las épocas de Ferri, ahora disfrazados de modernidad sociológica...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...En nuestro derecho penal positivo, de acuerdo a un razonable y prudente análisis dogmático, las diversas perturbaciones anímicas o psíquicas de la personalidad, pueden operar como causal de inimputabilidad, siempre que sus efectos en el momento del hecho individual y concreto, hayan impedido al autor la comprensión de la criminalidad del acto (el injusto legal) o bien, la capacidad para dirigir acciones (motivar su voluntad) conforme aquella valoración, o ambas a la vez... Cabello (op. cit., pág. 446) admite la exigencia sólo en grados muy elevados e imbricados de psicopatías, equiparado a enfermedad mental (ver en igual sentido López Bolado, Jorge en ‘La Imputabilidad del Psicópata’ en Rev. Doctrina Penal nº 35, año 9, pág. 581, Spolansky Norberto ‘Inimputabilidad y comprensión de la Criminalidad’ en Rev. Derecho Penal y Criminología nº 1 pág. 83, Almeyra Miguel en igual revista nº 2, pág. 389/84)... La atención de las personalidades psicopáticas, desde un punto de vista criminológico, resultan harto problemáticos, entre otras cosas, por el alto grado de peligrosidad (no por el rostro, sino por la gravedad de los hechos concretos que los tienen como autores) y de proclividad hacia la reincidencia (hecho fácilmente verificable en la estadística judicial), por lo que, en el derecho extranjero, ante situaciones de enfermedad se ha recurrido muchas veces a la aplicación simultánea o sucesivas de penas y medidas de seguridad...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...La categoría de la semiimputabilidad, cuyo encuadre subsidiario ha solicitado la defensa, si bien ha sido reconocido para algunos psicópatas en códigos penales como el Alemán de 1.871, 1.933 y 1.970, su aplicación ha sido cautelosa, del mismo modo que las excepciones. Así el Superior Tribunal Alemán ha requerido la comprobación de un caso excepcional, extremo, en el que la imagen del afectado resulte determinada por continua repetición de hechos punibles similares, motivada por la afección psíquica y la absoluta ineficacia de las sanciones penales (delitos sexuales, homosexualidad, piromanías, etc.). Y que la perturbación ejerciere influjo determinante en la capacidad de comprensión o de acción del autor, con referencia al caso concreto... En este supuesto, tal como lo venimos exponiendo, Elías, tiene plena capacidad para comprender la criminalidad (disvalor a la luz del injusto legal) de los actos ilícitos que comete, a punto de pedir inmediatamente perdón después de cometido. Tiene tal conciencia de lo que hace, que intenta no volver a cometerlo por sus consecuencias probables, y también tiene voluntad para dominarse, padeciendo tan sólo una dificultad para esta última potencia, particularmente, cuando está bajo los influjos del alcohol o droga, en grado grave (ver lo declarado por los amigos íntimos y por el compañero de salidas: ‘...cuando no toma es querible, es buena persona, divertido, cuando toma es agresivo, pesado, discutidor...’)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...En los años que llevo de profesión y en la magistratura, he podido observar como muchos homicidas con estas personalidades, y con problemas de alcohol y drogas, dentro de un contexto de contención severa (como el penal) a sus tendencias que les dificultan el control de los impulsos, con un adecuado tratamiento psicoterapéutico y de alcoholemia y drogadicción, logran -cuando son jóvenes, como el acusado- reencausar sus vidas... Creo que en la existencia del procesado, amén de algún déficit de la afectividad desde su infancia -lo que le habría producido un daño importantísimo en su personalidad-, también ha sido negativa la ausencia de debidos límites y de autoridad (vivía con su abuela y su tía, el padre nos relató en el debate que aquella le daba todo lo que quería y cuanto quería)... A la autoridad, la concibo no como una imposición totalitaria, sino esencialmente como un servicio de amor (un padre que no impone a sus hijos los límites necesarios de acuerdo a su edad y a los actos que realizan, los está defraudando, en éste aspecto de la afectividad)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...Y ahora, si el Estado no ejercitara ese control y aplicara la medida correspondiente correlativa al daño ocasionado, y a la responsabilidad evidenciada por el autor, de un modo acorde con sus circunstancias personales (prevención especial positiva), también lo estaría defraudando... Frente a las críticas que la defensa ha formulado -al menos- hacia algún contenido retributivo en el fin de la pena, no entiendo que su finalidad, sea una sola -retribución, corrección de una voluntad rebelde o negativa, prevención en cualquiera de sus formas: general, especial positiva o negativa-, sino que todas ellas confluyen en forma conjunta y cooperan en la realización de los fines de la ley penal y de una correcta política criminal, sobre la cual a los jueces -es mi opinión- poco nos cabe disponer, pues debemos aplicar la ley que se nos da como vigente... Al respecto, clarifica la idea el Dr. Donna (op. cit., pág. 31) aludiendo a que no se puede negar cierto fin retributivo en conjunción con otros fines de la pena, cuando señala que *‘...no aparece ...incompatible que el legislador, al tipificar un hecho e imponerle pena, tenga presente la idea retributiva y al mismo tiempo piense en los fines futuros de prevención especial o general. Pero se ha de tener presente que con la imposición de la pena el orden jurídico se satisface, en cuanto tal, al cumplir con la conminación antes anunciada, de manera tal que ya no será posible nuevamente buscar, por parte del Estado, otras confirmaciones del orden jurídico...’* (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

“...Descarto ambos planteos (inimputabilidad y semiimputabilidad: éste aplicable en la Argentina -y por otras razones diferentes- sólo en materia de minoridad conf. ley 22.278 modificada por la ley 22.803 para menores de 16 a 18 años) puesto que tan sólo se ha probado que el procesado, a lo sumo, padece una dificultad para dirigirse (voluntad de aceptación y respeto de la norma) cuando está bajo la influencia del alcohol o las drogas... Y habiendo el nombrado -en ambos hechos juzgados- comprendido, en mi opinión conforme lo demostrara con su propio modo de proceder, el disvalor de la acción que cometía, sin verificarse que tuviera imposibilitado definitivamente de motivarse conforme a tal valoración, sólo caben considerar sus trastornos de personalidad (periciadas) como atenuantes, disminuyendo la pena privativa de la libertad que impondría a un sujeto que no padece tales trastornos de personalidad (que si así fuera, en este caso, estimo debería ser de 20 años), y debiéndose en la etapa de ejecución penal brindársele el mejor tratamiento posible de acuerdo a sus características (conf. arts. 1° y 5° 1er. párr. de la ley 24.660 y 41 y 159 de la ley 12.256) por resultar ello adecuado al principio de culpabilidad *‘...como la verdadera y más absoluta justificación del de-*

recho penal...' (conf. Jorge Frías Caballero 'Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal Argentino', en 'Temas de Derecho Penal', edit. Din Editora, Bs. As. 1.989, pág. 252)... (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 661, "Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo", [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

"...Asunto complejo es el relativo a la solvente invocación defensiva de un estado de inimputabilidad de su asistido, al tiempo de los injustos que se le reprochan, en razón de la morbosa alteración de las facultades del reo, derivada -y pericialmente establecida- de su personalidad psicopática, que le habría impedido comprender la criminalidad de sus actos y/o dirigir sus acciones, conforme el enunciado de la fórmula legal (CP, 34, inc. 1°)... Los expertos en psiquiatría y psicología intervinientes en el juicio no sólo han coincidido, en la faz negativa, al descartar que el causante sea un psicótico, o que presente síntomas de organicidad cerebral, sino también al referir, en el polo opuesto, que el procesado es portador de una seria disfunción de la personalidad o trastorno anormal y antisocial, acentuada por la ingesta arraigada y abusiva de alcohol, a menudo combinada con productos estupefacientes... Si bien el trastorno anormal de la personalidad del acusado, en términos generales, disminuye -pero no anula, ni afecta gravemente- su capacidad ético social de reprochabilidad penal, se podría llegar a concluir, en plena sintonía con la pretensión defensiva, que acoplando la psicopatía del reo (factor endógeno), a una intoxicación de origen etílico y, acaso, narcótica (factor exógeno), quedaría expedita la vía para la subsunción de las conductas típicas y anti-jurídicas que se le atribuyen, en la hipótesis del art. 34 inc. 1° del CP; no de la mano de un inexistente estado de inconsciencia, sino recurriendo -como se hiciera con elocuencia en el discurso final de la defensa- a la perturbación morbosa de las facultades..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandri, causa n° 661, "Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo", [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

"...Sin embargo, por un lado, los caracteres de personalidad descriptos por los peritos distan de poder quedar equiparados a la ceguera valorativa, conatural a las psicopatías más severas que son capaces, en algún extremo, de cancelar la aptitud de captación del valor ético social del comportamiento, y hasta de hacer jurídicamente irreprobable el accionar de quien, a pesar de que entiende y quiere, no alcanza a comprender la criminalidad del acto por su marcado déficit afectivo-emocional. En el tema analizado, como lo expresara con razón el perito psiquiatra, no debería soslayarse que *'...la psicopatía presenta varios subtipos, ampliamente estudiados; se puede enmarcar alguno de ellos como verdadera enfermedad mental, mientras que otros no cabe duda de que no es una morbilidad psíquica lo que se sufre, sino una alteración grave del carácter y temperamento que lleva a conductas antisociales. El psicópata es fundamentalmente una persona antisocial, no integrada en el medio en el que vive, rebelde, y enormemente conflictiva. A grandes rasgos diremos que carece de sentimientos de culpabilidad, de moralidad, de pautas de conducta en sociedad, no siente arrepentimiento ni vergüenza ante sus actuaciones, y es profundamente egoísta'* (cfr. Homs Sanz de la Garza, Joaquín en 'Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la inimputabilidad', edit. Bosch, Barcelona 1.996, pág. 129)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandri, causa n° 661, "Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo", [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

"...No estamos frente a una persona de la cual se pueda predicar la imposibilidad de asimilar valores, introyectándolos, haciéndolos propios o aprehendiéndolos; presenta, a lo sumo, ciertas dificultades para hacerlo, las que no le impiden esa captación interior de las normas penales. Con otras palabras: no es un psicó-

pata de grado severo y tampoco estaba borracho cuando atacó a la víctima, provocándole la muerte y desapoderándola de algunos de sus bienes; es decir, ni siquiera por el ensamble de su personalidad de base psicopática con una leve a moderada embriaguez, es factible desplazar el juicio de responsabilidad por los injustos que le son asignables al causante...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, [J.O.], del 26/11/01, R. 01/242).

JUICIO ABREVIADO

Alcances del acuerdo sobre la pena (J.A., C. 565)

“...Es de toda necesidad precisar que, cuando en los arts. 395/6 del CPP se hace mención al acuerdo sobre la *pena*, como base de sustentación de esta particular modalidad juzgadora, se incluye no sólo a la especie (en el caso, *prisión*), y a la cantidad (*idem*, *tres años*), sino también a la forma de cumplimiento (*ibídem*, *de ejecución condicional*), pues de otra manera -si, por ejemplo, el Tribunal creyera que en el sistema de abreviación procesal mantiene incólume su potestad de aplicar el instituto reglado en el art. 26 del CP- se estaría alterando para sorpresa y perjuicio del imputado el pilar fundamental del convenio originario, cual es, reitero, el pacto sobre la pena, entendida esta en su extensión más amplia... Va de suyo, por lo tanto, que si la sanción consensuada, en cualquiera de sus múltiples componentes (especie, cantidad o modo de cumplimiento) resulta inaplicable al caso en juzgamiento, el Tribunal debe abstenerse de homologar el acuerdo, pero jamás modificarlo en un sentido gravoso a los intereses del causante...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 565, “Ferreira, Fabián Alberto s/ tent. de robo agrav.”, [J.A.], del 13/03/01, R. 026/01).

Rechazo de un pacto anterior (J.A., C. 596)

“...El rechazo de una pretensión análoga a la presente, aunque en ese entonces sólo respecto a uno de los coenjuiciados, por parte del órgano jurisdiccional de competencia originaria, no constituye un impedimento formal para que este Tribunal en lo Criminal pueda reconsiderar la propuesta traída en favor de la abreviación del juicio, ahora también extensiva al otro causante, máxime cuando las razones invocadas -relativas a una diferente subsunción jurídica de los injustos del proceso- para fundamentar ese decisorio resultan, a mi entender, cuanto menos controversiales. En efecto, ha sido constante interpretación de este Tribunal que ‘...no obstante las contingencias procedimentales reseñadas en los antecedentes del caso (en particular, frente al rechazo protocolizado a fs... 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 sptes. 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...’ (causa n° 72, ‘Alais, Juan José s/ tent. de robo’, del 19/08/99, entre tantas). Por lo tanto, no veo motivos para repeler ‘*ab initio*’, las sugerencias de los interesados, siendo prematuro expedirme ahora acerca de la procedencia material de las peticiones formuladas en cada uno de los casos en análisis...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 596, “Bramajo, Marcelo Fabián y otro s/ robo y tent. de robo calif. por el uso de arma”, [J.A.], del 15/03/01).

JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA

Inconstitucionalidad (S.J.P., C. 656)

“...Esa doctrina, cabe recordarlo, no resulta formalmente vinculante para el fuero penal de la justicia común (ley n° 24.050, art. 10, segundo párrafo, ‘a contrario sensu’)... Sin embargo, en mi opinión, la razón de mayor peso no es ésta, habida cuenta que cualquier modalidad de jurisprudencia obligatoria (no importa si es sentencia plenaria, casacional o una fusión de ambas, como ocurre en ‘Kosuta’), resulta incompatible con el sistema de reparto de las funciones públicas, en un estado constitucional de derecho. De esa manera lo entendí en el suelto que publicara la ‘Revista Jurídica’, del Consejo Departamental del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, con el título ‘Los fallos plenarios y la compleja problemática de su constitucionalidad’ (Año 2, n° 3, de diciembre de 1.989, págs. 35/64)... No se trata de una cuestión novedosa. Hace mucho más de un siglo Dalmacio Vélez Sársfield, consecuente con el legado del pensamiento iluminista y con la concepción republicana, sabiamente advirtió: ‘Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen. Sólo al Poder Legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos...’ (artículos III y IV del Título Preliminar del Código de Comercio de la Pcia. de Bs. As., promulgado el 8 de octubre de 1.859, después convertido por ley n° 15 en el Código de Comercio de la República Argentina, a partir del 12 de setiembre de 1.862)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...En épocas actuales el tema ha recobrado su interés, al igual que han reaparecido -en particular, desde la reforma constitucional del `94- nuevas impugnaciones hacia la eficacia pretendidamente vinculante de las sentencias plenarios, habida cuenta que ‘la observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios es inconstitucional; contraria a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; propia de sistemas totalitarios, no democráticos, de gobierno; entorpece el desarrollo de la interpretación de la ley, impidiendo su enriquecimiento. La doctrina sólo se impone por su valor científico y su fuerza moral’ (cfr. García Vítor, Enrique, en ‘La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el derecho penal. Reparos constitucionales’, publ. en ‘Cuadernos de Doctrina y Derecho Penal’, edit. Ad-Hoc, Año III, n° 7, Bs. As. 1.997, págs. 639/50). En la misma línea se inscribe el trabajo de Adolfo Prunotto Laborde, ‘Acuerdos plenarios. Causas de inconstitucionalidad’, donde, tras explicar los motivos que lo asisten para tachar la validez constitucional de esas sentencias, en el marco de la reformada legislación suprema, concluye enfatizando que ‘la jurisprudencia de cualquier tribunal, si es sólida en sus argumentos y los jueces que la dictan son reconocidos por su solvencia intelectual y ética, no necesita de ninguna obligatoriedad para imponerse’ (cfr. ‘El Derecho’, del 07/12/00)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...Cierro este apartado citando al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien al analizar la dimensión política de un Poder Judicial democrático, configurado jurídicamente al estilo continental europeo, advirtió acerca de los riesgos que para la necesaria autonomía de este poder entrañaba la dependencia interna de los jueces

respecto de los órganos colegiados del mismo, que les impide resolver conforme su propio entendimiento, añadiendo que *'un judicial militarizado verticalmente es tan aberrante y peligroso como un ejército horizontalizado'* (cfr. 'Estructuras Judiciales', edit. Ediar, Bs. As., 1.994, pág. 104)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...Si bien desde lo formal, la imperatividad de aquella doctrina (en alusión a la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal) no alcanza a esta justicia penal ordinaria (situación que, en todo caso, me parece de tono menor), abordada la cuestión desde una perspectiva sustancialmente constitucional, sostengo que las sentencias obligatorias *'extra litis'* se convierten en disposiciones o normas de carácter general, vedadas al Poder Judicial de un estado republicano (CN, 1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...Esa doctrina, casi huelga subrayarlo una vez más, no resulta formalmente obligatoria para el fuero penal de la justicia ordinaria (ley n° 24.050, art. 10, segundo párrafo, *'a contrario sensu'*), ni podría serlo tampoco si -a modo de hipótesis- emanase de su símil bonaerense (art. 67 del Reglamento Interno del T.C.P.), habida cuenta del temperamento arraigado en este Tribunal que desconoce carácter vinculante *'extra litis'* a las decisiones de órganos jurisdiccionales superiores (recientemente reiterado y extendido en la causa n° 656, *'Escot'*, del 11/05/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, “Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.”, [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

LEGITIMA DEFENSA

Procedencia eventual (J.O., C. 555)

“...En la especie, no hay culpables porque no hubo delito (la legítima defensa, propia y de terceros, como se sabe, es una causal de justificación que neutraliza la antijuridicidad del acto típico), o, mejor dicho, no hubo más delito que aquél que el enfurecido sujeto -a la postre, víctima fatal del violento incidente hogareño- consumó a la vista de su hermano, tan alcoholizado como él, pero incapaz de tolerar un ataque injusto e inmerecido hacia dos mujeres que en absoluto lo habían provocado. Tras los puñetazos del aludido que impactaron en la cara de su concubina, y el empujón a la hija de ésta que la hizo trastabillar y caer, fue su propio hermano -de inferior contextura física- quien enfrentó al morrudo y envalentonado golpeador doméstico, generándose un forcejeo entre ambos y una pelea en el transcurso de la cual este último resultó herido de muerte, en situación que torna lícito ese obrar defensivo, cualquiera haya sido la mano ejecutora de la puñalada que le atravesó el esternón, lesionándole la aurícula derecha. Es decir, en ese contexto fáctico, resulta absolutamente indiferente, desde la perspectiva del derecho material, determinar, como creo que lo fue, si quien lo llevó a cabo fue una persona inimputable en razón de la edad... Entiendo que no fue el acusado quien mató a su hermano; pero si, hipotéticamente, así hubiese sido, esa conducta no hubiera entrado en contradicción con el derecho vigente (CP, 34, incs. 6° y 7°)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 555, “Mena, José Luis s/ homicidio”, [J.O.], del 05/04/01).

