

**ANUARIO DE JURISPRUDENCIA**  
**DEL TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 1**  
**DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL MAR DEL PLATA**

**PERIODO FEBRERO / DICIEMBRE DE 2.004**

Jueces: Ricardo Silvio Favarotto  
José Antonio Martinelli  
Esteban Ignacio Viñas

Secretario: Alexis Leonel Simaz  
Aux. Letrada: María Marta Curatolo

## LISTADO DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES

**A.:** Amparo

**C.:** Causa

**H.C.:** Habeas Corpus

**J.A.:** Juicio Abreviado

**J.O.:** Juicio Oral

**R/D.:** Registro Definitiva

**R/I. o I.:** Registro Interlocutoria

**S.:** Sobreseimiento

**S.J.P.:** Suspensión del Juicio a Prueba

## **INDICE GENERAL**

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES</b>	<b>2</b>
<b>1.- AGRAVANTES</b>	<b>6</b>
1.1.- Escenario fáctico.	6
1.2.- Mayor protagonismo en la comisión delictiva.	6
<b>2.- COSA JUZGADA</b>	<b>6</b>
2.1.- Formal y material.	6
<b>3.- CUESTIONES DE COMPETENCIA</b>	<b>8</b>
3.1.- Unificación de penas.	8
<b>4.- DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA</b>	<b>9</b>
4.1.- Falsedad ideológica.	9
4.1.1.- Configuración, falta de acreditación del perjuicio.	9
<b>5.- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL</b>	<b>10</b>
5.1.- Abuso sexual gravemente ultrajante.	10
5.2.- Delito continuado.	11
5.3.- Promoción de la prostitución.	11
5.3.1.- Configuración.	11
5.3.2.- Consumación.	12
5.3.3.- Tipicidad agravada.	12
5.4.- Violación, tentativa.	13
5.5.- Estupro. Tipicidad objetiva. Mujer honesta: concepto.	13
<b>6.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD</b>	<b>14</b>
6.1.- Apremios ilegales.	14
6.1.1.- Cronografía.	14
6.1.2.- Dificultades probatorias. Superación.	14
6.1.3.- Inaplicación de agravantes.	15
<b>7.- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD</b>	<b>15</b>
7.1.- Hurto o robo de vehículo dejado en la vía pública.	15
7.1.2. Bicicletas incluidas en la tipicidad objetiva.	15
7.2.- Robo agravado por el uso de arma.	17
7.2.1.- Arma impropia: concepto.	17
7.2.2.- Arma impropia. Principios de estricta legalidad y máxima taxatividad. Prohibición de la analogía.	18
7.2.3.- Tesis objetiva.	21
7.2.4.- Inaplicabilidad del art. 41 bis del CP.	21
7.3.- Robo, consumación.	22
7.3.1.- Concurso aparente entre el robo y la privación ilegal de la libertad.	22
7.4.- Robo con homicidio.	23
7.4.1.- Admisibilidad de la tentativa.	23
7.4.2.- Configuración.	23
7.5.- Robo con ganzúa.	24

7.6.- Secuestro extorsivo.	25
7.6.1.- Diferencia con la coacción.	25
<b>8.- DELITOS CONTRA LA VIDA</b>	<b>26</b>
8.1.- Abuso de armas: concepto.	26
8.2.- Homicidio "criminis causae": configuración	26
8.3.- Homicidio en riña.	27
<b>9.- DELITOS DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA</b>	<b>28</b>
9.1.- Denuncia, interpretación.	28
<b>10.- JUICIO ABREVIADO</b>	<b>28</b>
10.1.- Absolución.	28
10.2.- Inadmisibilidad e improcedencia: distintos casos.	29
<b>11.- INIMPUTABILIDAD</b>	<b>29</b>
<b>12.- NULIDADES</b>	<b>30</b>
12.1.- Caducidad.	30
12.2.- Declaración "ex officio". Efectos. Violación a lo normado en el art. 247 del CPP. Momento en que se adquiere el carácter de imputado.	31
12.3.- Emisión de opinión: inaplicabilidad al caso. Duración del proceso. Nulidad oficiosa.	32
12.4.- Inaplicabilidad del art. 247 del CPP.	33
12.5.- "Inspectio corporis forzada". Extracción sanguínea compulsiva. Instrucción suplementaria: procedencia.	33
12.6.- Reconocimiento fotográficos por álbumes. Improcedencia del planteo nulidicente.	36
12.7.- Urgencia y peligro en la demora. Aprehensión y cacheo policial.	37
<b>13.- PARTICIPACION CRIMINAL</b>	<b>38</b>
13.1.- Complicidad secundaria, improcedencia.	38
<b>14.- PENA</b>	<b>38</b>
14.1.- Individualización.	38
14.2.- Interpretación del art. 55 del CP.	40
<b>15.- PRISION PREVENTIVA</b>	<b>41</b>
15.1.- Innecesariedad del dictado en el supuesto de captura y posterior detención del contumaz, una vez que la causa se ha elevado a juicio.	41
<b>16.- PRUEBA</b>	<b>41</b>
16.1.- La comprensión textual y la comprensión escénica.	41
16.2.- Declaraciones en juicio de los menores víctimas.	43
16.3.- Indicio de sospechabilidad: psicogénesis y psicosemiología delictiva.	43
16.4.- Testigos: valoración, habilidad.	44
<b>17.- RETIRO DE LA ACUSACION</b>	<b>45</b>
17.1.- Absolución.	45
<b>18.- SOBRESEIMIENTO</b>	<b>46</b>
18.1.- Denegatoria.	46

<b>19. SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA</b>	<b>47</b>
19.1.- <i>Inderogabilidad de la jurisdicción. Necesidad del contralor jurisdiccional.</i>	47
19.2.- <i>Oposición del particular damnificado.</i>	48
19.3.- <i>Reparación del daño. Criterios de razonabilidad.</i>	49
19.4.- <i>Rechazo: causales.</i>	50

## 1.- AGRAVANTES

### 1.1.- Escenario fáctico.

“...El ámbito espacial que los malhechores eligieran para las realizaciones delictivas, desde que la suburbana -y por ende, desprotegida- vivienda de los damnificados, donde se hallaba no sólo el matrimonio, sino también sus tres hijas menores de edad, era un hogar merecedor de una especial salvaguardia, dada su estrecha conexión con los derechos a la intimidad y a la preservación familiar, núcleo primario y fundamental de la sociedad que el estado bonaerense se comprometiera a fortalecer y a resguardar moral y materialmente (Const. Pcial., art. 36, n° 1), deberá computarse como pauta aumentativa de la responsabilidad personal del reo en los injustos del ‘*sub lite*’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.359, “Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.”, [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

“...Resulta agravante el escenario fáctico de autos, habida cuenta que el ataque a la propiedad perpetrado dentro de una casa de familia resulta revelador de una mayor gravedad y peligrosidad, que otras rapiñas consumadas en otros recintos, desde que importan una ilegítima intrusión en la intimidad del hogar, al extremo de estar rayana con el tipo agravado del art. 167, inc. 3° del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 2.392, “Prado, Oscar Horacio y otro s/ robo, etc.”, [J.A.], sent. 30/10/04, R/D 293/04).

### 1.2.- Mayor protagonismo en la comisión delictiva.

“...Es agravatorio el rol preponderante que le cupo al acusado en la facción del atraco, habida cuenta que, conforme a los confluentes testimonios de las víctimas, era él quien portaba el arma con la que los golpeaba en el cuello y en la nuca, conduciéndolos de una habitación a otra, siendo, además, quien impartía las órdenes al otro sujeto activo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.359, “Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.”, [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

## 2.- COSA JUZGADA

### 2.1.- Formal y material.

*“...Es finalidad del proceso la de obtener ‘finem controversiarum pronunciatione iudicis’, o sea, llegar a un estable ordenamiento jurídico de la materia objeto de la acción judicial... Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se modificara o revocara, es evidente que dicha finalidad de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad. La necesidad, pues, de poner término a las controversias con la decisión judicial, hace que se atribuya a la sentencia la eficacia positiva o negativa de que tratamos, mediante el reconocimiento legislativo del instituto relativo a la autoridad de la cosa juzgada. Y por tanto, se puede decir que el fundamento del instituto de la autoridad de la cosa juzgada está en la necesidad de aplicar y asegurar el orden jurídico esta-*

*blecido por las leyes del Estado...*' (cfr. Abalos, Raúl Washington, con cita de Vincenzo Manzini, en su *'Derecho Procesal Penal'*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Sgo. de Chile, 1.993, tomo III, pág. 375). Además, conviene tener presente que, de acuerdo a la doctrina científica, mientras al efecto de irrevocabilidad de una sentencia de mérito se lo designa como cosa juzgada formal, cuando a la irrevocabilidad de la sentencia definitiva (o análoga) se une su inmutabilidad se la denomina cosa juzgada material...". (Por unanimidad, causa n° 490, "Ale, Alberto Javier s/ tenencia de arma de guerra", [I.], sent. del 30/10/04).

"...Que salvo los supuestos en que resulta procedente el recurso de revisión del fallo en favor del condenado, taxativamente previstos por el art. 467 del CPP, la sentencia definitiva (o equiparable) pasada en autoridad de cosa juzgada material tiene como atributos esenciales la irrevisibilidad y la inmutabilidad, en resguardo -así, debe entenderse- de la paz social y la seguridad jurídica. En efecto, según Julio B. J. Maier: *'Toda la regulación del procedimiento tiende a obtener el acto que resuelva definitivamente el conflicto social en el cual reside la imputación penal, dándole respuesta... Y esa decisión, por fuerza de las mismas reglas del Derecho procesal, culmina la discusión y el conflicto, cualquiera que sea la solución y aún cuando, de hecho, no cumpla alguna de las funciones adjudicadas al procedimiento penal que examinamos anteriormente. La decisión alcanza tal fuerza definitiva cuando, como se dice, queda firme o pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, cuando han sido agotados los medios de impugnación que el mismo reglamento procesal prevé, obteniéndose la solución definitiva, supuesta la posibilidad de impugnación, o cuando ha vencido el plazo para impugnar la decisión sin queja admisible del agraviado por ella... Pero, como observáramos anteriormente, es también posible que la función de recomponer la paz y la seguridad jurídicas, que cumple la decisión definitiva, se frustre en algunos casos, en homenaje a valores del individuo superiores en rango. Así sucede cuando se permite la revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada mediante el recurso de revisión a favor del condenado, en casos excepcionales...*' (cfr. *'Derecho procesal penal'*, t. I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª edición, Bs. As., 1.996, págs. 91/2)...". (Por unanimidad, causa n° 490, "Ale, Alberto Javier s/ tenencia de arma de guerra", [I.], sent. del 30/10/04).

"...Que, en la especie, no sólo no media sentencia de condena, sino que, además, la medida de seguridad que le fuera impuesta al causante ha sido dejada sin efecto hace ya varios meses, mediante la irrevocable decisión del Juez de Ejecución de este Tribunal (CPP, 519). Y si bien se ha sostenido que *'...queda excluida la posibilidad de impugnar por este medio (el recurso de revisión) las resoluciones interlocutorias, siendo, en cambio, discutible la hipótesis de impugnación del sobreseimiento definitivo por inimputabilidad cuando se ha aplicado alguna medida de seguridad, por cuanto en tales casos se dio por sentado la realidad del hecho y la participación en él del imputado, quien podría ser beneficiado de la exclusión de la medida si nuevos elementos de prueba demuestran que no participó en el hecho...*' (cfr. *'Código Procesal Penal y disposiciones complementarias'*, de Edgardo Alberto Donna y María Cecilia Maiza, edit. Astrea, Bs. As., 1.994, pág. 572, aunque el paréntesis nos pertenece), no es menos cierto que, en el *'sub judice'*, una interpretación semejante no tendría cabida, tras el cese irreversible de la medida de seguridad impuesta al inimputable (CPP, 519). Que, por lo tanto, entendemos que lo decidido por la Alzada, carece de eficacia para afectar lo resuelto con carácter de cosa juzgada sustancial y respecto del causante, lo que así deberá declararse en el segmento dispositivo de este pronunciamiento...". (Por unanimidad, causa n° 490, "Ale, Alberto Javier s/ tenencia de arma de guerra", [I.], sent. del 30/10/04).

### 3.- CUESTIONES DE COMPETENCIA

#### 3.1.- Unificación de penas.

“...Que si bien de acuerdo con el texto legal -y con su recta interpretación- del 2º párrafo del art. 58 del CP, en los casos en que se hubiere dictado una sentencia definitiva y firme en violación de las reglas del concurso (1er. párrafo de dicha norma y art. 55 del CP), corresponderá que la unificación de penas la realice el órgano jurisdiccional que impuso la pena mayor, razones que hacen al correcto funcionamiento de la administración de justicia y a las reglas competenciales fijadas para esa cuestión por el código de fondo, y las que en materia de ejecución penal dispone el CPP, nos obligan a no aceptar en este caso en particular, la que se nos pretende asignar, tanto para unificar penas, como -'a posteriori'- para controlar la ejecución penal, planteando la cuestión ante la Alzada deptal. (CPP, 25 y 35 inc. 2º, ley 12.060, 8º letra 'b'). Que, tal como surge de lo expuesto en los resultandos, el Tribunal colega ha incumplido, en la especie, con expresos deberes legales, omitiendo practicar la unificación de penas a la que estaba normativamente obligado (eso sí, siguiendo el trámite impuesto en el art. 18 del ceremonial), luego de haber tenido noticia cierta de la primer condena a prisión, recaída en la persona del enjuiciado (CP, 58, 1ª regla)...”. (Por unanimidad, causa nº 1.119, “Omine, David Iván s/ incidente de competencia”, [I.], sent. del 19/11/04).

“...Es que la sentencia firme dictada por este Tribunal, y su respectivo cómputo de pena, fueron comunicados en debida forma al Registro Nacional de Reincidencia y a la Jefatura de Policía Provincial, fallo del cual el Tribunal colega tuvo pleno conocimiento al tiempo de dictar la sentencia posterior, y, además, de la expresa declaración de reincidencia contenida en dicho decisorio; precisamente, a raíz de la existencia de la condena anterior que dictara este Tribunal, y que fuera parcialmente cumplida por el reo (CP, 50). Por otro lado, los colegas no podían ignorar que la pena impuesta en la causa primigenia no había vencido, pues, aun cuando se dejó constancia que pedirían la causa de marras para saber si quedaban pendientes plazos de cumplimientos de pena, se desprende del considerando VI que ello ya estaba informado, en tanto se señaló allí como agravante ‘...la condena anterior informada en la causa, encontrándose el imputado gozando de un beneficio...’. Con otras palabras: dicho Tribunal no cumplió, cual era su deber hacerlo, con la manda del art. 58, 1er. párrafo del CP, al tiempo de dictar su sentencia en la causa ulterior; y ahora pretende que sea este Tribunal que salve esa poco explicable omisión y, además, que se encargue en lo sucesivo de la ejecución de la pena del ya dos veces condenado...”. (Por unanimidad, causa nº 1.119, “Omine, David Iván s/ incidente de competencia”, [I.], sent. del 19/11/04).

“...Que, según entendemos, la aplicación de esa regla jurídica constituye un expreso mandato legal, de cumplimiento inexcusable para los jueces del fuero. Claro está que muy distinto sería el caso que nos ocupa si la omisión se hubiera producido por desconocimiento o ignorancia acerca de la existencia de la primer condena, en cuyo supuesto el asunto debería resolverse -otra alternativa no hay- conforme lo normado en la regla 2ª del dispositivo sustancial de mentas. Que, asimismo, tal omisión genera una asignación disfuncional de competencias, puesto que por imperio de los arts. 25 del CPP y 8º letra 'b' de la ley 12.060, al no unificar penas, quien tenía el deber legal de hacerlo, transfiere de rondón al otro órgano jurisdiccional la adicional responsabilidad de controlar la ejecución penitenciaria (y post-penitenciaria, si la hubiera), por un extenso período, toda vez que, como es sabido, la magistratura específica abocada a ese



cometido no está en funcionamiento en el ámbito de este departamento judicial...". (Por unanimidad, causa n° 1.119, "Omíne, David Iván s/ incidente de competencia", [I.], sent. del 19/11/04).

## 4.- DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

### 4.1.- Falsedad ideológica.

#### 4.1.1.- Configuración, falta de acreditación del perjuicio.

"...De lo expuesto, resulta que -en todo caso- el posible perjuicio, si hubiere existido, fue aventado en la misma sede civil, con las defensas propias del código procesal respectivo, tópico sobre el que el Dr. Ricardo Carlos Núñez (cfr. *'Tratado de Derecho Penal'*, 2ª edición, tomo IV, pág. 309), al responder sobre algunas condiciones del ardid propio de la estafa procesal nos enseñó que: *'...la naturaleza del procedimiento judicial, en el que habiendo litigio y controversia, son las partes de la causa las que deben fundar la decisión del juez, restringe por regla la amplitud ordinaria de las formas y procedimientos del engaño. El procedimiento contradictorio, en virtud de la facultad probatoria de las partes, excluye que el engaño pueda estar constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad, sino que por el contrario supone una petición injusta falsa o temeraria. Si no fuera así, todo el que perdiera un pleito de naturaleza pecuniaria estaría expuesto a ser condenado por estafador...'*. Por todo lo expuesto, concluyo que, en el caso concreto, no medió el requisito objetivo previsto en el art. 293 del CP (t.o. ley n° 24.410, B.O.N. del 02/01/95), según el cual sólo se da el delito de falsedad ideológica de instrumento público cuando *'...se insertare o se hiciera insertar... declaraciones falsas, que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio...'*" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.079, "Messina, Osvaldo Enrique s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", [J.O.], sent. 05/07/04, R/D 177/04).

"...Sobre este recaudo de la figura en tratamiento, sostiene Carlos Creus (cfr. *'Falsificación de documentos en general'*, edit. Astrea, Bs. As. 1.999, págs. 128/9) que: *'...el tipo requiere que la conducta de falsedad se realice de tal modo, que de ella pueda resultar perjuicio...estamos ante un peligro concreto, cuya existencia se debe acreditar como tal, se debe demostrar que la falsedad pone en peligro determinado bien jurídico...'*. Además, aclara que si bien por ser la condición pública del documento, cualquier intérprete *'per se'* ya podría pensar que al falsearlo ideológicamente se estima *'ex ante'*, aquella condición del instrumento *'...de ninguna manera importa reconocer una consustancialidad del peligro con la conducta productora de la falsedad ideológica, puesto que (...) se pudo haber perpetrado la falsedad sin dar origen al peligro; baste pensar, por ejemplo, en (...) la que recae sobre aspectos del documento que no producirían efectos al insertarse aquel en las relaciones jurídicas...'* Por ello el mencionado penalista santafesino aclara, con relación al contenido sobre el que debe recaer la falsedad ideológica, que *'...en un documento público la mentira que lleva en sí ese germen, es la que recae sobre algo que el documento tiende a acreditar como verdadero, según su específica finalidad jurídica, y que por dicha funcionalidad es oponible a terceros, salvo que se destruya su fe. Ese y no otro es el sentido de la limitación típica expresada por la ley mediante la cláusula que exige que la falsedad insertada concierna a un hecho que el documento debe probar...'* (op. cit., pág. 130, núm. 86)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.079, "Messina, Osvaldo Enrique s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", [J.O.], sent. 05/07/04, R/D 177/04).

“...Por ello Creus afirma que *‘...la ley no pretende punir como falsedad ideológica la mentira sobre cualquier factor de composición del documento, aún cuando fuesen formalmente requeridos (en este caso por el CPC o las acordadas que rigen las notificaciones), sino las mentiras sobre las circunstancias que son sustancialmente imprescindibles para su destino como específica figura jurídica...’* (op. cit., pág. 131)... Concordantemente con lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba resolvió que *‘...la falsedad ideológica debe estar referida a un hecho que el documento tenga que probar y de la que pueda resultar perjuicio, pero el delito no se configura por el simple hecho de insertar en un instrumento público declaraciones falsas...’* (T.S.Cba., Sala Criminal y Correccional, sent. del 28/10/70, Rep. La Ley, tomo 32, pág. 639)... Con citas de Sebastián Soler, el profesor Creus (op. cit., pág. 139, núm. 93) afirma, en cuanto al dolo del delito de falsedad ideológica del art. 293 del CP, que éste *‘...estriba en el conocimiento del carácter del documento del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose también al de la posibilidad del perjuicio...sólo funciona aquí el dolo directo...’* (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.079, “Messina, Osvaldo Enrique s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público”, [J.O.], sent. 05/07/04, R/D 177/04).

## 5.- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

### 5.1.- Abuso sexual gravemente ultrajante.

“...La modalidad del sometimiento sexual a la menor, en tanto se acreditó que el imputado no sólo lesionó con sus dedos el himen de la niña, sino que, además, le introdujo en esa zona pudenda la lengua, lo que llevó a que la aludida expresara en su lenguaje infantil que la habían *‘violado chupándole la vagina’* y que en el requerimiento fiscal de elevación a juicio se enunciara como una práctica de sexo oral, entiendo que se trató de una forma gravemente ultrajante de sumisión sexual, por lo que, a mi criterio, tal proceder queda incurso en la figura agravada del 2º párr. del art. 119 del CP...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.427, “Avalos, José Custino s/ abuso sexual”, [J.A.], sent. 29/10/04, R/D 297/04).

