



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 1364/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de diciembre de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 3276/3293 y 3294/3315, en este proceso n° CCC 51212/2014/TO1/CNC1, caratulado “Di Bella, Diego Martín y otro s/ homicidio en ocasión de robo”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta ciudad, por veredicto del 26 de agosto de 2015, cuyos fundamentos fueron puestos en conocimiento de las partes el 2 de septiembre de ese mismo año, resolvió –en lo que aquí interesa–:

“I) CONDENAR a DIEGO MARTIN DI BELLA, de las demás condiciones personales mencionadas en autos, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 29, inc. 3, 45 y 165 Código Penal y arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II) CONDENAR A DIEGO MARTÍN DI BELLA A LA PENA ÚNICA DE TRECE AÑOS DE PRISIÓN y costas comprensiva de la mencionada en el punto anterior y de la de tres años de prisión, en suspenso, con más las reglas previstas en el artículo 27 bis del Código Penal –cuya condicionalidad se revoca– dictada el 6 de noviembre de 2014 en la causa N° 8240/13 del Tribunal Oral Federal de General Roca como coautor del delito de tenencia ilegítima de documentos nacionales de identidad ajena; (arts. 55 y 58 del Código Penal).

III) CONDENAR a SILVINA PAULA MAQUIEIRA,

*de las demás condiciones personales mencionadas en autos, a la pena de **ONCE AÑOS DE PRISIÓN y costas**, por resultar coautora penalmente responsable del delito homicidio en ocasión de robo (arts. 29, inc. 3, 45 y 165 Código Penal y arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).*

IV) CONDENAR A SILVINA PAULA MAQUIEIRA

A LA PENA ÚNICA DE TRECE AÑOS DE PRISIÓN y costas

comprensiva de la mencionada en el punto anterior y de la de tres años de prisión, en suspenso, con más las reglas previstas en el artículo 27 bis del Código Penal –cuya condicionalidad se revoca– dictada el 6 de noviembre de 2014 en la causa N° 8240/13 del Tribunal Oral Federal de General Roca como coautora de los delitos de tenencia ilegítima de documentos nacionales de identidad ajenos; uso ilegítimo de documento de identidad que corresponde a otra persona en calidad de coautora; y de adulteración de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas en calidad de partícipe secundario, todos ellos en concurso real (arts. 55 y 58 del Código Penal)”.

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa oficial interpuso los recursos de casación de fs. 3276/3293 –en favor de Di Bella– y 3294/3315 –respecto de Maquieira–, remedios procesales que fueron concedidos a fs. 3316/3317 por el tribunal de juicio.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.



Luego, el recurrente presentó –en término de oficina– un escrito ampliando los agravios introducidos en los recurso que originó la incidencia, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 3349/3364).

IV. Se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los agravios expresados en el escrito recursivo y en el término de oficina fueron reiterados, en lo sustancial, por la defensa en esa oportunidad. En esa misma ocasión comparecieron: el Dr. Mariano Maciel –titular de la Unidad de Actuación N° 2 ante esta Cámara–, sus defendidos –concretamente, Diego Martín Di Bella y Silvina Paula Maquieira–, la Dra. María Luisa Piqué –en representación del Ministerio Público Fiscal– y la querellante Gabriela Patricia Manti junto a su letrado patrocinante Nicolás Fernando D’Albora. En esa misma oportunidad, además, se celebró la audiencia prevista en el art. 41, CP.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó a Diego Martín Di Bella y Silvina Paula Maquieira por encontrarlos coautores penalmente responsables del delito de homicidio en ocasión de robo, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas.

I.1 El hecho que tuvieron acreditado fue el siguiente: *“el día 30 de julio de 2004 con posterioridad a las 21:00 Silvina Paula Maquieira y Diego Martín Di Bella, junto con la ya condenada en estos autos Eva Leonor García, ingresaron mediante engaños en el domicilio sito en la calle J.E. Uriburu 1276 de esta ciudad, y tras suministrar al Sr. Omar Narciso Manti y a la Sra. Leticia Botta, benzodiacepinas en las bebidas que ingirieron, lograron adormecerlos y de esa forma sustraer joyas, dinero en efectivo (aproximadamente U\$S 30.000), una carabina, un revólver, un juego de cubiertos, una video-cassettera, un secador de*

cabello, un teléfono celular, D.N.I., pasaportes, juegos de llaves, lapiceras, relojes, tapados de piel, carteras, cosméticos, perfumes, etc., así como también elementos de propiedad de Gabriel Ignacio Rosales –amigo de la familia quien ocupaba una habitación en la planta superior de la finca–, tales como la suma de doscientos pesos, el cargador de su teléfono celular, un perfume marca Azzaro y una caja que contenía quince discos compactos.

Que a raíz de la ingesta de las benzodiazepinas proporcionada por los imputados sumado al consumo de bebidas alcohólicas por parte del Sr. Manti durante la cena, se produjo el desenlace fatal del nombrado, mientras que la Sra. Botta, quien no había ingerido alcohol durante la cena, pese a la gran insistencia de los imputados, debió ser trasladada al Hospital Alemán donde fue internada con diagnóstico de sobredosis por benzodiazepinas.

De esta forma, tenemos por probado que ese mismo día la Sra. Eva Leonor García y Silvina Paula Maquieira, lograron engañar a los damnificados, haciéndose pasar por viejas clientas de la ferretería y de esa forma se presentaron en el comercio en cuestión, en dos oportunidades, primero sólo la Sra. García y después ambas imputadas y mediante diferentes engaños efectuados a uno de los empleados, supieron que las víctimas se encontraban tomando un café en la confitería Canela.

Que es así que ambas personas se apersonaron en el bar en cuestión y al ingresar refirieron “hola, Leticia, como estas Omar” con lo que lograron que el matrimonio girara su cabeza y las imputadas los saludaran con mucha efusividad.

Es así que mediante diferentes artilugios se hicieron pasar por antiguas conocidas y lograron que las víctimas invitaran a García y a Maquieira a su casa a cenar, a lo que luego se sumó quien aparentó ser el hijo de García, quien en realidad se trataba del imputado Di Bella.”

I.2. En la tarea de recrear el cuadro histórico del hecho imputado, los magistrados componentes del tribunal de referencia se valieron de los siguientes elementos probatorios:

a) El relato de la víctima Leticia Susana Botta, quien relató en forma precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el suceso que la damnificó junto a su marido Omar Narciso Manti y la forma en que éste invitó a comer a los mencionados precedentemente mientras tomaban un café en un bar cercano a la



ferretería de su marido. Recordó cómo los tres invitados insistían para que ella tomara vino y reconoció el photo-fit de fs. 315/316. Finalmente, reconoció a los imputados sentados en la sala de audiencias como las dos personas presentes esa noche.

b) La declaración de Carlos Alberto Manti, sobrino del occiso, quien refirió que una señora se presentó dos veces el mismo día para efectuar la compra de un taladro eléctrico a la vez que preguntó dónde estaba el dueño de la ferretería. Expresó que la primera vez fue sola y la segunda con quien dijo que era su hija. Luego, se enteró que ambas fueron al bar y su tío Omar las invitó a comer. Finalmente, al día siguiente, por intermedio de un operario que iba a realizar un trabajo a la casa de sus tíos, se enteró del fatídico suceso. También contó que vio a las dos mujeres y reconoció a Maqueira en la audiencia de debate como la que se presentó como la hija de la mujer mayor.

c) La declaración de quien en vida fuera Alberto Ricardo Baccino, declarante en el juicio celebrado contra Eva García, quien en forma coincidente con los testigos mencionados; en tal oportunidad había relatado *“(...)una mujer ingresó –a la ferretería– y le pregunto al dicente si él era Omar Manti. Que ante su respuesta negativa, se presentó como “Fernanda”, manifestando ser psicóloga y vecina del matrimonio Manti y preguntando sobre el estado anímico de estos, debido al accidente automovilístico del hijo. (...) que la mujer estaba acompañada por quien dijo ser la hija (...)–y– le informó que –los Manti– debían estar en el café de al lado”*.

d) Los dichos de Gabriela Patricia Manti, querellante e hija del matrimonio damnificado; refirió que esa noche habló por teléfono con su madre y que ella le contó de la cena con una supuesta clienta de la ferretería y sus dos hijos; la manera en que se presentaron en el bar y como su padre las invitó a comer a su casa. También contó todo lo que le dijo su madre cuando estaba internada en el hospital y después del alta médica, recayendo especialmente en la insistencia de las tres personas para que ella bebiera alcohol y en la pertinaz insistencia de Eva García en cuanto a ser ella quien llevara las cosas desde la cocina, y luego servir el café. A su vez, relató todo lo que le dijo su primo que había sucedido en

la víspera antes de la invitación en el local de la ferretería en forma conteste con él. Finalmente, indicó que la casa quedó toda revuelta y que robaron gran cantidad de cosas.

e) El testimonio del comisario Miguel Conza, quien fue el encargado de llevar a cabo la investigación policial, incluido en las actuaciones sumariales de fs. 202/278, incorporadas por lectura.

f) Los testimonios de los peritos Liliana Volpi y José Luis Lorenzo y los informes periciales por ellos efectuados, obrantes a fs. 397/400, 1355/1356 y 947/959, respectivamente.

g) También valoraron que a través de la investigación policial se pudo determinar que Eva García efectuó llamados a su sobrina Vanesa (quien tenía el teléfono intervenido en la ciudad de Rosario) desde el abonado n° 4314–7100 registrado a nombre de Silvina Paula Maquieira. Por esas escuchas, se determinó la relación entre García y Maquieira, como la existencia de una “*mai*”¹ que hacía “trabajos” pedidos por Maquieira para que su actual pareja se separara de una tal “Fernanda Supa” (fs. 563/564, 574, 607, 638, 704 bis, 764, 771, 1027, 1125/1126 y 1170).

h) La autopsia efectuada al occiso Omar Manti, obrante a fs. 403/406.

i) Informe de la Unidad Médico Forense de Investigación Criminal de fs. 115/117.

j) Informe pericial de fs. 589/590, del que surge que las muestras digitales se corresponden a las de Diego Martín Di Bella.

k) Copias de la historia clínica de la Sra. Leticia Botta del hospital Alemán de fs. 126/176.

l) El secuestro en el interior del domicilio de un envoltorio de papel con la inscripción “El cisne de Pedro Goyena”, comercio ubicado en la calle Pedro Goyena 263 a dos cuadras del domicilio donde residía Maquieira (fs. 25/26 y 504 de la causa que corre por cuerda)

¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 114 del CPPN, aclárase que el término “*mai*” corresponde, en la religión afrobrasileña denominada “*candomblé*”, a la persona de sexo femenino que inicia a los adeptos (v. BALLESTEROS MARTÍN, Lourdes: “El candomblé de Bahía”, publicado por ASEAB (Asociación de Estudios Antropológicos de Albacete), 2007, p. 6.



ll) Declaración testimonial de Gabriel Ignacio Rosales, amigo del hijo fallecido del matrimonio Manti y conviviente en el departamento de dicha familia, quien contó los efectos que le sustrajeron ese día.

m) Sentencia condenatoria de Eva García obrante en la causa n° 2189 que corre por cuerda, especialmente la declaración indagatoria efectuada en el juicio anterior por Leonor García, quien reconoció haber estado ese día en la casa de los Manti junto con Di Bella y Maquieira, aunque se desvinculó del hecho delictivo.

I.3. A través del arsenal probatorio reseñado se tuvo por acreditado que ambos imputados estuvieron presentes el día 30 de julio en el domicilio de las víctimas y que *“luego de suministrarles Bromazepam, que dio el resultado muerte a Omar Manti, les sustrajeron objetos de valor de su domicilio”*.

Con referencia a las versiones de descargo, los magistrados brindaron las razones que les guiaron a descalificarlas. Respecto de los dichos de Di Bella, refirieron que *“no reviste la menor consistencia. Por un lado admite haber estado en el lugar de los hechos (más allá de que existe una huella que corrobora su presencia en el domicilio), pero dice que se encontró con Eva un rato antes porque quería mantener relaciones sexuales con ella. Esta intención es absolutamente incompatible con el hecho de concurrir a un domicilio desconocido, con otra mujer desconocida, a quien Eva presentó a ambos como sus hijos y además a Eva la llamaban Fernanda”*.

En cuanto a la versión de Maquieira refirieron que no tiene ningún sustento con el resto de la prueba incorporada en la causa; en este sentido evaluaron en forma conjunta *“el testimonio de la damnificada Leticia Bota, el sobrino del occiso que vio a las imputadas en la ferretería, el empleado Baccino, cuyo testimonio se encuentra incorporado por lectura al debate pero en su oportunidad también dio la descripción de la persona que se presentó en el negocio que se hizo pasar por la hija de Eva García, el lugar donde se compró la torta, la relación que la imputada mantenía con Eva García, que surge de sus propios dichos que le prestaba su estudio para dormir y de las escuchas telefónicas de donde surgen que se hicieron innumerables llamadas al domicilio de la sobrina*

García, incluso al día siguiente de los hechos, la relación Di Bella con Maquieira y por último los dichos de la otra imputada en autos, García, quien ubica en la escena del crimen tanto a Di Bella como Maquieira”.

II. La parte recurrente en su escrito, y luego en su presentación ante esta cámara, concentró el objeto de su impugnación en cinco tópicos, en función de los cuales solicitó: a) la nulidad de la sentencia por la arbitraria valoración de la prueba, con afectación del principio constitucional de la regla *“in dubio pro reo”*; b) en forma subsidiaria, modificación de la calificación legal asignada por la de robo en concurso ideal con homicidio culposo; c) errónea selección del grado de participación imputado a sus asistidos; d) incorrecta valoración en la determinación de la pena; e) posteriormente, en término de oficina, el defensor oficial introdujo un nuevo argumento, solicitando la nulidad de la sentencia dictada por afectación al principio de imparcialidad.

Iniciaré el análisis por esta última, toda vez que el cuestionamiento del juzgador configura un ítem fundamental de cuya resolución depende la viabilidad del examen de las objeciones restantes.

III. Nulidad de la sentencia por afectación al principio de imparcialidad del juez

La defensa ha planteado la hipotética violación de la garantía constitucional de juez imparcial, postulando la anulación de la sentencia recurrida y el dictado de la absolución de sus asistidos, en virtud de la doctrina del fallo “Polak” de la CSJN (Fallos 321:2826), en el que se dispuso la imposibilidad de celebrar un nuevo juicio cuando la defensa es ajena a la infracción denunciada.

Haré una breve mención respecto de la admisibilidad que, entiendo, corresponde asignar al agravio introducido en el término de oficina, reiterando conceptos vertidos en un precedente de este órgano judicial: *“si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 in fine del digesto ritual, entiendo que el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias pétreas que regulan el*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNCI

*acceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*².

En el presente caso, la defensa alegó la afectación del derecho de defensa y del de ser juzgado por un juez imparcial, garantía reconocida como implícita en la forma republicana de gobierno y consagrada en los Pactos y Convenciones incorporadas a la Constitución Nacional, art. 75.22.

III.1 En el escrito presentado en término de oficina, la defensa oficial aludió al temor “*cierto, serio y concreto*” de parcialidad objetiva del juez Sergio Paduczak, toda vez que el mencionado intervino como defensor público oficial del coimputado Ramón Raúl Silva, al momento de ser indagado sobre los mismos hechos que los atribuidos a sus asistidos, con fecha 27 de septiembre de 2004.

Refirió que el juez en cuestión, en su antiguo rol, tomó contacto con Silva, escuchó la imputación y las pruebas existentes en su contra, y con ello concluyó que tuvo “*conocimiento previo del caso que años más tarde, le tocó resolver como magistrado*”.

Destacó que Silva brindó un descargo incriminando a sus asistidos, sobre todo al momento de explicar las conversaciones telefónicas oportunamente grabadas y que, posteriormente, en el juicio fueron impuestas como prueba de cargo.

A ello agregó –con reserva de cualquier cuestionamiento subjetivo– que no puede obviarse “*la comunidad argumental que existe entre los fundamentos del fallo en crisis con aquellas referencias, que, por obvias razones eran, cuanto menos, conocidas, por el letrado defensor, a la postre juez del caso*”.

Finalmente, asimiló la situación del juez Paduczak a la de su colega Cusmanich, quien se inhibió por haber participado como juez en el juicio celebrado anteriormente respecto de la condenada García.

En la audiencia celebrada conforme a los artículos 465 y 468, CPPN, el Dr. Maciel expuso que Paduczak fue parcial, pero desde

² Cf. mi voto en causa 46517/2014, caratulada “MONASTERIO, Alan y RUOCCO, Alejandro Lucas s/ robo con armas” (rta. 11.9.15; reg. 453/2015).

un punto de vista subjetivo. En este sentido, afirmó que el magistrado no podía desconocer que estaba resolviendo un caso poco común de “*viudas negras*”, en el que previamente había intervenido como defensor de un coimputado Raúl Ramón Silva que se hacía llamar “*Ivana*” y que hacía trabajos de “*magia negra*” o “*umbanda*”³.

Argumentó su postura sobre la base de que, al cumplir funciones como abogado defensor del referido Silva, tuvo una entrevista con él por un tiempo prudencial, escuchó el hecho imputado en complicidad de sus asistidos Di Bella y Maquieira, como así también se le impuso de manera detallada la prueba que obraba en su contra. Destacó que, al menos, veintitrés pruebas testificales que se tuvieron en cuenta como prueba de cargo en la sentencia recurrida, entre ellas las declaraciones de Bachino, Carlos Manti, Gabriela Manti y la declaración de Leticia Botta –que además fue la prueba más relevante–, distintos informes periciales, listados de llamados telefónicos y la fotocopia de la declaración de su asistida obrante a fs. 499/500, habían sido exhibidas y detalladas en aquella indagatoria en la que hubo de intervenir Sergio Paduczak como asistente técnico; y sumó a ello la circunstancia de haber ejercido la presidencia del debate, con las funciones que a esa función competen.

Indicó que la versión de Silva, previamente instruido por quien, en esta ocasión, hubo de condenar a sus defendidos, fue adversa a ellos y que sus dichos fueron tan importantes en la investigación que, acto seguido, el juez de la causa decidió escuchar a aquellos en declaración indagatoria, concluyendo –en definitiva– que, a su criterio, al momento del juicio, “*la garantía de juez imparcial estaba seriamente afectada*”.

III.2 He de recapitular: la parte recurrente argumenta acerca de la virtual violación a la garantía de juez imparcial, toda vez que uno de los magistrados que intervino en el juicio celebrado en la presente causa, con relación a los imputados Diego Martín Di Bella y

³ En virtud de lo dispuesto en el artículo 114 del CPPN, aclárase que el término “*umbanda*” alude a la vertiente típicamente brasileña del “*candomblé*” (v. nota 1)



Silvina Paula Maquieira, había sido –en los albores de la investigación– defensor oficial de un co–imputado de los aludidos.

Ahora bien; en primer término, en la oportunidad prevista en el art. 466, CPPN, la defensa cuestionó la imparcialidad del juez Paduczak –en su faz objetiva– por haber tenido conocimiento previo de un caso respecto del cual luego le tocó resolver. Posteriormente, en la audiencia celebrada en los términos del art. 465 ibídem, el otro letrado oficial actuante se inclinó por alegar que el mencionado magistrado, en su primigenio rol de defensor, ya se había formulado un juicio previo en contra de la responsabilidad penal de sus asistidos.

En la sentencia 766 del 27 de noviembre de 2014, la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo español, sintetizó, con cita de abundante doctrina española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las líneas fundamentales de la doctrina sobre el derecho a un juez imparcial, que involucra “*(u)na imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por lo que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el tema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin previsiones en su ánimo*”.

Paralelamente, en el fallo “Telleldin”⁴ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se indicó claramente que la imparcialidad del juzgador se presume, debiendo ser concretos los motivos por los cuales se alega su antítesis y que “*lo que debe intentar determinarse en el supuesto de parcialidad subjetiva es la convicción personal de tal juez en tal ocasión y en el de parcialidad objetiva deben verificarse algunos hechos que permitan poner en duda su imparcialidad*”

Cabe aclarar, desde ya, que no estamos ante un caso de exclusión lógica del defensor que conoce secretos de sus ahijados procesales, y que tampoco –el agravio– fue planteado en esos términos.

Asimismo, conforme se adelantó, la parte recurrente ni siquiera ha sido unívoca en la presentación de una causal subjetiva, toda

⁴ CS Fallos 328:1491

vez que ella fue desplazada como hipótesis por parte del Dr. Richiello, en tanto que resultó esgrimida como tal por el Dr. Maciel en su postrera presentación ante estos estrados.