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Improcedencia (J.O., C. 554)

“...El instituto en cuestión, se da cuando el agente se defiende, creyéndose encontrar en una situación subjetiva de legítima defensa... El hecho cometido en esas circunstancias es antijurídico y no se trata de un caso de legítima defensa ya que siendo las causas de justificación de naturaleza objetiva, no pueden ser creadas por apreciaciones subjetivas de los que la ejercen... En estos casos de legítima defensa putativa, de quedar así configurados, prueba mediante, hay realmente un error de hecho esencial, invencible o no, que como tal debe apreciarse con relación a la culpabilidad del que lo comete... El error entonces puede recaer en cualquiera de las circunstancias fácticas que conforman la justificante, y así, puede consistir en creer que hay agresión cuando ésta no existe... Las circunstancias apuntadas me llevan a desechar la legítima defensa putativa argüida por el defensor, toda vez que aún admitiendo la creencia del acusado de que se encontraba en una situación de peligro al suponer que la víctima armada iba a agredirlo -lo que descarto por lo que dijera precedentemente-, tal error de hecho se debió a la precipitación de su propio accionar...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 554, “Labrunee, Oscar Cesar s/ homicidio y agresión”, [J.O.], del 27/03/01, R. 039/01).

“...Puedo concluir, sin dubitar, que el *‘sub judice’* no encuadra en ninguno de los dos supuestos de legítima defensa putativa aducidos por la defensa, uno en subsidio del otro, y ambos por error, ya sea excusable o no... Todo ello atento no haberse probado a lo largo del debate oral público, la existencia de ninguna circunstancia que pueda haber inducido al acusado a pensar, sensata y verazmente, que se encontraba ante una *‘agresión’*, por parte de quien resultara víctima fatal. No se ha acreditado que la joven víctima haya hecho, ni siquiera, además alguno que pueda haber sido interpretado como tal... En ese sentido se pronuncia el maestro Sebastián Soler, refiriéndose a la denominada *‘justificación putativa’*, expresando que en esa hipótesis *‘...el sujeto se determina porque, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido, habrían justificado la conducta...’* (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo II, pág. 76)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 554, “Labrunee, Oscar Cesar s/ homicidio y agresión”, [J.O.], del 27/03/01, R.039 /01).

“...Las articuladas constituyen dos vertientes de la tradicional fórmula *‘error facti’* (en contrapunto con el *‘error iuris nocet’*, también de neta filiación románica), la primera de las cuales -dada la invencibilidad del error- exonera por completo la responsabilidad penal del sujeto activo, mientras que la otra -es decir, cuando el equívoco hubiera podido ser superado con un obrar diligente de su parte- excluye el dolo, pero subsiste la imputación culposa del suceso... La moderna dogmática penal reformuló la clásica teoría del error, atenuando el rigor de aquella tajante clasificación, sobre todo cuando rígida e invariablemente se sostenía la ineficacia eximente del *‘error iuris’*, al establecer -ahora, con mayoritaria aceptación- diferencias entre el error de tipo y el de prohibición, lo que permite analizar el asunto sometido a análisis desde otros parámetros... De tal modo es viable puntualizar, como lo hace Edgardo Alberto Donna, que *‘si el error del autor consistió en que supuso una circunstancia de hecho inexistente, que en el caso de haber existido pudo excluir el ilícito o la responsabilidad por el hecho, el error debe tratarse como si fuera un error de tipo. En principio queda excluido el dolo, subsistiendo*

la culpa si el error fue evitable’; en cambio, *‘si el error fue sobre la naturaleza y ámbito de una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad por el hecho, rigen los principios del error de prohibición’* (cfr. ‘Teoría del delito y de la pena’, edit. Astrea, Bs. As. 1.995, t. 2, pág. 277)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 554, “Labrunee, Oscar Cesar s/ homicidio y agresión”, [J.O.], del 27/03/01, R.039 /01).

“...Gustavo E. L. Garibaldi y Leonardo G. Pitlevnik, incluyen, entre los supuestos de error, la situación que se presenta cuando *‘el agente cree erróneamente que concurre algún presupuesto fáctico justificante. Cree saber de la agresión ilegítima a que lo estaría sometiendo otro sujeto, cuando en realidad nadie lo está atacando... Si bien obra antijurídicamente, no concurre el ‘dolo’ de la antijuridicidad. Su error es inevitable si, conocido el síndrome de riesgo a través de su actuar típico, le fue imposible conocer la antijuridicidad. En tal caso se aplicarán las reglas de la justificación. De ser evitable el error, habrá que preguntarse por la probabilidad reconocida. Ello nos permitirá identificar la concurrencia o no del elemento voluntario en el aspecto subjetivo de la justificación. En caso de total ignorancia, si le fue posible conocer la antijuridicidad, sólo queda la posibilidad de imputarle su actuar negligente, si reconoció el síndrome de riesgo contenido en el actuar típico. Si bien el dolo de tipo no se ve alterado, el error evitable en la antijuridicidad elimina la posibilidad de continuar caracterizando la conducta del sujeto como realizadora de un delito doloso. Debe redefinirse el tipo desde la perspectiva de la violación del deber objetivo de cuidado...’* (cfr. ‘Error y delito’, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.995, págs. 140/1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 554, “Labrunee, Oscar Cesar s/ homicidio y agresión”, [J.O.], del 27/03/01, R.039 /01).

“...Asimismo el error puede versar *‘sobre la existencia de la permisión que, de existir, haría ‘jurídica’ la acción típica. No sabe que su conducta está prohibida y actúa conforme a su falso conocimiento... El autor conoce la realidad pero su déficit radica en la existencia o contenido de la norma permisiva. Cree permitido lo prohibido. Este supuesto es conocido en doctrina también como error indirecto de prohibición, aunque incluyendo además, al yerro sobre la concurrencia de una causa de justificación existente a una situación fáctica determinada’* (op. cit., pág. 143)... En ese contexto no hubo legítima defensa, ni error sobre su existencia, sino un obrar consciente y voluntario dirigido a conseguir el objetivo propuesto...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 554, “Labrunee, Oscar César s/ homicidio y agresión”, [J.O.], del 27/03/01, R.039 /01).

LIBERTAD PROBATORIA

Implicancias (J.O., C. 653)

“...En el ámbito provincial y como es sabido, a partir de esta reforma procesal, a través de los arts. 209 y 210 del ordenamiento respectivo, se ha instaurado la libertad probatoria, lo que no implica la libertad caprichosa por cierto. Pues bien, a pesar que no soy adepto a las citas doctrinarias o jurisprudenciales, sino que me parece que ésta es la precisa ocasión para decir mi pensamiento razonado, en esta ocasión me veo casi diría obligado para apuntalar mi convicción, a decir que, tal como lo expresara Vincenzo Manzini en su obra ‘Tratado de Derecho Procesal Penal’ (t. III, pág. 99): *‘La valoración de la prueba consiste en el análisis crítico, hecho por el magistrado, del resultado del examen probatorio y en la consiguiente libre convicción de él acerca de lo concluyente de esa misma prueba a los fines procesales...’*” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 653, “Bujones, Claudio

Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

NULIDADES

Actuación policial para ubicar al sospechoso (I., C. 727)

“...Acerca del cuestionamiento formal a la averiguación dirigida a la esposa del causante, cuya plasmación en el instrumento aludido habría permitido, siempre a juicio del asistente técnico del inculpado, llegar a él y posibilitar su aprehensión, no advertimos, en el caso, contrariedad normativa alguna que merme la validez del acto en su integridad... En primer orden, las manifestaciones de la testigo, que se han hecho constar en el documento objetado y que sólo constituyen un ítem de éste, no revisten carácter incriminante para el imputado... Y si así lo fuera, en modo alguno la presunta infracción a lo normado en el art. 234 del CPP, afectaría a la totalidad del acto...” (Por unanimidad, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio”, [I.], del 28/08/01).

“...La defensa estimó que, en la especie, de no haber sido por los datos aportados por la cónyuge del acusado, su comitente no habría sufrido las vicisitudes procedimentales que lo llevaron desde la aprehensión al umbral del juicio... Sin embargo, obsérvese que al domicilio de la calle... las autoridades policiales llegaron en busca del encartado, lo que por lógica necesidad conlleva su previa sindicación como presunto ejecutor de la muerte del sujeto pasivo, hipótesis que habría cobrado cuerpo antes de que la mujer fuera interrogada y con absoluta prescindencia de sus dichos, toda vez que ya en una de las primeras actuaciones del proceso, es decir, en el testimonio perteneciente a otra persona, se mencionó al causante como el autor del ilícito que, luego, se le atribuyera...” (Por unanimidad, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio”, [I.], del 28/08/01).

“...Ese testimonio inicial, así como los restantes recolectados en la etapa preparatoria, cuya validez formal no ha sido objetada, fueron invocados, junto a otras diligencias, como elementos incriminantes no sólo por el Fiscal Instructor, para petitionar la detención del reo, y su prisión preventiva, así como para requerir la elevación a juicio, sino también por el Juez de Garantías, para ordenar la detención del aludido, y su posterior encarcelamiento provisional.... Entonces, 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 (CPP, 207, 1° párr. *‘a contrario sensu’*)...” (Por unanimidad, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio”, [I.], del 28/08/01).

Allanamiento domiciliario sin orden judicial (I., C. 729)

“...A esta altura del proceso y sin perjuicio de lo que pudiere resultar de la prueba del debate, es dable apuntar que, al parecer, mediaron razones de urgencia que autorizaron a la autoridad policial a ingresar a un domicilio particular sin la previa orden del juez, las cuales están insitas en el propio contenido del documento, desde que los preventores (a las cuatro y media de la madrugada del 14 de mayo de 2.000) habrían entrado al predio de una calle de Mar del Plata, en plena persecución de dos jóvenes que -según se dice- en tenaz carrera, (primero en un motovehículo y luego a pie, después de arrojar en una plaza una serie de elementos -que habrían sido sustraídos en un local de la zona-) intentaban eludir el accio-

nar policial... Entonces, dadas las particularidades objetivas del caso que nos ocupa (y siempre a resultas de las pruebas a producirse en el juicio oral), deviene razonable que la policía haya prescindido del proceder reglado en el art. 219 del CPP, y actuado conforme la vía expedita de los arts. 222 inc. 2º y 294 inc. 5º del mismo cuerpo legal...” (Por unanimidad, causa nº 729, “Chávez, Walter Alejandro s/ robo y portación de arma de uso civil condicionado”, [I.], del 25/06/01, R. 191/01).

“...Otro tanto sucede con el acto protocolizado, en virtud de que no sólo no hay motivos atendibles que permitan -con la provisionalidad que le es propia a una evaluación de estas características- dudar de la correspondencia entre lo fácticamente ocurrido y lo que refleja el documento cuestionado, sino que, también aquí -estando a lo que se desprende del acta aludida, los funcionarios policiales- (que recorrían la zona, con conocimiento de la reciente perpetración de un asalto a una rotisería, cometido por un trío de jóvenes armados, y que fueron requeridos por los vecinos ante la presencia de tres personas, sentadas y apoyadas contra la pared de un almacén, en sospechosa actitud) contaban con razones bastantes para actuar del modo autorizado por el art. 294, inc. 5º del CPP... Entonces, por los fundamentos aludidos, no obstante la relatividad de un juicio emitido en este sentido y la eficacia demostrativa que corresponda asignar -en definitiva, luego del debate- a los actos cuestionados, no se advierten en este estadio intermedio del proceso razones que permitan dudar de la conformidad de las actuaciones que se impugnan con las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales que regulan la materia (CN, 18; CPP, 22, 225, 294, inc. 5º y ccdtes.)... Por último, y a mayor abundamiento, debe advertirse que tales impugnaciones han caído en abstracto toda vez que, como se consideró en el acápite precedente, corresponderá desestimar el ingreso por lectura al debate de tales actas, en virtud de lo normado en el art. 366 inc. 1º, a *'sensu contrario'*, del CPP, por lo cual no serán oponibles al asistido del nulidicente...” (Por unanimidad, causa nº 729, “Chávez, Walter Alejandro s/ robo y portación de arma de uso civil condicionado”, [I.], del 25/06/01, R. 191/01).

Autopsia (I., C. 727)

“...El fundamento sobre el que reposa la pretensión nulificante de la defensa se centra en la deficiente notificación a la Defensa Oficial de la operación de autopsia que se llevaría a cabo el 14/04/00, a la hora 09:00, toda vez que la única constancia que documenta la comunicación de dicha medida resulta ser la copia del facsímil obrante a fs..., conforme a la cual, el titular de la Unidad Funcional de Defensa en turno a la fecha del hecho, se habría anoticiado de la realización de la diligencia aludida el 14/04/00 a la hora 09:20... Siendo las cosas así, se colige que la autopsia practicada sobre la víctima no fue notificada a la Defensa en debida forma y, por ende, corresponderá acoger la pretensión defensiva -sólo con este alcance- y decretar la nulidad del peritaje en cuestión (CPP, 202, inc. 3º y 247)... Cabe resaltar que tal invalidez no se extiende a ningún otro acto del proceso, toda vez que aquellos en los cuales el protocolo de autopsia devenido nulo fue invocado como elemento de convicción, entre los que cabe destacar la prisión preventiva (CPP, 157/8; fs...), y el requerimiento de elevación a juicio (CPP, 334/5; fs...), no lo ha sido en forma exclusiva, sino en modo conjunto con otros cuya validez formal y material no ha sido cuestionada por la defensa, revestidos de autonomía suficiente para mantener la legalidad de tales actuaciones (CPP, 207 y 209, aquél *'a contrario sensu'*)...” (Por unanimidad, causa nº 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio”, [I.], del 28/08/01).

Citación a prestar declaración a tenor del 308 CPP (I., C. 835)

“...En lo que respecta a la validez constitucional de los actos de la IPP, deberá desestimarse el planteo defensivo en cuanto pretende se decrete la nulidad del auto que dispone el llamado de sus comitentes a prestar declaración a tenor del art. 308 del CPP, y de los demás actos procesales practicados en su consecuencia, toda vez que no advertimos, en el caso, contrariedad normativa alguna que merme la validez del acto... Tal como arguyó el Agente Fiscal, la *'imparcialidad'* y la *'objetividad'* como principios rectores de la intervención procesal del Ministerio Público, son conceptualmente diferentes y su alegada afectación debe considerarse por separado... En lo que atañe al primero, ha de hacerse notar que las circunstancias invocadas por el nulidicente, como causales del quebrantamiento de normas constitucionales y regulativas de la actividad del Ministerio Público (en especial, al haber actuado como órgano receptor de las deposiciones de sus comitentes, brindadas en la sede de la Fiscalía, las que determinaron el inicio del presente proceso), tuvieron lugar durante la génesis y trámite de la Investigación Penal Preparatoria y, además, serían susceptibles -en el caso de afectación de la imparcialidad- de ser subsumidas en algunos de los supuestos de excusación o recusación reglados por el art. 47 en función del 54 de la ley adjetiva...” (Por unanimidad, causa n° 835, “Acosta, Marcelo Toribio y otro s/ falso testimonio”, [I.], del 23/09/01, R. 189/01).

“...Si los inculpados o sus asistentes técnicos entendieron que el titular de Unidad Fiscal n° 3 departamental, se encontraba incurso en alguno de los supuestos previstos por el tales disposiciones, debieron recusarlo en la oportunidad establecida por el art. 51 del CPP y, sin embargo, ello no ha ocurrido, habiéndose consentido la actuación del órgano del Ministerio Público Fiscal que, en modo tardío, en este estadio procesal se cuestiona: *'venire contra factum proprium non valet'*... Por otra parte, tampoco se advierte en el *'sub lite'*, -siempre con el limitado alcance que puede revestir una afirmación de este tenor, sujeta a las posteriores resultas del juicio oral- que el Fiscal instructor hubiere incurrido en violación alguna al criterio de objetividad que le impone el art. 56, 2° párrafo del CPP, puesto que, al notar ante su presencia la probable comisión de un delito de acción pública, procedió con arreglo a las facultades que emergen de modo expreso de los arts. 56, 59 inc. 1°, 154, 243, 268, 308 y ccdtes. del CPP... No obstante la relatividad de un juicio emitido en este sentido y la eficacia demostrativa que corresponda asignar -en definitiva, luego del debate- a los actos cuestionados, no se advierten en este estadio intermedio del proceso razones que permitan dudar de la conformidad de las actuaciones que se impugnan con las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales que regulan la materia (CN, 18; CPP, 202 inc. 2° y 207, 1° párr., ambos *'a contrario sensu'*)...” (Por unanimidad, causa n° 835, “Acosta, Marcelo Toribio y otro s/ falso testimonio”, [I.], del 23/09/01, R.189/01).

Finalidad (J.O., C. 550)

“...Las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios efectivos, y en el presente caso, como antes dijera, ningún perjuicio he podido verificar para el acusado;... cabe recordar lo que dijera nuestro Superior Tribunal al sentenciar que *'las formas procesales han sido creadas para garantizar los derechos de las partes y la buena marcha de las causas, pero no constituyen formalidades sacramentales cuyo incumplimiento inexorable, lleva implícita la sanción de nulidad'* (SCBA, A. y S., 1977-III-123; Ac. 23.209)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Trogu y Favarotto, causa n° 550,

“Domínguez, Angel Roberto s/ tent. de robo, resistencia a la autoridad y lesiones leves”, [J.O.], del 28/05/01, R. 092/01).