“...De poderse probar el injusto descripto en la requisitoria fiscal y en el auto de elevación a juicio, sólo con las constancias obrantes en autos, como lo ha creído el juez de primer voto, considero -al igual que él- que el acuerdo de voluntades para la abreviación del trámite procesal deberá dedignarse (CPP, 398, letra ‘a’), toda vez que, en la especie, el *‘cunnin lingus’* practicado por un adulto sobre la vagina de una doceañera configura un abuso sexual gravemente ultrajante (CP, 119, 1º y 2º párrafos). Sin dejar de admitir las justas críticas que se le vienen haciendo a la ley n° 25.087 (B.O.N. del 15/05/99), por cierto déficit de concisión y exactitud en algunas de las conductas punibles prescriptas, y, muy en particular, en el 2º párrafo del art. 119 del Cód. Penal (por todas, me remito a las de Alberto Bovino en *‘Delitos sexuales y justicia penal’*), recurro a Enrique A. Gavier (cfr. *‘Delitos contra la integridad sexual’*, edit. Marcos Lerner, Cba., págs. 28/9), autor citado por Edgardo A. Donna, quien sostiene que *‘intentando poner límite (...) quedarían comprendidos en este concepto actos objetivamente impúdicos, tales como el empalamiento, la introducción de dedos, lengua u otros objetos o elementos ortopédicos, un implante no consentido, etcétera, toda vez que es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos, en un*

*colectivo repleto de pasajeros. Asimismo se subsumen en la figura el 'cunnilingus', la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino..'" (cfr. 'Delitos contra la integridad sexual', Rubinzal - Culzoni editores, Sta. Fe, 2.000, págs. 46/7)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.427, "Avalos, José Custino s/ abuso sexual", [J.A.], sent. del 29/10/04, R/D 297/04).*

"...Entre las innovaciones traídas por la ley 25.087, en el ámbito de los delitos contra la libertad (imperfectamente designados como protectivos de la 'integridad') sexual, apareció la figura agravada de abuso sexual cometido mediante sometimiento gravemente ultrajante, que por la amplitud de su redacción constituye un tipo abierto (con todas las reservas a las que se ha hecho merecedor este defectuoso estilo de legislar, al menos, desde la perspectiva del principio de legalidad sustancial), donde el congresista nacional ha dejado librada a la prudente ponderación del juez la extensión de la tipicidad aludida, correspondiendo, entonces, a la magistratura del fuero 'cerrar el tipo legal', en salvaguarda de las garantías y derechos fundamentales. Con esa necesaria aclaración previa, va de suyo que la mentada agravante de la figura básica del abuso sexual abarca tanto aquellas hipótesis en las cuales el abuso se prolonga en el tiempo, cuanto los supuestos en los que las precisas circunstancias de su realización importan un sometimiento gravemente ultrajante, tal el caso de autos, donde una púber resultó atacada en la vagina con la sincrónica introducción digito-lingual (CP, 119, 1° y 2° párrafos)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.427, "Avalos, José Custino s/ abuso sexual", [J.A.], sent. del 29/10/04, R/D 297/04).

## **5.2.- Delito continuado.**

"...La indeterminada cantidad de los ataques sexuales sufridos por las víctimas constituye, respecto de cada una de ellas, un claro ejemplo de continuidad delictiva, como lo apuntara con acierto el Juez Viñas. Según Luis Jiménez de Asúa, *'advierde Carrara que el delito continuado tiene su origen en la benignidad de los prácticos. Crea esta figura Farinacio para evitar que fuese ahorcado el ladrón después del tercer hurto... Hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único, una unidad real... Carrara estima 'criterio falaz' acudir para resolver la existencia o ausencia del delito continuado, al de unidad o pluralidad del sujeto pasivo. En cambio, Lucchini requiere la unidad para que aquél pueda admitirse. La verdad es que no podemos sentar un principio único. Por regla general, no es precisa la unidad del sujeto pasivo, pero ha de exceptuarse – como von Liszt quiere- el caso de aquellos delitos cometidos contra bienes jurídicos que sólo pueden ser lesionados en la persona de su titular, cuando son distintos esos titulares'* (cfr. *'La ley y el delito. Principios de Derecho Penal'*, 2ª edición, edit. Hermes, Bs.As.-México, 1.954, págs. 567 y 570/1)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.562, "Menchino, Mateo s/ abuso sexual agravado", [J.A.], sent. del 10/12/04, R/D 332/04).

## **5.3.- Promoción de la prostitución.**

### **5.3.1.- Configuración.**

"...Los sucesos de autos no se trataron de un delito de corrupción continuada, sino de sendas ilicitudes de promoción agravada de la prostitución, por haber sido cometida por la guardadora y respecto de dos menores de edad que estaban bajo su tutela (CP, 2 y 125 último párrafo; t.o. leyes 12.331 y 23.487). Diré el por qué: Edgardo Alberto Donna, en su obra *'Delitos Contra la Integridad Sexual'* (edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.000, págs. 124 y sgtes.), al defi-

nir el tipo objetivo del delito de corrupción de menores, expresa que, más allá de reconocer ciertas dificultades en la definición del concepto ‘*corrupción*’, producidos a partir de los cambios culturales en materia sexual producidos en el tiempo y por la necesidad de deslindar lo moral de lo jurídico, reconoce que tal concepto ha sido tomado de la doctrina italiana (Manfredini, Florián, Manzini, etc.), y con citas de Núñez lo define como ‘...*la depravación de la conducta sexual en sí misma. En base a esta idea afirma que la depravación puramente moral, de los sentimientos e ideas sexuales, no encuadra en el ámbito de los tipos penales en estudio, que se refieren al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual. Por ende la deformación de la práctica sexual de la víctima es la secuela de la deformación de los sentimientos e ideas sexuales...*’ Además, con citas de Soler, aquel autor afirma que ‘...*corromper es depravar... tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que es corruptora la acción que deja una huella moral profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. La acción corruptora debe ser medida no ya con relación a un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta sino con el tipo de pura relación sexual en sentido biológico-natural. Por eso la acción, para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se desarrolla en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre la sexualidad aún no desarrollada...*’ (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.181, “Barrionuevo, Blanca Estela s/ corrupción continuada”, [J.A.], sent. del 03/09/04, R/D 329/04).

### 5.3.2.- Consumación.

“...A mi parecer, promueve la prostitución quien incita, estimula o inicia a las menores en la actividad del comercio carnal, y aun cuando la misma se ejerce generalmente por dinero, tal circunstancia no constituye una exigencia del tipo penal objetivo; incluso podría aceptarse que en el caso de una de las víctimas, según extraigo de sus dichos, el ilícito de mentas no alcanzó el grado de perfeccionamiento jurídico (CP, 42). Creus entiende que la ilicitud admite la tentativa (cfr. ‘*Derecho Penal. Parte Especial*’, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, pág. 224), aunque, en la autorizada opinión de Donna, ‘*el delito se consuma con la realización de los actos objetivamente idóneos para depravar, con el fin de prostituir a la víctima. No requiere el éxito del autor ni la producción de resultado alguno y se consuma con la realización de los actos que propenden a la desviación de los motivos generadores de la unión sexual, sin que obste a la realización del tipo la circunstancia de que la víctima estuviera ya prostituida o en el camino de la prostitución*’ (cfr. ‘*Delitos contra la integridad sexual*’, edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2.000, pág. 145)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.181, “Barrionuevo, Blanca Estela s/ corrupción continuada”, [J.A.], sent. del 03/09/04, R/D 329/04).

### 5.3.3.- Tipicidad agravada.

“...Sin dejar de reconocer el esfuerzo de las partes en procura de alcanzar una solución alternativa y rápida al conflicto del ‘*sub judice*’, dando elasticidad a sus pretensiones en favor o en contra de la aplicación al caso de las consecuencias del derecho penal material, considero que la adecuación típica sobre la que reposa el acuerdo de voluntades de marras infracciona el principio de legalidad sustantiva, desde que se ha omitido subsumir los injustos de autos bajo la forma agravada del art. 125 ‘*in fine*’ CP (texto de la ley n° 11.179, ya derogado, aunque vigente al inicio de las realizaciones delictivas de autos: CP, 2), o bien -lo que no incide en la punición- dentro del actual art. 125 bis ‘*in fine*’ del CP (según ley n° 25.087; B.O.N. 14/05/99);

asimismo, la pluralidad de víctimas duplica esta clase de ilicitudes, con arreglo a las disposiciones del art. 55 del CP, lo que también ha sido olvidado. Como consecuencia de ello, la cuantía sancionatoria pactada por las partes (es decir, tres -3- años de prisión; además, de cumplimiento condicional: CP, 26 y 27 bis), resulta sensiblemente inferior al mínimo legal aplicable (o sea, diez -10- años de prisión o reclusión) previsto en abstracto por el codificador penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.181, “Barrionuevo, Blanca Estela s/ corrupción continuada”, [J.A.], sent. del 03/09/04, R/D 329/04).

“...Es que de ser verídicas las versiones de las menores víctimas, y auténtica la pieza documental anexada a la causa, no habría dudas -al menos, en esta modalidad simplificada del juzgamiento criminal: CPP, 399, 1er. párrafo- que las conductas en reproche no pueden ser otras que las de promoción de la prostitución de menores de edad agravada por la condición de guardadora, dos hechos autónomos entre sí, uno de los cuales quedó en grado de tentativa (CP, 42, 44, 55 y 125 bis *in fine*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.181, “Barrionuevo, Blanca Estela s/ corrupción continuada”, [J.A.], sent. del 03/09/04, R/D 329/04).

#### **5.4.- Violación, tentativa.**

“...Comparto la crítica que, respecto de un seguimiento a ultranza de la teoría formal-objetiva, hiciera el profesor Jorge Frías Caballero, en su obra *‘El Proceso Ejecutivo del delito’* (Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1.956). De acuerdo a este autor, precisamente en casos como el aquí juzgado, cuando el delito que se dice o no tentado es el de violación, aquella doctrina puede dar respuestas injustas, en tanto -como en este proceso- si bien no se comenzó a ejecutar el verbo típico (*‘acceder carnalmente’*; CP, 119 3º párr.), los actos realizados por el autor ya forman parte de los medios o formas comisivas violentas propias de la acción legalmente punible. El único sentido y el contenido material de tal comportamiento, revelan que tenía una finalidad unívoca, orientado a acceder carnalmente a la víctima, contra su voluntad, lo que alcanza plenamente para subsumir el hecho en el conato de violación (conf. CP, 42 y 119 3º párr. del CP)... Al explicar su postura sobre el comienzo de la ejecución del delito, Frías Caballero expuso, con citas de Francesco Carrara, que *‘...es necesaria la concurrencia distinta y separada de los dos extremos de la tentativa, elemento intencional y material. El primero será extraído por el juez de las circunstancias del hecho* (aquí, el imputado le adelantó verbalmente a la víctima lo que le iba a hacer). *En cuanto al principio de ejecución específico, es necesario referirlo a los actos externos unívocos...’* (op. cit., pág. 278) ... Y referido al mismo tema, pero puntualmente con relación al delito de violación, el citado jurista puntualiza que ello *‘...deberá determinarse teniendo en cuenta el núcleo y la puesta en peligro del bien jurídico. Quien (...) se halla en cualquier situación que implique ya inminentemente realizar su propósito sin que sea posible seguir adelante por cualquier acontecimiento extraño a su voluntad* (en el caso, los gritos de auxilio de la víctima y la intervención de terceros) *realiza ya un comienzo de ejecución porque se ha puesto en peligro el bien jurídico. Más, apenas el sujeto comience a actuar directamente sobre el cuerpo de la víctima aunque no sea más que colocándose encima de ella o disponiéndose a hacerlo, ha dado comienzo a la acción de “tener acceso carnal y el principio del proceso ejecutivo no deja lugar a duda alguna’* (op. cit., pág. 279)...”. (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.259, “Gauna, Raúl Daniel y otro s/ abuso sexual etc.”, [J.A.], sent. del 09/08/04, R/D 196/04).

#### **5.5.- Estupro. Tipicidad objetiva. Mujer honesta: concepto.**

“...Entiendo que el hecho ilícito juzgado, corresponderá ser calificado como estupro continuado (CP, 2, 55 *‘a contrario sensu’* y 120, este último según t.o. ley n° 11.179). Esta figura penal, requiere como presupuestos objetivos, cuatro elementos: 1°) la materialización del acto sexual al que se refiere el art. 119 del mismo cuerpo legal (penetración carnal); 2°) la edad de la mujer (de 12 a 15 años); 3°) la inexistencia de los supuestos de los incisos 2° y 3 del artículo anteriormente citado; y 4°) la honestidad de la víctima. Respecto de este último requisito, me parece oportuno traer a colación lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que *“...si no consta en el proceso que la víctima tuviese mala fama, o que su conducta fuese indecorosa o poco recatada, debe tenérsela por honesta, máxime si el propio imputado no pone en tela de juicio tal concepto...”* (SCBA., sent. del 20/05/60, publ. ‘A y S’, 1.960-IV-P 136)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.806, “Domínguez, Pedro Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal agravado”, [J.A.], sent. del 13/12/04, R/D 334/04).

## 6.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

### 6.1.- *Apremios ilegales.*

#### 6.1.1.- *Cronografía.*

“...El mismo día en que el estado bonaerense ponía en funcionamiento su más avanzada y ambiciosa reforma procesal del siglo veinte, pretendiendo configurar el enjuiciamiento penal provincial conforme la nueva matriz constitucional (con su indeleble impronta de protección de los derechos humanos fundamentales), instaurando el sistema tendencialmente acusatorio de la ley n° 11.922, es decir, el lunes 28 de setiembre de 1.998, en una oficina de la Comisaría de Miramar dos policías *‘de mano fácil’* reeditaban, en la persona del menor víctima, aquellas prácticas policíacas tan frecuentes en las épocas anteriores a la reconstrucción institucional del ‘83. Una paradójica coincidencia, o acaso algo más: todo un simbólico ejemplo de que la ley (y sólo la ley) no alcanza para desterrar esos malos hábitos, que tanto vienen dañando la confiabilidad social en la policía estadual, afectando pareja e injustamente a los funcionarios probos y bizarros que la integran, en su mayoría, como a venales e ignominiosos miembros de los que no termina por depurarse, a pesar de sus reiterados intentos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.089, Coga, Sebastián Fernando s/ apremios ilegales”, [J.O.], sent. del 07/07/04, R/D 125/04).

#### 6.1.2.- *Dificultades probatorias. Superación.*

“...Con esa puntualización previa, me aboco sin más preludios a tratar de establecer cognoscitivamente si los acusados de autos son las mismas personas a las que me refiriera como sujetos activos, al exponer la materialidad ilícita. Es de hacer notar que pese a no haberlos tenido ni siquiera un instante ante sus ojos, al tiempo de la celebración del debate (porque los causantes hicieron uso del derecho que les acuerda el art. 345, 3er. párr. del CPP, retirándose ambos del recinto de la audiencia y siguiendo sus alternativas desde una sala contigua del Tribunal), la víctima los describió con admirable justeza, lo que se condice con el aspecto externo de ambos causantes...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.089, Coga, Sebastián Fernando s/ apremios ilegales”, [J.O.], sent. del 07/07/04, R/D 125/04).

### 6.1.3.- Inaplicación de agravantes.

“...Sebastián Soler ha escrito, con razón, respecto de la primera de las calificantes (es decir, ‘*si el hecho se cometiere con violencias o amenazas*’, conforme reza el texto del art. 142 n° 1 del CP), que ‘*el concepto de violencias es genérico y, según sabemos, no absorbe en sí más que aquellas lesiones necesariamente presupuestas por la figura, toda vez que generalmente ha de tratarse de violencias sobre el cuerpo de la víctima (equimosis, pequeñas escoriaciones)...*’ (cfr. ‘*Derecho Penal Argentino*’, 8ª reimpresión total, edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo IV, pág. 39), de forma que sólo lo que excede ese nivel, si se quiere mínimo y consustancial al tipo penal de base, podría dar lugar a la citada agravante, y ello no se verifica en el ‘*sub lite*’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.089, Coga, Sebastián Fernando s/ apremios ilegales”, [J.O.], sent. del 07/07/04, R/D 125/04).

“...Reconozco que es el único costado donde podría tener cabida la aspiración agravatoria de la aplicada pretensora pública, puesto que de acuerdo a la exposición de la víctima, los mayores rigores físicos le fueron prodigados después de conocerse el pedido de averiguación de paradero, en la causa por el delito de violación (a modo de réplica o de ‘*justicia por propia mano*’, como podría interpretarse); empero, hubo ciertas bofetadas y otros golpes que precedieron a ese anoticiamiento, lo que revela la existencia de una finalidad delictiva distinta de la de un ‘*vengador*’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.089, Coga, Sebastián Fernando s/ apremios ilegales”, [J.O.], sent. del 07/07/04, R/D 125/04).

## 7.- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

### 7.1.- Hurto o robo de vehículo dejado en la vía pública.

#### 7.1.2. Bicicletas incluidas en la tipicidad objetiva.

“...Moralmente compelido a replantearme la corrección de ese criterio hermenéutico, después de haber tomado conocimiento de la existencia de fallos en sentido opuesto de otros órganos jurisdiccionales marplatenses, compulsé diversas y calificadas fuentes pretorianas que pudieran ser de utilidad -al menos, orientativa- para motivar alguna variación en el enfoque tradicional que venimos haciendo del ‘*thema decidendum*’. Sin embargo, pude comprobar que idéntica interpretación a la nuestra ha sido la de la Sala I de la siempre influyente Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en tanto tiene decidido que ‘*cabe calificar provisoriamente como tentativa de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (art. 167, inc. 4° en función del art. 163, inc. 6°, Cód. Penal) -en el caso, se dictó auto de procesamiento- la conducta de los imputados que fueron aprehendidos en momentos en que forzaban el cable de seguridad que aseguraba una bicicleta...*’ (cfr. causa ‘*Costa Aldao, Mariano*’, sent. del 03/07/01, con voto de los Dres. Edgardo A. Donna y Guillermo R. Navarro; publ. en ‘*La Ley*’ 2001-F, 689 – ‘*DJ*’ 2.001-3, 763). Aún antes, la Sala V -lacónicamente, es cierto- sostuvo que ‘*el apoderamiento de una bicicleta constituye robo de vehículo dejado en la vía pública (art. 167 inc. 4° y 163 inc. 6° Código Penal)..*’ (cfr. causa ‘*C., G.G.*’, sent. del 26/10/98, publ. en internet en la página ‘*www.editorial-zeus.com.ar*’, Sección Colección Zeus - Jurispru-

dencia, documento n° 00832; y asimismo en 'J.A.' 1.999, tomo III, pág. 713). Por su lado, la Sala VII apuntó, en época más reciente todavía, que *'comete el delito de hurto agravado el imputado que sustrajo la bicicleta de la víctima, pues la ley 24.721 volvió a la situación de las leyes 17.657 y 21.338, al introducir el inciso 6° en el art. 163 del Cód. Penal, desapareciendo la agravante circunscripta únicamente al hurto de automotores para extenderse a cualquier clase de vehículos cuya utilización normal importe tenerlos que dejar en los lugares indicados en la norma...'* (cfr. causa 'Balzola, Carlos A.', sent. del 18/02/03; publ. 'LL' 2.004 A, 723-106757, con comentario aprobatorio de Mariana Patricia Sica, bajo el título de *'¿Puede incluirse a la bicicleta dentro del término 'vehículo' utilizado por el artículo 163, inciso 6° del código penal?'*)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Viñas, causa n° 1.899, "Romero, Roberto Andrés s/ tentativa de robo", [J.A.], sent. del 05/11/04, R/D 306/04).

"...Además, la Cámara Nacional de Casación Penal, a través de su Sala III, ha entendido que *'la agravante del art. 163 inc. 6° del Cód. Penal, comprende a todos los vehículos que imponen la necesidad de ser dejados en ciertos lugares, entre ellos la bicicleta, porque si bien es cierto que por su tamaño aparece guardable en ciertas ocasiones, no lo es en todos los casos en que el propietario la deja en la vereda para cumplir una diligencia y queda en situación de desamparo. La prohibición de la interpretación analógica de la ley penal, no impide la interpretación de sus normas -en el caso, el término 'vehículo' contenido en el art. 163 inc. 6° Cód. Penal- que, en cuanto legales requieran también la determinación de su sentido jurídico, que es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio. Resulta procedente que el tribunal de casación fije la pena a imponer al imputado si hizo lugar al recurso de casación y modificó la calificación asignada al hecho -en el caso, robo en grado de tentativa por robo calificado, siempre que se cuente en el expediente con los elementos suficientes para graduar la sanción a imponer y hayan sido ponderados en la sentencia recurrida...'* (cfr. causa 'Vilchez, Carlos Alberto s/ Rec. de casación', sent. del 16/02/01, Reg. n° 327/01; publ. en 'L.L.' 2.001 E, 778-102695, con extensa y disidente glosa de Daniel Emilio Morín). Tal temperamento fue reiterado por esa Sala de la C.N.C.P. en las causas 'Cottone, Juan Manuel s/ Rec. de casación', sent. del 29/05/01, y 'Rodríguez, Néstor F. y otro s/ Rec. de casación', sent. del 12/06/02 (publ. en 'La Ley' 23/01/03, 3 - La Ley 2003-A, 850), en este último caso con los siguientes añadidos argumentales: *'...Reviste la calidad de vehículo una bicicleta, a los fines de la agravación del delito de robo -en el caso, en grado de tentativa-, pues el motivo que legitima la agravante es que por su naturaleza y uso, la bicicleta es de aquellos bienes que forzosamente, en determinadas circunstancias, ya sea por su condición, características habituales o empleo, deben dejarse en la vía pública, con menor protección e incluso en total desamparo que el resto de los objetos muebles; en estos casos, la seguridad de las cosas disminuye y hace que deban protegerse con una mayor penalidad, así, a medida que decrece la tutela fáctica del tenedor del vehículo -por esas circunstancias- aumenta la que representa el derecho penal...'* (fallo rubricado por los jueces W. Gustavo Mitchell, Eduardo R. Riggi y Guillermo J. Tragant)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Viñas, causa n° 1.899, "Romero, Roberto Andrés s/ tentativa de robo", [J.A.], sent. del 05/11/04, R/D 306/04).