Cuadra apuntar que todos los antecedentes reclutados por la parte, tanto nacionales como de Derecho Comparado, remiten a casos en los que el magistrado eventualmente pasible de recusación haya asumido un rol activo de avance procesal, ya sea como juez o como fiscal de la causa; y no son aplicables al presente caso, conforme la doctrina consolidada de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Llerena” (fallos: 328:1491), “Nicolini” (fallos: 329:909), “Dieser” (fallos: 329:3034) y “Lamas” (fallos: L. 117. XLIII. RHE), entre otros.

Por lo demás, “causa”, en el sentido técnico procesal penal, es la relación entre un individuo y una imputación. Y, en este caso, la hipótesis fáctica imputada a Silva -haber participado como integrante de una asociación ilícita a los fines de cometer delitos-, no sólo difiere puntualmente de la atribuida a Di Bella y Maquiera, sino que fue descartada mucho tiempo antes de ser indagados los aquí condenados.

En análogo sentido, el acto procesal referido al primero de los nombrados careció, en el curso de la investigación, de la relevancia que la defensa intentó asignarle en su exposición ante esta Cámara. Nótese que, en su momento, el fiscal instructor petitionó conjuntamente la detención de cuatro imputados –García, Maquieira, Di Bella y quien respondería al nombre de “Ivana” –, a la vez que solicitó se difiriera tal orden respecto de los últimos tres hasta que pudiese efectivizarse la detención de la primera (ver fs. 727/720). En un primer momento, se logró la detención de García e “Ivana” y, sólo una vez indagados, se llamó a cumplir tal acto procesal a los otros dos, que no lograron ser habidos por más de diez años.

En el plano subjetivo, los once años transcurridos desde el momento de la efímera asistencia letrada a un imputado sobreseído antes de que el proceso pasara a la etapa del plenario, hasta el de la sustanciación del debate que culminó en el fallo que se pretende anular



dan lugar a la convicción de una comprensible inadvertencia por parte del magistrado Paduczak en torno a la preexistencia de aquella fugaz intervención.

No advierto, por añadidura, qué interés particular podría abrigar el Dr. Paduczak en el resultado del juicio, ni tampoco qué actitud o hecho concreto del debate pudo haber evidenciado que, a raíz de su efímera participación como asistente en aquella indagatoria, lejana en el tiempo, haya construido en su mente un preconceito acerca de dos personas que en ese momento ni siquiera habían sido conducidas al proceso.

La mera invocación de la garantía, sin demostración de algún dato objetivo concreto que demuestre la parcialidad del juzgador, deviene un concepto vacío y carente de fundamento.

Otro argumento que me conduce a descartar el planteo del recurrente, es que no puede pasarse por alto que la circunstancia en la que se basa no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, a la hora de recaer la sentencia del tribunal a quo, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. La cuestión federal ahora esgrimida no fue sobreviniente, sino que estaba a la vista desde los inicios de la causa, merced a la intervención del magistrado en su antiguo rol de defensor, razón por la cual la defensa tuvo reiteradas posibilidades de presentar la recusación del juez, conforme lo previsto en el artículo 60, CPPN.

La justificación efectuada por la parte para superar la cuestión atinente a los plazos perentorios de la recusación, relativa a que durante el debate intervino un defensor particular, no merece acogida favorable, en virtud de que la cuestión en estudio tampoco fue presentada en el recurso de casación interpuesto ya por el Ministerio Público de la Defensa, conforme lo estipulado en el ya citado artículo 60, CPPN. Y en este sentido, en definitiva, el quejoso no fundamentó adecuadamente la hipótesis de un eventual conocimiento actualizado, por parte del magistrado en cuestión, de su remota intervención previa,

limitada a un par de días anteriores a su reemplazo por un letrado de confianza y relativa a un co–encausado sobreseído en su hora.

Por último, la duda razonable que podrían haber albergado los imputados en razón de aquella función fugazmente desempeñada por el juez perdió su eventual asidero en virtud de la correcta actuación del magistrado en el caso concreto, sin que quepa advertir la parcialidad alegada por la asistencia letrada de los encausados, conforme lo dicho en los párrafos que anteceden y luego de observarse, detenidamente, las audiencias de juicio celebradas oportunamente, en las cuales el desempeño del magistrado hubo de desarrollarse conforme a las facultades otorgadas en los artículos 375, 384 y 389, CPPN.

IV. Nulidad de la sentencia por arbitraria fundamentación en la acreditación de la responsabilidad penal de sus asistidos

La defensa expresó que la sentencia condenatoria se basó en la valoración errónea de un único testigo -Leticia Botta- y la forma en que dicho testimonio fue vinculado con el resto de la prueba indiciaria.

Indicó que la declaración de la referida Botta presentó suficientes inconsistencias y contradicciones como para dar crédito a sus dichos, sobre todo en lo relativo a la participación de sus asistidos y en la supuesta insistencia efectuada por ellos, respecto de que bebieran alcohol, con el objeto de incriminarlos.

Sobre la situación de Di Bella, expresó que los jueces sostuvieron que no se mostró ajeno a lo que sucedía en la charla y el plan común; y que sugirió a los comensales que ingirieran alcohol; pero en ningún momento –arguyó– explicaron los magistrados cuál era la supuesta maniobra llevada a cabo por su asistido.

Manifestó –asimismo– que los sentenciadores no lograron comprobar que Di Bella y Maquieira hayan participado en el robo y suministrado “Bromazepam” al Sr. Manti y, en el caso de la última de las mencionadas, que siquiera haya asistido esa noche en la cena celebrada en la casa de la familia Manti. Y concluyó afirmando que, si a todo ello se suma la escasa prueba acumulada y que el tribunal no derribó en su



sentencia las versiones brindadas por sus asistidos al momento de prestar declaración indagatoria, no hay duda de la ausencia de configuración de los elementos mínimos legales para dar por acreditado la comisión del delito de homicidio en ocasión de robo.

En segundo lugar, criticó la identificación de Silvina Maquieira efectuada por la mencionada Botta (bajo la modalidad de instrucción suplementaria) y por el testigo Carlos Manti (en la audiencia de debate). Indicó el impugnante que ambos reconocimientos fueron, el uno “*sugestionado*” por la querrela y el restante “*sugerido*” por uno de los jueces en la audiencia, restándoles valor probatorio, “*porque el contexto indica a quien señalar*”, haciendo referencia a que sólo Maquieira podría estar en el lugar de los imputados. A ello agregó que el reconocimiento del último de los nombrados ni siquiera probaría que Maquieira estuvo en el lugar del hecho. Finalmente, sostuvo que los jueces reforzaron esa nula identificación con extensa prueba indiciaria –que puede ser refutada y no desvirtúa el descargo de su asistida– afirmando con énfasis que su ahijada procesal fue condenada solamente por este último caudal probatorio. Sobre esta cuestión agregó que, a su modo de ver, el “*photo phit*” realizado en autos guarda muy poca similitud con su asistida.

En tercer lugar, refirió que se utilizó como prueba de cargo, tanto la declaración indagatoria del propio imputado Di Bella (en lo referente a la utilización de su vehículo), como así también la efectuada por Eva García en el juicio celebrado en el año 2006, en la cual ella misma reconoció que fue quien introdujo la sustancia que “*supuestamente coadyuvó a la muerte del Sr. Manti*” y la rebeldía de Maquieira.

Por último, entendió que no se podía vincular la muerte de Manti con la escasa cantidad de Bromazepan y el alcohol ingerido. En efecto, no podía sostenerse que esa haya sido la causa certera del deceso, sobre todo teniendo en cuenta los serios problemas de salud que él padecía. Ello conforme lo que se desprende de los testimonios de las expertas Silvina García Bartulovic y Liliana Volpi, así como también de la autopsia efectuada por el prestigioso perito Dr. Osvaldo Héctor Curci.

IV.1 Cabe examinar –entonces– si el *a quo* cumplió con las

normas que rigen la valoración probatoria para tener por probada la participación como coautores de Diego Martin Di Bella y Silvina Paula Maquieira en el suceso ocurrido el 30 de julio de 2004 en el domicilio de la familia Manti, sito en la calle Uriburu 1276, CABA.

Al contrario de lo sostenido por la parte, estimo que el tribunal oral valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan, y que en esa tarea alcanzó el grado de convicción necesario para probar la participación de los imputados en el hecho en cuestión. La reconstrucción ensayada por los magistrados, tras ponderar el mérito de las probanzas acumuladas de manera armónica y global, luce suficientemente fundada y abate la pretensión defensiva de absolución sostenida sobre los mismos puntos de ataque cabalmente atendidos en la sentencia.

No es correcta la aseveración efectuada por la defensa de que el contexto probatorio imputado a sus asistidos se limitó al testimonio “*inconsistente*” de la damnificada Leticia Botta, con errónea vinculación respecto del resto de los elementos probatorios indiciarios.

Véase que los jueces no sólo valoraron correctamente el testimonio central de la damnificada, sino que también tuvieron en cuenta los dichos de su hija Gabriela Patricia Manti, de su sobrino Carlos Alberto Manti y de quien en vida fuera Alberto Ricardo Baccino, sin haber advertido causa alguna que les permitiera dudar de la sinceridad de sus testimonios, odio, animosidad o algún otro interés particular en contra de los imputados; a la vez que destacaron que todos ellos fueron contestes en lo sustancial respecto de las cuestiones que les toco conocer y sobre las cuales declararon.

En cuanto a la crítica orientada a que no se habría logrado demostrar la presencia de la imputada Maquieira esa noche en la casa del matrimonio Manti, cuestionando, especialmente, el reconocimiento de aquella por Botta y su sobrino en las respectivas audiencias, considero que los jueces valoraron razonablemente tal prueba para acreditar con la certeza requerida para una condena aquella presencia y la consiguiente participación de la imputada en el hecho acreditado.



En este sentido, indicaron los jueces del tribunal oral que el reconocimiento fue *“uno de los tantos indicios que obra en su contra al que suma al resto de la prueba de cargo”*. También tuvieron en cuenta los elementos que en forma unívoca condujeron a la certeza de que la nombrada asistió a la cena que ya fueron transcritos en el último párrafo del punto I.I. En igual sentido, la parte no se hizo cargo ni refutó cuanto se desprende de las escuchas telefónicas, especialmente, la relación entre García y Maquieira.

Es sostenible que, de haberse contado apenas con el reconocimiento efectuado en la audiencia, no hubiera podido predicarse con certeza respecto de la presencia de la imputada; pero en este caso tal medida se agrega y consolida el caudal probatorio, que acredita su asistencia al encuentro y su participación.

En cuanto a la situación de Di Bella, el único punto de sostén esgrimido por la defensa se basa en la versión de su asistido – descartada acertadamente por los magistrados sentenciadores– acerca de que no sabía nada de las intenciones de García y de que se fue antes del lugar de los hechos. Ello no encuentra ningún sustento en el resto de la prueba incorporada al debate. Los jueces analizaron correctamente la contundencia de los dichos de la damnificada sobreviviente respecto de participación del imputado en el plan orquestado previamente, quien se asumió como hijo de una tal Fernanda e insistía, al igual que las otras asistentes, para que los dueños de la residencia bebieran alcohol. En un plano secundario, tuvieron en cuenta que la gran cantidad de cosas sustraídas, partiendo de lo relatado por Gabriela Manti, no pudo, de ninguna manera, ser obra de una sola persona.

Sobre la valoración del *a quo* de la declaración indagatoria de Di Bella, basta señalar que, siempre que un imputado declare en forma voluntaria y libre sobre el hecho imputado ante un juez y con la debida representación letrada, sus dichos pueden tenerse en cuenta para fundar la correspondiente decisión. En este sentido, Julio B. J Maier explica que *“solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorado ampliamente por los jueces para fundar*

*sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta las demás reglas de garantía que la rigen*⁵.

En cuanto a la declaración indagatoria de García, los jueces explicaron el valor probatorio que le dieron a sus dichos y su vinculación con el resto de la prueba incorporada al debate. No fue arbitraria su valoración ni determinante para resolver al caso.

Finalmente, cuadra agregar que, pese a la afirmación de la defensa, la rebeldía de Maquieira no fue utilizada como prueba de cargo contra ella para acreditar su participación en el hecho.

IV.2. Es oportuno recordar que la Corte Suprema tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). Tal cuadro de situación dista de configurarse en este caso, por las razones expuestas.

Por todo lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la reconstrucción histórica del suceso que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada se ajusta a los parámetros normativos que la rigen.

V. Errónea calificación legal del hecho que damnificara a Omar Manti

En forma subsidiaria, la defensa solicitó que se modifique la calificación legal asignada al hecho por la de robo, en concurso ideal con homicidio culposo. En este aspecto manifestó que comparte el criterio del tribunal sentenciador acerca de que la figura del artículo 165 del CP exige dolo, excluyendo de la figura compleja aquellos homicidios cometidos con imprudencia.

⁵Cfr. autor citado, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, pp. 666/7



Indicó que los jueces afirmaron para acreditar el dolo que se suministró gran cantidad de *Bromazepam*, cuando –a su entender– se encuentra acreditado que fue una dosis muy pequeña; que sostuvieron que los encartados insistían al Sr. Manti para que tome alcohol, cuando en realidad, incitaban para que bebiera su esposa y no él, quien lo hacía voluntariamente. También refirió que los jueces utilizaron otras frases genéricas para justificar la acreditación del dolo, tales como: la edad de la víctima; el “*supuesto riesgo creado*”; “*la prohibición de mezclar medicamentos con alcohol*”; y “*la forma en que se ejecutó el plan*”.

Asimismo, reiteró que la causa de la muerte no fue por la combinación de la droga suministrada y el alcohol; y que quedó probado que esa sustancia había sido puesta por la ya condenada en autos Eva García, según ella lo reconoció en el juicio celebrado en el año 2006.

En término de oficina, el Dr. Richiello, agregó que otro obstáculo para condenar a los imputados por el delito de homicidio en ocasión de robo, radica en que la sentencia anterior recaída sobre Eva García quedó firme, haciendo cosa juzgada respecto de la determinación del aspecto subjetivo, de lo que deduce que el tribunal debió juzgar a los consortes de causa, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en aquella. Expuso el letrado que, si bien se condenó a García por la figura aquí escogida, se debió a que los jueces de la Cámara Federal de Casación afirmaron –por mayoría– que el tipo en cuestión abarcaba el homicidio culposo; luego, los ahora sentenciadores dejaron expresamente en claro que no compartían ese criterio, agravando la situación de sus asistidos sin haber variado los hechos en ese aspecto.

Sobre este punto, afirmó que no logra comprender cómo en la sentencia del año 2006 recaída respecto de García –autora material del suministro de la droga– se afirmó que “*no pudo representarse ese conocimiento sobre el posible resultado, si se lo habrían podido representar mis defendidos, fundando así su dolo (eventual) homicida en ese elemento cognitivo imposible de construir*”.

Finalmente concluyó que “*(p)retender encuadrar lo que ya los jueces dejaron sentado que era imprudente, en un supuesto de dolo eventual, con el*

único objeto de obtener el encuadramiento de los hechos en la interpretación propia de la norma, constituye en realidad un intento extemporáneo de perjudicar a los consortes de causa (Di Bella y Maquieira) por sobre lo que se dijo respecto de García...”

V.1. Los jueces calificaron la conducta endilgada a los imputados como constitutiva del delito de homicidio en ocasión de robo. Para ello tuvieron por acreditado que *“con el claro fin de desapoderar al matrimonio, se le ha suministrado narcóticos para neutralizar a sus víctimas, lo que sería la violencia necesaria en el delito de robo”* y *“como consecuencia directa del suministro de narcóticos es que se produce el fallecimiento de una de las víctimas, es decir producto de la violencia desplegada”*.

Luego de una breve reseña doctrinal de las distintas posturas existentes sobre el tópico, los jueces emisores de la sentencia indicaron que entendían que, para que se configure la figura del artículo 165, CP debe existir dolo. A su modo de ver, en este caso, los imputados actuaron con dolo eventual por los siguientes motivos:

a) *“Las circunstancias de que los imputados arremetieran con violencia contra las víctimas, personas ancianas, suministrándole gran cantidad de sustancia bromozepán al Sr. Manti e insistir de manera persistente en que ingiera gran cantidad de alcohol, siempre con el fin de neutralizarlo para llevar a cabo el robo, evidencia que no podía ignorar que tal combinación podría afectar su salud hasta el punto de conducirlo a la muerte”*.

b) La edad de las víctimas aumentaba la posibilidad del desenlace fatal.

c) Los imputados, en forma insistente y descarada, incitaban al consumo de alcohol.

d) La combinación de ambas sustancias aumentó el riesgo y los imputados lo asumieron.

e) El común de la gente conoce la prohibición de mezclar medicamentos con alcohol.

V.2 Promovida la controversia en estos términos, he de reiterar lo expuesto en párrafos precedentes de este mismo voto, aunque en referencia a otro de los agravios ensayados por la Defensa Oficial. En un sentido técnico jurídico, “causa” es la relación entre un sujeto y una



imputación. Luego, lo que se haya resuelto al conocer y decidir la “causa” relativa a otra persona no genera un impedimento *per se* para el análisis integral de otra u otras, en el que ingresan factores objetivos y subjetivos forzosamente diferentes; ello, sin perjuicio de precisar la distinta integración del tribunal actuante en una y otra emergencia.

V.3 En cuanto a la calificación legal a adoptar respecto del hecho imputado a Di Bella y Maquieira, adelanto que habré de asignar razón al planteo subsidiario de la defensa, habida cuenta de que no considero probado plenamente que el luctuoso desenlace haya sido guiado por la voluntad realizadora en la que consiste el dolo. Antes bien, avizoro en el comportamiento de los implicados un proceder temerario con fatal resultado.

Sí se encuentra debidamente acreditado que un tramo culminante del plan original consistía en adormecer a las víctimas –intoxicándolas con benzodiazepinas y alcohol– para sustraerles todos los bienes posibles de su hogar.

Tal como sostuve en el precedente “Cañete” (Registro 250/2017) y tras continuas cavilaciones sobre el tópico, sólo encuentro respetuosa de un derecho penal liberal aquella interpretación que recepta –únicamente– al homicidio con dolo directo como aquel capaz de formar parte de la estructura compleja del tipo penal contenido en el art. 165 del código sustantivo en la materia.

Estas son las razones de mi posición:

Sin desconocer los vaivenes doctrinales y jurisprudenciales en la materia, prácticamente es indiscutido que, para cumplir acabadamente con la figura legal establecida en ese precepto, debe llevarse a cabo, en un mismo contexto, un ataque contra la propiedad con fuerza en las cosas o violencia en las personas y otro contra la vida, que no era parte del plan delictivo original.

En otras palabras, tal y como lo analicé –hace más de un lustro–, el aludido artículo hace mención a la puesta en marcha de un determinado hecho ilícito de apoderamiento de cosas muebles ajenas, que luego se agrava por la realización imprevista, conforme el proyecto

inicial, de un obrar letal. Luego, que este último suceda “con motivo” de aquel, significa, literalmente, que la comisión del robo movió al agente a la materialización del homicidio, sin que se lo hubiera propuesto previamente; y que éste tenga lugar “en ocasión” de aquel, equivale a decir que la oportunidad del primero dio lugar, coyunturalmente, al segundo⁶.

Debe tenerse en cuenta que, si bien en este delito existen dos tramos conductuales –de matar y de robar– la conducta primigenia es el apoderamiento indebido, en virtud de que la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio. Luego, no corresponde echar mano de esa figura en casos en que la muerte de un tercero suceda como una consecuencia accidental del robo o a raíz de un proceder torpe o insensato: es necesaria una operación –así sea de modo fugaz– guiada por aquella voluntad realizadora del tipo objetivo de homicidio referida en párrafos anteriores; así como no hay otra alternativa –de cara a la figura prevista y penada en el art. 165, CP– que la de inferir que estamos en presencia de un delito complejo y no de uno de los llamados “agravado por el resultado”⁷.

En un extenso trabajo dedicado al tema, Simaz⁸ da cuenta de las controvertidas posturas doctrinales vertidas a lo largo de los años, concluyendo en que no hay un pensamiento uniforme en lo referente a la distinción y clases de homicidios que comprende el artículo 165 del

⁶ Un mayor desarrollo sobre el tema en Niño, Luis Fernando; “Robo agravado por homicidio”; en “Delitos contra la Propiedad –Luis Fernando Niño: Director–” Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires; 2011, Tomo I, pag. 80/101.