Reconocimiento de armas (I., C. 639)

“...Respecto de la petición de nulidad articulada por la Defensa (CPP, 201 y ccdtes.), le asiste razón a la Fiscalía, en cuanto sostuvo que el acto cuestionado es, por su naturaleza, una declaración testimonial y no un reconocimiento de cosas (CPP, 262 a contrario), que no tiene iguales recaudos ceremoniales, ni, consecuentemente, el mismo vigor acreditativo... También, es de hacer notar que, antes de serle exhibida, el testigo fue interrogado sobre las características morfológicas del arma en cuestión, efectuando luego el juicio comparativo que ahora se pretende, sin éxito, invalidar... Por lo tanto, la nulidad planteada, al igual que la solicitud de exclusión probatoria de las armas al debate, deben ser rechazadas (CN, 18; CPP, 201 y ccdtes., 211, 262 y 338 inc. 2º, todos ellos *‘a contrario sensu’*); sin perjuicio de la ponderación que cabrá asignarle, en su momento, al relato del testigo en la audiencia oral, pública y contradictoria...” (Por unanimidad, causa n° 639, “Arce, Víctor Angel y otro s/ robo calif. por el uso de arma, etc.”, [I.], del 04/05/01, R. 122/01).

PARTICIPACION

Complicidad secundaria (J.A., C. 656 y 756)

“...Para fundar el carácter sustituible de la asistencia brindada por el enjuiciado en la realización delictiva, estimo necesario recordar que este Tribunal ya ha sentenciado, en varias ocasiones anteriores, que *‘respecto de la participación que en el mismo tuvo el causante, considero que no puede ser reputada esencial, toda vez que no actuó como el vigía (‘campana’, en el argot) que está atento a los movimientos desde el exterior y controla los accesos al lugar donde se consume el delito, sino que se ubicó a la vuelta del negocio, limitándose a alejar de ese sitio a los asaltantes después de que éstos salieran a la carrera del local’* (causa n° 323, *‘Silvestri, Ernesto Fidel s/ robo agrav.’*, del 30/06/00; causa n° 418, *‘Indragoli, Martín Ezequiel y otra s/ tent. de robo calif. por uso de arma, etc.’*, del 28/11/00; y causa n° 691, *‘Huespe, Roque Miguel s/ tent. robo agrav. por uso de arma’*, del 19/03/01; entre muchas otras...)” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 656, “Ibáñez, Luis Alberto y otra s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma y tent. de hurto”, [J.A.], del 11/05/01).

“...Y respecto de la participación que en el primero de ellos tuvieron las dos mujeres coencausadas, estimo que no puede ser reputada esencial (o *‘condicio sine qua non’*), toda vez que no actuaron como las vigías (*‘campanas’*, en el argot) que están atentas a los movimientos desde el exterior y controlan los accesos al lugar donde se consume el delito, sino que se ubicaron a la vuelta del negocio, con el inferible propósito de cooperar en el alejamiento de los asaltantes de ese sitio, después que éstos salieran a la carrera del local comercial... Por ello, y coincidentemente con lo pactado por las partes, las imputadas, deberán responder como cómplices secundarias en el delito de tentativa de robo calificado por el uso de arma (CP, 46 y 166, inc. 2º)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 756, “Di Palma, Facundo y otros s/ tent. de robo agrav. por uso de arma y tenencia de arma y munición de guerra”, [J.A.], del 17/07/01, R. 136/01).

PENA

Fines y determinación (J.O., C. 661)

“...Fundamento esa propuesta de condena, atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes explicitadas en los temas cuarto y quinto del veredicto (CP, 40/1), pero, asimismo, teniendo presente que -como explica con claridad Patricia Ziffer-, ‘...la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida... debe buscarse la pena más adecuada para cada caso... debiendo clasificarse y ponderarse distintos tipos de información acerca del hecho y del autor... pena justa es solamente aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto...’ (cfr. ‘Lineamientos de la Determinación de la Pena’, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.991, págs. 23 y sgtes.)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

“...La misma autora, señala que una de las dificultades mayores en la determinación (e individualización) de la pena consiste en ‘...la decisión acerca de cómo deben influir los fines de la pena en la elección de la clase de pena y la determinación del modo de ejecución, y cuál de esos fines debe resultar aquí prioritario...’ (op. cit, pág. 95)... De acuerdo a ello, el fin prioritario de la pena, legalmente previsto es ‘...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social...’ (ley 24.660, art. 1°)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 661, “Elías, Roberto Gabriel s/ homicidio y tent. de robo”, del 26/11/01, [J.O.], R. 01/242).

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Concepto (J.O., C. 507 y 841; S.J.P., C. 677)

“...Estimo adecuado, asimismo, recordar las enseñanzas de los maestros Juan Francisco Linares y Augusto Mario Morello en cuanto a la razonabilidad que debe existir siempre que de crear una norma jurídica se trate -ya sea de carácter general o particular- en el sentido que debe responderse a la regla del equilibrio conveniente, a modo de síntesis de los distintos valores jurídicos protegidos, debiendo servir de guía al juez como estándar para aplicarlas según las circunstancias especiales de tiempo, modo 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, edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Morello, Augusto M., ‘Perfil del Juez al final de la centuria’, en ‘L.L.’ 09/06/98 pág. 1 y sgtes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

“...Evocando la célebre obra de Juan Francisco Linares, ‘El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina’, José Domingo Ray al pronunciar la conferencia con motivo de su incorporación como miembro titular a la Academia Nacional de Ciencias de Bs. As., dijo que *‘toda norma o resolución jurídica de nuestro ordenamiento no sólo debe llenar los requisitos de forma establecidos para su sanción (‘due process of law’ en su aspecto procesal), sino también concretar positivamente un mínimo de valores jurídicos porque de lo contrario no*

se respetaría el *'due process of law'* del punto de vista sustancial, es decir, el principio de *'razonabilidad'* incorporado en nuestro ordenamiento..." (cfr. 'El derecho y los valores', discurso del 06/09/99, publ. en Separata de Anales de la A. N. C., Bs. As. 1.999, pág. 27), tras lo cual añadió que *'el concepto de razonabilidad tiene entre nosotros raigambre constitucional, legal y jurisprudencial y lo encontramos con frecuencia en textos internacionales y en el derecho comparado'* (idem)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, “Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.”, [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

“...Considero oportuno agregar algunos otros lúcidos pensamientos de José D. Ray, maestro a quien cita quien lleva la palabra en el acuerdo. Y así cuando expresara, en su exposición sobre *'La interpretación en el derecho: distintas corrientes'*, que: *'...cuando nos referimos a la interpretación en el derecho, abordamos el tema de asignarle sentido a determinadas normas jurídicas...'*, y cuando agregara *'...hemos reproducido algunos párrafos de la excelente obra de Sebastián Soler 'La interpretación de la ley', para demostrar la actualización que ella significa de la tesis racionalista -una de las dos grandes direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo- y su insistencia en que el intérprete lo que hace es descubrir la solución que se encuentra como predibujada, tácita y muchas veces oculta y que es necesario desentrañar del orden jurídico. El jurista sabio la descubre, la muestra y la aplica por un proceso intelectual sin agregar nada por sí, que no sea su capacidad de intelección, de entender y por eso es relevante para sintetizar su postura la frase de que 'el intérprete debe descubrir la solución correcta que puede deducirse del orden jurídico...'*” (en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Facultad de Derecho de la Universidad de Tel Aviv, citada en 'Derecho de la Navegación...', Apéndice I, edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.992, págs. 811 y sgtes.). Finalmente, deseo destacar cuando Ray afirma que la noción del *'...due process of law'* es un *stándard* que debe servir de guía al tribunal y que debe aplicar según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar...”, y luego en la oportunidad que adiciona que *'...el criterio de 'razonabilidad' equivaldría al de 'justicia' como síntesis de valores jurídicos...'* (en 'Homenaje a Juan Francisco Linares', Acad. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales, Anticipo de Anales, año XXXVIII, 2º época, n° 31, set. 1.993)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 677, “Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.”, [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

“En cuanto al conocido *'stándard de razonabilidad'*, que hace a lo proporcionado, equitativo, adecuado, debe servir de guía, test, regla, filtro o criterio, como juicio de valor; es decir, al interpretar y aplicar la ley se debe relacionar, con coherencia, ponderación, cohesión, prudencia, conciliando, coordinando, conjugando, a los fines de encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses contrapuestos o en disputa, o sea, arribando a un balance conveniente, entre medios y fines, sin excesos. No debe ser sacrificado alguno, en aras del otro, o sea, deben tenerse presentes los derechos del individuo en aras de su libertad y garantías, para que no sufra persecuciones ni restricciones excesivas o injustas, pero a la vez los loables intereses de la sociedad, los principios de autoridad, orden y seguridad, en aras de la eficacia, la verdad, la justicia, y la defensa contra el delito, que es también el derecho de la comunidad y el de la jurisdicción de las víctimas. En síntesis, debe aplicar el Juez un realismo valorativo, conjugando respeto y eficiencia (cfr. CSN casos *'Arenas'*, 1.989, *'Rosas'* 1.999, e/o; Morello, Augusto Mario en 'El perfil del juez al fin de la centuria', en 'L.L.' del 09/06/98, págs.1 y sgtes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

Razonabilidad y realidad (J.O., C. 841)

“...Voy a tener en cuenta antes de entrar a un enfoque jurídico, algo que denominaría más que estándar de la razonabilidad, estándar de la realidad, que es de mi paternidad y desde mi punto de vista, el más adecuado. Y para ello voy a afirmar parafraseando a un escritor, que el Derecho debe captar a la realidad y no esta pretender modificar al Derecho, que son dos cosas totalmente distintas. En ese sentido, una parte de esa realidad a la cual me estaba refiriendo nos está indicando bien a las claras que a diario nos enteramos por distintos medios, de una escalada delictiva que pareciera no tener fin y a la cual estamos acostumbrados, tanto a la audacia evidenciada, como a la violencia para la perpetración de distintos ilícitos. Y en este nada halagüeño panorama, hay un dato social que influye en esta lamentable situación, según yo lo veo. El aumento de las desigualdades sociales, reflejadas en índices de pobreza extrema y el mayor desempleo, entiendo que ponen su negativo ingrediente a esta realidad. Pero aún así, estimo que una firme y concreta política criminal, entendida ésta como aquel conjunto de reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal, como formando parte del conjunto de la actividad política de una sociedad determinada, nos puede dar una adecuada respuesta y solución al conflicto, aunque en una forma parcial, referida al acuciante tema de la seguridad ciudadana...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Y acá viene lo práctico de mi pensamiento, el joven acusado se trata de un muchacho que, no lo voy a negar, ha tenido plurales problemas con la Justicia y el Dr. Favarotto, en su voto, se ha encargado en detallar todas y cada una de las condenas que el nombrado registra en su haber. Son delitos, ninguna duda me cabe; pero así también debemos convenir en que son infracciones menores. Ahora bien, desempeñando el cargo de Juez de Ejecución de este Tribunal, nueva y enriquecedora experiencia, veo a diario a muchos como él, con toda su problemática a cuestas y que queman su juventud en una celda, como consecuencia de la droga, o por haber errado el camino, sin realizar algo positivo para sus vidas o la sociedad; es más, para el Estado es una carga de manutención, pero a lo que me estoy refiriendo es a un anhelo, derivado de preceptos constitucionales, muy debatido, pero que en la práctica nos quedamos siempre a mitad de camino, casi diría en el inicio. Debe ser un defecto de los argentinos, forma parte de nuestro folklore. Quiero significar que la pena de prisión, la cárcel para ser bien concreto, no cumple con su cometido. Despojémonos de la careta y no invoquemos los beneficios de modelos foráneos ofrecidos como muestras, insertos en el sistema judicial con un grado de credibilidad. Tengo la firme convicción de que la utilización de estos instrumentos, requiere un grado importante de, lo que denominaría, madurez republicana y serenidad institucional en el sistema judicial...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Por lo dicho, y volviendo a mi estándar de la realidad, se podrá hablar - y mucho- de los grandes principios constitucionales, de metáforas creadas por los juristas, doctrinarios y jurisprudencia; pero si ello no va acompañado de una dosis de prudencia y cordura, ligadas a la realidad, no sirve. La música, no acompaña a la letra de la canción. Esa realidad a la cual me estoy refiriendo, me está indicando bien a las claras que al final del camino, está la cárcel, y la cárcel es una jaula para encerrar seres humanos, esa es la verdad. Es como aquel fabricante de guillotinas, enamorado del brillo de la madera, el pulido de la hoja y ajuste de los mecanismos y al final de todo ello, se olvida que alguien ha perdido su cabeza. Entonces, creo que ha llegado el momento de preguntarme, con una sincera y razonada convicción, para qué sirve tener ‘enjaulada’ a una persona, cuyo encierro no resulta posi-

tivo ni para sí mismo, ni para la sociedad, salvo para apartarla de los decentes y honestos ciudadanos y que, llegado el día de mañana, recuperará su libertad y volverá a delinquir, ahora *'perfeccionado'* con sus años de presidio. Entiendo, tratando de ser optimista, que la civilización actual ha avanzado en el tema de la humanización de las penas de encierro, puesto que de no ser así, seguiremos en la Edad Media..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

PRISION Y RECLUSION PERPETUA

Objeciones constitucionales (J.O., C. 507)

"...La defensa introdujo un tema delicado y complejo, cual es el referido a la validez constitucional de la respuesta estatal frente al delito, pues ha puesto en tela de juicio la vigencia, en el particular caso de las sanciones aludidas, de uno de los cuatro pilares fundamentales (a saber: legalidad, racionalidad, humanidad y personalidad de la pena), sobre los que Eugenio R. Zaffaroni cimienta la construcción jurídica de la teoría de la coerción penal. El principio de racionalidad de la pena exige, según enseña el autor citado, que *'ésta guarde una cierta proporcionalidad con la magnitud del delito (del injusto y de la culpabilidad), para lo cual también demanda, por lo general, cierta flexibilidad que posibilite su adecuación en cada caso concreto'* (cfr. 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 1.988, tomo V, págs. 112/3). Establecida aquella relación, no puede aseverarse, sin más, que las penas de prisión o reclusión perpetuas sean inconstitucionales, por el solo hecho de ser fijas, puesto que, aplicadas en un caso concreto, pueden resultar, aunque sea mínimamente, racionales. Ergo, sólo serán inconstitucionales si no guardan debida proporción con la gravedad del delito (esto es, magnitud del injusto y de la culpabilidad), de la misma manera en que puede resultar inconstitucional el mínimo de una pena flexible, tal como acontecía con el art. 38 del decreto ley 6.582/58, con relación al 166, inc. 2° del CP. Lo anterior, sin perjuicio de hacer notar que el art. 80 del código sustantivo, aún mantiene un intersticio que permite cierta flexibilidad en la dosificación judicial, al dejar en manos de los magistrados la posibilidad de escoger entre la prisión y la reclusión, ambas perpetuas..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 507, "Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.", [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

"...Asimismo, dada la rigidez en razón del tiempo o cantidad, no debe soslayarse el imperio de otro postulado que emerge como necesaria consecuencia del sistema republicano, adoptado en nuestra ley fundamental; es decir, la limitación temporal de toda pérdida o afectación de derechos, impuesta como consecuencia jurídica de un delito. Y a la luz de tal normativa, se advierte sin esfuerzo que *'la prisión perpetua, en el código argentino no es tal, pues goza de la libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad del régimen de salidas transitorias y de semilibertad previstos en la ley 24.660, que pueden obtenerse a los quince años... no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional'* (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, en 'Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 2.000, págs. 903/4)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 507, "Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.", [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

“...El Juez Luis Fernando Niño ha sentenciado acerca del tópico ‘*sub examine*’ que ‘*no se trata de borrar distancias arbitrariamente entre las penas temporales, así sea en su tope, y las perpetuas: baste con evaluar las diferencias subsistentes en punto a la propia libertad condicional, o a la prescripción de las acciones respectivas (art. 62, incs. 1º y 2º ídem); y con reparar en la escasísima flexibilidad del arsenal punitivo previsto. Se origina esta interpretación en la necesidad de armonización del texto del Código Penal -a la sazón, una simple ley- ante la conformación de una nueva pirámide normativa, instaurada por la Constitución Nacional de 1.994, que otorga jerarquía normativa superior a instrumentos internacionales. Instrumentos que comprometen al país con la comunidad internacional y que proscriben las penas crueles, infamantes o inusitadas, como acontece con la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en su art. 26*’ (Tribunal Oral en lo Criminal nº 20 de la Capital Federal, causa nº 694, ‘Da Bouza, Emmanuel y Santiago s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía’, del 29/12/00)... Por su parte, el Tribunal Constitucional Alemán aceptó, condicionadamente, la validez de la pena de prisión perpetua para el delito de homicidio agravado (§ 211 del StGB), al resolver que ‘*...El examen de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua a la luz del artículo 1.2. y del principio del estado de derecho muestra que la ejecución humanitaria de la pena de prisión perpetua, sólo es posible cuando al interno se le otorga la oportunidad -que pueda ser alcanzada en forma concreta y realista- de recuperar su libertad en algún momento posterior; el Estado golpea en el corazón mismo de la dignidad humana, cuando trata al interno sin tener en cuenta el desarrollo de su personalidad y le quita toda esperanza de recuperar, en algún momento, su libertad*’ (cfr. Hendler, Edmundo S. y Gullco, Hernán V. en “Casos de derecho penal”, Editores Del Puerto, Bs. As., 1.996, pág. 175)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

“...Al adherir al criterio emergente de los fallos que acabo de reseñar, adaptándolo a las singularidades de la prescriptiva local, no puedo dejar de hacer notar que, a todo evento, las limitaciones recientemente impuestas por ley 12.543 (B.O. del 14/12/00), a los beneficios regulados en los arts. 104, 123, 146 y 160 de la ley de ejecución penal bonaerense (nº 12.256; B.O. del 25 al 29/01/99), no le serían aplicables al acusado, en virtud de la irretroactividad de toda la legislación restrictiva de los derechos individuales, que fluye del principio de legalidad en materia penal y procesal penal de raigambre constitucional... Quiere decir que a pesar del carácter nominalmente perpetuo de la prisión o reclusión del art. 80 del CP, es necesario reconocer que en la legislación nacional y provincial existen fronteras a esa intemporalidad, así como eficaces alternativas que viabilizan salidas anteriores, cuando las condiciones personales del condenado -en especial, subrayo acá la primariedad delictiva del causante- ponen de manifiesto la inconveniencia del encierro carcelario, luego de cumplidas las indispensables porciones de la pena (v. gr., CP, 13)... Concluyo, entonces, desestimando la pretendida inconstitucionalidad de las penas fijas del art. 80 del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 507, “Pathenay, Carlos Alberto s/ homicidio calif.”, [J.O.], del 05/03/01, R. 017/01).