"...Por último, el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, de manera semejante, ha considerado y resuelto que *'..la circunstancia agravante del inc. 6° art.163 C.P. recae sobre toda clase de vehículos en los que existe necesidad de dejarlos en la vía pública o en lugares de acceso público, surgiendo así una indefensión respecto del tenedor de los mismos ya que no pueden ser custodiados directamente por él; por eso se pone mayor énfasis en su tutela jurídica. Por tanto, la bicicleta es un vehículo que generalmente debe quedar librado a la confianza*



*pública en los términos expresados...* (cfr. S.C.J.Mza., expte. n° 61.891, 'Fiscal c/ Escudero, Jose', sent. del 22/05/97). La orientación predominante de la doctrina científica y jurisprudencial, como quedara expuesto, incluye a las bicicletas dentro del género 'vehículos' del art. 163 inc. 6° del CP; claro, que en épocas de avidez punitiva como las contemporáneas ello puede no ser garantía de justeza. Aun con esa salvedad, confieso que no he podido encontrar argumentos suficientes que me conduzcan a pensar que la ley, con su actual redacción, no abarca en particular lo que a las claras prescribe en general. En fin; he reservado para el cierre, la concienzuda reflexión de Julio O. Chiappini, quien, refiriéndose a la polarización de opiniones aludida, tomó partido exponiendo que: *'...La consabida 'mitad de la biblioteca' afirma que la bicicleta es un vehículo a los fines de la norma penal que nos ocupa, y la otra mitad lo contrario: sea porque así lo colige, sea porque conscientemente o no incurre en una ideología 'defensista'. Y, por fortuna, no dictaminan aquí 'terceras posiciones'. En cuanto a la jurisprudencia, ese derecho 'viviente' como a veces aquilatamos con hipálage (o metagoge), pues otro tanto. Se trata, por cierto, de los macerados desafíos del derecho penal: normas parcas cuando no multívocas y hasta sibilinas, que obligan al arduo análisis dogmático. En dicho análisis, barruntábamos, lo decisivo es la interpretación literal. Es que urge actuemos en base a un lenguaje compartido. De otra suerte, introducimos una deletérea diversidad. A veces, cómo no, la variedad de opiniones tiene andamiaje... Uno comprende que sí, bien que la polémica (en ocasiones hasta ruidosa) tiene miga. Pero resulta heterodoxo prorrogar las discusiones cuando la semántica elucida. Porque entonces ponemos en crisis el sistema de legalidad. En ese sentido, todo sugiere que la bicicleta es no más un vehículo. La interpretación auténtica o histórica, incluso, así lo denota. Y otro tanto la etimología del término...' (cfr. 'La bicicleta ¿es un vehículo a los fines del artículo 163, inciso 6° del Código Penal?'; publ. en 'La Ley Litoral', 1999280)...'. (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Viñas, causa n° 1.899, "Romero, Roberto Andrés s/ tentativa de robo", [J.A.], sent. del 05/11/04, R/D 306/04).*

## **7.2.- Robo agravado por el uso de arma.**

### *7.2.1.- Arma impropia: concepto.*

"...Para comenzar mi análisis sobre el tema que se me dejara planteado, quiero recordar que este cuerpo colegiado tiene una posición tomada respecto de lo que se debe entender por 'arma', la cual no ha variado con los años y a pesar de las plurales modificaciones, producto de movimientos políticos y sociales que se han ido produciendo en nuestro país y que provocaron innovaciones legislativas que no vienen al caso tratar en este decisorio. En mi opinión, la conducta descrita en el primer considerando del veredicto, y harto evidenciada por el causante, debe ser tenida como robo agravado por el uso de arma, en grado de coautoría, tal como está previsto por los arts. 45 y 166, inc. 2° de nuestro Código Penal, con lo que voy adherir *'in totum'* a la sugerencia de la Fiscalía. Entiendo que la dilucidación de la presente cuestión, en definitiva, va a girar acerca de cómo clasificar la famosa 'yuga' o similar, empleada en la perpetración del delito contra la propiedad que ahora nos ocupa, y cómo fue usada en el mismo, justamente, por el caco que pudo escaparse en un colectivo que ni siquiera detuvo su marcha al ver caer de la escalerilla de ascenso al pasajero, cuando éste era tomado de atrás por su perseguidor. Ya en la audiencia oral, se hicieron numerosas citas doctrinarias y jurisprudenciales para apuntalar cada posición, y así también se sabe que no soy demasiado propenso a las mismas, no por desconocimiento, sino porque considero que principalmente en la resolución de conflictos, es el juez, encargado de dirimir la controversia, quien se debe expedir, y ahora más que nunca por la amplitud probatoria de nuestra ley de rito (CPP, 209), y debe hacerlo más que nada por lo

percibido durante el debate oral, todo lo cual, con los ingredientes que adornan este tipo de procedimiento, coadyuvará a una más efectiva y en mayor medida realista solución, adecuada y justa. En este caso, puedo conceptualizar como *'arma'* a todo aquel elemento que aumenta la capacidad ofensiva de quien la esgrime, todo ello con el correspondiente y latente peligro para la integridad física de la víctima..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.985, "Simonetti, Miguel Angel s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 23/08/04, R/D 210/04).

"...Ahora bien, en el caso que ahora nos ocupa, y sin dejar de entender razonablemente que el elemento secuestrado en el procedimiento que culminó con la aprehensión del causante, no podría tenerse como un *'arma'* en el sentido clásico o propio de la misma, tal como casi cotidianamente estamos acostumbrados a ver, no es menos cierto que dicho instrumento, tal como se lo utilizó, en la parte del cuerpo humano en que se lo apoyó, no solo aumentó la capacidad ofensiva del agente, sino que puso seriamente en riesgo el cuerpo y hasta la vida de la víctima. En pocas palabras, considero a dicho objeto como una verdadera *'arma impropia'*. Entiendo que a esta altura, a lo que le agrego lo sostenido por el Tribunal de Casación Penal de esta Provincia, en el sentido que *'...cometer el robo con armas no significa forzosamente dispararlas o usarlas, sino emplearlas de algún modo durante el 'iter criminis', subrayando la intimidación o potenciando la fuerza que el atracador desea emplear para llevar a cabo sus designios, tal como ocurre cuando éste las exhibe amenazadoramente o golpea a las víctimas con éstas...'* (causa n° 331, 'Yaguar', de fecha 07/10/99), ninguna duda subsiste en punto a la calificación adecuada al hecho en juzgamiento, reiterando la que propusiera al inicio de esta cuestión...". (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.985, "Simonetti, Miguel Angel s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 23/08/04, R/D 210/04).

"...*'No está permitido extender las leyes penales, a delitos no contemplados expresamente, ya que es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos'*, según la prístina expresión de Francis Bacon en su obra de 1.623, latinamente titulada *'De dignitate et augmentis scientiarum'* (es decir, *'De la dignidad y el crecimiento de la ciencia'*, pág. 806). En la especie, de acuerdo a la armónica versión ofrecida por los testigos, aquel objeto metálico, rígido y terminado en punta casi completa, incautado al imputado, considero que fue usado como arma para consumar el robo, en los términos del art. 166, inc. 2° del CP, no sólo por su virtualidad para amedrentar a las víctimas (condición necesaria, pero en todo caso insuficiente para la configuración de esa agravante, al menos, en la vertiente objetivista seguida por este Tribunal), sino porque, además, era potencialmente ofensivo, como dictaminaran al unísono los peritos...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 1.985, "Simonetti, Miguel Angel s/ robo calificado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 23/08/04, R/D 210/04).

#### 7.2.2.- *Arma impropia. Principios de estricta legalidad y máxima taxatividad. Prohibición de la analogía.*

"...Al referirse al primero de ellos, Eugenio Raúl Zaffaroni -en coautoría con Alagia y Slokar- dice que *'conforme al principio de legalidad formal se construye el tipo normativo de ley penal constitucional que sirve para eliminar las restantes (leyes penales ilícitas)... Desde el punto de vista formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal formal es la*

*ley penal formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución*’ (cfr. ‘Derecho Penal. Parte General’, 2ª edición, Bs. As. 2.003, págs. 111/2)... Esa misma acepción de la regla, es denominada por Luigi Ferrajoli como principio de mera legalidad, para diferenciarla, con su habitual elocuencia, de la estricta legalidad. Así, expone que: ‘...En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la reserva relativa de ley, entendiendo ‘ley’ en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo ‘ley’ en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley...’ (cfr. ‘Derecho y Razón’, 3ª edición, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 95)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.359, “Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.”, [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

“...Zaffaroni, a su vez, complementa la denominada ‘legalidad formal’ con el principio de ‘máxima taxatividad legal e interpretativa’ (concepto que, es evidente, guarda sinonimia con el de la estricta legalidad sustantiva de Ferrajoli), y según el cual ‘...aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe desprejiciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formaliza en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal... que (entre otras aplicaciones) se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem... El principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin dudas, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa a la criminalización... . En plena sintonía con todo lo anterior, Roberto Bergalli sostuvo que el principio de legalidad obliga, por un lado, al legislador a fijar las prescripciones taxativas que determinan la materia de lo punible y, por otro, al juez a someterse a ellas. Prosigue: ‘De esta forma, asimismo, se afirma que el principio de estricta legalidad es de naturaleza empírico-formalista, pues es el juez quien debe verificar los presupuestos que del delito predetermina la ley... De este modo, como conclusión, cabría destacar que la afirmación del principio de legalidad, fundamento propio de la Modernidad, fuertemente socavado en Europa por las transformaciones sufridas por la forma-Estado, e interpretado culturalmente desde diferentes tradiciones jurídicas, sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad’ (cfr. ‘Principio de legalidad: fundamento de la modernidad’, en Jueces para la Democracia, nº 32, Madrid, 1.998, págs. 58 y sgts.)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.359, “Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.”, [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

“...De manera tal que, con arreglo a esa calificada doctrina científica, podría epilogarse que mientras la legalidad formal (o en sentido lato) es condición necesaria, pero no suficiente, para la validación de las normas jurídico-penales, cuando se la integra o combina con los criterios de máxima taxatividad legal e interpretativa (o legalidad en sentido estricto), la validez sustancial de la ley, y su aplicación por el juzgador, está convenientemente garantizada... Ahora

bien; sin erosionar, en absoluto, el principio de legalidad, ni recurrir a las proscriptas interpretaciones extensivas o analógicas, la doctrina nacional ha entendido, desde épocas inmemoriales y en forma mayoritaria, que cuando el Código Penal agrava el robo cometido con armas (art. 166, inc. 2º), incluye tanto a las armas propias (*'id est'*, a aquellos instrumentos creados con el fin de producir un daño físico: armas de fuego, en cualquiera de sus múltiples categorizaciones y armas blancas, en general), ya descartadas en este caso, cuanto a las impropias (es decir, cuando algunas de las referidas no funcionan como tales, acorde a su específica finalidad, sin perjuicio de otros objetos, como ser palos, fierros, piedras, etc., que se hayan usado para provocar una ofensa corpórea a la víctima). Por todas, invoco las autorizadas opiniones de Sebastián Soler (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. Tea, tomo IV, pág. 299; Ricardo C. Núñez (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. La Ley, tomo IV, pág. 240), Carlos Creus (cfr. *'Derecho Penal. Parte Especial'*, edit. Astrea, vol. 2, pág. 455), y Edgardo A. Donna (cfr. *'Derecho Penal. Parte Especial'*, edit. Rubinzal-Culzoni, tomo II-B, pág. 163)... En respaldo de los postulados defensores, se inscribe Carlos A. Tozzini, en la obra *'Los delitos de hurto y robo'* (2ª edición, edit. LexisNexis, Bs. As., 2.002, pág. 297), donde formula sus serios reparos en cuanto a la compatibilización con el principio de legalidad, por la amplitud y ausencia de certeza que tiene el vocablo arma, al admitirse entre ellas -sin mayores limitaciones- a las impropias. Sin embargo, cuando define qué debe entenderse dogmáticamente por tales, a los fines art. 166 inc. 2º del CP, parece no excluirlas del todo, al sostener que *'el concepto de 'arma' debe otorgarse únicamente a todo artificio naturalmente destinado a herir o agredir. Con respecto al robo, este artificio debe, por tanto, concretamente utilizado en cada caso, haber creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectivas. Este peligro es ponderable mediante un juicio 'ex ante', no 'ex post', y con independencia del resultado a que se llegó en el robo'...* (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.359, "Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.", [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

"...Si la *'ratio legis'* reside en el mayor poder ofensor que posee el sujeto activo, en virtud del objeto usado para amedrentar y/o ejercer violencia física sobre la víctima, al tiempo del apoderamiento ilegítimo, la norma penal no debe quedar aisladamente circunscripta a las armas fabricadas para dañar animales o personas, sino incluir todo otro elemento que por su contundencia material y multiplicidad de funciones (por ejemplo, un bate de béisbol, un palo de amasar, una sartén, un hacha, un destornillador, etc.), pueda destinarse a cumplir unívocos y efectivos propósitos intimidatorios y/o agresivos... La ley lo que castiga son conductas, es decir, comportamientos en los que el sujeto imprime su voluntad y su finalidad, dándoles un sentido u otro a los instrumentos que emplea... La interpretación teleológica de una norma jurídico-penal es algo muy diferente a la analogía, pues busca desentrañar el sentido y alcance de la misma, a la luz de sus fundamentos y de sus fines, y no vulnera el principio de legalidad, en tanto no traiciona esas bases que la sustentan (como lo expone Andrea Verónica Zarini, en su trabajo *'Principio de legalidad y prohibición de analogía'*, inédita, tesis presentada por la autora en el Master en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca); lo que podría suceder, v. gr., si se pretendiera subsumir en el art. 166 inc. 2º del CP, a un colocador de antenas que robó teniendo en su cintura un destornillador con el que no amedrentó ni lastimó a nadie..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.359, "Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.", [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

Sobre el *'thema decidendum'*, vuelvo a acudir a precedentes de este Tribunal, donde se dejara sentado que: *'...El 'factum' descripto en el veredicto, corresponderá ser subsu-*

mido como robo calificado por el uso de arma (CP, 166, inc. 2º), donde una de las armas que llevaban consigo los sujetos activos fue empleada en sentido impropio, es decir, como si se tratara de una cachiporra, situación que torna irrelevante e innecesario, en el caso, la prueba de su específica capacidad funcional para lanzar municiones a distancia...' (causa n° 1.066, 'Gómez, Calixto Roberto', sent. del 10/12/02, R. 280/02). '...Adscribo a la consolidada doctrina de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, conforme la cual 'si de los hechos que se encuentran firmes, surge que el robo se cometió mediante la utilización de un arma de fuego usada como 'arma impropia', debe aplicarse el art. 166 inc. 2º del Código Penal' (P. 46.904, del 06/07/93, 'F., S. M. s/ robo'; e/o). O más desarrollado aún: 'si el arma ha sido utilizada de manera 'impropia' la aplicación del art. 166 inc. 2º se impone, pues en tal supuesto será 'arma' en sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque, como lo sería cualquier otro objeto utilizable en tal carácter' (P. 44.958, sent. del 15/10/91; P. 48.619, sent. del 14/02/95, 'A., M.F. s/ robo de automotor'; e/o). Y en forma casi análoga: 'si se utiliza de manera 'impropia' un revólver como objeto contundente, en tal caso sería 'arma' en el sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque...' (P. 52.067, sent. del 28/11/95, 'G., A. R. s/ privación ilegal de la libertad y robo'; e/o)...' (idem). '...Invoco la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal de Casación Penal provincial, al estimar que 'cometer el robo con armas no significa forzosamente dispararlas o usarlas, sino emplearlas de algún modo durante el 'iter criminis', subrayando la intimidación o potenciando la fuerza que el atracador desea emplear para llevar a cabo sus designios, tal como ocurre cuando éste las exhibe amenazadoramente o golpea a las víctimas con ellas' (causa n° 331, 'Yaguar', sent. del 07/10/99; publ. en la obra de compilación y análisis de la doctrina casatoria bonaerense de la autoría de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 202)...' (ibídem)...' (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.359, "Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.", [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

### 7.2.3.- Tesis objetiva.

"...Si al hecho de autos no le es aplicable la figura del robo con armas, por seguir nosotros el criterio objetivo que sentara la Suprema Corte en el prístino caso 'Garone, Jorge Horacio' (P. 33.715, sent. del 04/06/85), no cabe hacer ninguna relación con la figura agravada del art. 166 inc. 2º 'in fine' (t.o. ley 25.882, publ. en el B.O.N. del 26/04/04), desde que, por ser ley posterior al ilícito en juzgamiento, no puede aplicarse al caso, so riesgo de violar principios constitucionales y legales de 'irretroactividad de la ley penal más gravosa' (CN, 18 y 75 inc. 22º: C.A.D.H., 9; CPBA, 10; CP, 2)...'" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.096, "Bericiartúa, Oscar Gabriel s/ robo doblemente calificado, etc.", [J.A.], sent. del 27/12/04, R/D 342/04).

### 7.2.4.- Inaplicabilidad del art. 41 bis del CP.

"...Descarto la aplicación, al 'sub examine', de la agravante genérica del art. 41 bis del CP (t.o. ley n° 25.297, BON del 22/09/00), pues como lo ha resuelto el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As.: '...Se trata de una norma general que proyecta sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del código... Ello establecido

*debe decidirse si la regla prevista en el segundo párrafo del art. 41 bis, al disponer que la agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, excluye la posibilidad de calificar por esa vía el tipo penal del art. 166 inc. 2º del C.P. entendiendo que entre ambos preceptos no hay una relación de especialidad y que efectivamente no deberá aplicarse el art. 41 bis en el supuesto indicado, por la simple razón de que la norma en cuestión contiene en su segundo párrafo una excepción a lo dispuesto en el primero que excluye de su aplicación al tipo penal del robo con armas... La propia ley se ha encargado de establecer una condición excepcional que impide la mentada relación... Es decir, si bien la ley pudo haber hecho aquello respecto de todas las figuras, lo cierto es que lo hizo restringidamente: estableció una genérica circunstancia agravante que opera respecto de todos los aquellos tipos penales, que no la prevean como constitutiva o calificante, de lo que resulta la exclusión de su ámbito de aplicación de los tipos, que como el art. 166 inc. 2º del CP, permiten incluir en la agravante la violencia o intimidación con un arma de fuego...porque no puede abrigarse ninguna duda respecto de que la calificante del apoderamiento ilegítimo violento contenida en el art. 166 inc. 2º incluye, dentro del género 'arma' la especie 'arma de fuego...En conclusión la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. no alcanza al tipo penal del art. 166 inc. 2º del C.P....'* (así, la Sala III, en causa n° 12.065, 'F.D.M. s/ recurso de casación', sent. del 04/11/03, voto Dr. Celesia al que adhirieron los jueces Hortel y Manzini)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.196, "Rondón, Edgardo Roberto s/ robo agravado", [J.A.], sent. del 01/09/04, R/D 221/04).

### **7.3.- Robo, consumación.**

"...Va de suyo, en suma, que existió apoderamiento ilegítimo, pleno señorío y disposición de las cosas ajenas, pues una parte de lo sustraído jamás fue recobrado, después de que lo tuviera en su poder uno -el cuarto, cabe presumir- de los asaltantes (cfr. Tozzini, Carlos Alberto en 'Los delitos de hurto y robo', edit. Depalma, Bs. As. 1.995, págs. 121 y sgts.; SCBA, A. y S. 1.986-I-695); y en fecha más próxima, la Suprema Corte bonaerense sostuvo que 'si de la descripción de los hechos efectuada por el a quo resulta que el poder sobre la cosa sustraída había pasado a la encartada sin que pudieran impedirlo la víctima o terceros, ello basta para tener por consumado el robo, aún cuando, transcurrido ese momento, la autora no haya dispuesto del objeto por su detención inmediata, por lo que la condena en grado de tentativa transgrede los arts. 42 y 44 del Código Penal' (P. 51.029, sent. del 06/10/98)...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.607, "Albi, Marcos Luis s/ robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.O.], sent. del 06/04/04, R/D 055/04).