⁷ Mientras los primeros son figuras legales que unifican dos infracciones –las que tomadas de forma individual constituyen delitos autónomos– y dan nacimiento a una nueva de carácter superior en gravedad [a diferencia de que se tomara cada una aisladamente], los segundos se caracterizan por un tipo básico que es doloso y un resultado o consecuencia que lo cualifica, sin que sea necesario que se requiera culpabilidad, pues en estos casos se incluye hasta la muerte por caso fortuito. Justamente, los delitos agravados por el resultado tienen su origen en la teoría del *versari in re illicita*, elaborada por el Derecho canónico, y que significa “encontrarse dentro de un asunto ilícito”. Conforme a ella, cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida (Roxin, Claus; “Derecho Penal. Parte general”, T. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”; traducción de la 2ª ed. alemana (publicada en 1994) y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; 1ª ed. Ed. Civitas; Madrid; 1997; pág. 330.). Toda vez que, en virtud de esta máxima, se conceptúa autor al que haciendo algo no permitido, por puro accidente, causa un resultado antijurídico sin que quepa imputarlo siquiera a título de culpa, tal categoría es considerada como la manifestación, en sede jurídico-penal, de la responsabilidad objetiva, que si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón debe serlo en la del Derecho Penal (Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; “Derecho Penal. Parte general”; Ed. Ediar; Buenos Aires; 2000; págs. 133/134.

⁸ Simaz, Alexis Leonel; “El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo”; Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires; 2002; pags. 168/169.



ordenamiento penal sustantivo, al punto tal que existen casi tantas posturas como autores en la materia.

A título de ejemplo expone que: a) Jiménez de Asúa opina que la palabra “motivo” empleada en nuestro Código debe interpretarse en un sentido amplio, abarcando todo tipo de homicidio, incluso el preordenado; b) Núñez hace alusión a que dentro del art. 165 quedan comprendidos los homicidios culposos, los preterintencionales y dolosos, descartando los preordenados; c) Moreno, en cambio, sigue la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 entendiendo que el homicidio que se incluye en el art. 165 es el accidental; d) Soler, por su parte, da cuenta que la norma incluye sólo el homicidio culposo y el preterintencional; e) Rivarola pone de resalto que el homicidio que se debe englobar es el “incidental”, es decir, el que no se ha pensado; f) González incluye los homicidios dolosos y preterintencionales; g) Chiappini y Estrella y Godoy Lemos aluden a los homicidios dolosos y culposos y h) en una posición singular, Uslenghi entiende que el que comete un homicidio con motivo u ocasión de robo, en realidad, comete un homicidio calificado conforme lo señala el art. 80 inc. 7mo., ya que el art. 165 sólo prevé la conducta de aquel a quien, participando dolosamente de un robo, se le reprocha la conducta a título de culpa por un homicidio calificado cometido por uno de los cómplices.

Finalmente, la postura que sólo recepta al homicidio doloso es compartida por González Roura, Ramos Gómez, Efrón, Fontán Balestra, Vázquez Iruzubieta, Donna, Tozzini⁹, Morosi¹⁰ y quien suscribe¹¹, entre otros.

A mi modo de ver, son dos los motivos fundamentales para suscribir la exégesis que recepta sólo al homicidio doloso –directo o indirecto- como integrante del complejo:

a) El primero finca en que el texto de la ley hace alusión a la palabra “homicidio”, locución que representa un delito perfectamente

⁹ Autores citados por Simaz; ob. cit.; pág. 169.

¹⁰ Morosi, Guillermo R.H. “Homicidio Criminis Causae y Robo Agravado por Homicidio”; Ed. Fabián J. Di Plácido; Buenos Aires; 2003.

¹¹ Niño; op.cit.

definido en nuestra legislación y que, paralelamente, no es un elemento normativo del tipo que permita cierta laxitud en su interpretación valorativa.

Nótese que nuestro legislador, al diferenciar las acciones de matar de aquellas que causan la muerte, ha recogido el estricto significado histórico del vocablo. Ninguna norma de nuestro digesto sustantivo debería autorizar al intérprete a extenderlo más allá de tal límite semántico y cuando así se procede, sea por economía de lenguaje o para añadir dramatismo a un evento determinado, se transgreden elementales reglas de interpretación de la ley penal ya que “homicidio” es solamente aquel que se comete quitando la vida a un ser humano y “quitar” es –en su acepción genérica– “tomar algo separándolo y apartándolo de otras cosas, o del lugar o sitio en que estaba”, y –en la específica– “despojar o privar de algo”, ejemplificando el Diccionario de la Real Academia Española (23^o edición) con la frase “quitar la vida”. Se trata, valga la obviedad, de claras acciones intencionalmente dirigidas.

Nuestra ley contempla el homicidio de manera expresa en los artículos 79, 80 y 81, inc. 1^o. apartado “a” del cuerpo de leyes de fondo en la materia. Luego, es impropio llamar homicida al que **causa la muerte** por imprudencia, negligencia o incumplimiento de los deberes a su cargo; la normativa penal no lo autoriza. Se designa así al que **mata**; para comprobarlo, basta a modo de ejemplo la norma del art. 98, inc. 1^o cuando, al tratar sobre el duelo irregular, atribuye la pena del “homicida” al que matare a su adversario.

De tal suerte, el homicidio que recepta la figura del art. 165 no puede ser otro que aquél cometido con dolo, es decir, con una acción dirigida a tal resultado, situación en la cual, como muy claramente lo expresa nuestra ley, se ha matado. Por ello, comparto la postura de aquellos que entienden que este “homicidio” no puede resultar de las acciones que, dirigidas al robo, causen de manera culposa la muerte. Podemos decir, entonces, que para aquél que en ocasión o con motivo de robo mata, no “resulta” un homicidio, lo comete, que es muy distinto. En palabras de Morosi, *“(s)ostener lo contrario, por un lado, violaría el principio*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNCI

de legalidad, ya que la inusitada extensión del término homicidio debe ser necesariamente restringida para adecuar la interpretación a los postulados de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y, a través del art. 75 inc. 22 de esa norma fundamental, a los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP. Por otro lado, conculcaría el principio de culpabilidad –entendido como nulla crime sine culpa– consagrado en el art. 19 de la CN como principio de reserva...’’¹².

Nuestro máximo Tribunal ha señalado que *“la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, servidores del derecho para la realización de justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional”* (conf. CSJN., E.171.XXII. “Estado Nacional c. Rudaz, Martín Alejo y otra s/nulidad de resolución” rta. El 5/12/92)¹³.

Mas, en terreno específicamente jurídico-penal, tanto en la hermenéutica aplicada a textos legales de fondo como en la referida al procedimiento, la decisión a favor de una u otra interpretación debe resolverse *“en función de criterios de otro nivel...ese nivel es el institucional: estamos ante un conflicto entre más o menos libertad. Nuestra decisión se apoyará en una razón institucional derivada de la jerarquía de la libertad. No es el ‘sentido posible del texto’ lo que dará el límite de interpretación, sino el ‘sentido más restringido del texto’”*¹⁴.

b) En segundo lugar y no menos relevante que el argumento *ut supra* esgrimido, el monto de la pena establecida –de diez a veinticinco años de prisión o reclusión– resulta ser el otro baremo rector para concluir que el homicidio simple es el delito que debe acompañar al robo para amalgamar el complejo. Interpretar lo contrario –que el precepto en cuestión permite la incorporación de supuestos donde concurren con el robo los homicidios culposos o preteritenciales–

¹² Morosi; op. cit.; pág. 49.

¹³ Extracto del fallo de la CNCP; Sala III; 19/11/1998; “Bronsztein, Daniel s/ recurso de casación”; Causa N° 1623; LL 1998–F, 692 – DJ 1999–1, 341 – DJ 2000–1, 961 (el destacado nos pertenece)

¹⁴ Bacigalupo, Enrique; “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal”; en “Principios Constitucionales del Derecho Penal”; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 1998; págs. 95/96.

traería aparejada la obligación de declarar, en cada caso en concreto, la inconstitucionalidad del precepto legal así entendido toda vez que –en mi opinión– tal postura violaría el principio de razonabilidad en cuanto a la proporcionalidad de la sanción respecto a la gravedad objetiva del injusto.

Los más diversos autores parten del criterio conforme al cual el Derecho Penal tiene por objeto propio “...la protección de los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano”¹⁵. Se ha sostenido también que “los diversos tipos penales son indicadores de los diferentes bienes jurídicos a los cuales esta rama del ordenamiento concede su especial tutela”¹⁶. Tales bienes configuran la encarnación de valores de naturaleza jurídica, que aparecerían entre sí “en una determinada relación valorativa”¹⁷, por lo que es indispensable –también conforme a tal visión doctrinal– reparar en la diferente significación de tales bienes o valores, a la hora de asignar las respectivas consecuencias jurídicas a las conductas que los lesionan o ponen en riesgo cierto. Se torna igualmente necesario tener en cuenta, ante todo, las valuaciones de los bienes jurídicos efectuados por la propia ley, tomando como referencia la gravedad de las penas con las que se conminan los diferentes delitos.

Deducir de la forma verbal “resultare” la posibilidad de que este delito se conforme por la mera ocurrencia de una muerte, tal como lo sostiene Soler en su ejemplo de la muerte de la anciana por el terror infundido por delincuentes que ingresan en la noche a su domicilio¹⁸, viene vedado por el mandato de suprema jerarquía normativa que sólo habilita al legislador para punir acciones u omisiones (art. 19 de la Constitución Nacional), como cuadra a un Derecho Penal de acto y de culpabilidad¹⁹.

¹⁵ Donna, Edgardo; *“Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad”*; Ed. Astrea; Buenos Aires; 1996; pág. 130. En igual sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar (op. cit.) y Niño, Luis Fernando; artículo titulado “Bien jurídico” en “Delitos contra la libertad” 2ª edición actualizada y ampliada; Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires; 2010; págs. 15–42.

¹⁶ Mezger, Edmundo; *“Tratado de derecho Penal”*. Actualizado por José A. Rodríguez Muñoz; Ed. Revista de Derecho Privado; Madrid; 1932; pág. 464.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Soler, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, TEA, Bs. As., 1988, T. IV, pag. 287

¹⁹ Niño, Luis Fernando; ob. cit.; pág. 85.



Esta misma posición, por cierto, es la que ha tenido favorable acogida por el máximo intérprete del ordenamiento penal en la Provincia de Buenos Aires al referir que *“(l)a figura prevista por el art. 165 del CP se refiere a un delito complejo de robo y homicidio simple, pues la gravedad de la escala contenida en la disposición así lo indica”*²⁰.

En definitiva, la perspectiva más adecuada para armonizar las sanciones que el Código Penal establece respecto de los bienes jurídicos en juego indica que, si en el contexto de un robo se produce un homicidio, el único precepto que puede construir el complejo configurado por el precepto del artículo 165 del Código Penal es el homicidio simple, cuya sanción se extiende desde los ocho a los veinticinco años de prisión. En pocas palabras, entiendo que la única manera de construir el delito complejo en cuestión es mediante la existencia de un homicidio doloso.

V.4 Si bien albergo crecientes reparos al momento de cogitar hasta qué punto es válido mantener una definición teórica como la del dolo eventual y equiparar su respuesta sancionatoria a la del dolo directo –de primero o segundo grado– si es que hemos de respetar aquellos principios delimitadores del poder punitivo, tales como el de proporcionalidad y humanidad de las penas²¹, las alternativas del caso traído a estudio me eximen de extenderme sobre ese tópico, mas no de hacer algunas precisiones en cuanto a la correcta definición de los conceptos de dolo y de culpa en sentido jurídico-penal.

V.4.a Vale comenzar por precisar que en el panorama legislativo nacional, la ausencia de una definición explícita de dolo y culpa por parte del codificador argentino ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina nacional acerca de ambas categorías y sus especies, variando, conforme a ellas, la caracterización del límite entre una y otra modalidad típica.

²⁰ SCBA, 14/11/1989, “Cufre, Víctor H”, LL, 1990– 369; DJ, 1990–2–595.

²¹ Problemática de la que me ocupé en el año 2015 al ser homenajeado como profesor distinguido en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, en ocasión de la apertura de la XI edición Escuela de Verano de La Habana sobre Temas penales contemporáneos. A tal efecto se puede consultar el primer capítulo, de mi autoría, del libro gestado de aquella actividad académica titulado “El derecho penal en tiempos de cambio” –Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Junio 2016, n° 8– Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño; Universidad de La Habana, Ed. Unijuris, Unión Nacional de Juristas –Cuba–; 2016.

Entre los distintos puntos de vista de la doctrina penal argentina, el tradicional buscó construir la conceptualización de dolo mediante una rebuscada construcción teórica consistente en la extracción de ciertas palabras del artículo 34, inciso primero, del Código penal, referido –en rigor– a las causas de inimputabilidad, seguida de la inversión del sentido de las frases empleadas por el codificador en dicho precepto, que hablan, obviamente, de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, concluyendo así que el conocimiento del hecho sumado a la comprensión de la criminalidad, vale decir, de la relevancia jurídico-penal de tal hecho, darían por resultado la definición buscada.

Es fácil advertir que esa concepción clásica es deudora del hoy superado esquema causalista, que ubicaba al dolo y a la culpa en el renglón de la culpabilidad, junto con la imputabilidad, vale decir, la capacidad psíquica de tal culpabilidad.

Frente a esa artificiosa y arcaica construcción teórica, la posición de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni rescata el concepto de dolo de la fórmula de la tentativa, inserta en el artículo 42 de aquel cuerpo de leyes, que comienza con la frase: “el que, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución”.

Esta última hermenéutica aparece –a todas luces– más correcta, toda vez que no acude, para erigir el elusivo concepto de dolo, a inversión alguna de los términos de la ley, ni aísla las palabras del voluminoso artículo 34 que se estimaban útiles para la otra concepción; y –además– capta, precisamente, un elemento nuclear del aspecto subjetivo de la tipicidad dolosa, vale decir, el **fin**.

Si recurrimos en primer lugar, al Diccionario de la Real Academia Española, instituto oficial de la lengua castellana, hallamos en él la acepción jurídica de dolo, que se expresa en los siguientes términos: “Dolo (*del Latín, dolus*). En los delitos, voluntad deliberada de cometerlo, a sabiendas de su carácter delictivo”.

“A sabiendas”, todos lo sabemos, es una locución adverbial del idioma español que significa “*intencionalmente, con pleno conocimiento y*



deliberación”; y que es usada en el texto del Estatuto de Roma como equivalente de *“intencional”*. También es posible acudir a los diccionarios de Latín Jurídico vertido al Español, como el del jurista y magistrado uruguayo Nelson Nicolliello, o el del catedrático mexicano Germán Cisneros Farías, en los que se lee que *“dolus”* significa *“daño intencional”*, o *“propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro”*, respectivamente.

Dejando, entonces, a un lado las teorías normativistas que reducen el contenido del dolo a su aspecto cognoscitivo o cognitivo, y reniegan, así, de la consideración de su aspecto subjetivo complementario (el volitivo o conativo), o –incluso– avanzan hasta resolverse en una mera *“probabilidad de actuar de acuerdo con la ley”*, para acabar lindando con las peligrosas metáforas mezguerianas de la *“ceguera frente al derecho”*, si hemos de concordar, apenas, en que **el dolo se compone de un conocer y de un querer**, es criterioso concluir que sólo cabe calificar de conducta dolosa aquella en la que el agente opera con la conciencia de la producción segura o prácticamente segura del resultado típico de peligro o lesión de un bien jurídico ajeno, y con la voluntad deliberada de actuar, sea que aquel resultado constituya la meta, el blanco, el objetivo concreto de su acción, sea que aparezca como una consecuencia necesaria de esta última.

Desde la propia construcción semántica se puede advertir la distancia existente entre la voluntad consciente y deliberada de venir a cometer un delito y esa mixtura de vislumbre y aquiescencia que tantas doctrinas han querido agrupar bajo un mismo marco conceptual.

En definitiva, cabe señalar así, que, “en el dolo, la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin

conocimiento no hay finalidad aunque puede haber conocimiento sin finalidad.”²²

En este orden de ideas, cabe memorar también que “dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante”²³.

Sobre esta base conceptual y los criterios fijados en el punto “V.2” es que habré de avanzar en el estudio del caso en traído a revisión.

V.4.b. Adelanto, entonces, que el tipo penal regulado en el art. 165, CP, no se configura en la especie que nos toca analizar, habida cuenta de que no es posible afirmar, sin cavilaciones, que el obrar que ocasionó, finalmente, la muerte del Sr. Manti fue ejecutado de forma consciente y deliberada en procura de lograr ese luctuoso desenlace o contando con su ocurrencia como consecuencia necesaria de su obrar. Antes bien, cabe aventurar que tal resultado, por su indudable trascendencia a posteriori, no convenía a sus propósitos. Consecuentemente, no se presentan los componentes que amalgaman la conducta tendente al apoderamiento ilegítimo de bienes muebles con la muerte de Manti.

Conforme lo sostenido previamente y lo acreditado por los sentenciadores en el juicio, la última fase del plan orquestado consistió en suministrar narcóticos y alcohol en cantidad suficiente para inducir el sueño a los dueños de la finca en la que cenaban y aprovechar esa circunstancia para sustraer los bienes del inmueble. Ciertamente es que, partiendo de toda la prueba pericial incorporada quedó demostrado que, como producto de la combinación de la droga, el alcohol y el estado de salud de Manti, se produjo su deceso entre las 01:50 y las 03:50 hs. de la madrugada de aquella noche. No existen, empero, elementos de juicio

²² Zaffaroni, op. cit., pág. 497.

²³ Idem, pag. 495.



que permitan conjeturar que los encausados hayan *deseado* tal resultado *ni siquiera* que lo hayan previsto y aprobado dentro de su plan de acción.

En cambio, es de toda evidencia que la vía escogida para sumir en la inconsciencia a ambos ancianos, de 71 y 66 años de edad, consistente en intoxicarlos subrepticamente, revela una imprudencia temeraria que, al culminar en el cuadro fatal palmariamente demostrado mediante la pertinente autopsia en el organismo de Omar Narciso Manti, no ubica en la descripción legal prevista en el artículo 84 del Código Penal.

V.5. Vale aclarar en este apartado que he de completar el juicio de tipicidad de las conductas bajo análisis limitándome al cuadro que tuvo por sujeto pasivo al occiso. Curiosamente, tal vez opacada la visión de los magistrados sentenciadores por la calificación legal asignada al suceso fatal, se desatendió la situación jurídica referida a la otra damnificada. Y, tal como quedó planteada la instancia recursiva, cualquier avance de mi parte en este último sentido implicaría una inadmisibile *reformatio in pejus*.

Diversas fuentes periciales han brindado elementos de juicio suficientes como para restar entidad objetiva al obrar de los encausados. Las expertas Silvia García Bartulovic y Liliana Volpi fueron contestes en señalar la enorme cantidad de pastillas de benzodiazepinas que debería ingerir una persona de ciento cuatro kilogramos de peso para desencadenar un proceso letal, en tanto que el perito químico José Luis Lorenzo señaló que todo lo que halló en su examen se correspondía con dosis no cuantificables, es decir, pequeñas.

A ello se suma la clara conclusión del perito médico-forense Osvaldo Héctor Curci, quien, tras aclarar que la ingesta de alcohol y tal sustancia tranquilizante y ansiolítica fue factor coadyuvante del deceso de la víctima, precisó que el compromiso de su aparato circulatorio, a consecuencia de un infarto anteriormente ocurrido, hubo de incidir en el resultado final. Su aserto respecto de que la sola ingesta de *bromazepam*, posiblemente, no hubiera desencadenado el deceso, y que tampoco podía asegurar con absoluta certeza que la muerte hubiera sido

causada exclusivamente por la ingesta de alcohol conjuntamente con el fármaco de referencia, dada la deficiencia cardíaca señalada, permiten conjeturar que la conducta desplegada por los encartados careció – objetivamente- de la entidad de un obrar homicida.

Añádese a tal cogitación, la ausencia de datos que posibiliten esgrimir la tesis de una intencionalidad directa o indirectamente orientada a tal resultado, de suerte tal que nos queda como resultante una crasa torpeza en los medios empleados para adormecer al anciano con propósitos de robo. Trátase, entonces, de un robo con violencia en las personas, que concurre idealmente con el homicidio culposo que damnificó a Omar Narciso Manti.

En consecuencia, dado que el correcto encuadre para la conducta plenamente probada respecto de Di Bella y de Maquieira es la que ofrecen los arts. 84 y 164, en concurso ideal y en calidad de coautores (arts. 45 y 54 lex cit.), corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación intentado, variando en tal dirección y sentido la calificación del hecho acreditado.

VI. Frente al cambio de calificación postulado, como se ha sostenido en otros precedentes, se abren para este tribunal dos alternativas: o bien anula la sentencia y reenvía el asunto para que el mismo u otro tribunal dicte una nueva resolución, o asume la competencia positiva y resuelve el caso. La primera de las opciones implica dilatar más el proceso y, en definitiva, perjudicar la situación del encausado, en cuanto no se define cuál es la pena que le corresponde cumplir. Si bien ha sido el criterio adoptado por esta sala en diferentes casos anteriores, la experiencia desarrollada en este tiempo aconseja que sea este colegio el que resuelva la cuestión.

Tal como se consignó en los resultandos de esta resolución, oportunamente se llevó a cabo la audiencia que prevé el art. 41, C.P., lo que habilita a este órgano colegiado a fijar la respuesta punitiva correspondiente.