RECLUSION ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO

Evolución normativa (J.O., C. 841)

“...En lo relativo al régimen del art. 52 (conectado necesariamente con el 53, a partir de la reforma del ‘44), durante la octogenaria vigencia del Código Pe-

nal, pueden diferenciarse con toda nitidez tres etapas; a saber: (a) la primera, de 1.922 a 1.944; (b) la intermedia, de 1.944 a 1.984; y (c) la última, de 1.984 a la fecha...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...En su fase inicial (a), es decir, conforme surgía del texto de la ley 11.179 (B.O.N. del 03/11/21), con la ligera corrección y el breve añadido de la ley de fe de erratas 11.221 (B.O.N. del 10/10/23), que sustituyó las referencias a la *‘relegación’* originaria (no prevista en ninguna otra disposición del catálogo punitivo), por la *‘reclusión’*, e intercaló en el inciso 2° la frase *‘por más de tres años’*, la norma quedó redactada de la siguiente manera:... Art. 52: *‘La reclusión en un paraje de los territorios del sud será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren las siguientes circunstancias: ...1° Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años; ...2° Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión por más de tres años y dos de prisión de tres años o menos; ...3° Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; ...4° Cinco condenas a prisión de tres años o menores... Se aplicará la reclusión como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión’*... Comentando este dispositivo, resultante del binomio citado (o sea, de la conjunción de las leyes n° 11.179 y 11.221), Emilio C. Díaz sostuvo que *‘el art. 52 traduce con sus preceptos el principio sustentado por las doctrinas eclécticas de la política criminal que prescriben para reprimir la habitualidad delincuyente una medida, complementaria de la última pena aplicada, tendiendo a la llamada innocuización del delincuyente’* (cfr. *‘El Código Penal para la República Argentina’*, 4ª edic. Librería y Editorial *‘La Facultad’*, Bs. As. 1.942, pág. 138, n° 284)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Tiempo después (b), en el gobierno de facto del Gral. Edelmiro J. Farrell, al detectarse que en el art. 52 del CP se había omitido legislar sobre la forma en que se extinguiría esa sanción de reclusión por lapso indefinido, a la vez que considerando *‘que los propósitos de la defensa social están condicionados a la existencia de peligrosidad en el sujeto, por cuya causa la libertad del condenado debe supeditarse a la comprobación de que ha desaparecido aquella’*, y *‘que lo más adecuado al propósito que se persigue es acordar al penado, por el tribunal respectivo, previa comprobación de los requisitos que el código penal establece para su concesión, la liberación condicional, luego de transcurrido un término mínimo, necesario para determinar si será capaz de cumplir las condiciones que le son impuestas’* (textual), se modificó, con ese alcance, el sistema legal mentado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...De tal modo, mediante el decreto n° 20.942 (B.O.N. del 14/08/44), por un lado, se eliminó la mención del lugar donde debía cumplirse la *‘relegación’* de la ley 11.179, o la *‘reclusión’* de la 11.221, suprimiéndose la expresión *‘en un paraje de los territorios del sud’*, incluida en la primera frase del art. 52, al que, por otro, se le introdujo un último párrafo por el cual: *‘Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria en los casos de menor peligrosidad en el condenado’*... Asimismo, luego de reubicar el contenido originario del art. 53 en el segmento terminal del 50 del CP, dispuso en aquél que después de los diez años del cumplimiento con reclusión de la accesoria, para los supuestos de los incisos 1° y 2°, o de cinco años, en los casos del 3° y 4° y del último apartado (penúltimo, tras la incorporación recién transcrita), todos del art. 52 del

CP, el órgano jurisdiccional competente *'podrá otorgarle la liberación condicional..., y en las condiciones compromisorias establecidas en el art. 13 de este Código y siempre que el condenado hubiera dado prueba de buena conducta y de aptitud y hábito para el trabajo y que verosíblemente no constituirá un peligro para la sociedad'*. Además, se decretó que *"transcurridos cinco años de obtenida la libertad vigilada el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió... La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el art. 13, podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá, en los casos de los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 13, solicitar nuevamente su libertad vigilada'..."* (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Reinstaurado el orden constitucional en el país, la ley 12.297 (B.O.N. del 05/09/47), convalidó la vigencia del decreto 20.942/44, comprendido en el conjunto de doce normas de idéntico origen -es decir, generadas en el ámbito del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública del régimen militar imperante por aquellos años- producidas durante el trienio 04/06/43 al 03/06/46... A su vez, en la Ley Penitenciaria Nacional, emergente del decreto *'con fuerza de ley'* n° 412/58 (B.O.N. del 24/01/58), luego ratificado por la ley 14.467 (B.O.N. del 29/09/58), se prescribió que *'la medida de seguridad prevista en el art. 52 del Código Penal se cumplirá en el establecimiento de la Nación destinado a ese exclusivo objeto, en el que podrán ser recibidos los internos que deban cumplir pena privativa de libertad'* (art. 115)... Resumidamente, en esta segunda etapa se amortiguó la rígida imperatividad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, la que no sólo podría quedar suspendida por primera y única vez (art. 52 *'in fine'*), sino que también se facultó a los tribunales a acordar el beneficio de la libertad condicional del condenado (tras cinco años de reclusión efectiva y bajo las mismas restricciones del art. 13, CP), y a éstos a peticionar la libertad definitiva (tras cinco años de prueba en libertad condicional), o a volver a intentar la libertad vigilada luego de habersele revocado en una ocasión anterior. Además, se cambió el lugar de alojamiento de los reclusos *'en un paraje de los territorios del sud'* (ley 11.179), por establecimientos especiales *'destinados a ese exclusivo objeto'* (decreto n° 412/58)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Por último (c), a partir de la sanción de la ley 23.057 (B.O.N. del 05/04/84), es posible demarcar un tercer peldaño en la vigencia de las normas en análisis, donde éstas adquirieron su fisonomía definitiva y actual... Con esta reforma, en lo atinente al art. 52, se operaron tres modificaciones sustanciales: -I-, en el tramo inicial, se derogaron los supuestos de los incs. 1º y 2º, y se transformó la expresión *'condenas a prisión'* por *'penas privativas de la libertad'*, en las dos hipótesis subsistentes (los originarios incs. 3º y 4º, que pasaron a ser 1º y 2º); -II-, se suprimió la posibilidad de aplicar la reclusión accesoria en el concurso de delitos, tal como se la preveía en el segundo párrafo; -III-, y en la parte final, se sustituyó el presupuesto en que los tribunales podrán dejarla en suspenso, por única vez, que ya no será *'en los casos de menor peligrosidad en el condenado'* (dto. 20.942/44), sino *'fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26'*... Por su lado, en el art. 53, se produjeron algunas variaciones en la redacción del extenso primer párrafo, en buena parte, como consecuencia necesaria de las reformas al 52, pero desprovistas de mayor trascendencia, manteniéndose el lugar de cumplimiento de la reclusión *'en establecimientos federales'* (aunque antes decía *'de la Nación'*), y quedando inmutable el segundo y último párrafo... En síntesis, tras la reconquista democrática del '83 se acentuó la tendencia legislativa de

acotamiento de los casos de la reclusión accesoria...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

Naturaleza jurídica (J.O., C. 841)

“...Más allá de cualquier proposición nominalista (v. gr. la de aquellos que se apoyan en la designación del instituto en el último párrafo del art. 52 del CP, según el texto del decreto 20.942/44, o, mejor todavía, en la del art. 115 de la L.P.N. del '58), considero que las cosas son lo que son y no (o no sólo) lo que se dice de ellas, es decir, que se las debe conocer y diferenciar por sus propiedades esenciales y cualidades intrínsecas, antes bien que por la terminología que el legislador haya usado para nombrarlas... A mi entender, la norma jurídica analizada conserva los rasgos prototípicos (viscerales, diría) de sus ancestros: las penas de *'deportación'* primero, y de *'relegación'* después... Es su sucesora histórica y ha mantenido la constitución genéticamente heredada, a pesar de la metamorfosis ulterior que, al mitigarla y reducirla, no ha hecho más que reforzar su naturaleza punitiva, desde que se la vinculó con institutos característicos de las penas de presidio, como son la ejecución suspensiva del art. 26 y la libertad condicional del art. 13, ambos del Cód. Penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Es una pena que, tradicionalmente, se ha venido cumpliendo en los mismos establecimientos penitenciarios federales o locales (en este último caso, contrariando lo dispuesto en el art. 53, primera parte, frase final, del CP), que aquellos en los que se encierran a los presos y reclusos que purgan sus condenas de prisión y reclusión... Sospecho que aquí las apariencias no engañan: si parece una pena, -habida cuenta que de esa manera surge de sus antecedentes históricos, vigorizados por los nexos estatuidos en las reformas legales posteriores-, y si se cumple en idénticos sitios -por lo general, bajo el mismo régimen- que las penas, es porque, en definitiva, no es otra cosa que una pena... Y si se la conceptúa como pena, o sea como una variedad del género reclusión (CP, 5), es inconstitucional por infracción al principio de culpabilidad (CN, 75, n° 22: CADH, 8.2; PIDCyP, 14.2), desde que se debe imponer *'ministerio legis'* cuando estén reunidos los ingredientes legales estipulados en el art. 52 del CP, y sin tener como plataforma de sustentación, ni como confín, la responsabilidad personal por un injusto concretamente cometido, con lo cual su fundamento reside en la personalidad defectuosa (peligrosa) del sujeto, en su comprobada tendencia a la recaída en el delito, en su habitualidad, y, en última instancia, en su manera *'paranormal'* de gobernarse en la vida...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

Reclusión accesoria, como pena, y el principio de culpabilidad. Su inconstitucionalidad (J.O., C. 841)

“...La culpabilidad, al servicio de un régimen jurídico tributario de los derechos fundamentales, cumple una función esencialmente delimitadora del poder sancionatorio estatal (*'ius puniendi'*), en un doble aspecto: por un lado, al constituir el presupuesto necesario (es decir, el fundamento) para la imposición de una pena (*'nullum crimen, nulla poena, sine culpa'*); y por otra parte, al establecer el tope de la sanción imponible al infractor, magnitud que debe ser racional y proporcional a la del reproche por el injusto cometido, y que no puede ser sobrepasada, sin desmedro de la dignidad humana (CN, 75 n° 22: CADH, 5.6; PIDCyP, 10)... Con otras

palabras, los criterios de la responsabilidad penal de acto traen aparejada, como primera secuela, que la fuente de aplicación de una consecuencia penal negativa radica (sólo) en la conducta del sujeto imputable, por el desvalor social de su realización ilícita para los bienes jurídicos tutelados en el ordenamiento material, y, además, que el contenido y la extensión del castigo estén en directa relación de proporcionalidad respecto de la falta cometida y del mayor o menor grado de culpabilidad del autor, de modo que si esa relación se altera se tergiversa el sentido y la razón de ser de la pena...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Enrique Bacigalupo, en este mismo orden de ideas, analiza la doble dimensión del principio de culpabilidad, al explicar que, en primer término, actúa estableciendo los presupuestos indispensables de la pena y, luego, en el ámbito de la graduación sancionatoria. En este último aspecto, *‘determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Dentro del marco penal legalmente determinado, los tribunales deben fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad del autor’* (cfr. ‘Principio de culpabilidad, carácter del autor y ‘poena naturalis’ en el derecho penal actual’, disertación pronunciada por el magistrado en el ‘Congreso Internacional de Derecho Penal, por el 75° Aniversario del Cód. Penal, publ. en ‘Teorías Actuales en el Derecho Penal’, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1.998, págs. 134/5)... Va de suyo, entonces, que la única pena legítima es la pena fundada en (y proporcional a) la culpa. Ergo, una sanción de magnitud superior al merecimiento equivalente a la importancia del injusto (ataque típico y antinormativo al bien jurídico) y a la gravedad de la culpabilidad, no resulta una pena legítima, desde que pierde su necesaria consonancia con la magnitud del delito y la culpa...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...La proporcionalidad consiste, resumidamente, en modular o adaptar la intensidad de la respuesta punitiva estatal (*‘ius puniendi’*), en función al grado de culpabilidad del sujeto por el injusto cometido, es decir, según su culpabilidad en un derecho penal de acto... La aplicación de una consecuencia penal negativa sólo resulta admisible en la medida (y hasta el límite) de la culpabilidad del sujeto responsable; por encima de ese margen, no podrá estar justificada más que por inaceptables criterios de peligrosidad o, lo que es lo mismo, por una inconstitucional concepción del derecho penal de autor... El principio de culpabilidad incluye la garantía de la reacción sancionatoria proporcionada, con la ingénita interdicción de los excesos en materia punitiva. La pena depende en su intensidad de la relevancia del comportamiento desviado, visto no sólo desde la decisión deliberada o repentina del autor, de su nivel de intervención personal en el injusto, de que se trate de una realización típicamente intencional o imprudente, sino también de la distinta conmoción social que provoca el delito, en función del valor o rango del bien jurídico conculcado o puesto en peligro. Fuera de esa indispensable ecuación, la pena estatal queda por completo deslegitimada y apenas concebible como una pura manifestación del poder público frente al sentenciado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Se trata, en última instancia, de una variante más del modelo de derecho penal autoritario *‘dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro*

de delitos futuros...' (cfr. Ferrajoli, Luigi en 'Derecho y Razón', 3ª edic., Trotta, Madrid 1.998, pág. 102)... El añadido de esta aflicción accesoria e indeterminada del art. 52 del CP, -entendida como un modo adicional de intervención sobre los derechos fundamentales del condenado, más allá de la pena aplicada por su obra-, resulta manifiestamente incompatible no sólo con el principio de culpabilidad, sino también con un derecho penal de acto, y sólo explicable -jamás legitimable, ni justificable- como anacrónica expresión de los viejos postulados de la *'difesa sociale'* y del estado peligroso, en boga al momento de su introducción en la legislación nacional (maguer, justo es admitirlo, el pensamiento positivista imperante en la época no logró infiltrarse, más que en unas pocas situaciones aisladas, en el Proyecto que hiciera suyo y presentara en la Cámara de Diputados la comisión *'ad hoc'* encabezada por Rodolfo Moreno, hijo)... Dicho de otra manera, trátase de una sanción -sólo- sustentada en criterios peligrosistas de temibilidad del sujeto y probabilidad de recaída en conductas ilícitas, orientada a castigar el historial del delincuente habitual, dada su escasa o nula capacidad de resistir los impulsos criminales, o sea, derecho penal de autor, en grado de máxima pureza..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

Reclusión accesoria, entendida como medida de seguridad, y el criterio legal de la peligrosidad presunta. Su inconstitucionalidad (J.O., C. 841)

"...Si, a diferencia del punto de partida del acápite anterior, se considerara a la sanción del art. 52 del CP como una medida de seguridad y no como una pena (criterio que huelga decirlo no comparto, pero que no puedo dejar de tener en cuenta ante la doctrina emergente de los fallos de la C.S.J.N., en los casos *'Sáez'* y *'Sosa'*), es igualmente violatoria de derechos fundamentales y, por ende, inconstitucional, desde que se aplica al plurirreincidente sin previa verificación -en concreto- de peligrosidad para sí o para terceros, presuponiéndola en forma mecánica, *'juris et de jure'*, de su historial delictivo (acorde a la indemostrable teoría de Enrico Ferri acerca *'de la peligrosidad necesaria de los delincuentes'*, al decir de Soler, en *'D.P.A.'*, edit. Tea, 1.978, tomo II, pág. 426), y de su refractaria actitud frente a los tratamientos penitenciarios (¿habrán existido, más allá de las apariencias externas?), pero, además, por su lapso indeterminado... O sea, que aún si se tratara de una medida, como sostiene una importante parcela de los autores citados y la más calificada jurisprudencia nacional, entiendo que el art. 52 del CP deviene inconstitucional por violación a los principios de la dignidad inherente al ser humano, de la autodeterminación y del libre desarrollo de la personalidad (CN, 18, 19 y 75, inc. 22º: PIDCyP, 10), desde que se presume en forma automática y sin posibilidad de prueba en contrario, la peligrosidad del delincuente a quien somete a un régimen de tipo terapéutico, sin tener en cuenta, como es sabido, que *'...la peligrosidad, condición para aplicar las medidas de seguridad, debe comprobarse en cada caso...'* (cfr. Maggiore, Giuseppe, en *'Derecho Penal'*, edit. Temis, Bogotá 1.954, vol. II, págs. 407/11)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...En los casos del art. 52 del CP las consecuencias jurídicas del delito se integran con un cierto *'quantum'* de pena privativa de la libertad (la que le corresponde al autor hasta el límite de su culpabilidad por el injusto cometido), y con el aditamento de una medida de seguridad (en razón de la peligrosidad que se presume de sus múltiples reincidencias). Semejante combinación sancionatoria pretende no sólo penalizar -por un determinado período de tiempo- sobre la libertad ambulatoria del sujeto que ha delinquido, su culpa en ese accionar ilícito que le es