#### **7.3.1.- Concurso aparente entre el robo y la privación ilegal de la libertad.**

"...Considero que tampoco cabe incluir entre las ilicitudes que convergen sobre el hecho materia de juzgamiento, a la privación ilegal de la libertad agravada del art. 142 inc. 1º del CP, porque, tal como sostuvo correctamente la defensa en su allocución final, el tiempo que las víctimas estuvieron atadas y amordazadas, aunque prolongado, quedó comprendido dentro de la inmovilización propia del robo...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.096, "Bericiartúa, Oscar Gabriel s/ robo doblemente calificado, etc.", [J.A.], 27/12/04, R/D 342/04).

#### **7.4.- Robo con homicidio.**

##### *7.4.1.- Admisibilidad de la tentativa.*

“...Tiene repetidamente dicho la Suprema Corte de Justicia -por mayoría, cabe puntualizarlo- que *‘es jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado no ya la acción descrita en la figura (art. 165, C.P.), sino un elemento normativo de la misma’* (por todos, cito el fallo recaído en P. 40.411, ‘Sánchez, Juan Ramón’, sent. del 11/02/92; publ. en ‘D.J.J.B.A.’ del 14/07/92, págs. 38/9)... En sentido semejante, el Tribunal de Casación Penal bonaerense ha sentenciado que *‘dado que el delito de homicidio contemplado en el art. 165 del Código de la materia constituye elemento normativo del tipo, no hay razón para sostener que esa figura escape a las normas de la parte general del Derecho penal, por lo que si el ilícito contra la propiedad no se ha consumado, la escala sancionatoria debe reducirse de conformidad con las pautas que para la tentativa prevé el art. 42 del mencionado texto legal’* (Sala I, sent. del 21/12/99)... Más aún. *‘El homicidio constituye dentro del art. 165 del C.P. un elemento de naturaleza normativa, cuya finalidad es la de funcionar como una circunstancia agravatoria del delito básico de robo, de manera que no puede admitirse que por realizarse ese presupuesto se eleve al grado de consumación una conducta sólo tentada, de lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad, en tanto, recurriéndose a una ficción, se la sancionaría con una intensidad mayor a la que corresponde en virtud de las concretas consecuencias que de ella derivaron. Considerar que el resultado homicidio por si mismo consume el tipo agravado implicaría aceptar la idea de que aún en casos de tentarse un homicidio con motivo o en ocasión de un robo debería aplicarse la figura analizada en grado de conato, con lo cual se atentaría contra el principio de legalidad desde que la disposición únicamente permite agravar el robo cuando se dé acabadamente ese resultado’* (TCP, Sala II, sent. del 18/12/01)... En síntesis, estimo que el episodio criminoso del *‘sub lite’* deberá catalogarse como robo con homicidio resultante en grado de tentativa (CP, 42, 44 y 165)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.366, “Guevara, Jorge David y otro s/ homicidio en ocasión de robo”, [J.O.], sent. del 02/08/04, R/D 187/04).

##### *7.4.2.- Configuración.*

“...El hecho ilícito descrito en la cuestión inicial del veredicto, corresponde, a mi juicio, ser catalogado como robo con homicidio resultante (CP, 165). Existen discordantes criterios jurisprudenciales acerca del elemento subjetivo requerido por el tipo del art. 165 del CP. Así, para algunos tribunales como la Suprema Corte de Justicia provincial, se trata de un delito principal -el robo- agravado por un resultado emergente de su comisión -homicidio- (SCBA, P. 51.477, sent. del 29/12/97; P. 42.218, sent. del 04/04/95; P. 45.233, sent. del 29/03/94; P. 49.948, sent. del 21/12/93), y como tal generador de responsabilidad penal objetiva que acarrea al ladrón la reprochabilidad del homicidio resultante, aún cuando lo hubiere previsto a título de culpa con representación (por ej., *‘puede suceder pero creo que lo evitaría, confiado en mis destrezas’*; conf. SCBA, P. 53.453, sent. del 30/06/98; P. 47.529, sent. del 20/05/97; P. 46.415, sent. del 14/05/96; P. 49.837, sent. del 01/08/95; P. 51.332, sent. del 08/03/94; P. 49.213, sent. del 14/12/93; P. 49.678, sent. del 23/11/93). Mientras que para otro sector de la doctrina judicial, como el Tribunal de Casación Penal bonaerense, se trata de un delito complejo, en el que el robo es el delito base, y el resultado de muerte sólo puede serle atribuido al ladrón cuando lo ha previsto o debido prever, al menos, a título de dolo eventual, como probable y con actitud egoís-

ta: *'puede suceder y si pasa, no me importa'* (conf. T.C.P.B.A., Sala I, causa n° 29, *'Méndez, Nelly Marcela'*, de marzo de 1.999)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.383, "Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

"...En base a lo dicho, teniendo el art. 165 del CP un delito base -el robo; CP, 164- que no puede comprender una actitud subjetiva culposa, concluyo que para reprochar el resultado más gravoso que la primera norma prevé -esto es el homicidio- debe darse en el autor, al menos, una actitud subjetiva de dolo eventual respecto del mayor resultado lesivo...En el presente caso, es indudable que los tres acusados asintieron, desde su plan inicial, los graves riesgos que para la vida e integridad física ajena, implicó la utilización de armas de fuego y no les importó hacerlo (fin egoísta propio del dolo eventual), llegando a provocar la muerte de una de sus víctimas y lesiones de variada consideración a otras cuatro... Al respecto se ha resuelto que: *'...quien asiente el empleo de la máxima violencia blandiendo armas de fuego y participa en la intimidación con éstas a las víctimas, asiente a todas las consecuencias de dicha violencia, y carga no sólo con el robo, sino con el homicidio conexo, cometido por otro asaltante a quien sabe audaz, peligroso, capaz de emplear su arma, por haber sido compañero de andanzas en atracos anteriores, si no pudo menos que representarse en concreto, la posibilidad que el hecho sucediera sobre el plano causal de la acción delictuosa perseguida, revelando con su acción una tácita adhesión psíquica al eventual hecho de otro partícipe, en resultado que no aparece como acontecer extraño, fuera o contra los límites de la actividad propuesta, tratándose de un atraco con armas...'* (cfr. C.N.Crim. y Correcc. Sala de la Cámara, *'Langoni Oscar y otros'*, del 30/07/71, La Ley 144-52, JA 1.971-12-169, fallo citado por Alexis Leonel Simaz, en su obra *'El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo'*", edit. Ad-Hoc, Bs. As., mayo 2.002. pág. 268)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.383, "Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

"...Ante ello, tratándose el tipo del art. 165 del CP de un delito complejo y pluriofensivo, y siguiendo la explicación que de ellos diera Sebastián Soler (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. La Ley, 1.946, tomo II, pág. 178), en el supuesto de su concurrencia con otros delitos que tienen la misma figura básica del robo (por ej., CP, 166 inc. 1º, o el caso de concurrencia de las figuras del art. 166 con las del 167), debería ser valorado como un *'...delito único con pluralidad de hipótesis de agravación...'*, por lo que estimo que en caso de concurrir más de una cualificante prevista en la ley penal respecto a un mismo delito básico, no estaríamos frente a un concurso ideal ni aparente, sino frente a un supuesto de mera concurrencia de agravantes, dentro de esa clase de modalidad delictiva (compleja o pluriofensiva)...En forma analógica, y juzgando un supuesto de pretensión fiscalista de doble agravación en casos de concurrencia de distintas figuras calificadas de robo (v. gr., CP, 166 inc. 2º y 167, inc. 2º), este Tribunal, resolvió, compartiendo idéntico criterio del Tribunal de Casación Penal provincial (T.C.P.B.A., Sala III, sent. de 24/05/01, jueces votantes: Borinsky-Mahiques-Hortel; en igual sentido: T.C.P.B.A., Sala III, causa n° 9.865, *'De Marco, Andrés Alejandro'*, sent. del 24/10/02), que *'...no provocan concurso de ninguna especie y se gobiernan por el principio de mayor gravedad punitiva, por lo que, entre el robo con armas y el robo en poblado y en banda, media un concurso aparente'* (cfr. causa n° 1.250, caratulada *'Espinoza, Miguel Angel'*, sent. del 13/05/03, Reg. 087/03)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.383, "Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

### **7.5.- Robo con ganzúa.**



“...La utilización de ganzúas no necesariamente debe conducirnos a la figura agravada del art. 167 inc. 4º CP en función de aquella, porque si así se resolviera, estaríamos agravando la mayor torpeza de los reos, antes que el medio ardidoso, que es lo que ha sido elegido por el legislador como causal para calificar la conducta básica del desapoderamiento ilegítimo (CP, 163 inc. 3º)...Ya en otro precedente de este Tribunal, en la causa n° 1.726, ‘Juárez, Diego Sebastián’ (sent. del 02/07/03, R. 164/03), hemos resuelto que: ‘...La calificante del inc. 3º del art. 163 del CP, a partir de la reforma de la Ley 24.271, ‘... encuentra su base en la circunstancia de que el sujeto activo se vale de un medio no común para superar fraudulentamente la defensa preconstituida por el tenedor de la cosa, para crear una esfera de vigilancia que rodea al objeto...’ (cfr. Donna, Edgardo Alberto en ‘Derecho Penal. Parte Especial’, edit. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2.001, t. II-B, pág. 68)... La aplicación de la figura calificada exige como presupuesto básico la existencia de un lugar o recinto cerrado, cuya entrada tiene una cerradura que consiste en un mecanismo que se cierra o abre mediante una herramienta o instrumento llamado llave echada (cfr. Figari, Rubén E. en ‘Hurto. Simple. Agravados’, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2.001, pág. 100). Con la nueva redacción que elimina la exigencia de la penetración en el lugar donde se encuentra el bien, el hurto se agrava cuando los medios utilizados que la norma enumera se emplean para abrir pequeños recipientes, armarios, cajas de seguridad, muebles cerrados, etc. en donde se halla el bien objeto de sustracción, como, por ejemplo, cuando un automóvil es abierto con llave falsa o ganzúa para sustraer lo que se encuentra en su interior (cfr. Figari, ob. cit. págs. 102/3;... y Donna, ob. cit. pág. 73)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.091, “Costa, José Carmelo s/ robo”, [J.A.], sent. del 2/04/04, R/D 057/04).

“...Pero, asimismo, se aclaró, luego que en función de ‘...la modalidad del ilícito atribuido a los causantes, considero que el ejercicio de fuerza en el cerrojo o cerradura hasta romperla califica el hecho como robo simple (CP, 164)... En el caso, la fuerza ejercida por los coautores inutilizó completamente el cerrojo de la puerta del automotor, sin que en momento alguno se haya accionado normalmente el mecanismo del mismo, aunque sí les permitió abrir la puerta del vehículo (cfr. en similar sentido Damianovich de Cerredo, Laura T. A. en ‘Delitos contra la propiedad’, edit. Universidad, 3º edición, Bs. As. 2.000, pág. 94; y Villada, Jorge Luis en ‘Reformas al Código Penal Argentino’, edit. Nova Tesis, Rosario 2.001, pág. 321)... Por último, de relacionarse directamente la figura del robo agravado del art. 167 inc. 4º con la del 163 inc. 3º del CP, traería aparejado una consecuencia de difícil explicación: cual es la de abolir de plano, en la especie, cualquier posible subsunción como robo simple (CP, 164)... Del mismo modo se ha resuelto por otros Tribunales que: “...la frase ‘otro instrumento semejante’ contenida en el texto legal (art. 163 inc. 3º) demanda el empleo de cualquier útil que cumpla la misma función de la llave o ganzúa, es decir, que venza la defensa predispuesta por la cerradura mediante una maniobra mecánica no violenta, lo cual no tiene lugar cuando la cerradura del vehículo fue forzada, circunstancia que implica únicamente la fuerza propia del robo...” (Cám. Nac. Crim. y Corr. Sala IV, 12 de julio de 1.990, J.A. 1.992-I pág. 663)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.091, “Costa, José Carmelo s/ robo”, [J.A.], sent. del 2/04/04, R/D 057/04).

## **7.6.- Secuestro extorsivo.**

### **7.6.1.- Diferencia con la coacción.**

“...Se impone hacer, aunque más no sea brevemente, hacer algunas disquisiciones acerca de las diferencias entre los delitos de coacción y secuestro extorsivo. El primero de ellos, o sea, la coacción del art. 149 bis, 2ª parte del CP, es un delito contra la libertad, a la primitiva amenaza, se le adiciona otra exigencia legal cual es que la víctima haga, deje de hacer o tolere algo, y si esa exigencia consiste en una disposición patrimonial ilegítima, arribamos al delito de extorsión. Típico ilícito formal que se consuma con la simple utilización de la amenaza con el único objeto de obligar al sujeto pasivo, sin que para ello cuente el resultado. Por el contrario, concibo al secuestro extorsivo (CP, 170), como uno de los delitos contra la propiedad, en los que la acción típica se consuma en el momento de la retención de la víctima, siempre que la intención sea la de obtener rescate. Y en esto, hay que tener presente que el sujeto pasivo no es el secuestrado, sino aquel que es obligado a la disposición patrimonial. Este Tribunal ya se ha referido *‘in extenso’* a la ilicitud del art. 170 del Cód. Penal, en la causa n° 744, *‘Escot, Silvano Víctor’* (sent. del 15/05/02, R. 089/02)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.896, “Giménez, Cristian Daniel s/ coacción y tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 09/06/04, R/D 127/04).

## 8.- DELITOS CONTRA LA VIDA

### 8.1.- Abuso de armas: concepto.

“...Pareciera que el acusado no efectuó el disparo a persona determinada, pero aunque así fuera, entiendo que el ilícito igualmente quedó perfeccionado. En efecto, el delito de abuso de armas lo considero integrante dentro de aquellos denominados como *‘de actividad’*, en el sentido que no es necesario que se dé un resultado lesivo en concreto; pero así también, lo estimo incluido dentro de los calificados como *‘de peligro concreto’*, por cuanto es preciso que la acción ofensiva haya puesto realmente en peligro la integridad física de la víctima...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.825, “Corbalán, Abel Osvaldo y otro s/ abuso de armas, etc.”, [J.A.], sent. del 28/10/04, R/D 290/04).

“...En cuanto a lo que se afirmó, ya sea, en el acta de procedimiento, o por algunos testigos, en el sentido que se disparó a la *‘multitud’*, o al *‘montón’*, estimo que ello no quita ni pone rey a la cuestión. Es así que, a pesar de la opinión de algunos snobistas fugaces, y guiándome por el pensamiento de uno de los maestros del derecho penal argentino, este es, Sebastián Soler -sin el aditamento de *‘Doctor’*-; para la configuración del delito en cuestión: *‘La ley argentina no exige que se trate de una persona determinada. Basta, pues, que se dispare poniendo en peligro la vida de alguna persona, siempre que el disparo se produzca contra alguien... la expresión ‘contra una persona’, quiere decir ‘físicamente’ dirigido a ella...’* (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, Ed. TEA, t. III, pág. 173 y sgts., para el que lo quiera consultar). En igual sentido, también se pronuncia Carlos Creus, en su obra *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, ed. Astrea, Bs. As., 1.996, t. I, pág. 118,...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.825, “Corbalán, Abel Osvaldo y otro s/ abuso de armas, etc.”, [J.A.], sent. del 28/10/04, R/D 290/04).

### 8.2.- Homicidio “*criminis causae*”: configuración

“...Apoyar un arma de fuego en la nuca de la víctima -no precisamente para hacerle cosquillas-, gatillar dicho elemento letal, no produciéndose el disparo -puede ser por un defecto de la bala-; ya fuera del rodado, disparar nuevamente y acertar en la pierna del taxime-

trero, y, por último, acercarse a la víctima y efectuar un tercer disparo -que tampoco se concretó, por causas ajenas al sujeto activo-, no lo puedo concebir como una acción constitutiva del ilícito de robo agravado en grado de tentativa (CP, 42 y 166 inc.2º), sino, en todo caso, como una tentativa de homicidio '*criminis causae*' (CP, 42 y 80 inc. 7º), en concurso real con aquél robo calificado (CP, 55 y 166, inc. 2º)... El para mí maestro Tomás Jofré, en su comentario al art. 93 del derogado Código de Procedimientos en lo Penal de esta Provincia, dijo que '*...es imprescindible hacer constar la existencia del cuerpo del delito, porque sin ello no se puede materialmente hacer justicia. Una investigación incompleta sobre todos los elementos que forman el cuerpo del delito, puede también inducir en lamentables errores judiciales...*' (textual). Y ello lo afirmo, por cuanto considero que no se llegó a determinar en qué momento del famoso '*iter criminis*', el obrero del volante fue desapoderado ilegítimamente de sus efectos. Es así que esa tentativa de homicidio '*criminis causae*' (CP, 80, inc. 7º), como yo la considero, es un homicidio conexo o vinculado a otro delito. La primera parte del inciso en análisis, se refiere al homicidio '*para*' (conexidad final), en tanto que la segunda parte contempla el homicidio realizado '*por*' (conexidad causal)... (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 2.561, "Constante, Débora Estela s/ tentativa de robo calificado por uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 27/12/04, R/D 343/04).

"...No se exige el propósito preordenado de matar, pero basta la conexidad ideológica entre el homicidio y el restante delito, como ocurre cuando la consciente acción homicida estuvo directamente enderezada a dar finiquito a la resistencia opuesta por la víctima, al desapoderamiento violento de sus bienes. En el hecho en análisis, no se sabe en qué momento se concretó la sustracción, ya que ni se interrogó a la víctima acerca de este extremo; pero de lo que no tengo duda alguna, lo reitero, es que la actitud de colocar el caño de un arma de fuego en la nuca del asaltado y disparar (la primera vez), no lo puedo conceptualizar más que como una tentativa de homicidio '*crimins causae*', conexa al robo con armas...". (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 2.561, "Constante, Débora Estela s/ tentativa de robo calificado por uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 27/12/04, R/D 343/04).

### **8.3.- Homicidio en riña.**

"...El homicidio de una de las víctimas y las lesiones de otra, se produjeron -tal lo analizado en la cuestión primera del veredicto- cuando la riña o pelea tumultuosa ya había concluido, y como sostiene Sebastián Soler, (en '*Derecho Penal Argentino*', Edit. TEA, tomo III, pág. 138) '*...riña y agresión envuelven conceptos muy distintos, pues la primera consiste en el súbito acometimiento recíproco y tumultuario de más de dos personas, de donde se deduce que no es una riña el acometimiento de varios contra uno...*'. (ídem C.N.C.Corr., Sala V, sent. del 04/04/80, en '*J.A.*' 1.980-IV pág. 106, e/o). La Suprema Corte de Justicia provincial, ha resuelto, asimismo que '*...para que pueda estimarse la existencia de una situación de riña es necesario el acometimiento súbito, recíproco y tumultuoso, de dos o más personas, por lo cual no se da si son varios los que acometen a uno sólo, por cuanto falta reciprocidad en los actos...*' (SCBA, sent. del 01/10/48, '*LL*' 43-8, citado por Edgardo Alberto Donna, en Rev. Derecho Penal, '*Delitos contra las personas*', edit. Rubinzal Culzoni, Tomo II, pág. 421)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerre, causa n° 1.970, "Gómez, Daniel Elicio s/ homicidio y lesiones graves en concurso material", [J.O.], sent. del 27/09/04, R/D 256/04).

"...Además, aún si hubiere alguna duda respecto del requisito del tipo objetivo del art. 95 del CP, descripto anteriormente, cabe consignar que habiendo sido individualizado en

la cuestión primera al autor de ambos hechos ilícitos, los mismos no pueden encuadrarse juzgados en aquella figura (el n° 1), ni en la del art. 96 del mismo cuerpo legal (el n° 2), tal como el mismo defensor lo reconoció en su alocución final y es además sostenido, desde siempre, en forma unánime por la doctrina y jurisprudencia nacional (por todos, ver la opinión de Carlos Fontán Balestra, en *'Derecho Penal Parte Especial'*, tomo I págs. 98/100; Ricardo C. Núñez, op. cit., tomo III, vol. I pág. 249 e/o; y lo resuelto por el TCPBA, Sala I, septiembre de 1.999, "S.L.A.", causa n° 93, publicado Rev. Derecho Penal *'Delitos contra las personas'*-II, Direcc. a cargo Prof. Edgardo Alberto Donna, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 412/3; ídem TCPBA, Sala II, fallo del 29-08-00 publicado en la misma revista en la pág. 417)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerra, causa n° 1.970, "Gómez, Daniel Elicio s/ homicidio y lesiones graves en concurso material", [J.O.], sent. del 27/09/04, R/D 256/04).