Para determinar la graduación de la sanción a imponer, vale reiterar, una vez más, que conforme la normativa legal vigente, la pena



debe ser decidida tomando en cuenta la gravedad del hecho y la personalidad del autor; en este sentido, el art. 41 del Código Penal en su inc. 1º hace una clara referencia al injusto, al señalar que es *“la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados”* lo que permite “cuantificar” el injusto conforme al grado de afectación del bien jurídico tutelado, mientras que en su inc. 2º, dicho precepto legal recoge *“la edad, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o dificultad para ganarse el sustento propio necesario...”*, entre otros indicadores.

Luego, es el ilícito culpable el criterio decisivo para determinar la pena, y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a la Constitución. Fiel reflejo de tales parámetros es el señalado por el máximo tribunal nacional en el precedente “Maldonado” (CSJN, Fallos: 328:4343, rta. 7/12/05), oportunidad en la que se argumentó que *“la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia...No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”*.

En este orden de ideas, a fin de ponderar el monto de la sanción impuesta por el hecho ventilado en autos, y sin perder de vista la nueva escala penal propuesta –esto es, robo en concurso ideal con homicidio culposo– que parte de un mínimo de un año y alcanza un máximo de seis años de prisión, considero que las pautas agravantes plasmadas en la sentencia –cantidad de participantes en el hecho, aprovechamiento de la peculiar vulnerabilidad de la víctima, al utilizarse para acercarse a ella la circunstancia de la muerte de su hijo, la avanzada edad del damnificado, el *modus operandi* del hecho y el amplio despliegue e

inteligencia para el fin pretendido- resultan criterios pertinentes para evaluar la pena a imponer. También al igual que los sentenciadores, estimo adecuado sostener que no concurre al caso ningún atenuante. Se trata de dos adultos jóvenes, instruidos, con claras posibilidades en punto a la inserción social y sin motivos a la vista para protagonizar la empresa criminal que se les reprocha. Tal cuadro general, que no varió tras el conocimiento directo *de visu* obtenido ante esta Cámara, me conduce a estimar ajustado a derecho imponer la pena de seis años de prisión para ambos imputados.

Dicha pena deberá unificarse con la sanción de tres años de prisión en suspenso y costas más las reglas del art. 27 bis del CP, impuesta por el Tribunal Oral Federal de General Roca, el día 6 de noviembre de 2014, en el marco de la causa n° 8420/2013, a Diego Martín Di Bella por resultar coautor del delito de tenencia ilegítima de documentos nacionales de identidad ajenos; y a Silvina Paula Maquieira por ser coautora del delito de delito de tenencia ilegítima de documentos nacionales de identidad ajenos; uso ilegítimo de documentos de identidad que corresponde a otra persona en calidad de autora; y adulteración de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas en calidad de participe secundaria, todos ellos en concurso real.

En virtud del método compositivo correctamente utilizado por el a quo, corresponde imponerles la pena única de seis años de prisión, debiéndose revocar la condicionalidad de la pena impuesta por el tribunal federal de General Roca.

VII. En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar los puntos I, II, III y IV de la sentencia obrante a fs. 3192/3226, modificar la calificación legal escogida por el *a quo* por la de robo en concurso ideal con homicidio culposo, fijar la pena impuesta a Diego Martín Di Bella y Silvina Paula Maquieira en seis años de prisión, accesorias legales y costas; y, finalmente, imponer a ambos imputados la pena única de ocho años de prisión comprensiva de la impuesta en la



presente causa y la recaída en la causa del Tribunal Federal de General Roca. Tal el sentido de mi voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. El defensor público coadyuvante, Martín P. Taubas, interpuso sendos recursos de casación a favor de Diego Martín Di Bella y de Silvina Paula Maquieira (fs. 3276 / 3293 y 3294 / 3315).

Con respecto al primero de los imputados, la defensa planteó los siguientes agravios:

a. Arbitrariedad de la sentencia por errónea valoración de la prueba. Reclamó la aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3, CPPN). En esencia, sostuvo que la condena se basó en la declaración de Leticia Botta, inconsistente, y dejó de lado lo dicho por el propio Di Bella. También analizó la cantidad suministrada de benzodiazepina y su entidad para causar la muerte del Sr. Manti (fs. 3280 / 3285 vta.).

b. Luego, cuestionó la calificación legal elegida. En este aspecto, el defensor señaló que compartía “...*la postura del Tribunal cuando refiere que el art. 165 del C. P. exige que para que se la figura (sic) debe existir dolo, quedando afuera del tipo aquellos homicidios cometidos con imprudencia...*” (fs. 3285 vta.). En cambio rechazó que este tipo penal admita su comisión con dolo eventual (fs. 3286 / 3288 vta.). Agregó que incluso el mismo tribunal oral, pero con otra integración, entendió que no se podía imputar a Eva García el homicidio a título de dolo (fs. 3288 vta. / 3290).

c. Posteriormente, cuestionó el carácter de coautor atribuido a Di Bella (punto c, fs. 3290 / 3292) y la errónea valoración en la determinación de la pena a imponer (fs. 3292 / 3292 vta.).

2. A su turno, el recurso de casación interpuesto a favor de Patricia Maquieira reiteró las líneas argumentales recién resumidas. Así, la defensa planteó la arbitrariedad de la sentencia por errónea valoración de la prueba, reclamó la aplicación del art. 3, CPPN, criticó el reconocimiento de la imputada y la falta de descripción de la conducta que se le atribuyó. Del mismo modo, reiteró el agravio vinculado con la dosis de benzodiazepina suministrada al Sr. Manti, censuró la calificación

legal elegida, la errónea imputación como coautora y la equivocada valoración de la pena que se le impuso (ver fs. 3294 / 3315).

3. En el término de oficina, el defensor público oficial, Ricardo Antonio Richiello, introdujo dos nuevos agravios.

El primero por “...afectación al principio de imparcialidad. Temor objetivo de parcialidad...” que acarreaba la nulidad de la sentencia, pues uno de los jueces que intervino en el debate y dictó sentencia había actuado como defensor de otro coimputado. Así, el juez Paduczak “...cuya absoluta honorabilidad y buena fe resulta incuestionable...” (fs. 3351), presidió el debate y lideró el acuerdo, había actuado anteriormente como defensor público oficial “...asistiendo en fecha 27 de setiembre de 2004, a Ramón Raúl Silva, quien fuera oportunamente interrogado sobre estos mismos hechos en calidad de imputado en los términos del art. 294, CPP...”. Luego de ocurrido el suceso juzgado en este proceso, el “...30 de julio de 2004, la pesquisa derivó, producto de la prueba producida y analizada por el Sr. Fiscal de Instrucción en su dictamen de fs. 717, en la imputación, pedidos de allanamiento, detenciones y necesidad de interrogar a cuatro sospechosos: la señora Eva García, mis representados (no habido en aquél tiempo) y Raúl Ramón Sandoval...”. Este último fue indagado el 27 de septiembre de 2004, “...donde fue impuesto de su participación en el acontecimiento presuntamente ocurrido el 30 de julio de 2004 en Uriburu 1276 de esta ciudad, ejecutado respecto de Omar Manti y Leticia Botta ‘...perpetrado en complicidad con Silvina Maquieira y Diego Martín Di Bella...’”. En el acta respectiva, consta la asistencia “...como Defensor Público Oficial en turno y a pedido del interesado...” del Dr. Sergio Paduczak con quien Sandoval (debió decir Silva) “...mantuvo una entrevista previa por un tiempo prudencial previo a ensayar su descargo...”. La parte recurrente agregó que no le escapaba “...que la intervención del prestigioso magistrado, en su rol de defensor, comprendió aquel acto procesal, siendo luego reemplazado por otro letrado. Tampoco se soslaya que el señor Silva resultó finalmente desvinculado de las imputaciones que le fueron dirigidas...más lo cierto es que la actuación del nombrado no resultó una mera formalidad...”, pues conoció previamente el caso, que años más tarde le tocó resolver como juez (cfr. fs. 3351 / 3351 vta). Pero el asunto, según la defensa, era más grave: Silva en aquella declaración brindó una



explicación del caso y referenció circunstancias “...claramente *incriminatorias respecto de mis representados, especialmente a la hora de justificar el tenor de conversaciones oportunamente grabadas y que le fueron opuestas como prueba de cargo...*”. Pidió que este tribunal examine esa pieza y verifique “...*la comunidad argumental que existe entre el fallo puesto en crisis con aquellas referencias...*” conocidas por el defensor a la postre juez del caso. Agregó que no era posible “...*sembrar mácula alguna sobre el Dr. Paduczak, por lo que la presente protesta se aleja de cualquier cuestionamiento subjetivo, no obstante lo cual...la garantía de imparcialidad que debe rodear al tribunal del juicio, también se conforma con un aspecto objetivo que puede impulsar un temor cierto, serio y concreto que...se verifica en el caso y debió ameritar el apartamiento del citado magistrado...*” (fs. 3352). Sumó que su situación era asimilable a la de la jueza Cusmanich e invocó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicable al caso (fs. 3352 / 3353).

Luego, además de desarrollar el resto de los planteos efectuados en el recurso presentado por el defensor Taubas (fs. 3353 / 3364), introdujo un segundo agravio nuevo. Así, sostuvo que aquí se presentaba un supuesto de *efecto positivo de la cosa juzgada*, en relación a que, en el caso, no había dolo sino culpa (cfr. fs. 3377 vta. y 3378).

4. Como resumió el juez Niño en su voto, en la audiencia celebrada en los términos de los arts. 465 y 468, CPPN el defensor público oficial, Mariano Maciel, profundizó el agravio referido a la intervención del juez Paduczak en el debate y afirmó que había sido subjetivamente parcial, pues no podía desconocer la naturaleza del caso y porque había dispuesto la realización de prueba que ya había conocido con anterioridad (cfr. el punto III.1. del voto citado).

5. Del resumen efectuado, en primer lugar corresponde examinar, como lo señala el colega preopinante, el agravio referido a la intervención del juez Paduczak en el debate, pues de su solución depende el tratamiento del resto de las críticas planteadas a la sentencia. Esto implica tres cuestiones: establecer si corresponde su tratamiento en esta instancia; en caso afirmativo, fijar cuál es el alcance de la garantía del juez imparcial; y, por último, si ella fue violada en esta instancia .

6. Con respecto al primero de los planteos novedosos, introducido en el término de oficina y luego modificado en la audiencia mencionada (punto 4), en distintos precedentes se ha señalado de manera constante que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles*. Sin embargo, esto no significa transformar al tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*. Es que la competencia de esta cámara es apelada y revisora, lo que significa que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

En este aspecto, cabe recordar que, según lo dicho en el precedente **“Prado”**²⁴, la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, y tiene por objeto corregir un error atribuido a una decisión recurrida. En este sentido, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no decididas en la instancia precedente. Si, como se dijo, el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a esta instancia, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla.

Sin embargo, la índole de la garantía comprometida en el primer planteo formulado en el término de oficina, sumado a lo dicho sobre la necesidad de revisar los agravios verosímiles, imponen su tratamiento en este caso particular, por tratarse de un motivo absoluto de casación. Por lo tanto, corresponde aquí hacer una excepción a lo dicho en el precedente citado y analizar la legitimidad de la intervención de uno de los jueces que participó en el debate.

7. En primer lugar, para emprender el examen indicado, debe precisarse el contenido del llamado *“temor de parcialidad”*, es decir, el fundamento brindado por la defensa en su primera versión de este agravio.

²⁴ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNCI

Tal como se dijo en distintos precedentes de este tribunal y en otra función jurisdiccional,²⁵ una de las preocupaciones fundamentales de las Constituciones que diseñaron el Estado de Derecho ha sido procurar que la resolución de los asuntos sometidos a uno de sus poderes recayera sobre jueces que no fueran *sospechados de parcialidad desde el comienzo de su actividad*. Para ese fin se crearon una serie de mecanismos, con reglas propias, que pueden ser catalogados como integrantes de la *imparcialidad institucional*, es decir, previsiones diseñadas para evitar que se concrete la sospecha sobre la parcialidad de los jueces que intervienen en un caso particular. Dentro de ellas encontramos la rigidez de las reglas de competencia fijadas para el caso al momento del hecho imputado (juez natural), el intento de distribución de los casos entre los jueces de un mismo tribunal por métodos azarosos para evitar su selección arbitraria, a lo que se suman todas las reglas tendientes a lograr la independencia judicial (mecanismos de nombramiento y destitución, estabilidad en el empleo, intangibilidad del salario) y la sujeción de los jueces únicamente a la ley.²⁶

Sin embargo, puede ocurrir que pese a todas estas cautelas existan situaciones concretas donde se presente el llamado “*temor de parcialidad*”. De allí que el art. 55, CPPN desarrolle una serie de supuestos en los cuales, producido el antecedente descrito en los distintos incisos de la norma citada, se presume la parcialidad del juzgador.

El *temor de parcialidad* ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia internacional de derechos humanos, luego fue recogido por lo más granado de la doctrina nacional y finalmente también fue recibido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, principalmente por el problema que representa en el CPPN las facultades de investigación y juzgamiento otorgadas a los jueces

²⁵ Cfr. sentencias de la Sala de Turno de esta cámara del 19.8.15, registro n° 655/15, y del 7.9.15, registro n° 747/15; y precedente “**Velazco, José Raúl s/ defraudación por administración fraudulenta**” del 16.12.05, registro n° 184, folios 190/193, registro sentencias interlocutorias 2005, del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Norte, Tierra del Fuego.

²⁶ Cfr. Julio B.J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. II. Parte General. Sujetos Procesales, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 554. Véase también los arts. 18 y 110 de la Constitución Nacional.

correccionales, bajo la vigencia de las leyes de organización judicial anteriores.²⁷

Puede decirse que en la actualidad existe un amplio consenso en favor de la idea de que un juicio llevado a cabo ante un tribunal que intervino de un modo decisivo durante la instrucción preparatoria no satisface la garantía constitucional de ser juzgado ante un juez imparcial. Es lo que SANCINETTI denomina ‘opinión ilustrada estándar’ y, dentro de este aspecto, uno de los puntos más conflictivos se plantea en la siguiente disyuntiva: ‘proscripción absoluta del ‘juez de instrucción’ vs. exclusión según la naturaleza de los actos dictados’. Tras analizar diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos ‘Piersack vs. Bélgica’ del 1/10/1982; ‘De Cubber vs. Bélgica’ del 26/10/1984 y ‘Delcourt vs. Bélgica’ del 17/1/1970 –precedente muy anterior que, si bien no resuelve un tema relacionado con el juez imparcial, resulta importante en esta recorrida–), las ‘Reglas Mínimas de Mallorca’ y la jurisprudencia nacional, SANCINETTI realiza una distinción de acuerdo con el momento en que se plantea la queja del interesado sobre la imparcialidad del juez que lo juzga (o ha juzgado): si se trata de una demanda contra un Estado por violación a la garantía de imparcialidad, aun cuando el demandante no hubiera recusado al juez antes del juicio, es comprensible que el Tribunal internacional sea especialmente cauto para admitir la violación del pacto y la demanda contra el Estado nacional; de allí que la valoración de las sospechas de parcialidad sean más estrictas por parte de estos órganos internacionales; en cambio, estos recaudos ya no se justifican en el ámbito nacional y si el acusado se queja de la irregularidad de la constitución del tribunal desde *el primer momento* tiene todo el derecho de que la cuestión sea

²⁷ Cfr. las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Piersack”, “De Cubber”, “Ben Yaacoub”, “Hauschildt” y “Oberschlick”; en la doctrina nacional puede consultarse Julio B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., t. I, Fundamentos, Buenos Aires, 1996, ps. 735-775; Marcelo SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al ‘caso Cabezas’*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *passim*; también las sentencias de la Corte Suprema en los casos “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones –arts. 104 y 89 Código Penal –causa n° 3221”, del 17.05.2005, L.486.XXXVI; “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía –causa n° 120/02-“ del 08.08.2006; “Lamas” (causa L. 117.XLIII.RHE).



juzgada según el patrón amplio de la denominada opinión ilustrada estándar (el destacado no es del original).²⁸

Así las cosas, en el ámbito internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado caso “Piersack vs. Bélgica”²⁹ entendió que la imparcialidad posee dos dimensiones: subjetiva y objetiva. La primera, trata de determinar lo que el juez pensaba en su fuero interno en un caso específico, dado que ningún miembro del tribunal debe tener predisposición ni prejuicio alguno en el plano personal. En este aspecto, para el tribunal europeo la imparcialidad del juzgador deberá ser presumida a menos que se demuestre lo contrario. La dimensión objetiva³⁰ tiene por finalidad comprobar si el juez ofrecía suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima de parcialidad. En los precedentes “Pullar v. the United Kingdom”³¹, “Fey v. Austria”³² y “Daktaras v. Lithuania”³³ (entre muchos otros), el Tribunal Europeo estableció que en el test objetivo debe determinarse si existen hechos comprobables que puedan motivar o hacer surgir dudas en torno a la imparcialidad. Al respecto, incluso la apariencia es importante porque lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a la población de una sociedad democrática, lo que también incluye a la persona acusada. Esto implica que al decidir si en un caso determinado existe una razón legítima para temer que un juez carece de imparcialidad, el punto de vista del acusado es importante pero no decisivo; lo verdaderamente determinante será si este temor se encuentra *objetivamente justificado*.

Estas dos dimensiones, a su vez, fueron sostenidas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En la Observación

²⁸ Cfr. Marcelo SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del Tribunal*, op. cit., ps. 2 y 3, 31 y sigs., en particular, p. 32. También puede verse la sentencia interlocutoria del 19.08.2003 dictada como integrante del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial Norte de Tierra del Fuego, en autos “Schnitman, Clara Sonia s/ estafa”, registro n° 5, folios 6/8, protocolo sentencias interlocutorias año 2003.

²⁹ Cfr. TEDH, sentencia “Piersack c/ Bélgica”, 1 de octubre de 1982, ap. 30-32.

³⁰ Cfr. Consejo de Europa, CCJE (2002), Informe n° 3 sobre los principios y reglas que rigen los imperativos profesionales aplicables a los jueces y especialmente la deontología, los comportamientos incompatibles y la imparcialidad, 19 de noviembre de 2002.

³¹ Cfr. TEDH, sentencia Pullar v. the United Kingdom, 10 junio de 1996, ap. 37.

³² Cfr. TEDH, sentencia Fey v. Austria, 24 de febrero de 1993, Series A no. 255-A p. 8, ap. 30.

³³ Cfr. TEDH, sentencia Daktaras v. Lithuania, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), ap. 32.

General n° 13 y, posteriormente, en la n° 32 relativa al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Comité estableció que: *“El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado”*³⁴.

Por su parte, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”³⁵ recogió la valoración del aspecto subjetivo y objetivo de la garantía y reconoció la necesidad de resguardar la imparcialidad de los jueces mediante un criterio de prueba objetiva³⁶. De este modo, la Corte IDH afirmó que: *“...la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”*³⁷. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que *la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario*³⁸. *Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar*

³⁴ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32 (2007), párr. 21 y Observación General N° 13 al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 13 de abril de 1984. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley, párr. 21.

³⁵ Cfr. Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, n° 182.

³⁶ Si bien la Corte IDH había hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre la garantía en estudio, en el precedente “Apitz Barbera” es donde con mayor claridad aborda esta cuestión. De este modo, por ejemplo: Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 170.

³⁷ Cfr. TEDH, sentencia Pullar v. the United Kingdom, 10 de junio de 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, ap. 30, y del mismo tribunal sentencia Fey v. Austria, 24 de febrero de 1993, Series A, n° 255-A p. 8, ap. 28.

³⁸ Cfr. TEDH, sentencia Dakaras v. Lithuania, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), ap. 30.



temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona³⁹. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta⁴⁰, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.”⁴¹. (el destacado no es del original).

A manera de síntesis, podemos afirmar que quien de alguna manera contribuyó al avance de la investigación y a formar un juicio preliminar sobre la responsabilidad del imputado no debe intervenir en su juzgamiento posterior, es decir, no debe integrar el tribunal que decidirá en forma definitiva sobre la suerte del imputado.

8. Sentados estos criterios generales, para examinar el presente caso no deben perderse de vista las particularidades que presenta. Según el planteo de la defensa, no se trata de un juez que intervino en la instrucción y de alguna manera contribuyó a formar la hipótesis acusatoria (supuestos a los que se refieren la jurisprudencia y la doctrina analizadas en el punto anterior) sino de un magistrado que actuó como defensor de una persona que, a la postre, fue sobreseída en la etapa preparatoria. Además, como la misma recurrente reconoce, la cuestión no fue introducida oportunamente y la intervención del juez cuestionado sucedió casi *once años antes* del dictado de la sentencia de condena.