imputable, sino también repeler -aquí, *'sine die'*- su proclividad criminal a futuro, pronosticada acientífica e inverificablemente y sin posibilidad de contraprueba alguna por el legislador, ante el temor de potenciales ataques a los bienes colectivos..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...En el mentado dispositivo del catálogo represor subyace, a mi parecer, un *'diagnóstico legal o jurídico'* de peligrosidad presunta del agente que los jueces tenemos, en razón de la literalidad normativa, el deber de dar por auténtico, convalidándolo de modo automático y ordenando la intemporal internación penitenciaria del presidiario, una vez que éste cumplió en forma íntegra la condena que se le aplicara, no ya por su condición de sujeto con acentuadas inclinaciones a delinquir, sino por haber delinquido efectivamente al perpetrar el o los ilícitos que fueran objeto del juzgamiento... La base de la pena primigenia atiende, como no podría ser de otra manera, a aquello que el sentenciado *'hizo'* y no debió hacer, o a lo que él *'dejó de hacer'* cuando estaba obligado a actuar (y que, sin excepciones, se ha logrado probar en el marco del proceso judicial)... En cambio, la medida asegurativa accesoria y ulterior a la pena de prisión, apunta más bien a lo que la persona *'es'* y no debería ser, al riesgo social que ella representa, y a prevenir los delitos que en un futuro se vaticina que va a ejecutar (y que, también sin excepciones, no es necesario establecer porque la ley lo presume de sus reincidencias anteriores), es decir, esta última se sustenta -más que nada- en el estado de *'temibilidad'* que en las ciencias penales de finales del siglo XIX introdujo la denominada escuela positiva italiana..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Analizado el mismo tema desde otro punto de vista, me parece a todas luces una injerencia estatal injustificada, abusiva y contraria a los principios fundamentales de dignidad de la persona y de humanidad de las sanciones penales, que el delito que de por sí denota y conlleva (para su autor imputable) una pena de prisión o reclusión, sea susceptible, al propio tiempo, de acarrearle una medida de seguridad de duración no prefijada, cuando éste ha acumulado un número significativo de recaídas delictivas... Tampoco puede obviarse que las medidas de seguridad, en general, reposan en el estado de peligrosidad del sujeto inimputable que ha lesionado bienes jurídicos, declaración que resulta sobreviniente a un juicio concreto e individual -impregnado de un irreductible relativismo; forzoso es admitirlo- de probabilidad o *'prognosis'*, juicio inexistente en el caso de la medida del art. 52 del CP... En efecto, desde comienzos del siglo XX, a partir de la advertencia de Franz Exner, viene ganando adeptos la idea de que *'el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso'*; aforismo que, contrariando el dogma determinista del positivismo, pretende simbolizar que la conducta por venir de los seres humanos es -si no siempre, en su mayor parte- impredecible y que, a todo evento, el llamado juicio de peligrosidad se asienta sobre pilares más intuitivos que racionales. Empero, menos aceptable todavía (o *'más peligroso aún'*, si se quiere seguir con aquél apotegma), resulta ser que el tal *'juicio'* sea suplido por una *'presunción legal de peligrosidad'*, que no sólo es incomprobada, sino que también es irrefutable para el sujeto que la ley presume peligroso, como ocurre en la norma *'sub examine'*..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...En el sistema penal de un estado constitucional y respetuoso de los derechos humanos, es de toda necesidad que, cuanto menos, la peligrosidad criminal pueda acreditarse (o establecerse de algún modo), como recaudo esencial y previo a la imposición de una medida de seguridad, con el fin de evitar una aplicación automática de la misma, cuya duración -lejos de ser indefinida- no podrá exceder

jamás los límites de lo estrictamente indispensable, manteniéndose en el tiempo si (y sólo si) subsisten en el agente las causales que originaron su internamiento... A propósito de esto último, la medida del art. 52 del CP al tener, en el mejor de los supuestos para el sometido a este régimen, una extensión temporal mínima e invariable de cinco años, resulta arbitraria y, a menudo, ostensiblemente contradictoria con cualquier objetivo terapéutico propio de la prevención especial positiva... Pretender acoplar una medida de seguridad de tiempo indeterminado a la pena por el delito cometido, tropieza -de entrada, no más- con un impedimento insuperable: la sanción penal por el injusto supone su completa desaprobación; es decir, se aplica con el objeto de agotar (consumiéndolo) el desvalor que el orden jurídico atribuye a un cierto comportamiento ilícito. Visto desde una perspectiva retributiva, una vez saldada la responsabilidad que se deriva del hecho delictivo por la imposición y efectiva ejecución de la pena privativa de la libertad para el reincidente, desaparece la única posible fuente de justificación constitucional que habilita una respuesta punitiva. Lo demás es puro ejercicio de poder, de un poder sancionador del estado que se desentiende por completo de los derechos fundamentales del hombre...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

Reclusión accesoria ¿e inconstitucional? (J.O., C. 841)

“...Si la accesoria de reclusión por lapso intemporal del art. 52 del C.P. constituye una pena adicional a la última condena del polirreincidente o, en sentido inverso, una medida de seguridad contra el delincuente habitual, no deja de ser una cuestión de rótulos (que no es igual que adherir a teorías monistas, ni confundir las divergentes consecuencias que se derivan de una y otra), que en nada modifica su esencia de grave derivación afflictiva del derecho a la libertad, ni su carácter lesivo a los principios constitucionales de culpabilidad, de proporcionalidad y de respeto a la dignidad de la persona humana (CN, 75, n° 22: CADH, 5.6 y 8.2; PID-CyP, 10 y 14.2)... Como corolario sostengo que las dos hipótesis previstas en el art. 52 del CP traen aparejado para el autor reincidente un ‘*plus*’ sancionatorio, un castigo adicional innecesario -así, mientras no se acredite lo contrario-, una consecuencia jurídicamente adversa para el condenado, añadida a la pena por su culpabilidad en el injusto cometido, de duración indefinida (aunque nunca inferior a los cinco años y a cumplir en un establecimiento penitenciario federal: CP, 53), que cualquiera sea su naturaleza (dentro de las formas de respuesta social formalizada que adquiere el sistema dual o binario), implica un remedo de la defensa social, fundada, exclusivamente, en la temibilidad o peligrosidad del sujeto que se extrae, sin posibilidad de prueba en sentido opuesto, de su vida pasada...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Ninguna reacción penal postdelictual, ya sea que se trate de una pena o de una medida de seguridad, puede justificarse en una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales del hombre sobre la base de la segregación indeterminada y de la neutralización de la persona del sancionado... No puede perderse de vista que el art. 75 de la Constitución Nacional (conforme la reforma de 1.994), ha incorporado en su inciso 22° (dotándolos de la máxima jerarquía jurídica del país, entre otros) a los siguientes convenios multilaterales en materia de derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles o Degradantes; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, que ya con anterioridad habíase aprobado por ley n° 23.313 (B.O.N. del

13/05/86), dispone en su art. 10 que *'toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'*. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su momento aprobada por la ley 23.054 (B.O.N. del 27/03/84), prescribe en su art. 5 numeral 6 que *'las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados'*..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...La plena vigencia de esos pactos internacionales (ahora constitucionalizados, por voluntad del legislador constituyente del '94), me imponen no sólo la obligación de examinar (aún de oficio, que no es el caso de autos) si la reclusión accesoria del art. 52 del C.P. armoniza con los mentados principios, sino también el deber de repelerla (actuando como un legislador negativo, o a la manera en que lo haría un tribunal especializado en el sistema europeocontinental de control de constitucionalidad) cuando se constata -como creo haberlo demostrado en la exposición precedente- que la medida aflictiva (se la designe y clasifique como se prefiera) produce un efecto despersonalizante y mortificante, violatorio de aquellos dispositivos constitucionales... Ferri, Garófalo, Florián, Grispigni y tantos otros partidarios del positivismo naturalista universalizaron de modo tal sus convicciones acerca de la *'responsabilidad social del delincuente'* y de la necesidad de la *'defensa social'* que, en el caso argentino, ese discurso jurídico penetró y fecundó al extremo de haberse instalado en 1.922 -perdurando hasta ahora- en la legislación sustantiva vigente, muy a pesar del paso del tiempo y, lo que es más importante todavía, de la adscripción constitucional de 1.994 al modelo transnacional de defensa de los derechos humanos..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...El interpretar una norma es desentrañar, descubrir, entender, precisar su alcance o límite, consagrar la inteligencia, seleccionar o elegir. En definitiva, es la posibilidad de preferir, entre distintas alternativas, a través de un acto no mecánico, sino racional y valorativo, pero siempre dentro de los límites de la ley, sin violarla y sobre todo con criterio de razonabilidad, a los fines de poder pronunciarse sobre la mejor solución... Esa actividad debe concretarse recurriendo, como fuente primera, a la letra, o sea, a su sentido más obvio al entendimiento humano, pero no como mera interpretación literal, sino encontrando, también, la voluntad cognoscible del legislador, objetiva de la ley, su sentido auténtico jurídico... Para ello debe conocerse y hacer funcionar todo el sistema, ya que las normas jurídicas no tienen valor aislado, por lo cual el interpretar debe ser *'organizacional'*, tal lo ha venido sosteniendo Humberto Quiroga Lavié, o sea, la tarea interpretativa debe ser concretada en forma armónica, teniendo en vista el conjunto, buscando que las normas se concilien, o sea, no se destruyan una con las otras, ya que, bien se ha dicho que cada una recibe su *'colorido'* de las otras..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Sin duda, tampoco debe perderse de vista que esa lectura debe ser *'constitucional'*, y a la vez *'humanitaria'*, es decir, teniendo en cuenta el modernamente conocido como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los fines de hacer efectivas las garantías operativas del denominado *'bloque constitucional'*, o sea, la Constitución y los Pactos con dicha jerarquía (CN, 75 inc. 22° y cons.). Y así, en señeros casos, la Corte Suprema de la Nación ha establecido que debe consagrarse la interpretación que mejor asegure los grandes objetivos para los que la Constitución Nacional fue dictada, armonizando con las garantías constitu-

cionales y sus principios (cfr. casos 'Kot' 1.958, 'Bramajo' 1.996 y 'Santillán' 1.998, e/o)... Esa actividad intelectual, a la vez debe ser 'consecuencial', o sea, avistando las repercusiones a que conduce, tanto inmediatas, como previsibles, aunque lejanas... Bien se ha dicho que, el órgano judicial debe brindar una 'recta interpretación, valorando debidamente los intereses en juego, dentro del marco de la ley', así como que '...en el saber del jurista debe estar presente el saber valorar para construir la solución en el caso' (cfr. Ray, José D. 'El Derecho y los Valores', Academia Nacional de Ciencias, Bs. As, 6/9/99, págs. 23 y 26)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Todo ello atendiendo a 'las particularidades que presentan los casos individuales y concretos de la vida diaria', y también teniendo presente... los riesgos que implica una u otra solución' (cfr. Ray, José D. 'Derecho y Realidad, en la tarea del legislador, del juez y de la doctrina', Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de Anales, año XXXIV, Segunda Epoca, n° 27, 1.989, págs. 20 y 23)... En cuanto al conocido 'stándard de razonabilidad', que hace a lo proporcionado, equitativo, adecuado, debe servir de guía, test, regla, filtro o criterio, como juicio de valor; es decir, al interpretar y aplicar la ley se debe relacionar, con coherencia, ponderación, cohesión, prudencia, conciliando, coordinando, conjugando, a los fines de encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses contrapuestos o en disputa, o sea, arribando a un balance conveniente, entre medios y fines, sin excesos. No debe ser sacrificado alguno, en aras del otro, o sea, deben tenerse presentes los derechos del individuo en aras de su libertad y garantías, para que no sufra persecuciones ni restricciones excesivas o injustas, pero a la vez los loables intereses de la sociedad, los principios de autoridad, orden y seguridad, en aras de la eficacia, la verdad, la justicia, y la defensa contra el delito, que es también el derecho de la comunidad y el de la jurisdicción de las víctimas. En síntesis, debe aplicar el Juez un realismo valorativo, conjugando respeto y eficiencia (cfr. CSN casos 'Arenas', 1.989, 'Rosas' 1.999, e/o; Morello, Augusto Mario en 'El perfil del juez al fin de la centuria', L.L. del 09/06/98, págs.1 y sgtes.)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

"...Estimo, que resulta razonable, entender que el principio de 'proporcionalidad', comprensivo del conocido como de 'prohibición de exceso', necesidad de la medida, o de intervención mínima, también debe conjugar, todo aquello que hace a la defensa de la sociedad y por ende al derecho de las víctimas y de la comunidad en el marco de un Estado de Derecho... Así, la aplicación de ese estándar de razonabilidad, es la guía que permite que el juzgador no desajuste su interpretación, dando lugar a un descalificado acto judicial por absurdo notorio o arbitrariedad, ya sea por desajuste en la apreciación o valoración de cuestiones referidas a hechos o circunstancias, o por capricho, voluntarismo o contrariedad en la interpretación del derecho... Y, finalmente, debo recordar que en dicha labor se tendrá siempre presente que las teorías deben pasar por el prisma de la realidad y las circunstancias, ya que el juzgador no debe transitar por el camino abstracto de las normas, sino teniendo en cuenta que las aplica a hombres de carne y hueso, de un determinado lugar y tiempo... Es decir, el juez debe aplicar esas imprescindibles pautas de razonabilidad, pero siempre '...según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto que se enjuicia debe tener efecto...', tal las enseñanzas del académico Juan Francisco Linares y por ello, incluso, 'en algunos casos para juzgar a la razonabilidad hay que internarse entonces en la conveniencia' (Marienhofft, Miguel y otros 'Homenaje a Juan Francisco Linares', Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anticipo de Anales XXXVIII, Segunda Epoca, n° 31, págs. 17 y 21)..." (Del voto de la Dra.

Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Bien se ha dicho que es misión de los jueces el resolver con una sana reflexión, las cuestiones que le son sometidas, aplicando concienzudamente el derecho vigente, ejerciendo su ciencia, con independencia de presiones de cualquier índole, aunque se trate de las meramente psicológicas que ejercen los criterios imperantes en el medio social (CSN, ‘*Villegas, Angel*’ del 05/03/97, en ‘Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal’, año IV, n° 8 B, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.998, págs. 430 y sgtes.)... Pasando, ahora al tratamiento del denominado ‘*control de constitucionalidad*’, cabe recordar que trátase de un inspeccionar, examinar, averiguar, revisar, verificar; en definitiva, comprobar si una norma es repugnante, se opone o no guarda conformidad formal (en el trámite de su gestación) y material (en su sustancia) con la normativa constitucional, con la pirámide normativa, a los fines de evitar abusos, violaciones, transgresiones y corrigiendo desvíos, en aras del restablecimiento de la consonancia con la Ley Suprema... Y, así, bien se ha sostenido que no puede existir supremacía sin un control prudente por el juez, debiendo ‘*remover obstáculos*’, incluso de oficio, siempre que existan sólidos argumentos para proceder en dicho sentido (CN, 43; ley 23.098/84, art. 6°; Pacto de San José de Costa Rica, art. 1°); y considerando que ese ‘*judicial review*’, tal lo explica sagazmente Quiroga Lavié, no debe transformarse en un ‘*fundamentalismo judicial*’, como tampoco, en un ‘*Pilatos jurisdiccional*’...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Según el Superior Tribunal de la Nación 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 (en causa V 70 XXXII ‘*Villegas, Angel*’, del 05/03/97 en ‘Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal’, edit. Ad-Hoc, año IV n° 8, Bs. As. 1.998, 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)... La Cámara Nacional de Casación Penal, por su parte, 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 05/05/95, en S.S.J.G., ‘E.D.’ 17/08/95), y el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As., también, ha sostenido que el control constitucional no incluye el examen de la conveniencia del legislador (causa n° 30, del 23/09/99)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...La Corte Suprema de la Nación ha venido sosteniendo reiteradamente, también, 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.’ 03/07/92, ‘Síntesis Jurisprudencial’ n° 1499, L 268 XXII, del 19/09/89 ‘*Leiva c/ P. E. Pcia. Catamarca*’, en ‘Síntesis Jurisprudencia’ 19/03/90 n° 1885, P. 199 XXIII 14.591 ‘*Puelis*’, en ‘E.D.’, del 21/02/92, n° 381/2)... En sentido semejante se ha pronunciado 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 28/05/91, P. 38.504 del 01/07/89, y L. 1302 del 05/11/89)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...En lo que hace a la cuestión en análisis, o sea, la constitucionalidad o no de los arts. 52 y 53 del Código Penal, referidos al conocido como '*reincidente múltiple*', y la consecuente aplicación de la '*reclusión por tiempo indeterminado*', en las hipótesis allí previstas, como bien dice Luis Jiménez de Asúa quien se encuentra en dicha situación '*demuestra que la pena no tiene ningún poder sobre él*', que '*...es un incapaz para la pena*', se trata de sujetos que '*...acostumbran a cometer delitos de no mucha gravedad...*', los cuales tienen previstas '*penas privativas de libertad... proporcionadas al daño escaso de la infracción...*' Agregando, el mencionado especialista que los caracterizan los '*...breves descansos en la vida del delincuente...*', así como que generalmente '*...son incorregibles...*' Pero que se puede lograr con ese instituto '*...una forma de readaptación a la vida social sin aspirar a la enmienda moral...*' (cfr. 'La ley y el delito', edit. Sudamericana, Bs. As. 1.973, págs. 537, 541 y 543/4)... Ricardo Núñez sostiene que es '*una verdadera pena de reclusión que se le aplica al reo en razón de su reiterada violación del deber de no delinquir*' ('Manual de Derecho Penal. Parte General', 4° edit. Actualizada por Roberto Spinke y Félix González, edit. Marcos Lerner, Bs. As. 1.999, págs. 321)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...El maestro Soler, en la misma línea de pensamiento, expresa '*...el régimen ordinario de penas se demuestra reiteradamente impotente para ejercer influjo de prevención especial con respecto a determinado sujeto, se plantea el difícil problema de buscar un procedimiento nuevo, ya no adecuado en concreto a la gravedad objetiva del hecho cometido...*', ante esa reiterada comisión de delitos. Y agrega que es un '*...reforzamiento de todas las penas sufridas, en virtud de haberse producido la reiterada imposición de penas o la reiteración de delitos a que el artículo se refiere*', para afirmar, luego, que es una '*...condena no determinada a priori, pero que podría serlo a posteriori... al juez de la causa determinar... la cesación de la pena...*' (cfr. 'Derecho Penal Argentino', tomo II, edit. Tea, Bs. As. 1.978, pág. 412 y 414/5)... También se ha dicho que '*la aplicación de esta sanción accesoria se funda en la insensibilidad de los delincuentes... a la acción de la pena, lo que exige se los trate con mayor severidad*', así como que '*la recaída en el delito pone en evidencia que las penas ordinarias que con relación la generalidad de los individuos son suficientes, para que no vuelvan a delinquir, son insuficientes, con respecto a los delincuentes que... han insistido en la conducta criminal... una pena ordinaria... para ellos ha resultado insuficiente...*' (cfr. Chichizola, Mario 'La reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena', en Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXIV, 1.967, pág. 68)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. con relación a la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP, ha expresado que '*...en nuestro derecho existe una 'zona común' en la cual se confunden las penas y las medidas de seguridad, pasando estas última a revestir el carácter de aquellas, debiendo distinguirse: a) la reclusión contemplada en el art. 34 inc. 1°, párrafos 2 y 3 del CP, de carácter 'curativo'; b) las medidas 'educativas' previstas... para los menores y jóvenes adultos; y c) la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP, cuya índole 'retributiva' prevalece en ella como en cualquiera de las penas que enumera el art. 5 de este Código*'. Y también que '*si bien... se establece que la*