## 9.- DELITOS DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA

### 9.1.- Denuncia, interpretación.

"...Respecto de este último ilícito (lesiones leves), atento lo previsto en el art. 72 inc. 1° del CP, entiendo que con el acta de procedimiento y el informe médico, realizados con la intervención personal y de la víctima, se dio cumplimiento al recaudo de la instancia de la acción penal emergente del delito juzgado. Ello así porque, tal como lo ha resuelto la ahora denominada Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal dtal., Sala II, en la causa n° 37.274, *'Labra, G. s/ recurso de hábeas corpus'* (sent. del 08/09/94, R. 403. fo. 425), *'...el art. 72 del CP no exige formalidad alguna, bastando que el hecho sea puesto en conocimiento de la autoridad competente por quien corresponda para que la acción se ponga en movimiento...'*. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia provincial, ha dicho que *'...si las mismas víctimas se prestan a colaborar activamente en la investigación, proporcionando datos, identificando a presuntos culpables, sometiendo a inspección técnica el propio cuerpo, etc., ello debe ser interpretado como una manifestación inequívoca de voluntad de afrontar el 'strepitus foris'...'* (SCBA, Ac. 25.448, sent. del 24/09/80, publ. en *'DJBA'* del 04/09/80)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.863, "Ossorio, Sergio Jesús s/ robo agravado por uso de armas y lesiones", [J.A.], sent. del 18/03/04, R/D 037/04).

## 10.- JUICIO ABREVIADO

### 10.1.- Absolución.

"...Si bien ha sostenido el Tribunal de Casación Penal bonaerense que *'...dejar de lado el carácter de acto homologatorio de la voluntad de las partes de este tipo de pronunciamiento implicaría, por cierto, quebrantar el sistema acusatorio y desconocer el principio de buena fe procesal...'* (TCP, Sala I, en causa n° 2.525, *'Aristegui'*, sent. del 18/10/2.000, y en causa n° 1.227, *'Quiquinte'*, sent. del 11/09/2.001, entre otras), no es menos cierto que esa impronta homologatoria (que, de usual, tienen las sentencias en los juicios abreviados) no cancela, ni tampoco podría hacerlo, el deber del órgano jurisdiccional de absolver al imputado, cuando correspondiera (CPP, 399, 2° párr.)... Por lo tanto, y muy a pesar del acuerdo alcanzado entre las partes en el juicio abreviado, considero que, en el caso, al no haberse podido acreditar, por parte del titular exclusivo del ejercicio de la acción penal pública (CPP, 6 y 367), la efectiva interven-

ción del causante en el ilícito en juzgamiento (CPP, 371, inc. 2º), sólo cabe absolver de culpa y cargo al causante...”. (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.792, “Battaglia, Pablo Eduardo s/ robo”, [J.A.], sent. del 29/03/04, R/D 051/04).

## **10.2.- Inadmisibilidad e improcedencia: distintos casos.**

“...En efecto, más allá de coincidir con las partes en cuanto a que en el Código Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, no se exige para viabilizar el trámite del juicio abreviado (CPP, 395/9), -a diferencia de lo que sucede con su similar de la jurisdicción federal-, que el imputado acepte la materialidad del hecho y su autoría, como asimismo que comparto como factible, no obstante su ratificación, que la defensa pueda insistir en que se resuelva por la libre absolución del procesado, en función de aquella ausencia de confesión y de las facultades del órgano jurisdiccional para resolver (CPP, 399 2º párrafo); la alegación, introducida ahora por primera vez, de circunstancias exonerantes de responsabilidad, hechas por el defensor particular, y referidas, puntualmente, a una ingesta alcohólica que, al momento del hecho juzgado, lo inimputabilizó absolutamente o bien contribuyó a disminuir su capacidad de culpabilidad, no permiten, dentro del marco cognitivo del trámite abreviado, resolver la cuestión. Por todo lo expuesto, considero que corresponderá hacer lugar a la solicitud del Agente Fiscal de declarar inadmisibile el trámite del juicio abreviado solicitado por las partes, fundado en que con las constancias de la causa, no es posible resolver la planteo formulado por la defensa. (CPP, 398 letra ‘a’)...”. (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.896, “Roldán, Raúl Alberto s/ robo calificado”, [I.], sent. del 06/05/04, R/I 195/04).

“...La pena acordada por las partes, en base a una errónea calificación legal del ilícito en juzgamiento (al invocarse el texto del art. 164, en vez del 167, ambos del CP), resulta inferior (menos de la mitad) de la que está prevista como mínimo para la calificación que sostengo como aplicable en la especie, por lo que al violar el principio de legalidad el trámite de juicio abreviado resulta inadmisibile (CN, 18 y 19; CPP, 398 letra ‘a’)...”. (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.229, “Rodríguez, Julio Roberto y otra / robo”, [I.], sent. del 07/09/04, R/I 228/04).

“...A la hora de juzgar su responsabilidad y aún cuando la defensa técnica y el imputado no han deducido planteos de inimputabilidad, entiendo que de los informes técnicos agregados y producidos en la causa no puede excluirse definitivamente, en esta instancia, la posibilidad de que al acusado le sean aplicables las previsiones del art. 34 inc. 1º, primero y segundo párrafo, del Código Penal, por lo que excediendo ello, y con creces, la materia de conocimiento propia del trámite abreviado (en tanto se hace necesario profundizar dicho tópico en el debate plenario), soy de la opinión que la solicitud en tratamiento deberá ser declarada inadmisibile (CPP, 398 letra ‘a’)...”. (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martirelli, causa n° 1.176, “Lonatti, Leonardo Jesús s/ robo”, [I.], sent. del 14/09/04, R/I 237/04).

## **11.- INIMPUTABILIDAD**

### **11.1.- Extensión.**

“...En base a esos peritajes sobre la salud mental del enjuiciado, es posible asegurar que el mismo padece un trastorno de la personalidad, de tipo esquizoide, severamente

influenciado por el consumo de drogas y alcohol de antigua data. Al respecto, el Dr. Jorge Frías Caballero (cfr. *'Imputabilidad Penal'*, edit. Ediar, pág. 271/2), dentro de las causales inimputabilizantes de *'perturbación profunda de la conciencia'*, incluye a las psicosis tóxicamente condicionadas que, siguiendo a Mezger, define como *'...perturbaciones anímicas producidas... especialmente... por el uso excesivo del alcohol y otros tóxicos...'*; y las psicosis funcionales o endógenas, dentro de las cuales, se encuentran, como formas menores a la esquizofrenia (enfermedad que divide la mente y la afectividad), las *esquizeurosis* que define como *'...trastornos en los cuales sobre un fondo esquizoide puede producirse una evolución no ya lentamente progresiva y seguida, sino que explota en sucesivos brotes en los que el sujeto, curado de su brote psicótico reemprende una existencia neurótica...'* (op. cit., pág. 278)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.176, “Lonatti, Leonardo Jesús s/ robo”, [J.A.], sent. del 14/09/04, R/I 237/04).

“... Como norma *'la madurez psíquica, la responsabilidad o capacidad de culpabilidad como presupuestos de la imputación subjetiva -a diferencia de lo que sucede con los presupuestos de la imputación objetiva- no tienen que ser fundamentadas por el juez penal. A no ser que haya indicios de lo contrario, el juez penal puede dar por supuesta la capacidad de culpabilidad del inculpado'* (cfr. Hassemmer, Winfried en *'Fundamentos del Derecho Penal'*, edit. Bosch, Barcelona 1.984, § 22, pág. 270). En la especie, tal como lo expusiera con su habitual minuciosidad y solvencia argumentativa el Dr. Viñas, existen sobrados indicios para dudar, cuanto menos, de la efectiva capacidad de reprochabilidad del reo, es decir, de su aptitud personal para comprender la criminalidad de sus actos y gobernar sus acciones, en los términos del art. 34, inc. 1° del CP. Por lo tanto, con base en los distintos peritajes psico-psiquiátricos obrantes en autos, considero que el tema de la imputabilidad penal del acusado deberá ser tratado y resuelto en su ámbito natural; *'id est'*, el de la audiencia oral, pública y contradictoria, en un debate amplio y rodeado de todas las garantías...”. (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.176, “Lonatti, Leonardo Jesús s/ robo”, [J.A.], sent. del 14/09/04, R/I 237/04).

## 12.- NULIDADES

### 12.1.- Caducidad.

“...Con sustento en lo expuesto *'supra'*, considero que al planteo traído deberá aplicársele la sanción de caducidad del art. 205 del CPP, toda vez que el nulidicente articuló extemporáneamente su pretensión, es decir, fuera del ciclo previsto en el inciso n° 1 de ese precepto ritual, y, también, omitió relacionar su censura a la legalidad de los actos aludidos, con la violación de específicas garantías constitucionales, más allá de genérica invocación del derecho de defensa en juicio del art. 18 de la Carta Magna Federal (CPP, 202 y 203, 2do. párr., los dos *'a contrario sensu'*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.754, “Luna, Fernando Darío s/ robo calificado por el uso de armas”, [J.O.], sent. del 24/05/04, R/D 114/04).

“...Ahora bien; frente a la omisión defensiva al tiempo de cumplirse el acto impugnado, o seguidamente al mismo, el planteo *'sub examine'* resulta pasible de la pena de caducidad prevista en el art. 205 n° 3 del CPP. Es más; semejante actitud importó, a no dudarlo, un tácito o implícito asentimiento con su realización, en los términos del art. 206 n° 2 del CPP. Esas casi siete horas entre el acto y su impugnación resultan, a mi entender, incompatibles con el adverbio temporal *'inmediatamente después'*, sintagma contenido en el art. 205 n° 3 del CPP

como plazo extintivo para la articulación de las nulidades producidas en el desarrollo del debate; máxime cuando los defensores, que tenían derecho a oponerla, consintieron con su silencio los efectos del acto (CPP, 206 n° 2). El precepto del art. 205 del CPP importa, en mi concepto, una razonable y capital limitación a la facultad de las partes de deducir nulidades en cualquier estado o grado del proceso, con el ostensible propósito de evitar que la sola invocación de un acto viciado determine, sin más, la apertura de una instancia generadora de cierto detrimento para la celeridad y continuidad del trámite procesal. En lo concerniente, de modo específico, a las presuntas anomalías producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto, sostiene Sergio Gabriel Torres que *‘entre el planteo nulificante y el acto que se impugna no debe mediar ningún acto del Tribunal o del interesado. Apunta con razón Clara Olmedo que la finalidad es evitar que las partes especulen sobre las ventajas o perjuicios de los actos posteriores afectados como consecuencia de la irregularidad del anterior. La ley quiere que la nulidad sea planteada en el mismo momento que se desarrolla el acto o que pueda ser planteada, ante la posibilidad que de que esto no sea posible, inmediatamente de cumplido el acto...’* (cfr. *‘Nulidades en el proceso penal’*, 3ª edición, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1.999, pág. 191). Ergo; por tratarse de un planteamiento tardío y, además, de una situación de hecho convalidada tácitamente por quienes habrían podido oponerse a su realización (mas, la consintieron en forma implícita; CPP, 206 n° 2), corresponderá aplicarle la sanción de caducidad (CPP, 205)...” (Del voto del Dr. Favartotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.754, “Luna, Fernando Darío s/ robo calificado por el uso de armas”, [J.O.], sent. del 24/05/04, R/D 114/04).

**12.2.- Declaración “ex officio”. Efectos. Violación a lo normado en el art. 247 del CPP. Momento en que se adquiere el carácter de imputado.**

“... Que tal como ha quedado trabada la controversia acerca de la validez de algunos de los actos de la I.P.P., el fundamento sobre el que reposa esta primera pretensión nulificatoria de la defensa, quedó centrado -y cabe reiterarlo- en que la realización de los actos aludidos se cumplió en violación a lo dispuesto por el art. 247 del CPP, es decir, denunció que se omitió el esencial aviso a la defensa previo a que se practicaran esos estudios periciales...” (Por unanimidad, causa n° 2.096, “Berisiartúa, Oscar Gabriel s/ robo calificado en poblado y en banda y por el uso de arma, etc.”, [I.], sent. del 30/04/04, R/I 189/04).

“...Cabe precisar, ante todo, que a partir de la causa n° 1.889, *‘Luna, Martín Ismael’* (sent. interl. del 19/12/03, R/I 693/03), este Tribunal viene plegándose al criterio expuesto por Pedro J. Bertolino en su obra *‘Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires’* (edit. Depalma, 7ª edic. actualizada, Bs. As., 2.001, pág. 90), al comentar el texto del art. 60, donde cita (y les presta, así, implícita adhesión a) conceptos vertidos por Fernando de la Rúa, quien definiera al imputado como aquel que es perseguido penalmente, y que *‘aun antes que la acción penal haya sido ejercida, o que dicha relación se constituya, tiene ya ese carácter quien simplemente ha sido indicado como supuesto partícipe de un hecho delictuoso en cualquier momento de la investigación, entendiéndose por tal, cualquier acto o serie de actos cumplidos por los órganos penalmente predispuestos y tendientes a la averiguación de un hipotético delito’* (cfr. *‘Proceso y Justicia’*, edit. Lerner, Bs. As., 1.980, pág. 253). Es más; amplía y precisa (lo que aventa cualquier duda) que *‘no es exacto lo que se ha sostenido alguna vez, de que el denunciado no es el imputado, sino sólo una persona respecto a la cual, las garantías y derechos de éste son extendidos por la ley: será imputado en virtud de la denuncia, aunque la misma sea después desestimada’* (op. cit., pág. 258)... Va de suyo, por ende, que en nuestro régimen jurídicoprocesal vigente, siguiendo la mejor doctrina en la materia, denunciado, sindicado e imputado son

condiciones análogas... Plasmando tales conceptos en el *'sub iudice'*, es dable destacar que a las fechas de la orden y concreción de las pericias, en este expediente penal el nombrado no revestía la condición jurídica de imputado, lo que sella la suerte adversa de la impugnación defensiva que deberá desestimarse, por improcedente (CPP, 201 *'a contrario sensu'*), en razón de que, una vez establecida esa circunstancia de hecho, la invocada manda del art. 247 del CPP tornábase a todas luces inaplicable, en la especie..." (Por unanimidad, causa n° 2.096, "Berisartúa, Oscar Gabriel s/ robo calificado en poblado y en banda y por el uso de arma, etc.", [I.], sent. del 30/04/04, R/I 189/04).

"...Luego, como consecuencia de la paradoja existente entre los informes técnicos, dispúsose la realización de un nuevo cotejo de rastros, una vez que hubo sido aclarado que del vehículo secuestrado, en rigor de verdad, *'fueron levantados dos (2) rastros con relativo valor de identificación'*... Ese relato prestado por el testigo, contiene una ampliación del peritaje. Sin embargo, a la fecha de su recepción, el imputado ya se encontraba sindicado como presunto autor de los delitos de la causa, por lo que la realización del informe pericial ampliatorio, aún bajo la forma de una deposición testifical, debió serle notificada previamente a la defensa del reo; al no hacerlo, el instructor del proceso ha infringido la cláusula del art. 247 del CPP, por lo que corresponderá declarar, de oficio, la nulidad del acta (CPP, 201, 202 n° 3, 203, 2ª parte y 247), así como decretar la invalidez de la segunda pericia papiloscópica (CPP, 201 y 247), lo que no afecta, en absoluto, a la insípida e inofensiva aceptación del cargo y remisión del material peritable... Déjase establecido, además, que la nulidad de las actuaciones no se expande a otras piezas de la fase preparatoria que pudieran estimarse dependientes de los actos viciados (CPP, 207, 2º párrafo, ahora, en sentido opuesto)..." (Por unanimidad, causa n° 2.096, "Berisartúa, Oscar Gabriel s/ robo calificado en poblado y en banda y por el uso de arma, etc.", [I.], sent. del 30/04/04, R/I 189/04).

### **12.3.- Emisión de opinión: inaplicabilidad al caso. Duración del proceso. Nulidad oficiosa.**

"...Que, en principio, corresponderá destacar que la situación expuesta en los resultandos es particularmente gravosa, si se considera el exorbitante lapso que demandó el trámite procesal, iniciado en la primer quincena de noviembre de 1.998, y en el que al día de hoy (a más de cinco años y medio de aquella fecha), tras interrumpirse abruptamente el debate oral, reina la más absoluta incertidumbre e indefinición tanto para el imputado, cuanto para la víctima, acerca de la posición de aquél frente a la demanda penal de siete (7) años de prisión que se le dirigiera por su autoría en un gravísimo delito contra la propiedad. De tal modo, se verifica en el *'sub lite'* un estado de cosas que deviene a todas luces incompatible con el constitucionalizado derecho de los justiciables a obtener de la magistratura un pronunciamiento penal rápido, lo que conlleva un proceso judicial sin dilaciones indebidas (CN, 18 y 75, n° 22; CSJN, Fallos: 272-188, "Mattei"). Que, ello sentado, creemos que le asiste razón al Fiscal en cuanto sostuviera que la cláusula excusatoria del art. 47 inc. 1º del CPP se refiere, exclusiva y excluyentemente, a la emisión de opinión dentro del mismo proceso del que se trate, con obvia marginación de las causas conexas, como lo es, en la especie, la que tramitara bajo el n° 197 de este propio Tribunal. Más aún, si se analizan los motivos que pudieran determinar el apartamiento de los jueces naturales con criterio restrictivo. Obsérvese que de ser correcta la interpretación que hicieron los inhibientes, dos de los miembros de este nuevo órgano juzgador deberíamos adoptar idéntico temperamento al de los pares, eximiéndonos de tener injerencia en el caso, habida cuenta que hemos contribuido a formar sentencia en el mentado precedente del imputado. Por lo tanto, la plena autonomía de las causas incoadas al causante, torna inaplicable la motivación esgrimida por los



dos primeros magistrados excusantes (CPP, 47 incs. 1º y 13º, 202, inc. 2º y 203, todos ellos “a contrario sensu”). Que después de haber visto y oído la práctica probatoria del juicio oral, se hallan impedidos de seguir entendiendo en autos, al haberse formado convicción sobre distintos aspectos del *‘thema decidendum’*, que deben ser acreditados mediante el proceso legalmente debido al imputado y a las partes (CN, 18; CPP, 342 y sgts.). Que, en suma, entendemos que se deberá aceptar la excusación, declarando, de oficio, la nulidad de todos los actos procesales cumplidos a partir de fs. 103, inclusive (CPP, 202, nº 1, 203, 2º párrafo y 207), y continuar con la tramitación de la causa notificando a las partes litigantes la actual constitución de este Tribunal, y citándolas a juicio por el término individual de diez (10) días, para cada una, con el objeto de que ofrezcan las pruebas que pretendan utilizar en el debate (CPP, 338, 1er. párrafo)...”. (Por unanimidad, causa nº 2.287, “Luna, Carlos Marcelo s/ robo”, [I.], sent. del 21/05/04, R/I 243/04).

#### **12.4.- Inaplicabilidad del art. 247 del CPP.**

“...Esa previsión reglamentaria resulta inaplicable a los estudios, dictámenes y demás peritajes practicados en la sede originaria (esto es, a instancia o con injerencia del titular del Tribunal de Menores), donde los actos procesales deben cumplirse con arreglo a las disposiciones contenidas por la legislación especial que gobierna el fuero minoril (dto. ley 10.067). Lo expuesto -aún cuando breve- alcanza para desestimar, sin miramientos, la nulidades auspiciadas por la defensa particular del reo (CPP, 247 *‘a contrario sensu’*). Ya convalidadas *todas* esas actuaciones que fueran objeto de inmerecida impugnación, sin embargo, es jurídicamente atendible y relevante la posición asumida por la defensa, conforme los términos del art. 366 nº 1 del ritual, al oponerse de manera explícita a que se las incorpore por su lectura al debate oral (cuestión relativa a la admisibilidad de esas pruebas, y ajena a la de su validez formal); aunque no podemos menos que disentir con el calificativo de *‘subterfugio’* con el que la letrada se refiriera en la audiencia preliminar a la masiva introducción de las pericias minoriles llevadas a cabo en el curso de la investigación penal preparatoria de autos, donde aparece procesado su comitente...”. (Por unanimidad, causa nº 2.104, “Melo Pacheco, Fernando Isidoro s/ abuso sexual gravemente ultrajante”, [I.], sent. del 17/08/04, R/I 409/04).