De esta manera, en este caso particular, excepcionalmente deben repasarse las constancias del expediente, algunas de las cuales no fueron incorporadas por lectura al debate. Todo ello con el fin de garantizar una revisión amplia de la sentencia de condena y establecer si es posible afirmar la violación de la garantía de la imparcialidad denunciada por los defensores públicos.

9. En este marco, cobra relevancia el art. 60, CPPN, en cuanto regula las oportunidades para interponer la recusación de un juez. La regla establece de modo perentorio las oportunidades para hacerlo:

³⁹ Cfr. TEDH, sentencia Piersack v. Belgium, 1 de octubre de 1982, Series A n° 53, y del mismo tribunal, sentencia De Cubber v. Belgium, 26 de octubre de 1984, Series A n°. 86.

⁴⁰ Cfr. Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁴¹ Cfr. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, n°182, párr. 56.

“Las recusación sólo podrá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad...en el juicio, durante el término de citación...”, criterio que concuerda sistemáticamente con el art. 354, CPPN, en tanto éste reconoce a las partes la facultad de interponer *“...las recusaciones que estimen pertinentes...”*. El párrafo final del art. 60, a su vez, prevé el supuesto de una causal sobreviniente o de una ulterior integración del tribunal en cuyo caso *“...la recusación podrá interponerse dentro de las cuarenta y ocho horas de producida o ser aquélla notificada, respectivamente...”*.

En el caso, a fs. 2840 vta. el juez Paduczak citó a juicio a las partes y puso en su conocimiento la integración del colegio: *“...Hágase saber a las partes que en la presente causa conocerá el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 integrado por el Dr. Sergio Paduczak como Presidente y como vocales la Dra. Patricia Cusmanich y el Dr. Ángel Gabriel Nardiello...Cítese a las partes a fin de que en el término de diez días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y las cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones pertinentes...Hágase saber a los imputados que hasta tanto designen abogado de confianza serán asistidos por el Dr. Daniel Parodi, titular de la Defensoría N° 10, constituyendo domicilio a todos los efectos legales en la calle Roque Sáenz Peña 1190, piso 4, de esta ciudad...”*. Luego, a fs. 2846 y 2847 tanto Di Bella como Maquieira se notificaron de la citación a juicio y ambos acordaron que su asistencia técnica fuera ejercida por el defensor mencionado; luego, éste realizó una presentación a favor de Maquieira (fs. 2856) hasta que finalmente ambos imputados designaron otra abogada defensora (fs. 2880 y 2894, respectivamente), quien ofreció prueba (fs. 2922) pero no formuló recusación alguna con respecto al juez Paduczak, pese a que se dispuso como instrucción suplementaria “hacer correr por cuerda” la causa 2189 seguida a Eva Leonor García por robo simple en concurso real con homicidio en ocasión de robo (fs. 3033 vta.), donde obra la indagatoria en que intervino aquel magistrado.

Una vez finalizado el juicio, ambos imputados revocaron la designación de su defensora y pidieron la intervención de la defensa pública oficial (fs. 3234, Di Bella; fs. 3258 /3259, Maquieira). De inmediato, Javier Aldo Marino, defensor público oficial, a cargo



interinamente de la Defensoría Pública Oficial N° 10, planteó la necesidad de que otro defensor, Daniel Parodi, se excusara de intervenir en el caso (según la Resolución DGN 35/99), pues “...de la lectura de las actuaciones surgen evidentes intereses contrapuestos entre el nombrado Dibella (sic) y la coimputada Eva Leonor García, defendida...” por el último de los nombrados (cfr. fs. 3239). A ello proveyó el mismo juez Paduczak: “...Siendo absolutamente manifiestos los intereses contrapuestos, que surgen entre Eva Leonor García y Diego Martín Di Bella, toda vez que en el juicio anterior la imputada García atribuyó el hecho delictivo a Di Bella y su consorte y en el juicio presidido por el suscripto Di Bella imputó a García el robo y el posterior desenlace fatal, téngase presente la excusación efectuada por el titular interino de la Defensoría Oficial N° 10 y désígnese como letrada defensora de Diego Martín Di Bella a la titular de la Defensoría N° 11, Dra. Cecilia Mage. Siendo inminente el vencimiento del plazo para recurrir, trasládese a Di Bella para el día de mañana a la Alcaldía Pettinato a efectos que mantenga una entrevista con su defensa y en consecuencia suspéndase dicho plazo por el término de 48 horas...” (cfr. fs. 3240). A continuación, intervino el defensor público coadyuvante Martín Taubas (fs. 3246) quien a la postre interpuso los dos recursos de casación ya resumidos. Asimismo, se destaca que el juez Paduczak prorrogó en la práctica el plazo para recurrir la sentencia, ante un pedido de Di Bella (fs. 3257).

10. Como puede apreciarse, la defensa tanto privada como pública tuvieron oportunidades suficientes para anunciar oportunamente el *temor de parcialidad* recién denunciado en el término de oficina. En este sentido, no puede soslayarse que entre la indagatoria en la que participó como defensor y la primera intervención del juez que presidió el debate pasaron casi diez años: el primer acto se celebró el 27 de setiembre de 2004; mientras que la citación a juicio, firmada por el juez Paduczak, se plasmó el 11 de setiembre de 2014. Y si se toma en cuenta la fecha de inicio del juicio, el lapso se estira a casi once años. Aquí es donde cobra sentido la regla del art. 60, CPPN, en tanto establece un término fatal para plantear la excusación del juez sospechado de parcialidad. La importancia práctica de poner en marcha esta incidencia resulta evidente:

permite a la parte exponer y probar eventualmente el temor planteado y al juez conocer cabalmente la situación y determinar si considera que debe excusarse.

Por lo demás, la misma defensa pública incurrió inadvertidamente en la misma contradicción que ahora denuncia: el defensor público Parodi realizó peticiones a favor de una de las imputadas, pero recién luego del juicio se advirtió que no podía asistirle (véase la presentación de fs. 3239).

De esta manera, el agravio presentado como *temor objetivo de parcialidad* fue introducido tardíamente, sin que la defensa brinde ningún motivo plausible por el cual dejó de lado las reglas que rigen el procedimiento de la recusación, regulado en los arts. 60 y 354, CPPN.

11. Si bien lo dicho resulta suficiente para sellar la suerte del planteo, atento a la índole de la garantía comprometida, corresponde analizar si efectivamente, como lo planteó el defensor público Maciel, existen elementos para afirmar que *el juez Paduczak fue parcial desde el punto de vista subjetivo, esto es, que deliberadamente condenó a los imputados por su conocimiento anterior de la causa.* En este aspecto, su planteo es “secante” con el formulado por el otro defensor, Ricchiello. Según este último, había una “comunidad de argumentos” entre la indagatoria en la que participó Paduczak y la sentencia de condena. Por esta razón, corresponde transcribir aquel acto.

En el acta de la indagatoria celebrada el 27 de septiembre de 2004 se imputó a Raúl Ramón Silva, alias “Ivana”, *“...haber tenido conocimiento cabal del suceso delictivo ocurrido el 30 de julio de año en curso, después de las 21:00 horas, en perjuicio de Omar Narciso Manti y Letizia Botta, domiciliados en la calle Uriburu 1276 de esta ciudad, perpetrado en complicidad con Silvina Maquieira y Diego Martín Di Bello, con quienes conformaría una asociación ilícita con fines ilícitos, donde le sustrajeron a los damnificados aquellos elementos detallados en el acta de fojas 287/288, 289 y 291, previo adormecerlos por medio de benzodiazepinas –bromazepam-, ocasionando la muerte del primero de los nombrados –Manti- por congestión y edema de pulmón y miocardioesclerosis y la mujer debió ser internada en el Hospital Alemán con diagnóstico síndrome confusional...Invitado a manifestar cuanto tenga por conveniente en su descargo y a aportar las pruebas que*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNC1

*estime pertinentes, **REFIERE:** Que quiere negar los hechos imputados, indicando que conoce a Eva Leonor García, en razón de que la misma concurrió a solicitar sus servicios espirituales “umbanda” en el mes de marzo del año en curso, recomendada por una chica dominicana de nombre Patricia, que era cliente suya. Que al concurrir García le dijo que era alcohólica y tenía muchos problemas con los hijos y con una pareja que tenía su familia por otro lado, es decir, un hombre separado pero que estaba con las dos mujeres, ella y su esposa. Que no la volvió a ver hasta el mes de julio pasado, donde le pidió que ayudara a Silvina Maquieira, ya que quería conocerla por su recomendación. Que silvina la invitó a visitarla a un estudio o vivienda ubicado en San Martín 973, piso 5 ° “D” de esta ciudad, donde fue recibida por las dos mujeres. Que le dice cuáles eran sus problemas, indicándole que era abogada y que tenía problemas con su pareja; que el mismo era policía, de nombre Diego Di Bella, y que era una relación muy enfermiza, y que el nombrado era adicto. Que le pidió que la ayudara y le pagó la suma de \$ 300, y le dijo que le iba a hacer llegar más dinero que siguiera trabajando con el tema, para ver si podía casarse con Di Bella, ya que quería que esté con ella. Que le dio el número de teléfono y le dijo que lo ponga al tanto de cómo iba después su relación con él. Que Maquieira le entregaba en persona o lo dejaba en portería del edificio de la calle San Martín, cabellos de Di Bella, uñas, fotos, ropa interior, para realizar los trabajos. Que el dicente le explicó que las adicciones la magia no las cura, pero que haría todo lo posible para solucionarle los problemas. Que la dicente desconocía que a esa cena iba Diego Di Bella. Que a los pocos días, regresaron a su domicilio diciéndoles que viajaban, sin indicarle a donde, con motivo de que habían tenido problemas con el cliente; que Silvina también concurrió a dejarle un dinero, aunque quedaba por entregarle otra suma, la cual sería entregada por Eva García. Que después de ello, no vio por unos cuantos días a ninguna de las dos, empezando a comunicarse desde lejos Silvina Maquieira. Que la nombrada misma le dijo que se encontraba lejos, pero no le indicó donde, y le decía que su novio por Di Bella, estaba medio loco, que no quería saber nada con ella, que no quería tener sexo con ella, y que se dijera que podía hacer en razón de que no quería perderlo. Que le contestó que haría lo que pudiera. Que a los veinte días volvió por su casa Silvina y le preguntó si no sabía nada de Eva García, a lo que le dijo que no, ya que en realidad no tenía noticias de la nombrada, y le plantea nuevamente que Di Bella estaba muy loco y que lo de la dicente no daba*

resultado. Que allí, Silvina le dice que cuando fueron a esa cena, era una joda, tomando whiskey, vino y pastillas y cocaína y que el hombre de la casa se murió. Que andaban con ese despelote y Diego Di Bella se quería ir. Que la deponente le dijo que fue una accidente, pero Silvina le dijo que estaban todos muy “sacados” y Diego se llevó las cosas. Que la dicente le preguntó qué había sucedido, ya que no parecía una cena con un cliente, recibiendo como respuesta que estaban muy sacados. Que la dicente como le debían plata, pensó que le estaban cargando como excusa para dilatar el pago. Que le dijo [que se dije] que era lo que podía hacer, y que pasara por su departamento. Que pasó por allí al día siguiente y el personal de vigilancia le entregó una bolsita con dinero y un slip y pelos. Que a los pocos días, Silvina fue a su templo, y le dijo que la situación con Di Bella estaba muy mal, que le refirió a Di Bella que era policía y que lo iba a perjudicar, a la vez que le decía a la declarante que la magia que hacía no era efectiva. Que la dicente le dijo que lo que sucedía era muy grave, que había un muerto en el medio de todo, a lo que recibió como comentario por parte de Maquieira “me imagino que no vas a salir a vomitarlo o a denunciarlo” (sic), “porque esto para mí es un trámite” (sic). Que le dijo lo mismo que en una ocasión le comentó a la dicente que trabajara para sacar del medio a la otra novia de Diego Di Bella, al indicar que si podía hacer el trabajo o la mataba, que para ella es un trámite. Que le dijo a la dicente que pagaría un poco más de plata, pero mi tío me lo arregla, que trabaja en la SIDE; le dijo a la dicente que tenía que seguir trabajando para que no se fuera y no pasaba nada, ya que Diego tiene mucha gente en la calle y que sabe que los policías no conocen ni de macumbas ni de religiones algunas, que son capaces de venir y darle vuelta la casa y tu familia, si le pasa algo a Di Bella. Que la dicente le preguntó si la estaba amenazando, a lo que recibió como respuesta que no, que era una broma, que debía seguir trabajando para que siga con ella. Que en ese entonces, Eva llamaba por teléfono preguntando por Silvina, y al comentárselo a ésta última, le indicó que dijera que no tenía ninguna noticia de ella, lo que así hizo. Que igualmente, García concurre al templo porque Silvina tenía unos papeles de unos trámites para la hija de ella, y que estaba desesperada. Que le preguntó a Eva que había sucedido, y le dijo que estaban cenando y se pusieron a tomar vino y whiskey y pastillas, y Diego tomaba cocaína, y el dueño de la casa quiso propasarse con ella, por lo que se fue del lugar. Que le dijo a Eva que era un tema muy delicado y que Silvina la estaba intimidando y amenazando, que tenía mucho miedo, porque era gente muy



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNC1

peligrosa. Que Eva le dijo que tenía que tener cuidado, y que el tío de Silvana le arreglaba todos los problemas. Que le aclaró que Diego Di Bella tenía conexiones por todos lados, que estaba con un grupo de policías y que hasta tenía contactos en el Servicio Penitenciario Federal. Que la dicente le comentó a su familia que era lo que sucedía. Que Silvana seguía insistiendo con su problema, y trató igualmente de no mostrarse alterada con ella, ya que tenía mucho miedo. Que le sugirió a Silvana que fuera a Uruguay con Diego para sacarlo de los problemas pero igualmente seguía insistiendo con los comentarios de siempre. Que en la última oportunidad que concurrió, le dijo a la dicente que si la macumba no daba resultado, lo embarraría con éste problema que se había sucedido. Que le dijo que a la dicente que en este momento no tenía plata, pero que si quería le regalaba unas llaves de un departamento, y que era aquél que tiene Diego en Libertador, por la zona Núñez, y ante la pregunta de la dicente por ello, le dijo que se fuera a llevarse todo lo que había dentro del mismo. Que después se enteró por Eva que ese departamento era de la exnovia de Diego Di Bella. Que la última vez que tuvo contacto con Eva fue el viernes, comentándole de un novio, que quería conquistarlo y que hiciera algo. Que con Silvana se habló por última vez unos días antes, unos tres días antes del día viernes, para que hiciera algo por Diego y que no le pasara nada. Que recuerda que Silvana le dijo en una ocasión que iba a llamar Diego que le diga que la declarante era una amiga suya y que estaba todo bien, que ella ya había hablado con él sobre el tema. Que después de esa ocasión, le pidió a Silvana que no la pusiera más en dicho compromiso, diciéndole Silvana que se ocupara de Diego, que no le pasara nada, y que mientras ella estuviera con él no le iba a pasar nada. Que por último, quiere resaltar que todo lo manifestado lo sabe por los encuentros que tuvo con Eva García y Silvana Maquieira, y por los comentarios que las nombradas le hacían de lo que ocurría, sin haber participado de maniobra alguna de las mismas. Que no siendo para más, se da por finalizado el presente acto...” (cfr. fs. 832 / 835 vta.).

Tres días después, el 30 de septiembre de 2004, primero Silva y luego su hermana, designaron nuevos abogados, en reemplazo del defensor público oficial; así puede verse en los decretos del 1º y el 4 de octubre de 2004 (cfr. fs. 850 y 857).

Por su parte, la sentencia sólo menciona tangencialmente a la “mai” del rito umbanda “...a raíz de las escuchas telefónicas efectuadas por la

División Homicidios de la Policía Federal Argentina se pudo determinar la relación que existía entre Eva Leonor García y la encausada, así como también la existencia de una ‘mai’ que practicaba ritos de la religión umbanda, a la que Maquieira acudió para que le realizara un trabajo para lograr que Diego Martín Di Bella se separara definitivamente de una tal ‘Fernanda Supa’ y se quedara con ella...”. La sentencia menciona esta circunstancia como parte del relato que había efectuado el comisario Miguel Conza, que al momento del hecho era principal en la División Homicidios de la Policía Federal Argentina (ver fs. 3207 y, en particular, fs. 3208). Luego, la sentencia vuelve a referirse a la “mai” al resumir la declaración indagatoria prestada por Maquieira durante el debate: “...Dijo que la conoció a Eva, por ser una cliente que se apersonó a su estudio por un trámite personal, que entabló amistad con ella, que le presentó a Ivana, la ‘mai’, para que la ayudara con Di Bella, porque estaba con otra pareja y que quería que la dejara para que se quedara con ella y que luego se alejó de Eva porque creía que había pasado algo entre ella y Di Bella...”.

Como puede apreciarse, ni la declaración de la “mai” ni la relación de ella con una de las imputadas revisten la trascendencia que le asigna la defensa, pues, como bien desarrolla el juez Niño en su voto, las pruebas que valoró el tribunal para condenar carecen de vinculación con el acto donde intervino como defensor público el juez Paduczak. Entonces, no se advierte “...la comunidad de argumentos...” que planteó el defensor público Ricchiello.

Asimismo, tal como lo resalta el juez Niño, el hecho imputado a Silva por un lado y a Di Bella y Maquieira por el otro es diferente; además, los dichos del primero tampoco tuvieron la relevancia que la defensa les asignó, en tanto el fiscal de instrucción pidió la detención conjunta de las cuatro personas (García, Silva, Maquieira y Di Bella), por lo cual mal puede afirmarse que la declaración del segundo de los nombrados orientó la pesquisa hacia el resto.

Corresponde examinar entonces el resto de los cuestionamientos efectuados por el defensor público Mariano Maciel.

En este sentido, tampoco se advierte una actividad parcial del juez Paduczak. En cuanto a las pruebas que ordenó realizar, esto es,



uno de los actos demostrativos de su parcialidad, de acuerdo con lo dicho en la audiencia, el juez se atuvo a lo que solicitaron las partes (ver ofrecimiento de prueba de la querrela, fs. 2911 / 2915; la defensa, fs. 2922; de la fiscalía, fs. 2928 / 2932; decreto fundado de fs. 3033 / 3037); y, como también señala el juez Niño en su voto, tampoco se aprecia que durante su actividad en el debate se haya comportado de manera parcial.

12. Del análisis efectuado, puede concluirse:

a. El juez Paduczak actuando como defensor público asistió, en el inicio de la investigación, a un imputado (Silva) que luego fue sobreseído, es decir, no se trataba de una las partes juzgadas en el debate. Esta intervención abarcó la declaración indagatoria de aquél y tan solo tres días después fueron designados otros abogados en su reemplazo.

b. La declaración indagatoria en la que participó el magistrado Paduczak sucedió diez años antes de que comenzara su intervención como juez del tribunal oral, y once del comienzo del debate.

c. Ese acto procesal careció de trascendencia para resolver el caso, pues sólo incidentalmente se refirieron a Silva (la “mai”) un testigo y la imputada Maquieira. De tal modo, no se advierte la “...comunidad de argumentos...” existente entre aquella lejana declaración indagatoria y la sentencia, denunciada por la recurrente.

d. La defensa tanto particular como pública tuvieron múltiples oportunidades para plantear el *temor de parcialidad* que eventualmente generaba esta actuación del juez Paduczak previa a la realización del juicio oral y público. No lo hicieron, al punto que un defensor público que luego pidió su inhabilitación formuló peticiones a favor de una imputada con respecto a la cual advirtió tardíamente que existían intereses encontrados con otra defendida suya.

e. Tampoco se advierte que el juez denunciado haya actuado con parcialidad en su actividad durante la preparación del juicio y en el debate mismo. Ordenó realizar las pruebas solicitadas por las partes, receptó múltiples planteos de las defensas y no se aprecia ni

insinúa una actuación parcial durante el debate (cfr. lo dicho por el juez Niño en su voto, punto III.2).

En definitiva, el tiempo transcurrido, la falta de planteo oportuno, la intrascendencia de la declaración de Silva para la solución del caso y el comportamiento del juez Paduczak conducen a descartar que haya actuado con un prejuicio o que, efectivamente, actuó con parcialidad para resolver el caso y condenar a los imputados.

Así, corresponde desechar el agravio de la defensa, sin perjuicio de que los defensores realicen las presentaciones que estimen pertinentes, de acuerdo con lo que el juez Niño también ha propuesto.

13. En cuanto a la valoración de la prueba, se adhiere y se comparten el análisis y las conclusiones a las que arriba el juez Niño en los puntos IV y IV. 1. de su voto.