medida de seguridad del art. 52 del CP se cumplirá en el establecimiento de la Nación destinado a ese exclusivo objeto... en la práctica no ocurre así; según el 'Reglamento Interno de la Progresividad del Régimen Penitenciario', dicha accesoria jugaría como 'refuerzo' de la pena principal, que se cumple en forma paralela" (Ac. 2.784, del 07/05/85). Y, en otra oportunidad ha dicho que el precepto legal está 'inspirado en un propósito de defensa social', reiterando lo expuesto sobre la 'zona común', existente entre las pena y las medidas de seguridad, para sostener que la reclusión del art. 52 del CP, debe considerarse 'pena accesoria' ('González, Jorge', Ac. 23.607, 13/04/77 y 'Goñi Rocca, Oscar' P. 3.392, 26/04/94)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, el 14/05/98, con voto del juez Fégoli expresa que ‘por la sola constatación de sus anteriores condenas y de una relación de multirreincidencia... no importa la gravedad objetiva y subjetiva del injusto cometido, pues sólo se las considera para evaluar la historia personal del autor...’ Más adelante agrega ‘que según la recta interpretación del art. 52 del C.P. daría igual que el imputado fuera condenado por un robo con arma con resultado de lesiones graves, leves, dolosas o culposas o por un delito de acción privada... puesto que en cualquier caso, estarían dados los supuestos y la reclusión accesoria sería obligatoria, de tal suerte que, junto a la pena fijada conforme al criterio de culpabilidad por el hecho delictivo, se le impondría una privación de libertad accesoria que no guardaría relación con el último injusto ni con la culpabilidad por el suceso’. Luego el magistrado afirma ‘...nada obsta a que el Poder Legislativo, además de establecer las escalas penales correspondientes, adicione a ellas una amenaza secundaria reservada para aquellos individuos que por sus condenas anteriores y las reincidencias en la que hubiesen incurrido representen un peligro concreto para la sociedad a la que se intenta proteger frente a la comisión de nuevos delitos por ese tipo de personas’. Para sostener luego ‘...cuando un condenado, después de haber experimentado un sufrimiento efectivo vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento...’ Y ya finalizando su voto agrega que ‘a criterio de esta sala la medida viene a constituir un instituto de naturaleza jurídica y caracteres singulares que la distinguen sustancialmente de la pena...’ (‘Sosa, Claudio’, en ‘L.L.’ 1.999 C, págs. 301 y sgtes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Soy Juez del presente caso por el cual resultó procesado el causante, y por ello recibirá su condigna sanción, pero debo confesar que me he encontrado con vallas que ahora, refiriéndome a lo estrictamente jurídico, no las he podido sortear con éxito. Ello si quiero ser justo y no retribucionista. En primer lugar, porque soy partidario del denominado Derecho Penal del Acto y no del Derecho Penal del Autor, y, además, porque aspiro y creo en la resocialización y no en una venganza que de nada serviría. Volviendo a mi practicidad, entiendo que si queremos ‘castigar’ al acusado, condenémoslo a una sanción severa, dentro de la pena prevista en la escala del delito cometido, teniendo en cuenta las pautas orientadoras de los arts. 40 y 41 del CP, sanción ésta que deberá cumplir en forma total atento su condición de reincidente, y durante ese lapso intentemos darle un tratamiento, una readaptación que sea para un doble beneficio: el propio y el social. Lo contrario no lo estimo lógico...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 841, “Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo”, [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

“...Otro obstáculo que también es jurídicamente necesario tratar, es el relativo a un pilar de raigambre constitucional, esto es, el famoso principio de la culpabilidad. Como sabemos, uno de los dogmas básicos del Estado de Derecho,

consiste en afirmar que *'no hay pena sin culpa'*. Y Hans Welzel reafirmó que la culpabilidad consiste en la reprochabilidad del hecho antijurídico singular, es decir, la estructuración jurídica de la voluntad respecto del *'hecho individual'* ('Derecho Penal Alemán. Parte General', Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.993, págs. 167 y sgtes.). En el orden de ideas indicado, entonces, entiendo que válidamente se puede colegir que el ahora cuestionado art. 52 del CP, se aparta de este modelo de imputación, en la medida que abre un juicio de reproche sobre la personalidad del imputado, realizando un pronóstico que dice que el encausado, al menos, por una determinada cantidad mínima de años, será peligroso para la sociedad. En síntesis, y acerca de este tema, si bien confieso que en un principio mi pensamiento no era el que concretamente ahora estoy expresando, los argumentos del Dr. Favarotto no los puedo rebatir seriamente, y aparte de ello no estoy de acuerdo con las penas indeterminadas, o groseramente superiores respecto del hecho delictivo materia de juzgamiento..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 841, "Amure, Fabián Alejandro s/ tent. de robo", [J.O.], del 10/12/01, R. 255/01).

RECONOCIMIENTOS FOTOGRAFICOS

Ausencia de formalidades (J.O., C. 653)

"...Durante las declaraciones en juicio de las víctimas, a solicitud del Ministerio Público, se produjo una tercera exhibición de fotografías, por cuanto los tres enjuiciados hicieron opción de su derecho a no permanecer en el recinto. Y así les fueron mostradas las fotografías... Téngase en cuenta que el nuevo Código ritual sólo prevé con referencia a los reconocimientos de personas, bajo pena de nulidad el cumplimiento de la correspondiente notificación a la defensa con la anticipación de 24 hs. (CPP, 259 *'in fine'*), y es por ello que *'la ley impone normas para la realización... pero no prevé su anulación por defectos formales específicos'*. En el caso de reconocimiento por fotografías los límites enmarcatorios son los fijados por la ley procesal, y, por ende, *'es una fuente indiciaria sujeta a las reglas lógicas ordinarias del razonamiento inferencial'* y *'nada empece a las formalidades legales... que los sujetos reconocientes en rueda de personas hayan observado fotografías de los reconocidos, ya que resultan elementos corroborantes de la prueba principal'* (SCBA., P. 82.898, del 09/03/94, 'E., H. A. L. A. s/ robo calif. '; 'Melo, Ricardo', del 04/04/95; 'López, Jorge y otros' del 03/05/88, e/o)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

"...Por obvio que pueda resultar, pienso que en el caso es adecuado recordar que desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal, se cuenta con el claro texto del art. 257 del CPP y por ende el Tribunal de Casación de la Provincia de Bs. As., ha dicho con respecto a esa norma que *'...en el nuevo sistema procesal es el fiscal el elemento movilizador de la tarea instructoria'*; a quien le compete la conducción de esas diligencias (Sala I, del 18/10/00, RSD-408-00)... Si bien el nuevo Código Procesal, ahora sí, en su art. 261 establece expresamente la posibilidad de aplicar el procedimiento por fotografías, y que lo será en las hipótesis en que no esté presente la persona a individualizar y no pudiere ser habida, o cuando se niegue u obstruya el desarrollo del acto, ya con anterioridad al año 1.998 clara era la reiterada doctrina y jurisprudencia en el sentido de asignarle *'carácter subsidiario'* a dicha modalidad, como garantía defensiva (cfr. Cafferata Nores, José Ignacio en 'La prueba en el proceso penal', edit. Depalma, Bs. As. 1.986, pág. 34; en igual sentido, C.N. Casación Penal, Sala I, 'Griguol, Luciano', del 17/02/99)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 653,

“Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

“...Y en cuanto a la exhibición de fotos, con anterioridad a una diligencia de reconocimiento, este Tribunal ha dicho que *‘...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, ...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...’* Puede *‘...relativizar o diezmar la fuerza probatoria que le sería asignable...’* *‘una vez aprehendido el señalado en fotografías, ‘...hay peligro de superposición de imágenes en la mente del reconociente, quien no sabrá a ciencia cierta si la... que obtiene en el reconocimiento judicial será confrontada con la aprehendida al cometerse el delito o con la obtenida en la identificación fotográfica... 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’* (Cafferata Nores, op. cit., págs. 142/3; Bertolino, Pedro 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’)...’ (T. C. n° 1, en causa n° 188, ‘Gauna, José Adrián s/ robo’, del 17/03/00, R. 32)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 653, “Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

“...En semejante sentido ha sentenciado este Tribunal, antes de ahora, que *‘...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 n° 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. 1° de la ley 23.592)... (CN, 1, 16, 18, 33 y 75, inc. 22°, todos ellos a contrario imperio)...’ (causa n° 425, ‘Larraule, Hugo Eduardo y otros s/ robo doblemente agravado por el uso de arma, etc.’, del 19/09/00)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 653, “Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda”, del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

“...Tampoco debe asignársele eficacia probatoria alguna a las ulteriores individualizaciones de los acusados, realizadas por los testigos del asalto en el curso de la audiencia oral, cuando lo que se les exhibía, entre otras, eran fotos de los causantes cruzadas por firmas que los propios comparecientes habían estam-

pado allí, al identificarlas durante la etapa preparatoria. Tales firmas fueron colocadas en las diligencias instructorias originarias, como puede verse -por ejemplo- en la de fs... Empero, más allá de los reparos de índoles diversas que merecen los segundos reconocimientos, personales o fotográficos, para mí da igual (cfr. el precedente '*Gauna*' de este Tribunal, del 17/03/00, invocado por la de defensa, y cuyos fragmentos ya fueron reproducidos en el voto de la jueza preopinante), entiendo que en el '*sub lite*' frente a la anómala base comparativa utilizada y, por si no fuera bastante, al haber transcurrido casi dos años desde la fecha del episodio criminal, no cabe descartar, en absoluto, la posible identificación a través de las firmas más que de las fotos, aún cuando uno de los testigos -a pesar de su inobjetable buena fe- se esmeró en decirnos lo contrario. Siendo así, el intento fiscalista de inquirir a los testigos sobre la defectuosa plataforma indicada estaba predestinado a fracasar, y al final, como no podía ser de otra manera, no sirvió para probar..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

"...Las exhibiciones de fotos que en el debate peticionara el Fiscal de Juicio (y autorizara con explícitas reservas este Tribunal, para el generalizado disgusto de los defensores), no son más que una extensión (lícita, por cierto; aunque, en el caso, ineficaz '*ab initio*' por los motivos antedichos) de los testimonios de los comparecientes. No se trata de un formal reconocimiento de fotografías (CPP, 261), por lo que no le son aplicables sus solemnidades, ni, como contrapartida, le puede ser adjudicado idéntico vigor demostrativo..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

"...Durante el debate oral, he podido apreciar lo que podría denominar un ejemplo de vocación republicana, esto es, la declaración de un joven testigo quien, con aplomo y seguridad relató, casi diría palmo a palmo, lo acontecido en el interior de la carbonería del damnificado. En la mentada oportunidad, dicho joven, con la misma seguridad, y exhibida que les fueron las fotografías obrantes en la IPP, incorporadas por lectura (CPP, 366, inc. 1°) identificó a uno de los causantes como uno de los intervinientes en el asalto agregando, textual, que '*se acuerda por la cara y no por la firma inserta...*', continuando que le llamaron la atención sus dientes manchados. Y en este punto me quiero detener, aunque más no sea para hacer una aclaración respecto del cuestionamiento que efectuaran las defensas en su oportunidad. Se ha afirmado que no se ha cumplido con las reglas procesales respecto de los reconocimientos fotográficos, que se han vulnerado elementales garantías de los imputados y, personalmente, entiendo que no es todo tan así. Por empezar, dichas diligencias no son nulas, al menos las que se cumplieran en la faz instructoria. Y ello lo afirmo por cuanto, las formas procesales han sido creadas para garantizar los derechos de las partes y la buena marcha de las causas, pero no constituyen formalidades sacramentales cuyo incumplimiento, lleva implícito en forma inexorable, la sanción de nulidad. Esto lo digo, entre otras cosas, por haberse omitido la realización de la diligencia prevista en el art. 257 del CPP, acudiendo al supletorio reconocimiento fotográfico..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

"...Concuerdo con el pensamiento afirmado por los colegas que me han precedido, en el sentido que lo instrumentado en la faz investigativa no es, precisamente, un ejemplo de lo que '*debe ser*' y que es necesario en cada caso hacer una ponderación de los intereses que están en juego, el interés en la obtención de la verdad procesal y el interés en la eficacia de los derechos fundamentales consti-

tucionalmente reconocidos. Pero, a pesar de lo anormal -por torpeza o desconocimiento del precepto legal-, que pueda estimarse parte de lo actuado, ello no lleva fatalmente a la aplicación de la sanción de nulidad o cuestionamiento alguno, siempre y cuando reitero, las garantías hayan sido observadas, y en el caso que ahora nos ocupa, entiendo que las mismas han quedado a salvo. Las firmas en el testigo identificador, pueden resultar irregulares, pero también pueden significar un signo de autenticidad, en el sentido que positivamente se individualiza al sospechoso suscribiendo la fotografía del mismo. Asimismo entiendo que hay otro aspecto a tenerse en cuenta. Durante el debate oral, es verdad que el testigo vio y ratificó -sin duda alguna-, la foto del acusado como uno de los intervinientes en el asalto. Ahora bien, esa reiteración se podrá cuestionar, pero lo que entiendo indiscutible es el primer acto, aquel que se cumpliera en la faz investigativa y en el cual, con la misma seguridad con la que compareció a juicio, sindicó al encausado de mención..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

"...El testigo al cual estoy haciendo referencia, durante la sustanciación de la IPP, reconoció al procesado y luego, durante el debate oral, concurrió nuevamente y reiteró, con una seguridad digna de mención, amén de ratificar sus dichos, les agregó otros ingredientes como ser, el lugar donde ingresara cada uno a la forrajería asaltada. Confieso, en verdad y procesalmente hablando, inobjetable, y esto lo afirmo teniendo presente las indicaciones de los arts. 209 y 210 de la ley de forma, o sea, utilizando esa libertad en la selección del elemento probatorio o medio que dará motivo a mi decisión, razonada por cierto y así, también, la inmediatez, propia del juicio oral que me hizo advertir, sin mayores dificultades la sinceridad y seguridad de las palabras del compareciente referenciado..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 653, "Bujones, Claudio Walter y otros s/ robo agrav. por el uso de arma y en poblado y en banda", del 17/12/01, [J.O.], R. 01-269).

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Acción típica y concurso con las lesiones leves (J.O., C. 550)

"...Coincido completamente con la opinión de Carlos Creus, para quien *'la resistencia importa siempre una oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del agente, por lo cual la acción típica sólo es posible durante el desarrollo de él, pero no antes de su comienzo ni cuando ya ha cesado... El aspecto subjetivo del tipo está constituido por la finalidad de impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de la función; tiene que emplearse como medio el despliegue de resistencia para lograrlo'* (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', edit. Astrea, Bs. As. 1.998, t. II, pág. 223)... Eso es, precisamente, lo que ha sucedido en el caso de autos; o sea, una actuación funcional lícita de la víctima, una oposición por parte del encausado, durante el curso de la misma, exteriorizada mediante un golpe con la cabeza en el ojo del funcionario que estaba ejecutando el acto, quien resultó levemente herido por esa acción... Entonces, se trató, como antes decía, de un concurso ideal entre los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves (CP, 54, 239 y 89), materialmente vinculado al daño (CP, 55 y 183)..." (Del voto del Dr. Martinelli al que adhirieron los Dres. Trogu y Favarotto, causa n° 550, "Domínguez, Angel Roberto s/ tent. de robo, resist. a la autoridad y lesiones leves", [J.O.], del 28/05/01, R. 092/01).

ROBO AGRAVADO

Con efracción de lugar habitado (J.A., C. 577)

“...Si el chalet de la víctima, al momento de la realización ilícita, estaba deshabitado (conforme se desprende de plurales actuaciones de la fase instructoria), cabe preguntarnos cuál puede ser la base fáctica y/o el criterio interpretativo que de sustento al tipo agravado del art. 167, inc. 3º del CP. Este Tribunal ya se ha expedido en caso análogo sosteniendo que *‘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 acción penal pública no lo ha probado (CPP, 6 y 367)...’* (causa nº 39, ‘Cardozo, Sebastián Adrián s/ tent. robo agrav.’, del 01/06/99). Por lo tanto, el suceso de la causa deberá quedar rotulado 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 nº 577, “Dos Santos Britos, Claudio José s/ tent. de robo agrav.”, [J.A.], del 07/02/01).

En banda (J.A., C. 951, 1.009 y 768)

“...El injusto de autos deberá quedar subsumido como robo agravado por haberse cometido en lugar poblado y en banda, conforme la descripción típica del art. 167, inc. 2º del CP... Ello porque, como ha quedado establecido en el veredicto, los tres malhechores se condujeron de consuno, con arreglo a un plan ilícito preconcebido, contribuyendo -cada cual según su rol- a la efectiva concreción del mismo. Así, por ejemplo, mientras uno se encargó de exigir al cajero la entrega de la plata, portando un objeto amenazante -símil revólver- en la cintura, debajo del pulóver; otro lo acompañaba dentro del local, para reforzar el carácter intimidatorio del acto; y el tercero se quedó al volante de un automóvil para controlar desde allí lo que sucedía en las adyacencias del comercio, favoreciendo, *‘a posteriori’*, la rápida huida del escenario del atraco, cuando sus secuaces salieron a la carrera del supermercado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 951, “Alcaraz, Humberto Fabián y otros s/ robo agrav. en poblado y en banda”, [J.A.], del 19/11/01).

“...Resulta de plena aplicación al caso lo que viene sentenciando este organismo jurisdiccional, desde sus orígenes, para situaciones análogas: *‘...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. n° 9/98; causa n° 369, 'Juárez, Juan Abel s/ robo agrav. por el uso de arma, etc.', del 31/05/00, R. n° 71/00; entre tantas otras..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.009, "Destéfano, Eduardo Miguel y otro s/ robo agrav. en poblado y en banda", [J.A.], del 21/12/01).