#### **12.5.- “*Inspectio corporis forzada*”. *Extracción sanguínea compulsiva. Instrucción suplementaria: procedencia.***

“...Respecto del cuestionamiento defensivo a la medida de instrucción suplementaria peticionada por la Fiscalía, consistente en la obtención de una muestra hemática del imputado, para su posterior cotejo pericial, adherimos -en el rubro- al criterio interpretativo que dimana de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación... En efecto, según se sintetiza en el trabajo *‘La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación’*, de Ivana V. Bolch y María C. Hockl (publ. en *‘J.A.’* 2.004-I Bs. As., marzo 24 de 2.004, fascículo nº 12), es posible señalar los siguientes hitos en la progresiva evolución en la doctrina del Tribunal cimero: *i.* El 04/12/95, en el expediente *‘H.G.S. y otro’* (publ. en *Doctrina Judicial* nº 8, julio-noviembre de 1.997, págs. 590/5, y en *J.A.* 1.999-III, síntesis), la Corte modificó la solución a la que había arribado en el caso *‘Müller’* (en diversas circunstancias de hecho, cabe resaltarlo), exponiendo, en favor de la inspección corporal forzada, que *‘surgía indubitable la relación directa con el objeto procesal de la causa, era conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excedía los límites propios del proceso en el que fue dispuesto’*...”. (Por unanimidad, causa nº 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...Asimismo, argumentó que ‘...no se advierte en el sub lite lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo... En efecto, desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en los que cabe prescindir de esa voluntad entre los cuales se encuentran los supuestos -como el de autos- en los que la evidencia es de índole material... Que tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen’...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...Corresponde destacar que en las causas ‘H.G.S.’ y ‘Guarino’, establecióse que las cuestiones vinculadas al inalienable derecho de disponer del propio cuerpo, con relación a la zona de reserva e intimidad del individuo, no alcanzan la negativa a la extracción de sangre -ver causa ‘Bahamondez’ (Fallos, 316-479; publ. en J.A. 1.993-IV-558)- cuando ésta se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la podrían resultar afectados derechos de terceros (CN, 19), como lo precisaran las autoras consultadas ... Siempre a criterio de Bolch y Hockl, analizando la jurisprudencia de la C.S.J.N., sobre la materia: ‘...en la extracción de sangre en el proceso penal, la imprescindibilidad siempre debe evaluarse en términos de razonabilidad y con resguardo de la garantía del debido proceso; esto es, debe ponderarse necesariamente la suficiencia o no del plexo probatorio reunido en la causa... La investigación Judicial -afirma Ferrajolino es una búsqueda puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre libertades de los ciudadanos en las que el poder, en ausencia de límites normativos, tiende indefectiblemente a prevalecer sobre el saber... En efecto una justicia penal materialmente justa no puede realizarse sin afectaciones continuas a la libertad, la integridad física y la propiedad...Allí encuentran su legitimación fáctica las privaciones de libertad, el secuestro, la requisa, la inspección corporal y las intervenciones corporales para la determinación del hecho y del autor...Pero más allá de su gran utilidad social, éstas medidas sólo estarán jurídicamente legitimadas en tanto no excedan los límites de lo imprescindiblemente necesario (toda vez que), los objetivos de determinación de la verdad no pueden básica y despreocupadamente prevalecer sobre la dignidad humana del afectado por aquéllas’...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...En suma: los requisitos que legitiman, desde una perspectiva constitucional, la exploración del cuerpo humano, con fines probatorios, según la evolución de la doctrina de la Corte, al decir de las autoras aludidas, podrían resumirse del modo siguiente: **a.** que guarde relación con el objeto procesal de la causa; **b.** que haya sido precedida por indicios suficientes; **c.** que sea conducente y necesaria para el esclarecimiento de los hechos; **d.** que no exceda los límites propios del proceso en que fue ordenada; **e.** que no constituya una práctica humillante o degradante; **f.** que haya sido dispuesta con observancia de los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica; **g.** que ocasione una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen; y **h.** que guarde una adecuada proporcionalidad con relación a la gravedad de los hechos investigados...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...En términos casi análogos, se expide Javier Augusto De Luca, en su artículo *‘Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales’* (publ. en *‘Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-I’*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2001, págs. 393/423) ... En plena consonancia con los argumentos expuestos, entendemos que si bien la medida que fuera ofrecida por la Fiscalía supone cierta injerencia sobre la humanidad del imputado, dicha intervención no afecta la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ya que el sujeto, en este caso, actúa como objeto y no como sujeto de prueba ... El derecho constitucional a la no autoincriminación (CN, 18), refiérese a todo ingreso de información que el causante, como sujeto, pueda realizar; pero no se extiende a aquellos casos en que *‘a información no es ingresada por el imputado sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado’* (cfr. Binder, Alberto M. en su obra *‘Introducción al Derecho Procesal Penal’*, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1.999, pág. 184)...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...Además, acudimos, haciéndola propia, a la autorizada opinión de Julio B. J. Maier, quien en línea con los argumentos hasta ahora vertidos, expone que la garantía contra la autoincriminación coactiva *‘...sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación, sin su participación voluntaria)...’* (cfr. *‘Derecho procesal penal’*, tomo I, fundamentos, 2ª edición, edit. Del Puerto, Bs. As., 1.996, pág. 674/5)...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...Con otras palabras, consideramos que en la imperativa extracción sanguínea a un imputado -en el caso, a los fines de un ulterior estudio de ADN, en el marco del juzgamiento de un presunto delito de abuso sexual agravado y robo calificado por el uso de armas- no implica compelerlo a declarar contra sí mismo, pues sólo actúa como objeto y no como sujeto de prueba, y habida cuenta que no se lo obliga a hacer algo sino a tolerar que otros lo hagan, tratándose de una fuente pasiva de elementos de incierto contenido cargoso ... Es que, según entendemos, en la *‘inspectio corporis forzada’* debe propenderse a preservar un marcado equilibrio entre los intereses públicos (en términos de eficacia de la persecución penal estatal), y los derechos esenciales del causante (concebidos como efectivas garantías del justiciable frente al *‘ius persequendi’*), acorde al constitucionalizado estándar de razonabilidad (CN, 28 y 33), que debe conjugar, tanto como sea posible, la búsqueda de la verdad en el proceso penal y los derechos individuales del presumido inocente, quedando a la vista un sólo camino que no debe ser obstaculizado, a menos que se pruebe la explícita afectación de derechos básicos e irrenunciables (que no es el caso), y que tiene excepcional relevancia en el procedimiento, cual es el *‘interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia’* (CSJN, in re *“H.G.S. y otro”*, consid. 11º, *“in fine”*)...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“...Al referirse al problema que pueden suscitar las requisas y otras inspecciones corporales al imputado, de cara a la preciada garantía contra la autoincriminación forzada, Alejandro D. Carrió afirma que *‘lo central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. Vale decir, la policía no puede andar extrayendo sangre a cualquiera y porque sí, ni tomar huellas dactilares de manera indiscriminada. Es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que determinado imputado está conectado con un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de los hechos. Y cuanto más intrusiva en la privacidad del imputado sea la requisita corporal en cuestión, parecerá sensato exigir un mayor grado de certeza que si estamos ante procedimientos simples como el de la mera obtención de las huellas del imputado. Una vez superados esos requerimientos, es también preciso que la medida en cuestión aparezca como necesaria y no reemplazable por una menos intrusiva para la dignidad y privacidad del individuo...’* (cfr. *‘Garantías constitucionales en el proceso penal’*, 3ª edición, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.997, pág. 323)...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

“... Por otra parte, si bien el art. 214 del CPP no autoriza expresamente la inspección corporal del imputado, como sí lo hace el art. 218 del CPPN, una interpretación sistemática del ordenamiento procesal bonaerense (*“id est”*, combinando lo normado en el art. 212 del CPP, con lo prescripto por el art. 62 de la LOMP, n° 12.061), permite concluir que estas mínimas (en tanto necesarias y no sustituibles) intervenciones corpóreas pueden disponerse, sin menoscabo alguno a sus derechos fundamentales, respecto de la persona del enjuiciado ... Ahora bien, despejado cualquier posible obstáculo constitucional y/o legal, tal acto debe ser respetuoso con el principio de proporcionalidad, es decir, nunca puede entrañar riesgo para la salud de su destinatario y debe ser practicado por profesionales idóneos; así también, la proporcionalidad existe, en el caso concreto, entre la gravedad del delito investigado y la invasión que la práctica supone sobre el cuerpo del imputado ... Acorde a esos parámetros, estimamos que el estudio pretendido por la Fiscalía, y al que se opusiera infructuosamente la defensa (es decir, la extracción sanguínea al imputado para su ulterior cotejo con el resultado del examen pericial de fs. 110), guarda estrecha relación con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento del hecho delictivo del *“sub lite”* y no excede los límites propios del proceso ... De acuerdo a lo expuesto, e igualmente como corolario del principio de libertad probatoria consagrado por el ordenamiento ritual bonaerense (CPP, 209), corresponderá acoger el pedido de instrucción suplementaria formulado por la Fiscalía...”. (Por unanimidad, causa n° 2.120, “Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc.”, [I.], sent. del 26/04/04, R/I 180/04).

#### **12.6.- Reconocimiento fotográficos por álbumes. Improcedencia del planteo nulidicente.**

“...En primer lugar, este Tribunal tiene dicho al respecto que *‘...es de la esencia de toda pesquisa realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de hechos delictivos, siempre a condición de valerse de medios lícitos. La exhibición de fotografías de posibles sospechosos, o del denominado ‘álbum de malvivientes’, por ejemplo, no constituye un acto ilegal, salvo que se pruebe su ocultamiento malicioso, o la inducción/coacción a señalar a determinados sujetos. Desprovista de estas notas contaminantes, como permite asegurarlo lo relatado por los testigos en la audiencia de vista de causa, la sola exposición de las fotos a los ojos de los damnificados, con el fin de orientar con éxito las investigaciones criminales, podrá disminuir o cancelar -dependen los casos- el valor demostrativo de ulteriores reconocimientos de personas, mas ca-*

rece de aptitud para declarar la nulidad de estas diligencias procesales... La previa identificación de fotos no invalida (en el sentido de su validez formal) la medida a la que aluden los arts. 257/9 del CPP, aunque, eso sí, pueda relativizar o diezmar la fuerza probatoria que le sería asignable...’ (cfr. causa n° 188, ‘Gauna, José Adrián’, sent. del 17/03/00, R. 032/00). Además, ‘...este organismo jurisdiccional ha venido conformando sus fallos (por convicción, no por deber) con la doctrina de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense, en tanto sostuvo que ‘muchas veces será necesario, para guiar la investigación, realizar extensos reconocimientos de álbumes fotográficos o en cuadernos de ‘modus operandi’ y asimismo -como ocurre en los EE.UU. y Canadá-, en bases de datos electrónicas donde conste digitalizada la fotografía de personas que hayan cometido delitos con características similares’ (T.C.P., Sala I, causa n° 232, ‘González, Marcelo Fabián’, sent. del 09/11/99; ver, asimismo, de este Tribunal en lo Criminal n° 1, las sentencias recaídas en causa n° 425, ‘Larraule, Hugo Eduardo’, del 19/09/00, R. 200/00-I, y en causa n° 953, ‘Mollo, Silvio Adolfo’, del 14/03/02, R. 036/02)...’ (cfr. causa n° 1.066, ‘Gómez, Calixto Roberto’, sent. del 10/12/02, R. 280/02) ... Es por ello que, en función de la naturaleza predominantemente orientadora de la investigación de los actos de marras, el Fiscal Instructor no tenía el deber jurídicoprocesal (sí la facultad) de disponer formales reconocimientos en rueda de personas...’ (Por unanimidad, causa n° 2.096, “Berisiartúa, Oscar Gabriel s/ robo doblemente calificado, etc.”, [I.], sent. del 30/04/04, R/I 189/04).

“...Asimismo, tal como lo sostuviéramos hace pocos días en la causa n° 2.120 seguida a ‘Johnson, Alexis Eduardo’ (sent. interl. del 26/04/04, R/I 180/04), ‘...a pesar de que en la diligencia impugnada prescindióse del principio de subsidiariedad que rige en las identificaciones fotográficas, de acuerdo con la redacción del art. 261 del CPP, en cuanto las hace aplicables sólo en aquellos casos en que el procesado no se hallara presente y no pudiese ser habido, o cuando estando detenido se negara al reconocimiento en rueda de personas, entendemos que, conforme al propio texto legal, tal incumplimiento no trae aparejada la sanción anulatoria...’ En el mismo precedente se expuso que ‘...en cambio, lo que sí podría ser motivo de invalidez, aunque no se da en la especie, sería la ausencia de notificación a la defensa del reo, con la necesaria antelación al inicio del acto (CPP, 261, en función del 259 último párrafo ‘a contrario sensu’). Sobre el punto, cabe resaltar que el reconocimiento de marras fue debidamente anoticiado a quien, por entonces, ejercía la defensa técnica del imputado, y, a su vez, la diligencia fue presenciada y fiscalizada por personal de ese organismo, seguramente a instancia o siguiendo directivas de la defensa. En suma; no estando el acto que se impugnara conminado con sanción expresa de nulidad, corresponderá repeler el planteo invalidatorio, confirmando la legalidad de la actuación aludida (CPP, 201 ‘a contrario sensu’ y 261), aún cuando merced a la explícita oposición defensiva a su incorporación, por lectura, al debate (o sea, al no darse la condición normativa indispensable para que así suceda), se deberá desestimar la solicitud de la representante del Ministerio Público Fiscal para que ingrese a la audiencia oral la pieza procesal aludida (CPP, 366 inc. 1° ‘a contrario’)...’ En el ‘sub examine’, la realización de las diligencias instructorias había sido anteriormente anoticiada a la Defensoría Oficial ... Por lo hasta aquí expuesto, deberá rechazarse la pretensión invalidatoria...’ (Por unanimidad, causa n° 2.096, “Berisiartúa, Oscar Gabriel s/ robo doblemente calificado, etc.”, [I.], sent. del 30/04/04, R/I 189/04).

### **12.7.- Urgencia y peligro en la demora. Aprehesión y cacheo policial.**

“...Con infatigable ahínco los asistentes jurídicos del reo (en primer lugar, uno de ellos lo planteó por escrito durante la fase instructoria, y luego hizo lo propio el otro codefensor en la audiencia preliminar, reiterándolo éste en la discusión final del juicio), expusieron sus im-

pugnaciones formales contra la validez del acta de procedimiento, aprehensión y secuestro... Practicadas las pruebas en el debate oral, los argumentos que desarrollara el magistrado de contralor instructorio han sido consolidados, y con ello hay fundadas razones para confirmar la validez de la actuación cuestionada... Pues bien; ese cúmulo de factores generó, a criterio de los dichos preventores policiales, el razonable estado de sospecha motivante de la intercepción, aprehensión y ulterior cacheo de los aludidos; a saber: *i.* las características de los peatones coincidía con las que les suministraran la víctima y un testigo (*'id est'*, eran jóvenes los tres, dos hombres y una mujer), además, aquellos los alertaron que los sujetos evidenciaban intenciones ilícitas y podrían estar armados; *ii.* la proximidad con la parrilla era notoria, y no había por la zona otras personas a esa hora de la madrugada (cerca de las 3); *iii.* uno de ellos había lanzado junto a un arbusto algún objeto al advertir la cercana presencia del patrullero (enseguida, se supo que eran dos armas de fuego); *iv.* caminando en dirección este-oeste, repentinamente pasaron a hacerlo en sentido opuesto ni bien vieron al móvil; y *v.* al acercarse a ellos, la vestimenta de uno de los masculinos era coincidente con la que los damnificados de un robo a mano armada (ocurrido esa misma noche), le habían descrito a los policías. Frente a tales circunstancias, de carácter eminentemente objetivo, y mediando situación de urgencia, con innegable peligro en la demora, el proceder de los funcionarios preventores resulta legitimado por el ordenamiento jurídico procesal (CPP, 153, n° 3 y 293 y ccdts.)...". (Del voto del Dr. Favarotto al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.754, "Luna, Fernando Darío s/ robo calificado por el uso de armas", [J.O.], sent. del 24/05/04, R/D 114/04).

### **13.- PARTICIPACION CRIMINAL**

#### **13.1.- Complicidad secundaria, improcedencia.**

"...Puedo afirmar sin duda alguna y teniendo en cuenta lo actuado, que el causante tomó parte en la ejecución del hecho delictivo, concurriendo a la comisión del mismo en una comunidad tanto objetiva como subjetiva, lo que se concretó en forma autónoma. No es el caso que el encausado de autos, intentó o reforzó la resolución adoptada por sus compinches, o facilitó la realización del delito en forma secundaria. El imputado no tuvo una participación accesorio, o sea, aquella conducta que considerada en sí misma no produce el delito, pero contribuye a su realización mediante el apoyo a la actividad del autor, sino que, por el contrario, su accionar fue activo, casi diría decisivo, aunque más no fuera por su mayor edad en relación a sus compinches, formando parte del trío de malvivientes..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 2.412, "Martiarena, Leandro Damián s/ robo agravado por uso de armas y en poblado y en banda, etc.", [J.A.], sent. del 20/10/04, R/D 277/04).

### **14.- PENA**

#### **14.1.- Individualización.**

"...Para individualizar la sanción que corresponde imponer a los enjuiciados de autos, tengo presente lo que ha resuelto reiteradamente, la Corte Suprema de Justicia Nacional, en cuanto a que '*...la graduación de las penas no puede hacerse mediante un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino apreciando los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, lo que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal... No se trata de limitar la facultad del juez*

para analizar y decidir sobre aquellos aspectos..., sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar...' (CSJN., 'M.S. y otra', sent. del 15/07/97, publ. en 'L.L.' 1.997-E-372)... Se trata de una operación que, si bien es subjetiva, en cuanto al proceso intelectual de la formación de la convicción del juzgador, es objetiva, por cuanto debe hacerse únicamente sobre las circunstancias acreditadas en el juicio, referidas al hecho, su modalidad, a la culpabilidad y personalidad de su autor, siendo únicamente justa la pena que se adecua a tales particularidades..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.383, "Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

"...Lo que interesa desentrañar, es el proceso valorativo y el razonamiento en base al cual se sustenta una u otra determinación punitiva, pues como señala Patricia F. Ziffer en '*Lineamientos de la Determinación de la Pena*' (2ª edición, edit. Ad-hoc, Bs. As. 1.999, pág. 32), al hacerlo '*...operan valoraciones de muy diferentes clases; en ellas concurren muchas veces intereses contrapuestos que se deben compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima, y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas... afirmar que existen varias soluciones posibles, no puede conducir por sí, a sostener que todas son correctas, sino que se deben encontrar argumentos que permitan sostener cuál es la solución más adecuada para el fin que se pretende lograr...*' (textual). La pena, al decir de Edgardo Alberto Donna (ver '*Teoría del delito y de la pena*', edit. Astrea, Bs. As., 1.992 págs. 59, 77y 78), tiene siempre índole retributiva, pues como señala María Elena Godoy Berrocal (cfr. '*Hacia una aproximación a la construcción de reglas mínimas para la individualización judicial de la pena*', en Rev. '*El Derecho Penal*', 'E.D.', mayo 2.003, pág. 10), '*...encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos, por ello, la pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del hecho, pues la aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento legal vigente y en ese sentido es retribución...*'" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.383, "Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

"...Pero la sanción penal no tiene, para mí, una única finalidad, reconociendo que teleológicamente debe apuntar de un modo equitativo: a. Al restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el delito, con su consiguiente incidencia sobre la paz social al contener el legítimo deseo reparador de las víctimas (cfr. Hans Heinrich Jescheck, en su '*Tratado de Derecho Penal, Parte General*', volumen I, traducción Santiago Mir Puig, Edit. Bosch., España 1.981, págs. 3/5; Francesco Carrara '*Programa de Derecho Criminal*', edit. Temis, Bogotá 1.956, Parte General, volumen I, págs. 6 y 7). b. También debe apuntar a concretar una función de prevención general, que contenga a toda la población frente a la posibilidad de realizar actos similares en lo futuro (tal el pensamiento de Anselm P. von Feuerbach y Rudolf von Ihering). Pues la sanción y el juicio de desvalor que precede a su imposición, no sólo debe incidir en el reo, sino que deben contribuir '*...de modo decisivo a formar la conciencia ética, valorativa, de la colectividad*' (cfr. Rojas Vía, Benigno en '*Alternativas a la pena y a la privación de libertad*', en la obra '*Teorías Actuales en Derecho Penal*', ed. Ad-hoc, Bs. As. 1.998, pág. 595), reforzándose así la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por la comisión del delito (Preámbulos de las Constituciones nacional y provincial; CN, 16, 18, 19 y 75 inc. 22º; C.Pcial. 11, 15, 25, 26 y cctes., Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus arts. 1, 3, 12, 29, 17 pto. 2; con el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 23.054, y sus arts. 4, 5, 7, 17, 19, 21, 32 y cctes., entre otros tratados internacionales constitucionalizados). c. Y, finalmente, deberá estar dirigida a '*...lograr que el condenado adquiera la capacidad de compren-*

*der y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social...* (ley 24.660, art. 1º similar al art.4º de la ley nº 12.256)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 1.383, “Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo”, [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

“...Aclaro, que esta última finalidad preventivo-especial (positiva) debe integrarse con las otras dos, porque, según señala la profesora Ziffer: *‘...entre culpabilidad y prevención existe una interrelación... la culpabilidad como fundamento de una pena no puede pretender validez sin estar orientada al fomento de un orden social como valioso. Los requerimientos preventivos de la pena no pueden elaborarse sin considerar reglas de responsabilidad aceptadas socialmente...’* (op. cit., págs. 68/9). Giuseppe Bettiol, sostiene que *‘...entre retribución y prevención hay una diferencia ontológica que impide confundir las categorías. La pena tiene un fin necesario que cumplir, y que no depende de su efecto secundario, de enmienda o reeducación del reo. Estas está bien que se persigan, aunque muchas veces no se logren en la ejecución de la pena... Que se diga que la pena tienda a la reeducación del condenado, significa que el legislador cree en tal reeducación. Pero es un acto de fe, una creencia, no un acto de razón que la experiencia corrobore’* (ver artículo sobre *‘Represión y Prevención frente a exigencias constitucionales’*, en *‘Estudios’*, Volumen II, 1.954, pág. 843). Conforme a todo lo expuesto y en virtud de las reglas mensuradoras de los artículos 40 y 41 del código de fondo, en este caso, ejerce particular influencia en la formación de mi convicción, el alto grado de desvalor de la conducta juzgada...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 1.383, “Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo”, [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

#### **14.2.- Interpretación del art. 55 del CP.**

“...Por las reglas del art. 55 del código de fondo, y de acuerdo a la legislación vigente, llego a que la pena legal aplicable al *‘sub iudice’* oscila entre el mínimo de ocho (8) años y el máximo de treinta y siete (37) años y seis (6) meses de reclusión o prisión, atento que para mí, a partir de la vigencia de la ley 23.077 el máximo de las penas privativas de la libertad, temporal, es el último. De este modo lo ha resuelto la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense, afirmando que: *‘...el tope máximo de la pena de prisión o reclusión en caso de concurso de delitos debe ser extraído de las escalas penales vigentes conforme la reforma de la Ley 23.077 (Adla, XLIV-C,2535)...’* (causa *‘Cabezas’*, sent. del 13/11/03, síntesis publicada en revista *‘La Ley Bs. As.’* del mes de febrero-2004, pág. 57, el resaltado me pertenece). En idéntico sentido, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ha decidido que: *‘...el art. 55 del Código Penal remite al máximo de la especie, estableciendo así una regla dinámica que vincula la determinación del máximo a lo establecido, como a las modificaciones que el legislador produzca en la parte especial...A partir de la incorporación en el código de fondo del art. 227 ter mediante la ley 23.077 y de su juego armónico con el art. 235, el máximo legal de la especie de pena de prisión o reclusión ha superado los veinticinco años, que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia mantenían como tope para los concursos y unificaciones de pena...’* (C.N.C.P., Sala IV, sent. del 02/06/03, Rev. *‘E.D.P.’*, julio 2.003-64). Y si no lo considerara de esta forma, por la vía interpretativa de creer que la regulación de los arts. 227 ter y 235 del CP se refieren exclusivamente a la clase de delitos regulados en ese capítulo (contra el Orden Constitucional), estaría asumiendo una función legiferante respecto de las reglas punitivas del art. 55 del mismo cuerpo normativo, que no creo corresponda a la actividad jurisdiccional (CN, 67, inc. 12º), salvo que se encuentren obstáculos constitucionales a la pena máxima de aquella normativa, la que a mi juicio tampoco



verifico...”. (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.359, “Fondevila, José Oscar s/ lesiones graves, etc.”, [J.O.], sent. del 23/04/04, R/D 069/04).