14. El siguiente punto a analizar se refiere a la calificación jurídica del hecho, donde la defensa, también en el término de oficina, introdujo un nuevo agravio. En este aspecto, anteriormente, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22, con otra integración, el 19 de julio de 2006 condenó por el mismo hecho a Eva Leonor García, la consideró coautora y lo calificó como robo en concurso ideal con homicidio imprudente (ver punto I de la sentencia de fs. 1772 / 1800). Esta sentencia fue recurrida por la querrela y la defensa, pero sólo tuvo éxito la primera: la Sala III de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal modificó la calificación del suceso y consideró, por mayoría, que debía aplicarse el tipo penal del art. 165, CP (homicidio en ocasión de robo). En este aspecto, los jueces Tragant y Riggi, con distintos argumentos, establecieron que esa figura abarcaba también los homicidios imprudentes. De allí que se elevara la pena impuesta a García (ver sentencia de fs. 1934 / 1949).

Esta sentencia quedó firme y su valor con respecto al nuevo enjuiciamiento fue sólo mencionado tangencialmente durante el juicio y no fue objeto ni de planteo por la defensa a través de una excepción ni la discutió expresamente en el debate. La cuestión, como ya se dijo, fue introducida en la presentación efectuada en el término de oficina.



Así, se lee en el acta de debate que la parte querellante, tras mencionar la discusión en la doctrina en torno al tipo penal mencionado, señaló que “...*en esta causa la sala III modificó la calificación y condenó a García por el art. 165, CP, tal como...*” lo había pedido esa parte. A su turno, el fiscal general consideró que con respecto a la aplicación del art. 165, CP ya se había pronunciado la Sala III “...*en el sentido de que se verificaba el tipo en cuestión cuando el resultado letal coincidía temporalmente con la sustracción y era el resultado de la violencia; pero no se exigía el actuar doloso, sino que comprendía un resultado accidental...*” (cfr. fs. 3186 del acta de debate).

Por su parte, en la sentencia se lee luego de referir las polémicas generadas por la interpretación del art. 165, CP: “...*Sin ninguna duda los Suscriptos (sic) podríamos decir que esta discusión se encuentra superada ya que existe un fallo condenatorio firme en donde se estableció como calificación legal al hecho que en este mismo debate se imputó, el previsto en el art. 165 del C.P., en donde se estableció que el homicidio es culposo y que pese a esa calidad integra el tipo objetivo del delito en cuestión.*”

“*Pero destaquemos además que la Dra. Ledesma ha dejado a salvo su opinión jurídica por considerar que el delito debe ser doloso y el Dr. Riggi estableció que oportunamente el tribunal de grado había hablado de un homicidio culposo y que se carecía de apelación del Ministerio Público para analizar la figura dolosa.*”

“*Sí ha quedado claro que como consecuencia de la violencia ejercida en ocasión del robo es que se ocasionó la muerte de la víctima.*”

“*Por lo tanto, sin perjuicio de ello, es que los Suscriptos (sic) queremos dejar a salvo nuestra opinión jurídica en relación a la calificación legal, adelantando que llegamos a la misma tipificación pero por argumentos diferentes...*” (cfr. fs. 3213 vta. / 3214 de la sentencia).

Luego de analizar las distintas interpretaciones del tipo penal, consideraron que “...*entendemos que los homicidios que quedan incluidos en el art. 165, CP, son los delitos dolosos. Yendo al caso en concreto entendemos que en el presente nos encontramos frente un homicidio doloso cometido con dolo eventual...*” (cfr. fs. 3216 vta.).

Por su parte, la defensa coincidió con la sentencia en que los homicidios imprudentes quedaban fuera del tipo penal del art. 165,

CP (punto b, fs. 3307 vta.): “...de un análisis adecuado de la prueba colectada, el hecho debió calificarse como robo en concurso ideal con homicidio imprudente, ello sin perjuicio de que ha quedado probado que la Sra. Eva García ha obrado de manera negligente respecto al Sr. Manti en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 en la causa n° 2189...”. Luego, descartó la existencia de dolo eventual en el caso (fs. 3308 y sigs.)

En la presentación efectuada en el término de oficina, la cuestión del alcance de la anterior sentencia fue introducida por el defensor público Ricchiello. De esta forma, remarcó lo que consideró una contradicción entre ambas resoluciones, la dictada con respecto a Eva García y la que resolvió el presente caso. “...La decisión impugnada, y la que se encuentra firme, parecen sostener que la autora material del suministro de la droga fue García, pero fundan la pertenencia al plan de Di Bella y Maquieira en la circunstancias de su aporte –al parecer porque no queda claro del todo- en que instigaron la ingesta de la bebida que aceleraba los efectos medicamentosos; pero no se comprende entonces de qué modo, mientras la primer sentencia afirma que García no pudo representarse ese conocimiento sobre el posible resultado, si se lo habrían podido representar mis defendidos, fundando así su dolo (eventual) homicida en ese elemento cognitivo imposible de construir. La solución es absolutamente incongruente...” (fs. 3376 vta / 3377). Luego, calificó la sentencia como arbitraria y afirmó que en el caso se presentaba un supuesto del llamado *efecto positivo de la cosa juzgada* con relación a que, en el aspecto subjetivo atribuido, no hubo dolo sino culpa: “...si bien los justiciables tienen claramente un derecho a juicio pleno, hay ciertos aspectos de las decisiones anteriores que pueden beneficiarlos que no deberían ser alterados. Siguiendo a Ottaviano, hablamos de efecto positivo de la cosa juzgada cuando un segundo proceso se refiera a los mismos hechos de un proceso anterior – pero de un imputado distinto cuya situación procesal no fue decidida en el primero...” (cfr. fs. 3377 vta. / 3378).

15. De esta manera, de acuerdo con los planteos referidos a la calificación legal, estas son las cuestiones que deben resolverse:

a. Si la controversia sobre el alcance que tiene la sentencia anterior firme, dictada con respecto a Eva García, puede ser válidamente



analizada en esta instancia, en virtud de lo establecido en el precedente “Prado”, ya citado.

b. Si las conductas atribuidas a Di Bella y Maquieira pueden ser subsumidas en el art. 165, CP, como homicidio culposo o calificado por el resultado o solamente pueden incluirse los dolosos.

16. El análisis del efecto extensivo de la sentencia anterior dictada con respecto a Eva García remite a la polémica en torno al alcance del *ne bis in ídem*, la cosa juzgada y el recurso de revisión.

La cuestión ha sido debatida en nuestra doctrina. Al respecto, Julio B. J. MAIER al estudiar los alcances del *ne bis in ídem* señala de manera tajante que: “...La garantía no se extiende a otra persona, que no ha sido perseguida penalmente, cualquiera que sea la solución del caso. Por ello, la condena, la absolución o el sobreseimiento de un imputado no amparan a otro, aunque el fundamento sobre la base del cual se arribó a una solución determinada sea común (por ejemplo, la falta de comprobación del hecho imputado o de adecuación típica del verificado) o se trate de un caso de participación criminal conjunta...Ello indica que, como garantía personal, el principio rige **individualmente** y no posee efecto extensivo; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercida, concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo individuo, pero carece de eficacia para transformar en lícito lo que es antijurídico y punible...” (el destacado es del original).⁴² Si bien el autor citado no lo aclara, quizás en el trasfondo de esta posición se encuentre la necesidad, por ejemplo, de preservar la imparcialidad del tribunal que ahora juzga a quien se encontraba rebelde en el primer juicio, y que, por lo tanto, no se encuentre condicionado por lo resuelto anteriormente y pueda así decidir con total independencia el caso.⁴³

La tesis contraria ha sido sostenida por Marcelo SANCINETTI y puede resumirse del siguiente modo: es posible distinguir entre la excepción de *cosa juzgada* y la de *ne bis in ídem*, que si bien pueden

⁴² Cfr. autor citado, *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 603 y sigs., en particular, 605; en la nota al pie 248, señala “...Ninguna resolución judicial en materia penal posee fuerza vinculante para otra posterior en otro proceso, salvo en el caso del *ne bis in ídem*, esto es, que se refiera al mismo imputado, sobre el cual recae la resolución, y al mismo hecho...”.

⁴³ Cfr. Santiago OTTAVIANO, *La garantía del ne bis in ídem y la prohibición de doble sanción*, Porrúa, México, 2013, p. 66 y sigs.

coincidir en la mayoría de los casos, hay supuestos en que resultan divergentes. El ejemplo que brinda el propio SANCINETTI aclara su posición: “...*la sentencia absuelve por administración fraudulenta al presidente de una sociedad anónima, en razón de que el acto suscripto en común con el vicepresidente –que por alguna razón no ha sido parte del juicio- **no constituyó ninguna violación a los deberes de un buen administrador...***”. De esta manera, al quedar firme esta sentencia, hay *cosa juzgada* con respecto al incumplimiento de deberes. Frente a una nueva persecución penal por ese mismo hecho contra el presidente de la persona jurídica, él podría plantear la existencia de un *ne bis ídem*; mientras que no habría razón alguna para que el vicepresidente, que no participó del juicio, alegara que existe *cosa juzgada* sobre el punto.⁴⁴

17. Ahora bien, se advierte la parte debió plantear esta cuestión a los jueces del tribunal de mérito antes de la sentencia que resolvió el caso, para que aquéllos pudieran resolver el punto y aquí pudiera ser revisada. En este sentido, por lo menos dos eran las opciones: afirmar, como lo hace Julio MAIER, que la cosa juzgada (y en consecuencia el *ne bis in idem*) es estrictamente personal y no se extiende a otros imputados; o, como Sancinetti, que hay casos donde ciertas cuestiones pasadas en autoridad de cosa juzgada extienden sus efectos a otros imputados cuando éstos son juzgados posteriormente.

Sin embargo, la parte no ha explicado por qué motivo no pudo plantear ante el tribunal de mérito la cuestión, ya sea a través de una excepción durante la preparación del juicio o durante el debate mismo. El punto no es menor, porque si se acepta la tesis sostenida por la defensa, existía para el *a quo* un impedimento absoluto para juzgar un aspecto del caso, lo cual exigía su pronunciamiento sobre el alcance de la cosa juzgada y el *ne bis in idem*.

Por esta razón, si la parte recurrente intenta como lo hace soslayar los límites de la competencia de esta Cámara, debió realizar un esfuerzo de argumentación adicional que demostrara la existencia de un

⁴⁴ Cfr. autor citado, *Problemas singulares de la cosa juzgada*, en *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier. Homenaje al Prof. Dr. h.c. Julio B. J. Maier en celebración de su 70º cumpleaños*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 70 – 71.



error u omisión tal que permita eventualmente superar aquellas fronteras, como se ha visto en el agravio analizado en los puntos 6 y siguientes. Sin embargo, en el caso particular, la defensa no logra superar esa barrera, *pues la cuestión estuvo presente desde el comienzo de la etapa del juicio* y el recurrente no ha señalado qué razones le impidieron advertirla y hacer el planteo pertinente.

De esta manera, corresponde rechazar el restante agravio introducido en el término de oficina y debe resolverse, a continuación qué clase de homicidios quedan incluidos en el tipo penal del art. 165, CP; en definitiva, cuál es la interpretación que aquí se asume de esta regla.

18. En las tres sentencias que se han dictado en la causa hasta al momento (fs. 1772 / 1800; 1939 / 1949 y fs. 3192 / 3226), en los planteos efectuados en el término de oficina (fs. 3349 / 3364) y en el voto del colega Luis Niño, se han desarrollado todos los argumentos y discusiones en torno a la interpretación de la regla mencionada, que pueden resumirse del siguiente modo: a) si se trata de un delito calificado por el resultado o uno complejo; b) si el término “homicidio” es normativo o descriptivo del tipo penal; c) la diferencia o relación existente con el art. 80 inc. 7º, CP; d) la incidencia de la calidad de la víctima del homicidio; e) los grados de participación; f) el vínculo con la tentativa. Sobre todo estos aspectos la doctrina propuso múltiples interpretaciones, a su vez, reflejadas en la jurisprudencia, sin que hasta el momento se haya logrado un criterio uniforme.⁴⁵ Aquí solamente se analizarán aquellos argumentos necesarios para fijar la posición que se considera correcta para resolver el presente caso, a partir de lo planteado por la defensa: razones sistemáticas, vinculadas con el principio de proporcionalidad, en función de la relación concursal existente entre las

⁴⁵ Entre la vasta bibliografía sobre el tema, basta citar: Daniel CARRAL, *El homicidio con motivo u ocasión de robo*, en Daniel Pastor (director) / Nicolás Guzmán (coordinador), *Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2011, ps. 107 / 125; Elizabeth MARUM, *Robo calificado por homicidio*, en David Baigún / Eugenio R. Zaffaroni, *Código penal y normas complementarias*, t. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 227 y sigs.; Guillermo E. H. MOROSI, *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

figuras implicadas, además de considerar, brevemente, la legislación histórica sobre el punto.

Según ha quedado probado, tanto García como Di Bella y Maquieira ingresaron mediante engaños en la vivienda de J.E. Uriburu 1276 de esta ciudad y, tras suministrar al Sr. Omar Narciso Manti y a la Sra. Leticia Botta benzodiacepinas en las bebidas que ingirieron, lograron adormecerlos y de esa forma sustraer joyas, dinero en efectivo, armas y otros objetos (ver fs. 3204 de la sentencia recurrida). En este aspecto, tanto Di Bella como Maquieira insistían en que aquéllos tomaran alcohol, circunstancia que la sentencia consignó como afirmada por la dueña de casa, Leticia Botta (cfr. fs. 3205); además, con respecto al primero, se valoró especialmente el descubrimiento de su huella dactilar en una botella de vino (fs. 3209). Como consecuencia de la ingesta de esa sustancia proporcionada por los imputados y el consumo de bebidas alcohólicas por parte del Sr. Manti durante la cena, se produjo su muerte. En este aspecto, se valoraron los distintos peritajes que encontraron restos de bromazepam, alcohol etílico y cafeína en el cuerpo de Manti; las dos primeras sustancias deprimen el sistema nervioso central y juntas potencian sus efectos depresores. Además, ponderaron que la benzodiacepina no es una droga de venta libre sino que se expende bajo receta archivada y que la bibliografía especializada señala que está contraindicada en las personas con problemas respiratorios, “...*porque al actuar como depresor del sistema nervioso central puede generar dificultades respiratorias...*” (cfr. fs. 3208 vta. / 3209). Por su parte, la Sra. Botta, quien no había ingerido alcohol durante la cena, pese a la gran insistencia de los imputados, debió ser trasladada al Hospital Alemán donde fue internada con diagnóstico de sobredosis por benzodiacepinas.

Tenemos así, por un lado, un robo consumado; y por el otro, la muerte del Sr. Manti, cuyo homicidio la sentencia consideró ejecutado con dolo eventual. En relación con la Sra. Botta, la conducta con respecto a ella no recibió ninguna calificación jurídica y no fue objeto de decisión alguna.



El caso, tal como ha quedado configurado, implicó en primer término la realización de un plan común entre los tres imputados dirigidos a apoderarse de los bienes de Manti y Botta mediante el suministro de benzodicepinas. No está discutido que este elemento constituye una forma de *violencia* según la definición estipulativa prevista en el art. 78, CP, como lo afirma la sentencia aquí recurrida: “...*hemos tenido por acreditado que con el claro fin de desapoderar al matrimonio se le ha suministrado narcóticos para neutralizar a sus víctimas, lo que sería la violencia necesaria para el delito de robo...*” (fs. 3213 vta.). Y como se verá, el resultado *muerte* está vinculado con el ejercicio *imprudente* de aquella *violencia* (lo que resulta útil para diferenciarlo de los casos del art. 80, inc. 7º, CP).

Como se ha establecido, el uso de este medicamento fue una de las causas de la muerte de Manti y de la internación de Botta. Conviene repasar entonces cuáles son los fundamentos de la imprudencia⁴⁶ para determinar si ella puede quedar abarcada en el tipo penal del art. 165, CP, en tanto ella sea una consecuencia del obrar doloso del tipo básico.

19. El concepto clásico de imprudencia comprendía, en esencia, tres elementos: la lesión del bien jurídico, la relación de causalidad existente con esa lesión y la previsibilidad del resultado para el autor. Sin embargo, la aparición del riesgo permitido modificó radicalmente esta concepción.

Tras una larga evolución, hoy se considera mayoritariamente que la imprudencia es un problema del tipo. De esta manera una conducta puede estar justificada o exculpada en el caso concreto, pero en el tipo corresponde decidir si es imprudente. Otro aspecto de la discusión gira en torno a si el disvalor de resultado debe incluirse también en el tipo o debe considerárselo como una condición objetiva de punibilidad, pues tanto el finalismo como la teoría de la

⁴⁶ Se seguirá en esta exposición lo dicho en las sentencias de las causas “**Garrido Torres**” del 25.2.04, registro n° 1, t. I, folios 1/9, protocolo 2004; “**Avendaño Avendaño**” del 24.6.05, registro n° 22, t. II, folios 259/281, protocolo 2005; “**Farina Villar**” del 8.7.11, registro n° 24, t. I, folios 197/213, protocolo 2011; todas del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego.

imputación objetiva refieren la imprudencia al tipo. En este mismo sentido, destaca BACIGALUPO que “...la evolución sufrida por la teoría del delito en su conjunto no es, en realidad, sino una evolución que partió de una concepción que consideraba el delito doloso como prototipo de todo delito y que obligaba, por ello, a encontrar el ‘elemento doloso’ en la culpa y terminó en otra concepción que extendió, en sentido inverso, las estructuras del delito imprudente al delito doloso...”⁴⁷

En cuanto a la evolución histórica del concepto de imprudencia, se pueden señalar dos teorías principales: una psicológica (y en este sentido naturalista) y otra normativa (establecida en base a ponderaciones valorativas y jurídicas). Los problemas que la primera enfrentó para explicar los casos de la llamada “culpa o imprudencia consciente” condujeron a la concepción normativa: lo que determina el carácter imprudente de una conducta no es un nexo psíquico entre autor y hecho sino la formulación de un reproche objetivo, perteneciente al mundo del deber ser y se funda en consideraciones jurídicas normativas.⁴⁸

A su vez, la concepción normativa de la imprudencia reconoce, por lo menos, tres variantes:

a) La más tradicional, que sostiene que la imprudencia consiste en la previsibilidad objetiva del resultado.⁴⁹

b) La teoría de Engisch, según la cual, la imprudencia consiste en la violación de un deber de cuidado objetivo.

c) La más moderna, sostenida entre otros por ROXIN, quien afirma que la imprudencia debe determinarse por los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva (creación de un riesgo no permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la realización del riesgo no permitido en el resultado). Para este autor, el elemento infracción del deber de cuidado no conduce más allá de los

⁴⁷ Cfr. autor citado, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 342, nm. 659.

⁴⁸ Se sigue aquí el desarrollo de Gabriel PÉREZ BARBERÁ, *El delito imprudente*, en Carlos J. Lascano (h) (director), *Derecho penal. Parte general. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, ps. 323 – 368.

⁴⁹ Cfr. Manfred Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Viena, 1974, p. 76; entre nosotros, Pérez Barberá cita a Ricardo C. Núñez.



critérios generales de imputación, y por ser más vago que éstos, resulta prescindible. En rigor de verdad, incluso es erróneo ‘desde el punto de vista de la lógica de la norma’ pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido. Además, ‘...el fijarse en el deber de cuidado induce a la suposición errónea de que de la infracción de prohibiciones de puestas en peligro abstractas o de normas de tráfico extralegales se deriva sin más una imputación imprudente...’. Sin embargo, ROXIN admite que dentro de lo que se considera como creación de un peligro no permitido se puede y se debe tener en cuenta lo que la jurisprudencia y la doctrina han establecido para la constatación del deber de cuidado.⁵⁰

Entonces, la imputación objetiva es la teoría que mejor puede explicar el delito culposo o imprudente, pues la sola infracción de deber de cuidado o el estudio de la previsibilidad aislado pueden conducir a soluciones erróneas ya que sugieren el concepto equivocado de que aquél constituye una omisión. Tanto la previsibilidad objetiva como la violación del deber de cuidado son criterios que permiten establecer la creación de un riesgo no permitido (o lo que es lo mismo, delimitan el ámbito del riesgo permitido) que a su vez debe concretarse en el resultado.

20. En el caso en estudio, está claro que los tres imputados crearon el riesgo no permitido que se concretó tanto en la muerte del Sr. Manti como en la internación de la Sra. Botta. En este aspecto, si bien la conducta desplegada con respecto a ella no fue objeto de acusación, lo cierto es que marca claramente la cantidad de benzodiazepinas que suministraron a ambos, caracterizada por la marcada insistencia sumada a la ingesta de alcohol de Manti. Tampoco puede ser pasado por alto su carácter de personas “...*ancianas*...” resaltado en la sentencia (cfr. fs. 3217), circunstancia que no fue discutida por la defensa. Y con respecto al primero, si bien la dosis en sí misma no era letal, constituía un riesgo no permitido creado por los imputados que unido al resto de las

⁵⁰ Cfr. autor citado, *Derecho penal. Parte General*, t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, ps. 1000 – 1001.

condiciones personales de aquél se concretó en su muerte, lo cual resultaba previsible *ex ante*, dadas las particularidades de ambas personas relevadas por la sentencia y que, como se vio, están fuera de discusión.