"...Está fuera de dudas que los sujetos activos obraron en forma conjunta (coautoría); pero eso no alcanza para convertir, sin más, el robo cometido por tres personas en el accionar de una banda, con arreglo a la estipulación normativa del art. 167, inc. 2° del CP. En ocasiones anteriores este Tribunal ha sentenciado que '*...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 n° 71, 'Díaz, Martín Néstor y Laz, Sebastián Ismael s/ tent. de robo agrav.', del 09/07/99). Más aún; se sostuvo que '*...el vocablo 'banda', -tanto en los arts. 166, inc. 2°, 167, inc. 2° y 184, inc. 4°, todos del Código Penal-, simboliza algo más, y diferente, que la mera reunión de tres o más personas, o el comportamiento grupal masificado y espontáneo. Y en consecuencia dicho término, siguiendo la teoría del acuerdo previo o 'pactum sceleris' hace referencia a una pluralidad de sujetos que actúan en el caso con algún grado -mínimo- de preparación, planificación u organización...*' (causa n° 40, 'Gómez, Cristian Ramiro s/ robo', del 25/05/99)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 768, "Dimuro, Alejandro Ariel y otros s/ robo, robo agrav. y robo agrav.", [J.A.], del 22/12/01).

Por el uso de un arma impropia (J.O., C. 578)

"...Como lo ha venido sosteniendo este Tribunal, '*...constituye arma, en el sentido jurídico penal de la expresión, cualquier objeto o elemento susceptible de potenciar la violencia que, por sus propios medios, puede generar una persona, y que produzca la convicción en aquel contra quien se utiliza (el sujeto pasivo), de que puede ocasionarle un daño físico...*' (cfr. causa n° 40, 'Gómez, Cristian Ramiro s/ robo calificado', del 25/05/99, R. n° 22-S). En el '*sub iudice*', ha quedado ciertamente acreditado que el encausado empleó, para golpear al taxista, un revolver, como arma impropia, tal lo afirmara ese conductor de transporte público al atestiguar, bajo juramento y pormenorizadamente, durante el curso del debate, explicando que pudo ver bien la indicada arma, a plena luz del día..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 578, "Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma, etc.", [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

"...El '*factum*' descrito en el veredicto, y reseñado en los párrafos anteriores, corresponderá ser subsumido como robo calificado por el uso de arma (CP, 166, inc. 2°), donde las lesiones leves sufridas por la víctima quedan absorbidas en la figura nuclear (como lo postulara la defensa en su alegato, con la favorable acogida de los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, implícita el primero y explícita la segunda), y en el que el revólver que llevaba consigo el causante fue empleado en sentido impropio, es decir, como si se tratara de una cachiporra, situación que torna irrelevante e innecesario, en el caso, la prueba de su específica capacidad funcional para lanzar municiones a distancia..." (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 578, "Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma, etc.", [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

“...Adscribo a la consolidada doctrina de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, conforme la cual *‘si de los hechos que se encuentran firmes, surge que el robo se cometió mediante la utilización de un arma de fuego usada como ‘arma impropia’, debe aplicarse el art. 166 inc. 2º del Código Penal’* (por todos, cito el fallo recaído en P. 46.904, del 06/07/93, “F., S. M. s/ robo”). Además, ese Superior Tribunal sentenció que *‘si el arma ha sido utilizada de manera ‘impropia’ la aplicación del art. 166 inc. 2º se impone, pues en tal supuesto será ‘arma’ en sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque, como lo sería cualquier otro objeto utilizable en tal carácter’* (P. 44.958, del 15/10/91; P. 48.619, del 14/02/95, “A., M. F. s/ robo de autom.”; e/o). Y en forma casi análoga: *‘si se utiliza de manera ‘impropia’ un revólver como objeto contundente, en tal caso sería ‘arma’ en el sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque...’* (P. 52.067, del 28/11/95, “G., A. R. s/ priv. ilegal de la libertad, etc.”). Por último, invoco la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal de Casación Penal provincial, al estimar que *‘cometer el robo con armas no significa forzosamente dispararlas o usarlas, sino emplearlas de algún modo durante el ‘iter criminis’, subrayando la intimidación o potenciando la fuerza que el atracador desea emplear para llevar a cabo sus designios, tal como ocurre cuando éste las exhibe amenazadoramente o golpea a las víctimas con ellas’* (causa n° 331, ‘Yaguar’, del 07/10/99; publ. en la obra de compilación y análisis de la doctrina casatoria bonaerense de la autoría de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 202)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 578, “Angeloni, Ricardo Manuel s/ robo calif. por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 06/09/01, R. 170/01).

SOBRESEIMIENTO

Improcedencia (S., C. 819)

“...Los registros instructorios que sirvieran de fundamento al requerimiento del Agente Fiscal, tienen la apariencia característica de los juicios de probabilidad delictiva que habilitan la apertura de la audiencia de vista de causa, donde se dirime, en definitiva, no sólo la cuestión de la existencia de los hechos delictivos y de su respectiva atribuibilidad jurídica a los procesados de autos, sino también la relativa a sus tipicidades legales, y a los demás aspectos y consecuencias de la responsabilidad penal de los causantes, si es que la hubiera y se probase con certeza irrefutable. En el juicio oral y público, no antes... Entonces, sin perjuicio de que tal posibilidad pudiera confirmarse o disiparse en el desarrollo de la prueba del juicio pleno, entiendo que, de momento, no se han evidenciado motivos suficientes para excepcionar aquella regla de carácter general...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 819, “Baldí, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agrav., extorsión y tenencia de arma de guerra”, [S.], del 09/11/01).

Procedencia (S., C. 482)

“... No puedo menos que admitir, en tributo a la sinceridad, que he tenido prolongadas cavilaciones y serias dudas acerca de que sea viable el sobreseimiento del causante, en una situación procesal como la que nos convoca; es más, la redacción de las normas jurídico-formales involucradas me dejan, a primera vista, la clara impresión de que resulta improcedente... Sin embargo, y muy a pesar de lo que se pueda inferir -‘a sensu contrario’- de la literal interpretación del art. 321,

en referencia a las hipótesis habilitantes de sobreseimiento que se enuncian en el art. 323 (de las cuales, sólo la del inc. 1º *'procederá en cualquier estado del proceso'*), o, peor aún, de lo que se desprende del texto expreso del art. 341, al limitar -*'numerus clausus'*- la operatividad del instituto durante la fase intermedia, aunque luego de la escala dispuesta por el art. 338, todos del CPP, a los casos allí consignados, entiendo que, en la especie, la actitud asumida por el titular exclusivo de la acción penal pública (CPP, 6; ley 12.059), impone una hermenéutica diversa de la gramatical, más compatible con el sistema acusatorio vigente y con el implícito principio de economía (apenas reconocible en una de sus implicaciones, en el art. 33, 2º párrafo del rito, al prescribir *'la mejor y más pronta administración de justicia'*)... En efecto, si el Agente Fiscal *'no se opone'*, al sobreseimiento auspiciado por la otrora defensa técnica del reo, equivale a decir que ha quedado entablado un tácito acuerdo de voluntades -de las partes litigantes- en favor de la solución aludida... Por lo tanto, una vez ensanchada la plataforma funcional del art. 341 del CPP, con el complemento de las causales previstas en el art. 323 (*idem*), es factible seguir avanzando en el análisis de la cuestión en tratamiento, para ingresar al estudio particularizado de la petición formulada, apelando, a todo evento, al criterio de la analogía favorable del reo en materia procesal..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 482, "Campos, Antonio Fidel s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [S.], del 27/04/01, R. 066/01).

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

Ambito de aplicación (S.J.P., C. 656)

"...A poco de iniciar esta actividad jurisdiccional colegiada, tuve que (volver a) pronunciarme sobre un tema problemático, cual es el relativo a la determinación de si en el ámbito normativo del art. 76 bis del CP es factible, o no, diferenciar dos grupos de delitos (en otras palabras, tomando partido en la ya clásica polémica entre las tesis amplia y restringida de la *'probation'*), los que Gustavo L. Vitale en su obra *'Suspensión del proceso penal a prueba'* (Editores del Puerto, Bs. As., 1.996, págs. 60 y sgtes.), discrimina del siguiente modo: por un lado, los párrafos primero y segundo, en tanto se refieren a las hipótesis delictivas reprimidas con pena de reclusión o prisión, cuyo máximo no exceda los tres años (erróneamente designados, según el autor, como *'correccionales'*), y, por el otro, los incluidos en el cuarto párrafo, en los que se permite la condena de ejecución condicional (mal llamados *'criminales'*)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 656, "Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma", [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

"...Entonces entendí que *'...Un replanteo del tema, ante un texto legal concebido con técnica y sintaxis defectuosa (la ley 24.316, nacida, cabe recordarlo, de una desordenada suma de proyectos consensuados por los parlamentarios nacionales), frente a las profundas reformas del sistema penal y de enjuiciamiento penal..., así como a la crisis de los principios de legalidad y oficiosidad, y, en fin, por tener el firme convencimiento de la necesidad de encontrar fórmulas alternativas para la resolución de los conflictos del fuero que, a la vez, agilicen, simplifiquen y abrevien los trámites procesales, con el menor grado de estigmatización posible para el imputado (acorde a un derecho penal de mínima intervención), me ha llevado a cambiar de parecer. En efecto, la búsqueda de efectivas soluciones convencionales o composiciones 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, en causa n° 12, caratulada *'Muza Martínez, Alejandro Rafael s/ tent. de robo'*, del 30/12/98, R. n° 1-S)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...No ignoro que tiempo después la Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, pretendió zanjar el diferendo hermenéutico, al sostener que la escisión en las dos subespecies aludidas carecía de sustento en la prescriptiva jurídica vigente y que, por lo tanto, *'la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y sgtes. del C.P. es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años'* (C.N.C.P., en la causa *'Kosuta, Teresa R. s/ recurso de casación'*, plenario n° 5, del 17/08/99, publ. en *'La Ley'*, 1.999-E, 828, y en *'J. A.'*, 1.999-III-606)... Esa doctrina, cabe recordarlo, no resulta formalmente vinculante para el fuero penal de la justicia común (ley n° 24.050, art. 10, segundo párrafo, *'a contrario sensu'*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...No obstante las ponderadas razones expuestas por la mayoría en el plenario *'Kosuta'*, sigo creyendo que es posible demarcar en la norma legal mentada dos categorías perfectamente diferenciadas, la segunda de las cuales - contenida en el cuarto párrafo del art. 76 bis- está constituida por aquellos ilícitos que, en concreto, permitirían el dictado de una pena de prisión en suspenso (CP, 26), es decir, el conjunto *'de los común y erróneamente denominados delitos 'criminales' o 'de competencia criminal'*... Entre los ejemplos comprendidos en este segundo grupo de delitos, pueden mencionarse los siguientes:.. Lo mismo ocurre con los delitos de tentativa de robo calificado (arts. 166 y 42 C.P.)’ (cfr. Vitale, op. cit., págs. 60/1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...Aunque la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal no admita la bipartición de las hipótesis jurídicas enunciadas en el art. 76 bis del CP (*'Kosuta'*), me mantengo fiel al criterio adoptado en sentido opuesto por este Tribunal (causa *'Muza Martínez'*), no sólo porque, desde lo formal, la imperatividad de aquella doctrina no alcanza a esta justicia penal ordinaria (situación que, en todo caso, me parece de tono menor), sino porque, abordada la cuestión desde una perspectiva sustancialmente constitucional, las sentencias obligatorias -*'extra litis'*- se convierten en disposiciones o normas de carácter general, vedadas al Poder Judicial de un estado republicano (CN, 1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

Delitos penados con inhabilitación (S.J.P., C. 677)

“...La redacción del párrafo final del art. 76 bis del Código Penal (texto de la ley 24.316; B.O.N. del 19/5/94), generó interpretaciones antagónicas, que llegaron a dividir los criterios jurisdiccionales en el ámbito de la mismísima Cámara Na-

cional de Casación Penal que, en acuerdo plenario, pretendió zanjar el diferendo hermenéutico, al disponer que *'no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa'* (cfr. causa *'Kosuta, Teresa R. s/ recurso de casación'*, plenario n° 5, del 17/08/99, publ. en *'La Ley'*, 1.999-E, 828, y en *'J.A.'*, 1.999-III-606)... Paso a examinar, apenas someramente, la regla jurisprudencial sentada por el cuerpo colegiado que se sitúa en la cúspide nacional de las ramas penales, para marcar, de esa manera, mi discrepancia con la misma... En rigor de verdad, en *'Kosuta'* confrontaron -más allá de los diversos puntos de vista de los temas incluidos en el cuestionario convocante del pleno- dos sistemas interpretativos divergentes, ante el defectuoso texto de la ley 24.316; a saber: por una parte, el método literal-gramatical, integrado con la invocación de la voluntad de los parlamentarios, inferida del debate bicameral que precedió a la sanción de la norma (auspiciado por abrumadora mayoría); y por la otra, el criterio teleológico, sea del fin subjetivo del legislador u objetivo de la ley (sólo seguido por los jueces Casanovas y Tragant)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, “Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.”, [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

“...Sin embargo, a pesar de tan aplastante resultado aritmético (10 a 2), hay un aspecto donde los más no logran -a mi parecer- superar el argumento de los menos; me refiero, específicamente, a que la mayoría no llega a demostrar la razonabilidad de la prescripción jurídica que, así interpretada por ellos, permitiría la aplicación del beneficio a los imputados de delitos dolosos que resultan de mayor gravedad (v. gr., las lesiones leves del art. 89 del CP), que otros a los que, en forma sistemática, se lo negaría, es decir, en el ejemplo citado, a quienes se atribuya su análogo en versión imprudente: las lesiones culposas descritas en el art. 94 del CP. *'Nótese que bastaría con que el autor de lesiones culposas, aún mintiendo, modificara la causal del resultado en intencional, para poder acceder a la 'probation'*” (del voto común de los Dres. Casanovas y Tragant). En otras palabras, tener que confesarse autor de una infracción punible más grave, para quedar -al menos, potenciamente- dentro del radio de aplicación del instituto introducido por el art. 76 bis del CP, constituye muestra palmaria de la ausencia de razonabilidad que trae consigo la hermenéutica escogida por la decena de adeptos a la postura que resultara, a la postre, vencedora en *'Kosuta'*. *'A fortiori'*, si se considera que la comisión dolosa (tipicidad subjetiva, según la teoría de la acción final), de un hacer o de un no hacer descripto y reprimido por la ley (tipo objetivo, con -y a veces hasta sin-resultado lesivo para el bien jurídico), configura la actividad humana más reproachable que puede asumir un sujeto frente a las disposiciones del ordenamiento sancionador...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, “Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.”, [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

“No resulta acorde a los aludidos estándares de la razonabilidad jurídica (que deben presidir no sólo toda la actividad legisferante del estado, sino también toda la interpretación jurisdiccional de las normas producidas, con carácter general, por los organismos deliberativos), admitir -reitero, siempre en principio- beneficios para conductas (más intensamente) disvaliosas, que se les niega de modo inexorable a otras que lo son en menor medida. Asimismo, pliégame a la opinión de Gustavo L. Vitale quien sostuvo que *'la exclusión de la suspensión del proceso a prueba para delitos reprimidos con pena de inhabilitación debe ser interpretada -de una manera que guarda alguna analogía con la exclusión de los funcionarios públicos- como referida a los delitos reprimidos 'exclusivamente' con esa clase de pena. Esto se explica porque los delitos que tienen prevista pena carcelaria e inhabilitación -en forma conjunta o alternativa- no podrían estar legítimamente ex-*

cluidos del régimen de la suspensión a prueba debido a la pena de menor gravedad. Si se admite la suspensión para los casos de penas más graves -como son, indudablemente, las privativas de la libertad personal-, no es razonable entender excluidos de ese régimen a esos mismos casos pero en razón de las penas más leves que las acompañan' (cfr. 'Suspensión del proceso penal a prueba', Editores del Puerto, Bs. As. 1.996, págs. 135/6)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 677, "Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.", [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

"Con lógica impecable, se ha criticado el fallo 'Kosuta', señalado en respaldo de la tesis a la que me adhiero que: *'El último párrafo del art. 76 bis excluye del beneficio los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Este requisito negativo plantea la siguiente situación: (a) La ley se sancionó y promulgó para que la instancia penal concentre sus recursos sobre los delitos más graves, y se decidan rápidamente para cumplir con los tiempos razonables del proceso impuesto por el derecho internacional de los Derechos Humanos y de la Constitución. (b) El universo de delitos graves se determina por sus consecuencias, o sea, por la posibilidad de prisión de cumplimiento efectivo en caso de recaer condena. (c) En consecuencia, todos los que pueden ser condenados condicionalmente (en la tercera norma del art. 76 bis del C.P.) tienen la chance de requerir que el juicio en su contra se suspenda bajo las condiciones que fije el tribunal o el juez. (d) Sin embargo, la ley pareciera indicar, además, que todos los que pueden ser inhabilitados no pueden requerir la suspensión del juicio a prueba. Es sencillo advertir que la presencia de (d) como norma genera un dilema. Puede resolverse apelando a los argumentos del criterio jurisprudencial regresivo y vulnerar los fines del instituto mencionados en (a) y (b) (pasan a integrar el circuito de delitos graves algunos de los más leves; algunos delitos que podrían ser condenados condicionalmente y, por ende, leves, quedarían tratados como graves; la agencia operaría burdamente respecto de delitos leves). Este dilema se presenta porque (d) aparece como contradictorio frente a (a), (b) y (c). La opción entre considerar que (a), (b) y (c) limitan a (d), o que (d) deroga a los tres primeros, fue resuelta por la jurisprudencia inferior en el primer sentido en resguardo de una interpretación teleológica y para salvar la vigencia del instituto, pero la jurisprudencia casatoria se expidió en sentido contrario. Pocas dudas caben acerca de cuál es metodológicamente más saludable doctrinaria y jurisprudencialmente; tampoco quedan dudas acerca de la extrema torpeza e irresponsabilidad del legislador'* (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, en 'Derecho Penal. Parte General'. edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 929)..."

(Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 677, "Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.", [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

"Este Tribunal, a partir del caso '*Muza Martínez, Alejandro Rafael s/ tentativa de robo*' (causa nº 12, sentencia fechada el 30/12/98), en forma unánime se enroló en la postura amplia que admite la '*probation*' incluso en los delitos graves, por lo que -hipotéticamente, si se dieran todas las condiciones necesarias- podría llegar a concederse a quienes aparecen imputados de una tentativa de robo a mano armada (CP, 42 y 166, inc. 2º), o de robos en despoblado o en poblado y en banda (CP, 167, incs. 1º y 2º), entre otros ejemplos. Negarle '*ab initio*' esa misma posibilidad de acceder al citado beneficio a los que resultan sindicados como autores de homicidio culposo (CP, 84) o, peor aún, de lesiones culposas (CP, 94), estrechando el criterio hermenéutico y haciendo uso del método literal/gramatical, desplazado en '*Muza Martínez*', me parece paradójico y poco menos que absurdo. Una vez más traigo a colación un fragmento del voto minoritario en '*Kosuta*', donde el dúo disidente dejó sentado -y lo comparto- que '*la labor interpretativa es mucho más ardua y los parámetros delimitadores que la gobiernan aparecen demarcados*'

por: a) la imposibilidad de hacer justicia con total independencia de la ley, y b) la imposibilidad de aplicar una ley con total independencia de la justicia' (textual). Quiere decir que, en puridad, no se trata de pretender la libre búsqueda de justicia por parte del Juez (prohibición 'a'), pero tampoco de elegir entre dos interpretaciones posibles de la ley, aquella que es capaz de engendrar irritantes diferencias (interdicción 'b'), como las que ido ejemplificando a lo largo de este voto..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, "Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.", [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

"A pesar que la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal no admita el otorgamiento del beneficio en ninguno de los supuestos en que una conducta típica pudiera ser sancionada con pena de inhabilitación ('Kosuta'), sugiero adoptar otra regla interpretativa, limitadora únicamente de los casos en que ese castigo viene conminado como sanción exclusiva, no sólo porque, desde lo formal, la imperatividad de aquella doctrina no abarca a esta justicia penal ordinaria, sino porque -sin desdeñar los métodos literal, gramatical, ni exegético, que he utilizado en muchas ocasiones- considero, ahora, que a la disposición examinada no le resulta aplicable el viejo aforismo '*in claris non est interpretatio*', desde que adolece de una redacción poco precisa, que ha levantado inacabadas polémicas sobre su verdadero sentido y extensión. Compelido a recurrir, en forma auxiliar, a la tésis normativa, y apelando -una vez más- a criterios funcionales, utilitarios y equitativos para conocer mejor su alcance, me inclino por la posible ampliación del beneficio a personas imputadas de realizaciones delictivas imprudentes, interpretando en esa medida la veda prescripta en el art. 76 bis, '*in fine*' del CP..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 677, "Cepeda, Walter Alejandro s/ homicidio culposo agrav.", [S.J.P.], del 12/07/01, R. 213/01).

Finalidad de la '*probation*' e improcedencia en el caso (S.J.P., C. 622)

"...La concesión del beneficio en el supuesto que nos convoca, controversia los fines tenidos en mira por la suspensión del juicio a prueba, la que 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. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 622, "Shurin, Ariel Carlos s/ abuso sexual, tent. de abuso sexual y exhibiciones obscenas agravadas", [S.J.P.], del 07/02/01, R. 015/01).

"...Los hechos por los cuales se trajo a juicio al encausado -conforme surge del requerimiento fiscal 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... No sólo la pluralidad de injustos independientes, sino también la diversidad de víctimas, la mayoría de las cuales resultarían menores de edad, así como la inexistencia de peritajes psicológicos y/o psiquiátricos del causante, en la especie, desaconsejan la vía alternativa adoptada por las partes, o, lo que es lo mismo, hacen necesario dilucidar la existencia de los ilícitos y la hipotética responsabilidad penal del imputado mediante el juicio pleno (Título I, Libro III), o abreviado (Capítulo III, Título II, Libro III), que se legislan en el Código de Procedimiento Penal..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 622, "Shurin, Ariel Carlos s/ abuso sexual, tent. de abuso sexual y exhibiciones obscenas agravadas", [S.J.P.], del 07/02/01, R. 015/01).

Oposición del Ministerio Público (S.J.P., C. 656)

“...La fundada oposición fiscalista al otorgamiento de la *‘probation’*, que se exteriorizó en el mismo acto en el que se auspiciara su adopción, sella indefectiblemente la suerte adversa del pedido defensorista, al quedar insatisfecho el esencial ingrediente del art. 76 bis, 4º párr. del CP. Recurro, una vez más, a Gustavo Vitale en tanto argumenta que *‘Una razón adicional para entender que el cuarto párrafo del art. 76 bis contempla un grupo de delitos distintos a los comprendidos en el primero y segundo, es que la ley penal requiere sólo en el cuarto párrafo el requisito del dictamen fiscal favorable (designado en la ley como ‘consentimiento fiscal’). Si sólo exige la manifestación de voluntad favorable del fiscal en el cuarto párrafo, es porque en él se comprenden supuestos de mayor gravedad en relación a los descriptos en el primero y segundo’* (cfr. op. cit., pág. 69). Julio de Olazábal (en *‘Suspensión del juicio a prueba’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.994, pág. 75), Eleonora A. Devoto (en *‘Probation e institutos análogos’*, edit. DIN, Bs. As. 1.995, págs. 129/30), y Ricardo O. Sáenz (en *‘La suspensión a prueba del proceso penal’*, en *‘La Ley’*, del 15/07/94), coinciden, con algunas matizaciones, en la necesidad de contar con la anuencia del Ministerio Público para cubrir el recaudo emergente de la literalidad del texto legal sustantivo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

“...Creo advertir que el motivo medular para el rechazo de la pretensión traída aparece plasmado, de modo intergiversable, en la legislación procesal bonaerense, configurada en una dirección tendencialmente acusatoria, donde en plena sintonía con la proclama que *‘la acción penal pública se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley’* (CPP, 6; t. o. ley 12.059, subrayado no original), se dispone -en el capítulo IV, título II, del libro III, y en la única cláusula destinada a reglamentar el funcionamiento operativo del instituto, en su dimensión procedimental- que *‘el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, mediando conformidad Fiscal’* (CPP, 404, el resaltado aquí también me pertenece). Comentando la última de las normas aludidas, el corredactor de la reforma procesal y hoy Presidente del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., Federico Domínguez, escribió que *‘el juez puede conceder el beneficio, pero eso sí, la conformidad del fiscal en orden al respeto al principio acusatorio es fundamental’* (cfr. *‘Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.’*, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, pág. 342). La validez constitucional de esa regulación, no ha sido controvertida por el tenaz defensor técnico de la causante, ni advierto que existan causas para ello...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 656, “Escot, Silvia Alejandra y otro s/ tent. de robo agrav. por el uso de arma”, [S.J.P.], del 11/05/01, R. 082/01).

TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA

Alcance del art. 189 bis, 3º párrafo del Código Penal (J.O., C. 643)

“...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. op. cit., t. 2, pág. 31)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...En el caso *'sub examine'*, indudablemente, el encausado tenía el revolver con disponibilidad física, en cualquier momento, ya sea, al menos desde que lo llevaba en su camioneta, hasta la oportunidad en que fue verificada esa tenencia, cuando se entregó en la Seccional, incautándole el arma los funcionarios policiales ya indicados... 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. de fondo, 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 20/08/93, 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 Francisco s/ tenencia de arma y de municiones de guerra, etc.'*, del 30/09/99, R. 56; e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

Error de tipo (J.O., C. 643)

“...Como señala Javier Augusto De Luca, *'en la teoría clásica sólo excusan los errores de hecho y de derecho extrapenal, no así el de derecho. Ellos excluyen el dolo...'* Y agrega, que en el delito en cuestión *'...como no hay figura culposa carece de relevancia la evitabilidad o inevitabilidad de él...'* Dicho autor añade que: *'error o ignorancia de hecho, alegaría quien no sabía que tenía un arma de guerra en su poder a su disposición. De derecho extrapenal, quien creía que el arma que tenía no era de guerra... De derecho, quien creía que la tenencia de armas de guerra sin autorización no era delito. La dogmática moderna, en cambio, discrimina los errores de tipo y de prohibición, categorías no asimilables completamente a las tradicionales ya enunciadas... El error de tipo... recae sobre alguno de los elementos del tipo objetivo. Por ejemplo, no saber que tomaba un arma de guerra creyendo que era de juguete... El error de prohibición, en cambio, afecta el conocimiento o la comprensión de la criminalidad o antijuridicidad del acto, dejando intacto el dolo, como por ejemplo creer... que la tenencia de armas de guerra está permitida...'* (cfr. 'El delito de tenencia ilegal de armas de guerra', edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.993, págs. 87/9)... La defensa técnica, enrolándose en la teoría moderna, centró la cuestión en el *'error de tipo'*, referido, exclusivamente, al elemento norma-

tivo que lo integra, o sea, que su pupilo habría ignorado o conocido equivocada o falsamente, que el revólver calibre 38 que tenía en su poder, un *'arma de guerra'...*" (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...Para comprender la cuestión en análisis y el porqué no abrigo dudas que el procesado conocía todos los elementos normativos del tipo, creo adecuado comenzar recordando que el Preámbulo de la Constitución Nacional establece, entre los fines de esa Ley Fundamental, el *'consolidar la paz interior'* y por ende, en la comunidad por ella reglada, no existe libertad indiscriminada para *'armarse'*, y ello es un principio elemental, de accesible conocimiento, a todo habitante con capacidad de comprender y dirigir sus acciones, tal el caso del encausado, como ha quedado probado, a mi entender, según lo he afirmado al comienzo del tratamiento de esta tercera cuestión... Quienes quieran hacerlo, deben sujetarse a un determinado control y disciplina; cualquiera sea el tipo de arma de fuego de que se trate... Patricia Ziffer, refiriéndose al art. 189 bis. del Código Penal ha expresado: *'frente a fenómenos de violencia creciente, el legislador tradicionalmente ha respondido a los reclamos sociales con normas de este tipo...'*, agregando *'el peligro que deriva del empleo de armas se acentúa si son poseídas subrepticamente... la tenencia del arma está prohibida en la medida que resulta peligrosa- y por ello la ley reglamenta su posesión-, pero con independencia de que esté directamente encaminada a la comisión de delitos'* (*'El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma'*, en *'Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal'*, edit. Ad-Hoc año 2, n° 3, octubre 1.996, págs. 336 y 338)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

"...Y así es que se reprime a los detentadores materiales de armas de guerra, a quienes *'se presupone por ley, como atentatorios de la seguridad común'*, o sea que en el caso es necesario que ésta sea dañada o puesta en peligro (Carrera, Daniel *'Los delitos contra la seguridad común del art. 189 bis. del C. Penal'*, en *'L.L.' Sec. Doctrina*, tomo 134 págs. 1.377 y sgtes.)... Bien lo expresa el maestro Soler: *'Hay cierto tipo de materiales peligrosos, cuya simple tenencia comporta ya considerable peligro... por eso la ley suele regular esas tenencias mediante autorizaciones'*, para, luego, agregar: *'el delito consiste en tener las cosas sin la debida autorización cuando está legalmente requerida...'* (Derecho Penal Argentino, edit. Tea. Bs. As. 1.978, tomo IV, pág. 520)... En igual sentido, Ricardo C. Nuñez expresa que *'consiste en la tenencia flagrante de material clasificado reglamentariamente como arma de guerra por el PE (Ley 20.429 y su reglamentación Dto. 3955/75)'* (cfr. *'Manual de Derecho Penal. Parte Especial'*, actualizado por Víctor F. Reinaldi, 2º edit., Marcos Lerner, Córdoba 1.999, pág. 292)... *'Armas de Guerra son todas las clasificadas como tales por las respectivas reglamentaciones nacionales; la designación reglamentaria es indispensable para que el objeto asuma el carácter típico, (no hay armas de guerra por su naturaleza)* (cfr. Creus, Carlos, en *'Derecho Penal, Parte Especial'*, tomo 2, 3º edit. Astrea 1991; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto *'C. Penal. Parte Especial...'*, edit. Hammurabi, impresión setiembre 2.000. pág. 73)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, "Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas", [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Tanto la ley 20.429 de armas y explosivos, como su reglamentación, integran la hermenéutica del art. 189 bis del Código Penal... Reiterada es la jurisprudencia y doctrina en el sentido que el delito se configura cualquiera sea el origen del arma y los motivos por los cuales ha llegado a manos del tenedor, careciendo de importancia si fue comprada o recibida en préstamo, así tampoco si la adquisición lo fue con fines de defensa. Por ello no cambia la solución las explicaciones que, sobre el particular, brindó del encausado al hacer uso de la palabra al final de debate... En el caso que nos convoca, en virtud de las circunstancias que lo rodean, no se advierte que el encausado haya desconocido o, en su defecto, conocido de modo falso o equívoco que el arma que se incautó en su poder, es decir, el revólver calibre 38 SPL..., era un ‘arma de guerra’... Primeramente porque, respecto de los elementos normativos del tipo, ‘...*basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo...*’ (cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes en ‘Derecho Penal. Parte General’, 2ª edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1.995, edit. Tirant lo blanch. Valencia, 1.996, pág. 292)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...Cabe destacar que la población, a través de los distintos medios de comunicación, es casi diariamente anoticiada sobre la necesidad de cumplir con la ley y proceder a la debida inscripción o registración de las armas de fuego, haciéndosele saber que debe concurrir a registros públicos (ya sea, el Registro Nacional de Armas, o su similar provincial), donde se le brinda el asesoramiento completo sobre cada arma. Sin perjuicio de lo cual, a la transmisión de tal información contribuyen, también, los comerciantes que las expenden... Por lo tanto, el conocimiento de aquellas exigencias legales, o sea, inscribir las armas de fuego y requerir la correspondiente autorización administrativa para tenerlas o portarlas, cualquiera sea la clasificación que de ellas haga la ley, es un parámetro no sólo normativo, sino, además, cultural y comercial que ningún ciudadano puede ignorar... El entorno laboral en el que está acostumbrado a vivir el acusado, desde su temprana juventud, sin duda, le permitió conocer que el diámetro del caño del arma que tenía en sus manos, era de suficiente dimensión, como para diferenciarla de las calificables como de uso civil, cuyo caños no superan el grosor de un bolígrafo, o un lápiz, de común adquisición en el mercado...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

“...La solución no variaría, aunque el error respecto a la inclusión de un arma de guerra en la enumeración del decreto reglamentario de la ley nacional de armas y explosivos, fuera considerado como un ‘*error de prohibición*’, toda vez que, insisto, las disposiciones legales respecto a armas de guerra son motivo de profusa difusión... Para finalizar y no obstante no haber sido planteado por la defensa, con el objeto de aventar toda duda, estimo adecuado dejar sentado que tampoco ha existido por parte del procesado desconocimiento alguno acerca de la necesidad de registración del arma en cuestión y obtención de la correspondiente autorización para su tenencia...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 643, “Malvica, Salvador Leonardo y otro s/ homicidio y tenencia de arma y munición de guerra de uso civil condicionado en concurso real y amenazas”, [J.O.], del 07/11/01, R. 223/01).

TENENCIA DE MUNICION DE USO PROHIBIDO

Clasificación (J.A., C. 620)

“...Acerca de los cartuchos con ojiva perforada, considerados por el idóneo policial como *‘material de uso prohibido, sólo apto para la caza o tiro deportivo’*, escapan a la clasificación de municiones correspondientes a arma de guerra a la que se refiere el último párrafo del art. 189 bis del CP, razón por la cual la conducta desplegada por el causante deberá quedar delimitada conforme la tipicidad aludida en el párrafo anterior...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 620, “Clemente, Juan Carlos s/ portación de arma de uso civil condicionado y tenencia de munición de uso prohibido, en concurso ideal”, [J.A.], del 08/03/01, R. 021/01).

TESTIMONIOS

Limitaciones (I., C. 835)

“...Deberá receptarse la objeción de la fiscalía a la citación, como testigos, del Agente Fiscal y de su Secretario... Cabe poner de manifiesto que entre los testigos ofrecidos en la oportunidad establecida por la primera parte del art. 338 del CPP, no figuran los mencionados precedentemente, cuya existencia era conocida por la defensa al momento de contestar el traslado que le confirió el Tribunal a efectos de ofrecer la prueba con miras al debate oral, motivo por el cual su propuesta en la audiencia preliminar deviene, por extemporánea, inadmisibile... Desconoce el Tribunal (y no es su función indagar acerca de las mismas) cuales fueron las razones por las que la defensa no propuso, pudiendo hacerlo, en el momento procesal oportuno, la comparecencia de los aludidos funcionarios del Ministerio Público; pero, no puede ignorar que *‘...la libertad de los medios (probatorios) no implica libertad de procedimiento, porque se convertiría en arbitrariedad judicial con menoscabo de las garantías de las partes...’* (cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., ‘Tratado de Derecho Procesal Penal’, edit. Ediar, Bs. As. 1.966, tomo V, pág. 32, haciendo la salvedad que lo consignado entre paréntesis nos pertenece)... Asimismo, examinada la pretensión defensiva de cara al art. 363 del código ritual, ésta resulta no sólo prematura, en tanto la norma cobra operatividad recién en el curso del debate, sino también, improcedente, puesto que no concurren, de momento y en el caso, las condiciones de procedibilidad exigidas en tal dispositivo...” (Por unanimidad, causa n° 835, “Acosta, Marcelo Toribio y otro s/ falso testimonio”, [I.], del 23/09/01, R. 189/01).

Testigo único (J.O., C. 686)

“...Tan clara y contundente fue la declaración prestada por el taxista, que hace aplicable al caso lo sostenido por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., cuando sentenció que *‘un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido’* (cfr. Sala 1ª, causa n° 185, ‘Benítez, Carlos s/ homicidio’, del 08/09/99). En autos, he podido advertir tales *‘consonancias’* cuando en poder del imputado la autoridad policial que lo aprehendió, logró incautarle -apenas pasados unos cinco minutos del hecho delictivo- el mismo tipo de arma blanca que, en la audiencia oral, el damnificado describió y reconoció como aquella que se usara en

su contra...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 686, “Ramírez Rossi, Cristian Mauricio s/ tent. de robo y robo calif. por el uso de arma”, [J.O.], del 10/09/01, R. 173/01).