## 15.- PRISION PREVENTIVA

### 15.1.- *Innecesariedad del dictado en el supuesto de captura y posterior detención del contumaz, una vez que la causa se ha elevado a juicio.*

“...La probada circunstancia que -después de la elevación a juicio, y una vez radicada la causa en este Tribunal-, el imputado se haya sustraído a la acción de la justicia, por lo que se le decretó su rebeldía y captura, sólo puede traer aparejada la suspensión del trámite procesal hasta tanto el mismo compareciera o fuese habido para estar a derecho; pero, una vez ocurrido esto último, la detención del contumaz no puede traducirse en un retroceso a ciclos procesales pretéritos, ni implica una inadmisibles regresión a actos propios de la etapa instructoria, toda vez que *‘Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado’*, conforme reza el párrafo final del art. 305 del CPP; al menos, mientras *‘...no se modifique el estándar probatorio de sospecha (procesamiento por lo menos) el mérito sustantivo permanece intangible...’* (cfr. Pastor, Daniel R. en *Escollas a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, págs. 283/315)... Por su parte, Marcelo A. Solimine en su *Tratado sobre las causales de ‘Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación’* (edit. Ad hoc, Bs. As., 2.003), al referirse a los supuestos de *encierro efectivo sin auto de prisión preventiva*, y, particularmente, a casos como el aquí analizado, sostiene que *‘...cuando de conformidad con lo normado en el art. 333 del C.P.P. (similar a los supuestos de incumplimiento de obligaciones del excarcelado del art. 189 del CPPBA), se revoque la excarcelación o exención de la cual venía gozando, se procederá al encarcelamiento del imputado, siendo que la legislación vigente no exige que en tal caso se dicte auto de prisión preventiva. Es que el supuesto de incumplimiento de las obligaciones inherentes al instituto de la libertad caucionada no encaja en las previsiones del art. 312 (conc. arts. 157/9 del CPPBA), y el art. 333 no impone el dictado de prisión preventiva cuando se revoque libertad caucionada antes concedida...’* (pág. 232, aunque lo consignado en los paréntesis es original)... Que, en síntesis, una vez declarada la rebeldía, y revocada la libertad bajo caución (CPP, 169 penúltimo párrafo, 189, 303 y 306), la posterior detención del profugado, no puede retrotraer el estado del proceso (CPP, 305 *‘in fine’*). *‘A fortiori’*, cuando la demanda penal (CPP, 334/5), y el decreto jurisdiccional de elevación a juicio (CPP, 337 *‘in fine’*), que accedió a ese requerimiento fiscal, no hicieron más que intensificar el estándar probatorio de la sospecha que lo mantiene vinculado al *‘sub lite’*, y cuando las sucesivas denegatorias de la excarcelación del reo conllevan la necesidad de mantenerlo cautelarmente privado de su libertad ambulatoria, hasta que desaparezcan los peligros procesales que le dieran origen al actual estado de encarcelamiento provisorio o hasta que la causa llegue a una sentencia que le sea favorable...” (Por unanimidad, causa n° 632, “Cambrea, Pablo Eduardo s/ tentativa de robo”, [I.], sent. del 24/03/04, R/I 119/04).

## 16.- PRUEBA

### 16.1.- *La comprensión textual y la comprensión escénica.*

“...Winfried Hassener ha percibido la hondura de la dificultad que representa para el proceso judicial el nutrirse de dos fuentes de conocimiento, a saber: una proveniente del relato plasmado por escrito, y la otra resultante de la versión verbalizada del compareciente, y así ha entendido que *‘la palabra hablada exige bien distintas formas de comprensión y afecta a condiciones de comprensión muy diferentes a las de la palabra escrita, del texto. Si se desea, pues, extender el concepto de comprensión desde el caso producido hasta el proceso de producción del mismo, tendrá que abarcar consecuentemente la dimensión del proceso, de los procesos, de las consecuencias de los comportamientos, la dimensión de la escena, etc. Y a esto es a lo que denominamos ‘comprensión escénica’. El concepto de ‘comprensión escénica’ ha sido elaborado en el seno de la teoría del psicoanálisis y designa allí el recuerdo concreto de fases y situaciones de la propia vida. Los esfuerzos de comprensión y condiciones de ello en la comprensión escénica superan ampliamente las posibilidades de comprensión de textos, y es lo que garantiza al psicoanálisis su esperanza curativa: lo que puede ser elaborado no es el mero recuerdo cognitivo y emocional de la propia historia, sino la representación de las mismas escenas de ésta por su propio protagonista...’* (cfr. *‘Fundamentos del Derecho Penal’*, edit. Bosch, Barcelona 1.984, pág. 155)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.383, “Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo, [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

“...Me he permitido trasegar tan extensas como esclarecidas consideraciones con el propósito de dejar constancia del severo escollo que plantea para el derecho procesal penal, en general, y para la teoría de la prueba, en particular, la dicotomía que a menudo (y acaso, fatal o irreductiblemente) suele presentarse entre la denominada *‘comprensión textual’* y la *‘comprensión escénica’*. En línea con el pensamiento de mis colegas, opino que -en su caso, es decir, en aquellos supuestos de discordancias más o menos relevantes- debe darse natural primacía a la *‘comprensión escénica’* sobre la *‘textual’*; a menos que nos retrogrademos al anacrónico y derogado sistema de enjuiciamiento por registros o actas que hacía del *‘sumario’* la etapa paradójicamente decisiva del proceso penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.383, “Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo, [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

“...Julio B. J. Maier, caracterizando el funcionamiento de los sistemas procesales acusatorios ha consignado que *‘...en todos los casos, los actos que integran la instrucción carecen de valor para fundar la sentencia, que será dictada después de cumplido el debate oral y público, salvo el caso de excepción de los definitivos e irreproducibles, los cuales, por esa razón, no pueden ser cumplidos por el ministerio público y están sometidos a un reglamento especial, que garantiza su control defensivo; por ello se califica a esta sección del procedimiento con el adjetivo preparatoria... La oralidad de los actos reconoce excepciones naturales: aquellos medios de prueba originariamente escritos (documentos e informes), que se leen o exhiben en la audiencia, y aquellos que, sin participar de esta característica, pues, regularmente, se desarrollan en forma oral, constan en una acta que se permite incorporar al debate por su lectura. Estas últimas autorizaciones deben ser excepcionales, para cuando existe acuerdo entre el tribunal y todos los intervinientes a fin de incorporar un acto protocolizado durante la instrucción, para los dictámenes periciales, sin perjuicio de la declaración oral de los peritos durante el debate, para las declaraciones que, por imposibilidad de ser recibidas en la audiencia (por impedimento del órgano de prueba), son llevadas a cabo fuera de ella y para los actos definitivos e irreproducibles, llevados a cabo con anterioridad al debate, los cuales, por esa misma razón son realizados bajo control de los intervinientes...’* (cfr. *“Derecho procesal penal”*, Tomo I, Fundamentos, 2ª edición, edit. Del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 419 y 657/8)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n°

1.383, “Durante, Mariano Roberto y otros s/ homicidio en ocasión de robo, [J.O.], sent. del 25/02/04, R/D 016/04).

### **16.2.- Declaraciones en juicio de los menores víctimas.**

“...Es dable consignar, en primer término y con carácter genérico, que el derecho de prueba de los interesados, en el proceso penal de adultos, a menudo puede toparse -al menos, en parte- con los derechos que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal se les reconoce a las personas menores de edad, especialmente después de aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño (ley n° 23.849; publ. en el BON del 22/10/1.990), luego incluida en el propio texto de la ley suprema federal (art. 75, inc. 22°). Con esa consabida prevención, este Tribunal considera que se deberá proveer favorablemente el mentado pedido de los litigantes (CPP, 209), recabando a la Juez de Menores, a cuya tutela se encuentran sometidos los mismos, la indispensable autorización impuesta por el art. 21 del dto. ley 10.067, a fin de que se reciban, bajo las condiciones particulares que estime corresponder, los testimonios de los veintidós niños que figuran como víctimas del presunto accionar delictivo en el requerimiento fiscal y en el auto de elevación a debate. Al librar el oficio de estilo, creemos necesario hacerle conocer a la magistrada aludida nuestro punto de vista, en plena consonancia con los términos de la ley n° 25.852 (modificatoria del CPPN, publ. en el BON del 08/01/2004), con el propósito no sólo de evitar la victimización procesal de los menores, sino también el menoscabo de los derechos probatorios de los justiciables (en especial, del imputado y de su defensa)...” (Por unanimidad, causa n° 2.104, “Melo Pacheco, Fernando Isidoro s/ abuso sexual gravemente ultrajante”, [I.], sent. del 17/08/04, RI 409/04).

### **16.3.- Indicio de sospechabilidad: psicogénesis y psicosemiología delictiva.**

“...Ello no implica caer en un juicio positivista del denominado ‘estado peligroso *sin delito*’, o de un ‘derecho penal de autor’, ni tampoco hacer jugar, en abstracto, una presunción de “*aptitud para el delito*”, contrarios a nuestro sistema constitucional penal (CN, 18 y 19; CPBA, 25 y 26), en tanto de esa prueba no se trata de extraer una condición ‘*biológica*’ o una tendencia ‘*psicológica*’ del imputado hacia el crimen, sino la posible vinculación del hecho -por sus características y modo de producción- con condiciones y aptitudes personales del nombrado, en el caso concreto que aquí juzgamos. Cabe, en este tópico, también, responderle a la diligente defensa, que aún cuando el dictamen en cuestión hubiese sido practicado con antelación a este proceso y vinculado a otra causa penal, tampoco empece su valoración como lo hago, pues la ‘*personalidad de base*’ de un ser humano es aquel componente de su ser que no cambiará, aún con el tiempo (el único componente psicodinámico que puede cambiar es, en todo caso, el carácter, o lo que el ilustre Director del Instituto de Psicología de Múnich, Phillip Lersch, en su obra ‘*La Estructura de la Personalidad*’ (traducción del Prof. Ramón Sarró, Ed. Scientia, Barcelona, España, 1.971, págs. 447/9), llama la ‘*estructura superior de la personalidad*’...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.908, “Santoro, Roberto Daniel s/ homicidio”, [J.O.], sent. del 19/11/04, R/D 318/04).

“...La personalidad se entiende como un concepto que incluye un número estable de comportamientos en la interacción con el medio ambiente. Estos rasgos se organizan de un modo particular y único en cada individuo, y la base de la misma se puede conceptuar como las características o rasgos internos relativamente estables que dan a un sujeto la dirección de su conducta (ver al respecto Julio Zazzali: ‘*Manual de Psicopatología Forense*’, Jorge Insúa: ‘*Psicosemiología y Psicopatología*’, Antonio Horacio Bruno y Juan Carlos Romi: ‘*La importancia*

de la *Semiología Delictiva en la Peritación Psiquiátrico-Forense Penal*). Tal indicio -de sospechabilidad- que he valorado, parte, entonces, de lo que Juan H. Del Popolo (cfr. *Psicología Judicial*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1.996, págs. 279/80), denomina *‘psicogénesis y semiología delictiva’*, y que define como un proceso intelectual y técnico (objeto de indagación, análisis y conclusión), por el que según ese autor: *‘...se trata de establecer, si es posible, algún tipo de correlación entre esa forma o factura del delito, y las características de personalidad de su autor. Es obvio que no existe una relación de ‘uno a uno’; pero partiendo de lo que decía Hammer, siempre algunos rasgos de esa personalidad, algunas características de esa psiquis van a quedar impresas en la forma y en la factura en que se ha cometido ese hecho delictivo’...*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.908, “Santoro, Roberto Daniel s/ homicidio”, [J.O.], sent. del 19/11/04, R/D 318/04).

“...Para el autor nombrado, la psicogénesis *‘...no es sólo la motivación. Esta es sólo uno de los factores psicológicos que puede considerarse en el hecho delictivo. Pueden plasmarse otros rasgos de conducta que se plantean a través de la situación delictiva. No sólo la motivación puede quedar impresa en la conformación del delito, sino también los rasgos de ese individuo, sus defensas, ansiedades, estilos, mecanismos comunicacionales, las características de su yo, etc...’* (op. cit., pág. 282), y que *‘...para estudiar la semiología delictiva debe analizarse minuciosamente el acto delictivo: comienzo, progresión, lugar y tiempo en el que tuvo lugar, conductas del autor en interacción con la víctima y terceros, grados de organización y desorganización de la conducta, uso de armas, características de la víctima, secuencias de conducta de víctima, victimario, etc...’* (op. cit., pág. 283). Tal exigencia metodológica en la apreciación de la prueba, es decir, el análisis armónico, complementario y conjunto (no aislado) de todos los medios probatorios analizados, cuando se pretende hacer valer la de indicios, es también sostenida, so riesgo de incurrir en un vicio descalificante de validez, por la Sala I del Tribunal de Casación Penal Provincial (ver, a modo de ejemplo, causa n° 479, *‘Córdoba’*, sent. del 01/10/99, citada por Horacio Daniel Piombo en *‘Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires’*, edit. Depalma, pág. 160, n° 1.212, entre muchos otros)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.908, “Santoro, Roberto Daniel s/ homicidio”, [J.O.], sent. del 19/11/04, R/D 318/04).

#### **16.4.- Testigos: valoración, habilidad.**

“...En tal valoración de los testimonios juramentados rendidos, tanto en la etapa penal preparatoria, como frente al Tribunal, y excluyendo únicamente aquellas objeciones personales que se encuentran comprendidas dentro de las *‘generales de la ley’* (CPP, 234/6 y 240) que obligan a ser prudentes y cautelosos en su análisis de mérito probatorio, no haré acepción de personas (CPP, 233), pues ello me está vedado por expresas disposiciones constitucionales que consagran la garantía de *‘igualdad ante la ley’* (CN, 16; CPBA, 11), como de los Pactos Internacionales que, junto con las anteriores, conforman la Ley Suprema (CN, 31, 75 inc. 22°: D.U.D.H., 2 y 18; C.A.D.H. -Ley 23.054-, 8; P.I.D.C. y P. -Ley 23.313-, 14). De modo tal que, aún cuando entre las personas que se enfrentaron en los hechos materia de juzgamiento y que han declarado como testigos, hay condenados penalmente, adictos al alcohol y drogas (todos) e integrantes de hinchadas y/o barras bravas de clubes de fútbol (el grupo de las víctimas), ello, *‘per se’* no me impide aceptar válidamente sus testimonios...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerre, causa n° 1.970, “Gómez, Daniel Elicio s/ homicidio y lesiones graves en concurso material”, [J.O.], sent. del 27/09/04, R/D 256/04).

“...Menos aún, les impide ser víctimas de delitos, pues pensar lo contrario llevaría al absurdo que no se podrían investigar ilícitos criminales cometidos, por ejemplo, dentro de una cárcel entre sujetos condenados y, además, tal postura iría en contra de la garantía personal que establece el art. 10 de la Constitución Provincial que (en forma concordante con el art. 75 inc. 22º de la CN y con los arts. 4 C.A.D.H. -Ley 23.054- y 6 del P.I.D.C. y P. -Ley 23.313-) dice que ‘...*todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia judicial del juez competente...*’. Más que sus condiciones personales, en todo caso, analizaré si el testigo se encuentra afectado por alguna de las inhabilidades que el propio código de rito especifica (234/6 y 240), y no con un criterio general preconcebido, sino en función del análisis individual de cada uno de los deponentes...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerre, causa nº 1.970, “Gómez, Daniel Elicio s/ homicidio y lesiones graves en concurso material”, [J.O.], sent. del 27/09/04, R/D 256/04).

“...Finalmente, también aclaro que respecto del testimonio aportado por una de las víctimas, tal como este organismo jurisdiccional lo viene resolviendo desde su primigenia integración, en base a criterios jurisprudenciales receptados de igual modo, unánimemente en los tribunales superiores de esta provincia, ‘...*la calidad de hábil asignada al testimonio de la víctima no puede ser conmovida, si ni siquiera se ha puesto en tela de juicio la capacidad, probidad, conocimiento del hecho sobre el que depone, ni su imparcialidad*’ (SCBA., P. 37.885, ‘Chela, Carlos Alberto’, sent. del 02/08/88), máxime cuando declaró en forma llana y directa, siendo sus dichos concordantes con otras pruebas de la causa, resulta posible condenar al acusado en base a un testimonio directamente sindicativo, cuando ‘...*tan clara y contundente fue la declaración prestada por el taxista, que hace aplicable al caso lo sostenido por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., cuando sentenció que ‘un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido’ (cfr. Sala 1ª, causa nº 185, ‘Benítez, Carlos s/ homicidio’, sent. del 08/09/99). En autos, he podido advertir tales ‘consonancias’ cuando en poder del imputado la autoridad policial que lo aprehendió, logró incautarle -apenas pasados unos cinco minutos del hecho delictivo- el mismo tipo de arma blanca que, en la audiencia oral, el damnificado describió y reconoció como aquella que se usara en su contra...*’ (causa nº 686, ‘Ramírez Rossi, Cristian Mauricio’, sent. del 10/09/01, R. 173/01; y causa nº 791, ‘Savaría, Roberto Carlos’, sent. del 17/03/03, R. 036/03, entre muchos otros)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerre, causa nº 1.970, “Gómez, Daniel Elicio s/ homicidio y lesiones graves en concurso material”, [J.O.], sent. del 27/09/04, R/D 256/04).

## **17.- RETIRO DE LA ACUSACION**

### **17.1- Absolución.**

“...A propósito de ese tema, ya es temperamento afianzado de este Tribunal el que sostiene que ‘*con el nuevo ordenamiento ritual de la Provincia de Buenos Aires el Ministerio Público Fiscal resulta ser el titular, exclusivo, de la acción penal pública (CPP, 6; t.o. ley 12.059), lo que responde al principio acusatorio según el cual ‘ne procedat iudex sine actione’, bifurcando la jurisdicción de la acusación. En el ejercicio de su función el representante del interés social*

entendió en el curso del debate oral, que no encontraba ningún mérito probatorio para reprocharle a la enjuiciada alguna complicidad criminal en el delito contra la propiedad que se le endilgara... Esa postura del Sr. Fiscal de Juicio, cualquiera sea la convicción personal de los jueces, impone el deber de absolver a la procesada, ante el expreso desistimiento del órgano requirente, por así disponerlo el párrafo final del art. 368 del CPP' (causa n° 31, "Jurado, Mónica Haydée", sent. del 17/06/99, R. 028/99, entre muchas otras)... Esa interpretación jurisprudencial se enmarca, además de lo que surge del texto expreso de la ley bonaerense, en las líneas directrices que viene trazando la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos 'Tarifeño, Francisco' (sent. del 28/12/89; T.209.XXII), 'García, José A.' (sent. del 22/12/94; G.91.XXVII), 'Cattolar, Julio P.' (sent. del 13/06/95; C.408.XXXI), 'Bensadón, Germán' (sent. del 10/08/95; B.352.XXXI), 'Saucedo, Elizabeth' (sent. del 12/09/95; S.172.XXVIII), y 'Ferreyra, Julio' (sent. del 20/10/95; F.164.XXVIII), que fuera ensombrecida a partir de la causa 'Marcilese, Pedro Julio' (sent. del 15/08/02; M.886.XXXVI), pero reactualizada, en fecha reciente, en la sentencia 'Mottaccio, Julio Gabriel' (sent. del 17/02/04; M.528.XXXV)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.607, "Albi, Marcos Luis y otro s/ robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.O.], sent. del 06/04/04, R/D 055/04).