21. Ahora bien, el examen efectuado revela que el caso constituye un delito cualificado por el resultado. En este aspecto, el análisis en torno a las razones por las cuales se consideran que los homicidios imprudentes, o cualificados por el resultado (preterintencionales, según su denominación más antigua) no deben ingresar dentro del ámbito de aplicación del art. 165, CP, como plantea la defensa, remiten a diferentes argumentos: del tenor literal, sistemáticos, vinculados con el principio de proporcionalidad e incluso con razones relacionadas con los antecedentes históricos de la introducción de esta figura en nuestro derecho penal. En este sentido, su alcance y la del art. 80 inc. 7º, CP, como lo destaca el juez Morin en su voto en la causa 2598, sentencia del 27 de junio de 2008, integrando el entonces Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, implica una discusión que ahora lleva casi 130 años y que no ha logrado una solución uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Tampoco el recurso al derecho comparado brinda una solución al problema.⁵¹

Un ejemplo de un argumento vinculado con el tenor literal de la ley y a la vez sistemático para resolver el alcance del art. 165, CP lo brinda el colega Luis Niño en su voto. Según puede leerse en el punto V. 3. a) *“...el texto de la ley hace alusión a la palabra ‘homicidio’, locución que representa un delito perfectamente definido en nuestra legislación y que, paralelamente, no es un elemento normativo del tipo que permita cierta laxitud en su interpretación valorativa. Nótese que nuestro legislador, al diferenciar las acciones de matar de aquellas que causan la muerte, ha recogido el estricto significado histórico del vocablo...Nuestra ley contempla el homicidio de manera expresa en los arts. 79, 80 y 81, inc. 1ro. apartado ‘a’ del cuerpo de leyes de fondo en la materia. Luego, es impropio llamar homicida al que causa la muerte por imprudencia, negligencia o incumplimiento de los deberes a su cargo; la normativa penal no lo autoriza. Se*

⁵¹ Así lo afirma también Axel Leonel SIMAZ, *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo. Un análisis dogmático del art. 165 del Código penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 351 y sigs.



designa así al que mata: para comprobarlo, basta a modo de ejemplo la norma del art. 98, inc. 1º cuando, al tratar sobre el duelo irregular, atribuye la pena del ‘homicida’ al que matare a su adversario...’. De allí que el homicidio receptado por el art. 165, CP, sólo pueda ser doloso.

Sin embargo, además del desuso en que ha caído el duelo, el análisis sistemático de la propia figura traída a la discusión por el colega, muestra que hay diversas variantes típicas de ese delito *donde la ley castiga “causar la muerte” sin hablar de homicidio, y establece penas que en algunos casos lo acercan a uno imprudente y en otras a una figura calificada por el resultado.* Así, el art. 97, CP establece: *“Los que se batieren a duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos: ...2. Con prisión de uno a cuatro años al que causare la muerte de su adversario...”;* luego, el art. 100 establece: *“...El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido: ...3. Con reclusión o prisión de **diez a veinticinco años, si se produjere la muerte...**”* (el destacado no es del original). Del mismo modo, el art. 101 señala: *“El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido: ...2. Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte...”.* En todos estos supuestos, el legislador utilizó la misma fórmula que el art. 84, CP: *“...causare la muerte a otro...”;* por lo tanto, se trata de casos donde se genera la muerte, penados de manera diferente y por razones distintas, donde no puede dudarse que se trata de *homicidios* en sentido jurídico. Lo que varía son las penas (menores en el imprudente o en el cometido un duelo regular; equivalente a la del art. 79, en el irregular; en los supuestos de los arts. 100 y 101, con una sanción igual a la del art. 165, sanciones todas ellas definidas por diferentes razones valorativas vinculadas con la mayor o menor desaprobación de las conductas). De allí que la utilización del término *homicidio* no pueda ser definitorio para considerar que únicamente los *dolosos* son los denotados por el art. 165, CP, porque la misma técnica aplicada por el legislador muestra que utiliza indistintamente los términos *causar la muerte* y *homicidio*.

Por lo tanto, este argumento literal-sistemático no define la cuestión.

En cuanto al antecedente histórico, como ya se vio, tampoco es definitorio, pues las diferentes reformas y contrarreformas, los distintos proyectos presentados, no brindan un argumento concluyente acerca de cómo debe interpretarse el art. 165, CP.

22. Lo cierto es que se trata de un delito cualificado por el resultado, todavía vigente dentro de nuestro ordenamiento.

Esta clase de delitos también está regulada en otros sistemas jurídicos. Así el CP alemán (StGB) prevé en el § 18 los delitos cualificados por el resultado, definidos como aquéllos donde mediante la realización de un delito base doloso (o incluso imprudente) se produce un resultado determinado, por lo general, lesiones graves u homicidio. Dentro de ellos, un sector de la doctrina distingue entre propios e impropios.⁵²

Asimismo, Kai AMBOS explica que un estudio del derecho comparado pone en evidencia que “...la *‘preterintencionalidad’* en los países “romanos”, en especial en España e Italia, constituye la clave de la discusión acerca de la responsabilidad objetiva y la cualificación por el resultado, mientras en Derecho alemán el tema prácticamente ni se menciona.”⁵³ Destaca que aunque el sistema legal español y el italiano se aproximan, en este tema han seguido caminos absolutamente opuestos.

De este modo, la situación jurídica en Italia se remonta al Codice Rocco del año 1930, donde expresamente se contempló el homicidio preterintencional (*omicidio preterintenzionale*) que, en el art. 584, se regula de la siguiente forma: “*Quien mediante acciones dirigidas a la comisión de los delitos recogidos en los artículos 581 y 582 (riña y lesiones) mate a una persona, será castigado con pena de prisión de 10 a 18 años.*”⁵⁴ Además, AMBOS señala que de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el artículo 18 de la ley

⁵² Cfr. WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 44a. ed., C. F. Müller, 2014, ps. 10 – 11.

⁵³ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.*”, publicado en revista electrónica InDret n° 3/2006 (www.indret.com), Barcelona, julio de 2006, ps. 3.

⁵⁴ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado*, op. cit., ps. 4.



194/78 sobre la interrupción del embarazo, también prevé como delito preterintencional el aborto con resultado de muerte de la mujer embarazada. Sin embargo, el autor evidencia el siguiente problema “...ninguno de estos delitos da información alguna acerca de cómo debe ser entendida la conexión psicológica entre el autor y el resultado grave.”⁵⁵, justamente, este es uno de los puntos más controvertidos en el derecho penal italiano frente a una posible afectación del principio de culpabilidad.

Por el contrario, como explica el mismo autor, si bien el derecho español estuvo influido por el derecho italiano, a partir del año 1983 el legislador español comenzó a alejarse lentamente⁵⁶. Así, en España es posible determinar tres etapas distintas en materia de preterintencionalidad y cualificación por el resultado. En la primera, existían en el Código Penal español tres disposiciones relativas a la preterintencionalidad, que se distinguían por el hecho de que el resultado causado por el autor fuera distinto *-preterintencionalidad heterogénea-* o más grave *-preterintencionalidad homogénea-* del que el autor quería causar⁵⁷. Con la reforma del ordenamiento legal por la Ley Orgánica 8/1983, el legislador como precisó en la exposición de motivos intentó “...expulsar la responsabilidad objetiva en todas sus expresiones...”⁵⁸; sin embargo, AMBOS destaca que “...no fue totalmente exitoso...”⁵⁹ y, en lo que aquí interesa, sólo se suprimió del Código Penal español la preterintencionalidad para aquellos casos en que el resultado causado por el autor fuera distinto. La tercera etapa se inicia con la reforma del año 1995, que eliminó “...todas las reminiscencias de la responsabilidad versarista de la parte general del Código Penal...”⁶⁰; no obstante, la opinión mayoritaria indica que “...no se eliminaron todas las cualificaciones por el resultado, si se tienen en cuenta los delitos en los cuales se prevé una agravación de la pena cuando sucede un resultado más

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.*”, op. cit., ps. 10.

⁵⁷ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.*”, op. cit., ps. 11.

⁵⁸ Cfr. explicación oficial de la ley 8/1983, de 25 de junio de 1983.

⁵⁹ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.*”, op. cit., ps. 16.

⁶⁰ Cfr. autor citado, “*Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.*”, op. cit., ps. 17. De igual modo, Santiago, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. Reppertor, 2015, ps. 311.

grave, lo cual se muestra a través de una formulación impersonal (“cuando resultare”, “se derivare”, “se produjere”, “se ocasionare” etc.).”⁶¹.

Así las cosas, atendiendo a la doctrina dominante, AMBOS llega a la conclusión de que “...en el Derecho español actual existe cualificación por el resultado en la parte especial, sin existir un fundamento en la parte general. Si se intenta resolver este dilema con principios de parte general, entonces se choca, de entrada, con el mencionado art. 5 CP. De él resulta que la responsabilidad por el resultado más grave requiere dolo o imprudencia del autor en cada caso; sin embargo, con esto sólo se descarta una responsabilidad objetiva por el resultado, no quedando claro si la imprudencia respecto al resultado grave es suficiente para constituir un delito cualificado por el resultado. Parece que el art. 12 CP da la respuesta, reclamando la punibilidad por imprudencia sólo con disposición legal expresa (*numerus clausus*). Si ésta no existe en el caso de las cualificaciones por el resultado, debe concluirse que el autor deberá actuar con dolo también respecto al resultado más grave. A favor de esta teoría están también las semejanzas con el Derecho alemán: si no existiera §18 StGB, por una parte, el principio constitucionalmente garantizado de culpabilidad prohibiría la responsabilidad por el resultado y, por otra parte, el art. 15 requiere una disposición legal expresa para responsabilizar por el resultado imprudente. La imprudencia, incluso la imprudencia temeraria, sería suficiente en el caso de resultado grave cuando la cualificación por el resultado está contenida expresamente (por ejemplo §251, §306 c StGB).”⁶².

En definitiva, AMBOS explica que un análisis en perspectiva comparada evidencia que el derecho alemán ha seguido un camino intermedio entre el derecho italiano y el español. Así, “Mientras el modelo italiano no parece digno de imitación a causa de sus tendencias penales de punibilidad del resultado y la consiguiente infracción del principio de culpabilidad, el Derecho español supone una opción que lleva a una ausencia de delitos cualificados por el resultado.”⁶³ La inclusión en el estudio de otros países del derecho continental resulta innecesaria; ello, toda vez que según indica el autor,

⁶¹ Cfr. autor citado, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.”, op. cit., ps. 17.

⁶² Cfr. autor citado, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.”, op. cit., ps. 19.

⁶³ Cfr. autor citado, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.”, op. cit., ps. 29.



por ejemplo, “...el Derecho francés -del mismo modo que el italiano- se mantiene en la idea del *versari*, mientras en el norte (Finlandia y Suecia) -como en España- esencialmente, se ha renunciado al delito *preterintencional*.”⁶⁴. Por su parte, “...el Derecho angloamericano opta por soluciones mucho más pragmáticas que las teóricas y dogmáticas soluciones ofrecidas por el Derecho continental europeo.”⁶⁵

23. La crítica primordial a esta clase de delitos ha sido desarrollada por el juez Niño en su voto: se considera que el segundo hecho, esto es el homicidio vinculado con el robo, se atribuye al autor como consecuencia de la aplicación de un verdadero *versare in re illicita*, un caso de responsabilidad objetiva.

La cuestión pasa, entonces, por realizar una interpretación constitucional de esta clase de tipos penales. Así, lo que sucede en este género de delitos es que “...a una consecuencia del delito base, prevista en el mismo delito complejo, se la amenaza con una pena más grave, y en tal sentido la pena que hubiera correspondido al delito base resulta ‘cualificada’, agravada en razón de esa consecuencia, considerada como la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base...”.⁶⁶ Lo que debe determinarse entonces es si el resultado más grave es imputable al autor, según los criterios de la imputación objetiva desarrollados en el punto 19. Y en este aspecto se debe ser claro: si aquél no era previsible de ninguna manera y no resulta ser la concreción de un riesgo no permitido creado por su autor, es un mero caso fortuito y por lo tanto ninguna calificación le corresponde. Sólo se puede reprochar el robo.

En el caso, ha sido probado que el deceso ocurrido fue consecuencia de la creación de un riesgo no permitido: la violencia utilizada para consumar el robo se concretó en la muerte de Manti, tal como se desarrolló en el punto 20. En este aspecto, es imposible soslayar que su esposa tuvo que ser internada por la intoxicación consecuencia de la ingesta de la misma sustancia.

⁶⁴ Cfr. autor citado, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.”, op. cit., ps. 3.

⁶⁵ Cfr. autor citado, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado.”, op. cit., ps. 3.

⁶⁶ Cfr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ, “Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado”, en Libro Homenaje al Profesor Doctor Ernesto Roque Gavier – In Memoriam, Enrique Buteler– Pablo Carrera, y Ot., *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la U.N.C.*, Nueva Serie, n° 3, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000, ps. 231-245.

En definitiva, se requiere para la aplicación de este tipo penal que el homicidio sea en alguna medida resultado de la violencia propia del robo; esa medida será, por lo menos, la que permite atribuir de manera imprudente el segundo delito, según los criterios de la imputación objetiva, quedando fuera únicamente los fortuitos. Esta interpretación del art. 165, CP, no obstante, requiere que su aplicación esté precedida por un estudio pormenorizado de las particularidades del caso para evitar la imposición de penas desproporcionadas.

24. Ahora bien, resuelta la inclusión dogmática de los homicidios imprudentes dentro del art. 165, CP, la defensa ha cuestionado la proporcionalidad de la pena que corresponde a este delito, pero sin plantear su inconstitucionalidad, ni en el término de oficina ni ante el tribunal de grado. Sin perjuicio de esta falencia, solo cabe decir que los defensores no han logrado demostrar la desproporcionalidad alegada. En este aspecto, una de las características del Código penal vigente es la desproporción de sus penas, si se las compara con los delitos comprendidos en ciertas figuras o las desigualdades que se observan en delitos consumados y los que serían sus actos preparatorios. Así, el art. 124, CP establece la pena de reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida; si se tomara el concurso real de las figuras implicadas de ningún modo se llegaría a la pena fijada por el legislador. También cabe citar la paradoja del art. 186 inc. 1º, CP, que castiga con tres a diez años de prisión o reclusión a quien causare un incendio, explosión o inundación “...*si hubiere peligro común para los bienes...*”; mientras tanto, el art. 189 *bis*, primer párrafo, castiga con cinco a quince años de prisión o reclusión a quien tuviere “...*en su poder bombas...*”: como puede apreciarse se castiga más a quien tiene la bomba que a quien produce la explosión.⁶⁷

Por lo demás, la desproporción denunciada también estaría presente en el art. 166 inc. 1º, CP, en tanto prevé una pena de cinco a

⁶⁷ Cfr. Marcelo SANCINETTI, *Tipos de peligro, en las figuras penales (Homenaje al profesor Carlos Creus)*, CDyJP n° 12, ps. 147 – 170, en particular p. 159.



quince años si del robo resultaren lesiones graves o gravísimas. Si se toma el concurso real entre ambos tipos (robo y lesiones graves) el mínimo y el máximo resultante son bastante mayores.

En definitiva, los argumentos planteados por la defensa no logran demostrar las razones por las cuales, en el caso concreto, el legislador debió establecer una pena menor para esta clase de delitos cualificados por el resultado⁶⁸.

Por lo demás, la única forma de resolver esta alegada desproporcionalidad es a través de una reforma integral del CP, que armonice las sanciones de *todos los tipos penales*. En el más reciente Anteproyecto de Código Penal, el art. 141 inc. 4° prevé, para el homicidio culposo resultante de las violencias ejercidas para cometer el robo, una pena máxima de dieciocho años, con un mínimo de tres, pero, cabe destacarlo, dentro de un sistema que se caracteriza por la *coherencia y la proporcionalidad* de las sanciones previstas. Por lo demás, no se trata de justificar una supuesta desproporción de la pena mediante una crítica genérica al CP. Lo que debe establecerse (según el conjunto de los agravios planteados por la defensa) es si el art. 165, CP *tal como se ha aplicado en el caso concreto* ha resultado desproporcionado en relación con el disvalor de las acciones emprendidas por Di Bella y Maquiera y su culpabilidad, lo que debe resolverse con el análisis de la pena que efectivamente se les impuso.

25. Antes de emprender este examen, corresponde establecer la corrección del grado de participación atribuido a los imputados en la sentencia. En este punto, los cuestionamientos de la defensa giran en torno a que tanto a Di Bella como a Maquiera se les atribuyó el homicidio a título de responsabilidad objetiva, en tanto no se

⁶⁸ De este modo, la “Exposición de Motivos” elaborada por E. Raúl Zaffaroni proponía respecto del art. 141 inc. 4°, CP que “*El homicidio culposo resultante de la violencia del robo no se resuelve conforme a las reglas generales del concurso ideal, sino conforme a las de concurso real. Si se suprimiese toda referencia, operaría la regla del concurso ideal, que excluiría la pena del homicidio culposo, por ser más grave la del robo (artículo 11°). Dado que el criterio político criminal seguido hasta ahora se inclina por no dejar funcionar esta regla en este supuesto particular, lo correcto sería decidir abiertamente aplicar la del concurso real y especificarlo expresamente, lo que se hace en el texto proyectado, con una pena para en concurso con el homicidio culposo cuyo máximo alcance a veinte años, como sumatoria de la pena de doce años del robo calificado más ocho del homicidio con infracción temeraria al deber de cuidado (artículo 83° inciso 2°).*” Cfr. Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, 2014, ps. 209.

comprobó la convergencia intencional en el suministro de las benzodiacepinas.

Este agravio ha quedado resuelto según lo dicho en el punto 18, por lo cual cabe remitirse a éste.

26. Por último, corresponde analizar las agravantes y atenuantes establecidas por el tribunal *a quo* para fijar la sanción impuesta.

En este punto, se coincide con el análisis efectuado por el juez Niño con respecto a la corrección de las pautas agravantes consideradas en la sentencia: la cantidad de participantes en el hecho; el aprovechamiento de la peculiar vulnerabilidad de las víctimas, al utilizarse para acercarse a ellos la muerte de su hijo; la avanzada edad de los damnificados; el *modus operandi* del hecho, y el amplio despliegue e inteligencia para lograr el fin pretendido (ver punto VI, voto citado). Como se sostuvo en otros precedentes, estas circunstancias ponderadas por el tribunal se vinculan con la *naturaleza de la acción*, que no es un concepto abstracto, sino la manera concreta con la que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados (ya sea como atenuantes o agravantes) al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal (art. 41, inc. 1º, CP).⁶⁹ En definitiva, se trata de elementos pertinentes para valorar y fijar la pena. También se coincide en que no se aprecian en el caso circunstancias atenuantes. De allí que no se advierta una aplicación errónea o arbitraria de los arts. 40 y 41, CP.

En consecuencia, dadas las características del hecho, tampoco se presenta desproporcionada la pena establecida por el tribunal *a quo*.

27. En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos. Sin costas (arts. 456 incs. 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

⁶⁹ Sentencia en el caso “Chirivín”, del 28.6.2016, registro n° 486 / 16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño.



1. Considero que en el caso cobra virtualidad la excepción a la regla relativa a que no corresponde tratar los agravios introducidos durante el término de oficina porque este tribunal debe limitarse al estudio de los motivos expuestos al interponerse el recurso de que se trate.

Ello en virtud de que, en esta ocasión, el motivo traído a análisis una vez expirada esa oportunidad procesal versa sobre una cuestión federal dirimente que, a su vez, se dirige a cuestionar la validez de un acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta.

Dicho en otras palabras, la alegación del temor de parcialidad aducido por la defensa tardíamente se relaciona con la posible afectación de una garantía de indiscutible raigambre constitucional, como es la de imparcialidad de los jueces (cfr. arts. 10 DUDH; 26, II DADH, 8.1, CADH, 14.1 PIDCyP, 18 y 75 inc. 22, CN), que *per se* resulta dirimente para la solución del caso pues –de considerarse válido el agravio– conduciría a declarar la invalidez de la sentencia impugnada; y, además, podría acarrear una nulidad de carácter absoluto, de conformidad con lo previsto en el art. 167, CPPN.

Hecha esta aclaración, comparto el análisis efectuado tanto por el juez Niño (puntos III a III.2 de su voto) como por el juez Sarrabayrouse (puntos 7 a 12) y, en consecuencia, la solución que se propone sobre esta cuestión.

2. En segundo lugar, adhiero a las consideraciones realizadas por el colega Luis Niño al abordar el planteo vinculado a la nulidad de la sentencia por arbitrariedad en la fundamentación de la acreditación de la responsabilidad de Di Bella y Maquieira (punto IV a IV.1 de su voto), lo que lleva a rechazar también el recurso en lo que a este aspecto se refiere.

3. Coincido con la solución propuesta por el colega Sarrabayrouse en torno a la calificación legal que considera aplicable al caso bajo examen, aunque por motivos solo parcialmente concordantes.

Tal como viene presentado el recurso, la defensa ha centrado su crítica en la ausencia de fundamentación del tipo subjetivo que se tuvo por probado en la sentencia.

Es en estos términos, entonces, que trataré la cuestión, dejando de lado la discusión introducida por el Dr. Richiello en el término de oficina, vinculada al límite objetivo que podría constituir para esta instancia la existencia de una sentencia firme dictada previamente respecto de una coimputada de los aquí condenados en la que se sostuvo que el hecho encuadraba en una figura culposa.

Así delimitado el asunto a decidir, entiendo que no tiene relevancia para la solución del caso determinar si Di Bella y Maquieira han obrado con dolo eventual o con culpa dado que, a mi criterio, bajo ambos títulos de imputación resulta adecuada la calificación escogida en la sentencia, toda vez que los homicidios culposos se encuentran claramente abarcados por la figura prevista en el art. 165, CP.

Para comprender esta postura, resulta necesario distinguir cuál es el ámbito de aplicación que corresponde al robo con homicidio y cuál al homicidio *criminis causae*, ya que la peculiar presencia de estas dos figuras en la legislación argentina ha desatado una discusión acerca de cuáles son los supuestos de hecho que encuadran en uno u otro delito, que ya lleva casi 120 años y que aún no se encuentra resuelta.

Sin embargo, debido a que la tipificación simultánea ha sido una decisión deliberada del legislador, resulta necesario, a fin de deslindar el contenido de cada figura, remontarse al proceso legislativo que culminó con la prohibición de ambas conductas.

El art. 187, CP de 1886 –ley 1920– preveía una sanción de presidio por tiempo indeterminado o por diez a quince años “si con motivo u ocasión del robo resultase un homicidio”.

El Proyecto de Código Penal de 1891 elaborado por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo fue el primero que incorporó la figura del homicidio *criminis causae* manteniendo la figura del robo con homicidio. Concretamente, allí se introdujo como inciso 4° del art. 111 el homicidio *criminis causae* en los



mismos términos en los que hoy se encuentra en el art. 80, inc. 7, CP y se conminó esa conducta con una pena de presidio perpetuo. Paralelamente, en el art. 200 se mantuvo el delito de robo con homicidio, pero se decidió sancionar esa conducta con una pena de tres a quince años de penitenciaría.

En 1903, mediante la sanción de la llamada Ley de Reformas n° 4189 se introdujo una serie de modificaciones al Código Penal de 1886 y se dispuso incorporar al régimen legal vigente, con pena de muerte, el homicidio *criminis causae* (art. 17, 3°, b). Sin embargo, se dejó de reprimir el robo con homicidio, quedando sólo prohibida, con pena de presidio de diez a quince años, la conducta que en el contexto de un robo pusiere en *peligro* de muerte a una persona (art. 22, b, 2°).

Mientras ello ocurría con la legislación vigente, una comisión, en la que participaron dos de los autores del Proyecto de 1891 –Rivarola y Piñero– elaboró el Proyecto de 1906, en el que se volvió a prohibir conjuntamente las dos conductas. Así, en el art. 84, inc. 3° se sancionó con pena de presidio por tiempo indeterminado o muerte el homicidio *criminis causae* y en el art. 180 se prohibió el robo con homicidio, con la particularidad de que se aumentó la pena prevista en el Proyecto de 1891: de los tres a quince años de penitenciaría previstos en el primer proyecto se pasó a una pena de diez a veinticinco años de presidio en el segundo.

Sobre la base del Proyecto de 1891 y, en particular, del Proyecto de 1906, Rodolfo Moreno elaboró el Proyecto de 1917, el que, luego de algunas modificaciones realizadas en el Congreso se convirtió en el Código Penal de 1921. En lo que aquí interesa, en este proyecto el homicidio *criminis causae* quedó plasmado en el inc. 3° del art. 80 con una pena de reclusión perpetua (única diferencia con el Código Penal que admite también la pena de prisión) y el robo con homicidio se receptó en el art. 165 con la misma redacción y con la misma pena que rige en la actualidad.

¿Cuál ha sido, entonces, la intención del legislador?

En todo este proceso, la única vez que se efectuó una referencia expresa al motivo por el que se reprimían simultáneamente ambas conductas, fue en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, que fue, como se vio, el cuerpo normativo en el que se decidió por primera vez adoptar esta modalidad legislativa.

Allí se dice: “el caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguna, el del número primero (se aclara que el art. 200 tenía tres incisos): si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso en que el homicidio fuese un medio de consumar el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto, pues, para esos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4º del artículo 111, removiéndolo así toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión”⁷⁰.

El Proyecto de 1906, si bien venía acompañado de una Exposición de Motivos, no hizo explícita la razón por la cual se elevó la pena y se la llevó a una escala penal de diez a veinticinco años de presidio, dejando de lado la de tres a quince años de penitenciaría.

Ello dio sustento a que se interpretara que los autores del Proyecto de 1906 habían abandonado los motivos –fundados en la accidentalidad del homicidio– que en 1891 los había conducido a proponer una pena menos grave que la prevista en el Código Penal de 1886 y, sobre esa base, se concluyó que los homicidios previstos en el art. 165 sólo podían ser los dolosos⁷¹.

⁷⁰ Cfr. ZAFFARONI Y ARNEDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo II, pp. 433/434.

⁷¹ Cfr. el voto del juez Alegre en la causa “Ruiz y Ayala, Mario” del 14/11/1940, Suprema Corte de Buenos Aires, J.A., t. 73, pp. 65/72. En igual sentido, RICARDO LEVENE (h); *El delito de homicidio*; Depalma, 1977, pp. 271/291.



En mi opinión, el argumento de la pena resulta insuficiente para descartar la posibilidad de que el tipo previsto en el art. 165 incluya, además de los homicidios dolosos, los homicidios ocasionados en forma culposa.

Ello así, en primer lugar, porque al no hacerse explícitas las razones que condujeron a los autores de ambos proyectos a la elevación de la pena, las conclusiones que se extraigan del silencio no dejan de ser conjeturas.

Por otro lado, al dato objetivo, más pena en un proyecto que en otro, se debe contraponer un escenario más complejo: entre 1891 y 1906, se había operado un cambio legislativo instaurado por la Ley de Reformas 4189 de 1903, que parecía conducir a que todos los homicidios cometidos en ocasión de un robo fueran sancionados con la pena de muerte.

Ésta, precisamente, fue la interpretación que dio el senador Rojas en el marco del trámite legislativo que comenzó con el Proyecto de 1917 y culminó con la sanción del Código de 1921, al redactar el proyecto de despacho para la Comisión del Senado, que intervino en calidad de cámara revisora.

Concretamente, luego de recordar que el Proyecto de 1906 y el de 1917 castigaban el robo con homicidio con una pena de presidio o de reclusión o prisión de 10 a 25 años, dijo: “(e)l Código Penal vigente no contiene una disposición análoga a la del art. 180 del proyecto de 1906 y a la del art. 165 del proyecto de Código en revisión. ¿Por qué causa? ¿Cómo se castigaría, de acuerdo al Código Penal vigente el caso previsto especialmente por los artículos 180 y 165 citados? Entendemos que el caso se hallaría comprendido en el art. 17, Capítulo I, 3 b, igual al inciso 3º, art. 80, del proyecto sancionado por la Cámara de Diputados... *No creeríamos injusto suprimir el art. 165 y dejar al ladrón que mata, sometido a la pena del art. 80, inciso 3º*”⁷².

⁷² Cfr. ZAFFARONI Y ARNEDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina*; Tomo IV, pp. 485/486, sin bastardilla en el original.

Si bien esta posición finalmente no tuvo acogida, se puede apreciar cómo el contexto de la época, marcado por la legislación vigente, resultaba poco propicio para que una muerte producida en ocasión de un robo pudiera ser sancionada con una pena como la que se proponía en el proyecto de 1891.

Rodolfo Moreno, por su parte, hizo explícita la razón por la que se prefirió sancionar el robo con homicidio con la pena prevista en el Proyecto de 1906 al analizar el Código Penal en su obra de 1923.

Allí dijo: “(l)a disposición ha sido tomada del proyecto de 1906. El proyecto de 1891 también contenía la figura, pero la pena era la de penitenciaría desde tres a quince años... La pena del proyecto de 1906 no ha sido cambiada. Allí era igual al homicidio simple, que en el código en vigor es diferente por haberse disminuido el mínimum de diez a ocho años. Para el caso en examen se consideró que la disminución no era conveniente dada la gravedad del hecho, y se conservó el precepto del proyecto mencionado”⁷³.

Esta reseña permite verificar que la gravedad de la sanción prevista para el supuesto de comisión de la conducta prohibida por la norma, ha sido una decisión consciente del legislador, quien concretamente optó por disminuir la pena del homicidio simple y dejar inalterada la pena que para este delito preveía su antecedente legislativo. Y lo hizo para reprimir una conducta que consideró especialmente grave, sin perjuicio de haber tomado también en consideración que la materia de la prohibición contenía un caso de homicidio que aparecía como resultado accidental del robo, tal como se desprende del hecho de que para explicar el contenido del delito, Moreno transcribió –luego del párrafo antes citado– textualmente el párrafo pertinente de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891.

La voz accidental refirma la interpretación que cabe darle al tipo en cuestión. Por el momento histórico en que la cláusula fue receptada legalmente, podría en verdad pensarse que el legislador tenía

⁷³ Cfr. RODOLFO MORENO (h); *El Código Penal y sus antecedentes*; Tommasi Editor; Buenos Aires; 1923; T° V: p. 136.



en mira casos de delitos calificados por el resultado en sentido estricto, en los que el resultado ni siquiera necesitaba ser causado de modo imprudente. Una interpretación de esta naturaleza, claro está, resultaría violatoria del principio de culpabilidad, por lo que mal podría sostenerse en la actualidad. Sin embargo, difícilmente podría compatibilizarse la expresión aludida con la necesaria exclusión de los homicidios imprudentes de la figura.

En este mismo sentido debe señalarse, como ya lo hiciera notar Soler en 1940, en un voto como integrante de la Cámara de Apelaciones de Rosario, que la voz *resultare* –utilizada en el texto de la ley, y no ya en la exposición de motivos del proyecto que sirvió de antecedente– resulta característica de aquellos supuestos en los que el legislador ha pretendido hacer referencia a las combinaciones –delitos complejos– de dolo + culpa⁷⁴.

En definitiva, tanto por los antecedentes históricos como por la forma de redacción de la norma resulta a mi juicio claro que el tipo previsto en el art. 165, CP recepta los homicidios culposos.

¿Significa esto que todos los demás homicidios cometidos en el contexto de un robo deben ser encuadrados en el art. 80, inc. 7º, CP?

Para responder esta pregunta, nuevamente hay que hacer distinciones.

Nadie duda que en materia de homicidios existen tres categorías: a) los culposos; b) los dolosos y c) aquellos que, además de ser dolosos en los que se refiere a la conducta de matar, requieren para su configuración la presencia de un especial elemento subjetivo –distinto del dolo–.

Tampoco existe controversia acerca de que el homicidio *criminis causae* pertenece a la tercera categoría: el autor mata *para* preparar, facilitar, consumar otro delito o *para* asegurar sus resultados o procurar

⁷⁴ Cfr. la enumeración de casos de este tipo previstos en el Código Penal en el voto de Soler dictado en la causa “Teves Lauro, Agapito”; 15/10/40; J.A., Tº 73, pp.17/18.

la impunidad para sí o para otro; es decir, se trata de una figura que contiene un especial elemento subjetivo que excede el conocimiento de que se mata y la voluntad de llevar a cabo esa conducta (homicidio doloso simple) o, dicho de otra manera, para que el homicidio se encuentre agravado, el autor, a la hora de matar –con dolo– debe haber tenido, además, algunas de las ultraintenciones a que hace referencia la norma.

Ahora bien, esta distinción que es aceptada en forma unánime, ¿encuentra reflejo en las decisiones concretas de nuestros tribunales?

Ciertamente no.

Ello se advierte con un mero repaso de la jurisprudencia tradicional de la Cámara Federal de Casación Penal⁷⁵, en virtud de la cual, siempre que un sujeto mata voluntariamente (con dolo) en el contexto de un robo, se califica el hecho como homicidio *criminis causae*.

Así interpretada la norma, se diluye la distinción entre los delitos de homicidio doloso simple y agravado, y se pierde, además, el sentido de la agravante, esto es, el particular desprecio por la vida de sus semejantes que demuestra una persona que planea un homicidio para robar.

De las citas efectuadas por la Cámara Federal de Casación, se advierte que quien ha contribuido a la neutralización de la distinción entre el homicidio simple y el agravado ha sido Núñez, quien sostiene que: “(l)a esencia de todas las figuras comprendidas en el homicidio *criminis causae* es subjetiva. Reside en la preordenación de la muerte a la finalidad delictiva o *post* delictiva, o a la satisfacción del despecho que mueve al homicida. No basta la simple concomitancia del homicidio con el otro delito o la precedencia o posterioridad de éste. No es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano (127). La ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el

⁷⁵ Cfr. reseña efectuada en mi voto de la causa “Cardoso, Maximiliano Daniel y Reynoso, Emanuel Enrique”, n° 2598, del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 27/06/08.



desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivos específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que

puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo.”⁷⁶.

Pues bien, siendo esta la base de la doctrina que asimila todos los delitos de homicidio doloso simple a los homicidios agravados del inc. 7° del art. 80, no se puede dejar de destacar lo contradictorio que resulta una explicación de la figura que resalta que la esencia del delito agravado reside en la preordenación y, a renglón seguido, sostiene que preordenación no significa una decisión de acción, anticipada, deliberada y resuelta de antemano.

Menos clara, y además equivocada, es la referencia que este autor hace en la cita n° 127 para explicar por qué, a su entender, no se necesita que la decisión de matar haya sido tomada con antelación “como lo requiere la Suprema Corte de Buenos Aires (en el voto del juez Alegre antes citado) siguiendo a Rivarola, *Exp. y crítica*, núms 759 y 760. Las razones de este autor no valen para interpretar el art. 80, inc. 3°, ni el art. 165 (homicidio con motivo u ocasión de robo). Rivarola, como los autores españoles y el Tribunal Supremo de España, han hecho siempre una interpretación amplia de la figura del robo con homicidio, porque no tuvieron que someterse a la limitación que desde el punto de vista subjetivo resulta de la figura del homicidio cometido para robar (art. 80, inc. 3°)”.

Sin embargo, lo que Núñez no advierte es que ni Rivarola ni el Tribunal Supremo español afirman lo que el autor dice que sostienen.

En efecto, analizando el tipo de robo con homicidio previsto en el art. 187 del Código de 1886, que tenía como antecedente el art. 425, inc. 1° del Código Penal español de 1850, Rivarola pone de

⁷⁶ Cfr. RICARDO NÚÑEZ; *Tratado de Derecho Penal*, T. III; Vol. I; pp. 54/55.

manifiesto: “(e)n el caso de la ley se trata de un delito determinado y resuelto de antemano, el de robo, y de otro delito *incidental*, en que quizás no hayan pensado o que no tengan resuelto ejecutar los ladrones, el de homicidio. Si el homicidio es resuelto de antemano como *medio* de ejecución del robo, habrá que atenerse, para la imposición de la pena, a la gravedad del mayor, que puede ser el de homicidio con pena de muerte”⁷⁷.

Y agrega: “(n)o obstante la claridad del texto, hay respecto de su aplicación resoluciones contradictorias en la jurisprudencia española. Por sentencia del 13 de julio de 1880 el Tribunal Supremo declaró doble delito de asesinato y robo, ejecutado el primero como medio de perpetrar el segundo, el cometido ‘cuando los malhechores forman acuerdo de robar y matar a una persona, y al efecto, cogiéndola desprevenida en una casa donde se hallaba de visita, y cuyo dueño estaba con ellos convenido, échanla al cuello un cordel con el cual la estrangulan, la sacan después del bolsillo la llave de su habitación, y algunas horas más tarde se van a casa de la víctima, la que abren con la referida llave, y descerrajando un arca sustraen la ropa, etc.’. Con esta ocasión el Tribunal declaró que la muerte violenta de la víctima no ocurrió con *motivo u ocasión* del robo, sino que éste fue consecuencia precisa de aquella, para lo cual se concertaron y convinieron entre sí los procesados, y por consiguiente su resolución no fue *improvisada*, y como un accidente casual del robo, sino reflexiva y meditada, proponiéndose ejecutar en primer término, como necesario y principal el asesinato.

En otra ocasión, y poco después de aquella sentencia (el 29 de julio de 1880) el propio Tribunal Supremo, constituido en Sala de vacaciones, declaró que debía calificarse de robo con motivo u ocasión del cual resultó homicidio, el que cometieron unos criados que se concertaron para *matar* a sus amos y *robarlos* después.

Pero más tarde se volvió a la buena doctrina establecida por la sentencia primeramente citada, declarándose que no puede apreciarse

⁷⁷ Cfr. RODOLFO RIVAROLA, *Exposición y Crítica del Código Penal*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1890, p. 289.



que constituya delito complejo de robo con ocasión del cual resulta homicidio, toda vez que la muerte precede al robo, y que éste es una incidencia de aquella”.

La tesis esbozada por Rivarola es perfectamente clara: la buena doctrina es aquella que encuadra la conducta en el delito de robo con homicidio cuando la muerte es un resultado *incidental* del robo que se está desarrollando. Cuando la decisión de matar *no es improvisada, sino reflexiva y meditada, proponiéndose ejecutar en primer término, como necesario y principal el asesinato*, el hecho debe subsumirse –si no hay una figura que recepte el homicidio *criminis causae*– en el doble delito de asesinato y robo.

Sobre esta base, Rivarola incorporó simultáneamente las dos figuras en los proyectos de 1891 y 1906. Y si ello es así, no se advierte cuál es la razón por la que se debería dejar de tomar en consideración las explicaciones que este autor ha brindado para diferenciarlas.

En consecuencia, *sólo en aquellos supuestos en los que la decisión de matar ha sido tomada reflexivamente y con antelación –este es el significado de preordenación– la conducta puede ser subsumida en el art. 80, inc. 7º, CP.*

Con la afirmación de que los homicidios culposos encuadran en el robo con homicidio y de que los preordenados encuadran en el homicidio *criminis causae*, no se encuentra resuelta la cuestión relativa a cuál es la subsunción aplicable a los delitos de homicidio doloso simple que se cometen incidentalmente en el curso de un robo.

Se podría sostener que el homicidio simple y el robo concursan entre sí. Sin embargo, esta solución aparecería como asistemática si se toma en consideración que el mínimo de la escala penal prevista para el delito de homicidio simple tiene un mínimo menor que la del robo con homicidio. Por ello, y porque además este tipo de homicidios presentan la característica de ser incidentales, es que aparece

como razonable predicar también su subsunción en el tipo de robo con homicidio.

En virtud de las consideraciones expuestas –y tal como adelanté al comienzo de este apartado–, no resulta determinante si en el caso corresponde reprochar a los condenados la comisión de un delito cometido con dolo eventual –como se sostuvo en la sentencia– o con culpa –como lo pretende el recurrente– dado que, en cualquier caso, la figura aplicable es la escogida en la resolución impugnada, es decir, la prevista en el art. 165, CP y, por lo tanto, corresponde rechazar la impugnación en este punto.

4. Por último, en lo que hace a la pena de once años de prisión impuesta en la sentencia, advierto que las críticas plasmadas por el recurrente a este respecto sólo se dirigieron a criticar que no se haya aplicado el mínimo de la escala penal de la figura escogida por los jueces, alegando que han omitido considerar ciertas atenuantes de sus existidos y han valorado como agravantes circunstancias que no debieron ser consideradas.

En este aspecto, coincido con lo sostenido por el juez Sarrabayrouse en el punto 26 de su voto, respecto a que la defensa no ha logrado demostrar la errónea o arbitraria aplicación de los arts. 40 y 41, CP en la decisión impugnada, por lo que debe desecharse también este agravio.

5. Sobre esta base, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial en favor de Di Bella y Maquieira, sin costas (arts. 456 a *contrario sensu*, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,**

RESUELVE:

Por mayoría, **RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos por las defensas de Diego Martín Di Bella y Silvina Paula Maquieira obrantes a fs. 3276/3293 y 3294/3315 respectivamente y, en



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 51212/2014/TO1/CNC1

consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 3192/3226, en todo cuanto fue materia de agravio; sin costas (arts. 456, 465, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN

LUIS F. NIÑO

EUGENIO SARRABAYROUSE

-en disidencia-

PAULA GORSO

Secretaria de Cámara