"...En efecto, en coyunturas justiciables análogas a la presente, el intérprete final de la Carta Magna ha sostenido que, en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, y que dichas formas no son respetadas si se dicta sentencia condenatoria sin que medie acusación.... Por otra parte, las limitaciones que la propia Corte Federal impuso a esos principios rectores en el caso 'Santillán, Francisco Agustín' (CSJN. Fallos: 321-2:2021, sent. del 13/08/98; publ. en 'L.L.' del 28/09/98, págs. 21 y ss.), resultan inaplicables en la especie, habida cuenta de la inactividad de las víctimas de esos presuntos delitos... En consecuencia, este Tribunal no puede rebasar el único interés legítimo para promover y mantener la acción penal pública (CP, 71), por lo que, sin necesidad de otras consideraciones, conceptúo que se deberá absolver libremente a los causantes; ello, en razón de haber desistido el portavoz del Ministerio Público Fiscal..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.607, "Albi, Marcos Luis y otro s/ robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.O.], sent. del 06/04/04, R/D 055/04).

## 18.- SOBRESEIMIENTO

### 18.1.- Denegatoria.

"...Si bien la única que tiene vínculo sanguíneo con la víctima es la imputada, habiendo formado pareja con el coencausado, desde nueve años antes de la fecha del hecho de autos, como ambos reconocieron en sus respectivas declaraciones, y habiendo constituido una nueva familia, entiendo que los argumentos de 'la poena naturalis' utilizados por el Fiscal: en cuanto a que el dolor de la pérdida del hijo por el accidente ya es un dolor mayor a la pena misma que se convierte en inútil o innecesaria, no podría dejar de serle aplicable al padrastro o padre del corazón, tan o más padre que el biológico, en más de un caso. En consecuencia, no veo que el tratamiento que el Ministerio Público Fiscal ha hecho de la situación de las partes con respecto a la muerte del menor, se ajuste al deber de objetividad y respeto por la igualdad, que debe guiarlo, incluso en el ejercicio del -ahora reconocido y reglado- principio de oportunidad. Por todo lo dicho, considero que en este caso, la actuación del Ministerio Público Fiscal, no se ha

ajustado al deber de objetividad que le imponen los arts. 1, 17 y 54 de la ley n° 12.061 -dejando a salvo que en modo alguno creo que ello haya sido de mala fe-, porque ha procedido violando la igualdad ante la ley (CN, 16; CPBA, 11), llegando a discriminar, en su petición liberatoria respecto de una procesada (CPP, 56 y 341), en desmedro de otro sujeto procesal, que si no se encuentra en situación análoga a la primera, su actuación, en definitiva, tuvo una menor incidencia respecto del hecho delictivo y por lo tanto se encuentra en una situación menos comprometida que aquella parte a la que sí desea beneficiar, por lo que concluyo que la solicitud en proveimiento deberá ser rechazada...” (Del voto del Dr. Viñas al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.426, “Ochoa, Silvia Estela y otro s/ homicidio culposo”, [I.], sent. del 30/09/04, R/I 5275/04).

“...A mayor abundamiento, me voy a permitir transcribir aquí la cita que hecho otras veces, de lo sostenido en idéntico sentido por el juez federal y procesalista de nuestro foro, Dr. Roberto Atilio Falcone, en su voto en la causa ‘*Colli, Carlos*’ (cfr. Tribunal Oral Federal n° 1 M.d.P., sent. del 05/07/98, publ. y comentada en el ‘*Suplemento Jurisprudencia Penal La Ley*’ del 30/09/98, pág. 34, con comentario Dr. Luis Darrichon), donde se anula el requerimiento del M. P. Fiscal, sosteniéndose que ‘...*los fiscales no están obligados a hacer prevalecer el fin persecutorio por encima del interés en la fiel y justa aplicación de la Constitución y la Ley... (ver Resol. Procurador General de la Nación, cabeza del Ministerio Público Federal n° 29.96)... El principio acusatorio recibe también su contenido de otros principios no menos importantes: la inderogabilidad del juicio penal y el de legalidad, ordenan que el juicio penal sea indeclinable, tal como lo reconoció por vez primera el art. 7 del Bill of Rights en Inglaterra en 1659. En un modelo garantista, los principios antes mencionados y el de sujeción de toda función judicial a la ley, juntamente con la indisponibilidad de las situaciones penales, excluyen la aceptación de criterios arbitrarios o puramente potestativos en el ejercicio de la acción penal...*’” (Del voto del Dr. Viñas al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.426, “Ochoa, Silvia Estela y otro s/ homicidio culposo”, [I.], sent. del 30/09/04, R/I 5275/04).

“...No es éste ninguno de los especiales supuestos que habilitan, en forma taxativa, el dictado del sobreseimiento en la etapa posterior a la citación a juicio y previa a la audiencia plenaria (CPP, 341 ‘*a contrario sensu*’), situación que no ha variado con la reforma procesal de la ley n° 13.183 (B.O.P. del 16/04/04), de la que se ha echado mano en el escrito en proveimiento. En todo caso, si en esta instancia se acordara esa pretendida gravitación al principio de oportunidad que atiende, entre otros parámetros, al criterio de la ‘*poena naturalis*’, considero que en la especie median razones de interés o seguridad pública, dimanantes de la condición de empleados policiales de ambos encartados, que lo tornarían inasequible (CPP, 56 bis, n° 2 ‘*in fine*’)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 2.426, “Ochoa, Silvia Estela y otro s/ homicidio culposo”, [I.], sent. del 30/09/04, R/I 5275/04).

## **19. SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA**

### **19.1.- Inderogabilidad de la jurisdicción. Necesidad del contralor jurisdiccional.**

“...Por imperativo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, como es por todos sabido, el acuerdo de voluntades al que han arribado las partes intervinientes no resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, quien, dentro de un sistema (implícito) de oportunidad reglada -así se podría caracterizar al adoptado por nuestra legislación en este tópico-, debe controlar, por un lado, si el caso sometido a su consideración es uno de aquellos a cuyo respecto la

ley autoriza, en abstracto, a paralizar la pretensión punitiva del Estado y, por el otro, si, en concreto, merece dicho tratamiento, en función de los objetivos perseguidos por el instituto. Admitir lo contrario y negar al Tribunal esa instancia de control, importaría la aceptación de la oportunidad discrecional, propia del derecho anglosajón...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.972, “Trímboli, Rosario s/ abuso sexual continuado”, [I.], sent. del 14/05/04, R/I 254/04).

“...Fuera de ello, concurre otro motivo que informa mi voto en sentido negativo, cual es que el caso concreto, dadas sus particulares connotantes, no amerita la homologación del avenimiento al que arribaran los litigantes. En este orden de ideas, por imperativo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, los acuerdos de voluntades que alcanzaran las partes intervinientes, no resulta vinculante para el órgano jurisdiccional quien, dentro de un sistema (implícito) de oportunidad reglada -como se podría caracterizar al adoptado por nuestra legislación en este tópico-, debe controlar, por un lado, si el caso sometido a su consideración es uno de aquellos, a cuyo respecto, la ley autoriza -en abstracto- a paralizar la pretensión punitiva del Estado y, por el otro, si -en concreto- merece dicho tratamiento, en función de los objetivos perseguidos por el instituto. Admitir lo contrario y negar al Tribunal esa instancia de control, importaría la aceptación de la oportunidad discrecional, propia del derecho anglosajón. En este temperamento, entiendo que la concesión del beneficio en el supuesto que nos convoca, controvierde los fines tenidos en mira por la suspensión del juicio a prueba. En efecto, aquella ha sido diseñada para sustraer del juzgamiento los casos de menor trascendencia o gravedad, en beneficio de quien es sometido, ocasionalmente, a un proceso penal y de quien sea capaz de internalizar pautas sociales positivas de comportamiento...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 2.334, “Mammano, Karina y otro s/ extorsión, lesiones leves etc.”, [I.], sent. del 08/11/04, R/I 600/04).

“...En el particular, los injustos por los cuales se intimó a los encartados - conforme surge del requerimiento de citación a juicio y con el grado de provisionalidad que comporta una afirmación en este sentido-, por sus características, no parecen ser de aquellos cuya no persecución pueda ser tolerada por la sociedad, aún cuando en teoría el concurso delictual al que me refiero, permita, eventualmente, una condena de ejecución condicional. El cálculo utilitarista que fundamenta este tipo de alternativas inclina la balanza en sentido contrario a su admisión en el caso concreto. Ello, amén, que las reglas compromisorias pactadas resultan insuficientes para la reintegración social de los inculpados, a la luz de los criterios de prevención especial que guían la toma de decisiones de esta especie...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 2.334, “Mammano, Karina y otro s/ extorsión, lesiones leves etc.”, [I.], sent. del 08/11/04, R/I 600/04).

## **19.2.- Oposición del particular damnificado.**

“...No obstante que el representante del particular damnificado, se presentó por escrito argumentando que al no haberse cumplido con la necesaria reparación del daño ocasionado a la víctima, se deberá rechazar *‘la homologación del acuerdo de suspensión del juicio a prueba acordado entre el representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa’*, en la audiencia judicial, tanto el Agente Fiscal, cuanto el causante, asistido por su defensor de confianza, ratificaron el acta de acuerdo para la suspensión del juicio a prueba... Viene al caso recordar que este Tribunal, aunque en su integración originaria, tuvo ocasión de resolver en situación análoga que *‘la tajante oposición a todos los términos de lo acordado entre las partes acusadora y acu-*



sada, que exteriorizara la víctima de autos -quien asumió también los papeles de particular damnificado y actora civil-, no resulta vinculante para el colegiado jurisdiccional, al momento de evaluar la admisibilidad de la suspensión del juicio a prueba, habida cuenta de la naturaleza de aquellos roles y de los precisos alcances de las facultades procesales otorgadas a quienes los ejercen (CPP, 67, 79 y 83), así como los principios particulares que sustentan al instituto 'sub examine' en los arts. 76 bis y ter del Código Penal y 404 del Código Procesal Penal...' (causa n° 1.063, 'Martel, Rodrigo Aníbal', sent. del 06/05/02, R. 149/02)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.475, "Iriso, Pablo Alejandro s/ falso testimonio", [S.J.P.]. sent. del 13/05/04, R/I 212/04).

### **19.3.- Reparación del daño. Criterios de razonabilidad.**

“...Ahora bien; que ese no sea impedimento fatal (en referencia a la negativa del particular damnificado), tampoco quiere decir que la conjunta solicitud de los interesados deba ser acogida, sin más trámite, porque todavía restaría decidir acerca de la razonabilidad del ofrecimiento del reo de reparar el daño (potencial o efectivamente causado), en la medida de sus posibilidades, aquí, limitándose a pedir disculpas a la perjudicada (CP, 76 bis, 3er. párr.). En efecto, es dable considerar que *'además del requisito material de posibilidad de condenación condicional, la ley establece otras condiciones positivas y negativas. Entre las primeras figura el 'ofrecimiento de reparación a la víctima', que no debe entenderse como la indemnización prevista en el art. 29 del Código Penal, sino según las posibilidades del imputado; de allí que la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida y, en este último caso, si el juicio se suspendiere, la víctima tendrá habilitada la acción civil correspondiente. En síntesis, el ofrecimiento puede extenderse a una reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, pero también puede reducirse, si fuese razonable, al simple perdón o a una reparación no necesariamente económica, pues bien puede ocurrir que -de todos modos- el damnificado no acepte la reparación por defecto (aunque conforme a las posibilidades del imputado el ofrecimiento sea razonable) o simplemente porque no tenga interés en la reparación'* (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, en *'Derecho Penal. Parte General'*, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 928/9)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.475, "Iriso, Pablo Alejandro s/ falso testimonio", [S.J.P.]., sent. del 13/05/04, R/I 212/04; en igual sentido, en causa n° 2.056, "Garasa, Oscar Eduardo s/ tentativa de chantaje", [S.J.P.]., sent. del 13/05/04, R/I 219/04).

“...Sentado lo anterior, visto que el titular del bien jurídico protegido es la administración pública (en particular, el servicio de justicia), y aún cuando la firma accionante pudiera sufrir otros detrimentos colaterales a raíz del accionar delictivo de autos, considero que las disculpas que ofreciera documentar el imputado son razonablemente suficientes para cubrir el recaudo legal aludido, dejando intactos los derechos de la parte afectada para reclamar, ante el fuero específico, por los daños y perjuicios directos e indirectos o tangenciales que el obrar del causante le hubiese irrogado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.475, "Iriso, Pablo Alejandro s/ falso testimonio", [S.J.P.]., sent. del 13/05/04, R/I 212/04).

“...A lo precedentemente expuesto por las partes, y a criterio del infrascripto, la circunstancia de existir un juicio civil en trámite (plenario, según dijeron las partes y próximo a clausurar su prueba), que la compañía de seguros ha aceptado la citación en garantía, más allá de los ofrecimientos extrajudiciales que pudieran existir, satisface el recaudo del *'...ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible...'*, que exige el art. 76 bis,

3er. párrafo del CP. En este caso, además, la defensa, cuyo profesional también es apoderado de la empresa aseguradora, ha ofrecido un monto indemnizatorio en concreto, por lo que, más allá de la aceptación o no por parte del particular damnificado, se cumple aquel extremo exigido por la ley n° 24.316, teniendo en cuenta, asimismo, que a este último aún le queda expedita la vía civil que tramita en vía paralela (CP, 76 quater), con lo que se robustece...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.692, “Quiroga, Domingo Ramón s/ homicidio culposo agravado”, [S.J.P.], sent. del 22/06/04, R/I 304/04).

“...Lo primero que advierto es que los causantes no han satisfecho el esencial recaudo referido al ofrecimiento de reparación a la víctima, en la medida de sus posibilidades (CP, 76 bis, 3° párrafo); en especial, en lo referente al delito de robo (CP, 164), consistente en la sustracción de una cadena de oro, con dos medallas del mismo metal. Dicha reparación, en el marco normativo que lo regula *“no persigue estrictamente un fin resarcitorio (el que, sin embargo, en algún caso puede llegar a cumplirse igualmente), sino que procura brindar una respuesta a la víctima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pueda habersele causado, como un intento de internalizar en el imputado la existencia de un posible afectado por el hecho que se le atribuye”* (cfr. Vitale, Gustavo L. en *“Suspensión del proceso penal a prueba”*, edit. del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 125). Es quizá, en función de este último propósito -demostrativo, además, de la verdadera intención de los enjuiciados de solucionar el conflicto penal- que la exigencia analizada cobra mayor sentido y que, en el *“sub examine”*, se torne ineludible...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 2.334, “Mammano, Karina y otro s/ extorsión, lesiones leves etc.”, [I.], sent. del 08/11/04, R/I 600/04).

#### **19.4.- Rechazo: causales.**

“...Sin desconocer la importancia del mecanismo para la resolución alternativa de los conflictos penales instituido por la ley 24.316 (B.O.N. del 19/05/94), que, por una parte, procura evitar a las personas sometidas por primera vez a juicio, las nocivas consecuencias -entre otras, la estigmatización o señalamiento social, es decir *‘la pena del banquillo’*- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, busca dotar al sistema penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad del trámite procesal en los casos de menor trascendencia criminal, para que se puedan juzgar hechos delictivos de mayor envergadura, entiendo que debe extremarse el cuidado en la concesión del beneficio en análisis. Máxime cuando, conforme lo sostenido de consuno en el requerimiento y en el auto de elevación a debate, en ese orden, y con el grado de probabilidad propio de las demandas penales que suscriben los representantes del Ministerio Público Fiscal (CPP, 334/5), y de las resoluciones de los magistrados de contralor instructorio (CPP, 337), en autos habríase verificado, *‘prima facie’*, que en un salón de fiestas infantiles y con motivo de celebrarse el cumpleaños de la niña, se cometieron varios abusos sexuales -independientes, unos de otros- a menores de edad; es decir, tocamientos inverecundos a las menores...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.972, “Trímboli, Rosario s/ abuso sexual continuado”, [I.], sent. del 14/05/04, R/I 254/04).

“...No es todo; en coyuntura procesal semejante a la del *‘sub lite’*, este Tribunal, en su composición originaria, tuvo ocasión de sostener que *‘la concesión del beneficio en el supuesto que nos convoca, controvierte los fines tenidos en mira por la suspensión del juicio a prueba, la que ha sido diseñada para sustraer del juzgamiento los casos de menor trascendencia*

*o gravedad, en beneficio de quien es sometido, ocasionalmente, a un proceso penal y de quien sea capaz de internalizar pautas sociales positivas de comportamiento... Los hechos por los cuales se trajo a juicio al encausado -conforme surge del requerimiento fiscal y con el grado de provisionalidad que comporta una afirmación en este sentido-, por sus características, no parecen ser de aquellos cuya no persecución pueda ser tolerada por la sociedad, aún cuando en teoría el concurso delictual al que me refiero, permita, eventualmente, una condena de ejecución condicional... No sólo la pluralidad de injustos independientes, sino también la diversidad de víctimas, la mayoría de las cuales resultarían menores de edad, así como la inexistencia de peritajes psicológicos y/o psiquiátricos del causante, en la especie, desaconsejan la vía alternativa adoptada por las partes, o, lo que es lo mismo, hacen necesario dilucidar la existencia de los ilícitos y la hipotética responsabilidad penal del imputado mediante el juicio pleno (Título I, Libro III), o abreviado (Capítulo III, Título II, Libro III), que se legislan en el Código de Procedimiento Penal...’ (causa n° 622, “Shurin, Ariel Carlos s/ abuso sexual, tent. de abuso sexual y exhibiciones obscenas agravadas”, sent. del 07/02/01, R. 015/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.972, “Trímboli, Rosario s/ abuso sexual continuado”, [I.], sent. del 14/05/04, R/I 254/04).*

“...Si bien considero que la petición de las partes resulta temporánea y formalmente admisible, soy de la opinión que dada la naturaleza del hecho en juzgamiento y de su particular modalidad comisiva, por el disvalor objetivo de la acción y del resultado, la solicitud de suspensión del juicio a prueba no resulta procedente, a la luz de los principios que rigen este instituto, de acuerdo a la ley de fondo y los fines constitucionales y legales del proceso penal... Más allá de entender que la escala punitiva del art. 90 del CP, en abstracto, no es óbice para conceder este instituto y, sin llegar a emitir juicio de valor alguno sobre la calificación definitiva del hecho requerido a juicio por la fiscalía, ni respecto de la eventual autoría de la imputada, considero que tal modalidad del acto ilícito, su medio comisivo y la entidad de las lesiones provocadas, no se corresponden con la suspensión del juicio a prueba. Ello lo impiden los fines constitucionales y legales del proceso penal y razones de derecho de fondo, derivados de los principios de prevención general...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 2.286, “Chirico, Carina s/ lesiones graves”, [I.], sent. del 05/07/04, R/I 339/04).

“...En autos habríase verificado *‘prima facie’* un ataque armado hacia la humanidad de la víctima, en singulares circunstancias de hecho que sería saludable conocer para afirmar o descartar, total o parcialmente, la culpabilidad del victimario, y que, cuanto menos, habrían puesto en peligro la vida de aquél... Sostengo que hay ciertas conductas delictivas que resultan especialmente dañosas a la sociedad, donde es posible verificar efectos lesivos que trascienden el conflicto particular entre una víctima que las sufre y un victimario que las ocasiona; es decir, situaciones para las cuales el mecanismo de la suspensión del juicio a prueba no parece ser la mejor salida. De acuerdo a la doctrina de la orientación a las consecuencias en derecho penal, expuesta por Winfried Hassemer, puede decirse que el sistema penal al hacer justicia, tras describir (en abstracto), constatar y castigar (en concreto) el suceso criminoso, persigue (además, y a un tiempo) las metas de mejorar (o resocializar) a la persona autora del delito y contener (o prevenir) la delincuencia, habida cuenta que *‘sin exigencias de legitimación, la teoría del derecho penal se retrotraería al bastión de la pura retribución de la culpabilidad. Por el contrario, en tiempos en los que la sociedad se interroga con preocupación sobre la justificación del fundamento del sistema penal, la teoría penal se ve obligada a entrar en la discusión acerca de las consecuencias que produce la acción punitiva’* (cfr. *‘Fundamentos del Derecho Penal’*, edit. Bosch,

Barcelona 1.984, § 5, pág. 35). En suma; considero, al igual que el Dr. Esteban Viñas, que el asunto de autos -conforme resulta, al menos, de su caracterización en el requerimiento para debate- es de aquellos que por sus singularidades merecen ser cuidadosamente examinados y sentenciados en juicio, tutelando los intereses y derechos fundamentales de la imputada, de la víctima y de la sociedad...”. (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 2.286, “Chirico, Carina s/ lesiones graves”, [I.], sent. del 05/07/04, R/I 339/04).