

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

**PERIODO FEBRERO / DICIEMBRE DE 2.002**

Jueces: José Antonio Martinelli

Graciela S. Arrola de Galandrini (luego, Esteban Ignacio Viñas)

Ricardo Silvio Favarotto

Secretario: Alexis Leonel Simaz

Aux. Letrada: Andrea Verónica Zarini

## INDICE DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES

**J.A.:** Juicio Abreviado

**J.O.:** Juicio Oral

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

**A.:** Amparo

**H.C.:** Habeas Corpus

**C.:** Causa

**R.:** Registro

**I.:** Interlocutoria

**S.:** Sobreseimiento

## INDICE GENERAL

### ABUSO SEXUAL.

Capacidad de identificar al agresor por parte de una víctima menor de edad (J.O., C. 827).

Concurso ideal entre violación y promoción o facilitación de la corrupción (J.O., C. 827).

Concurso real de abusos sexuales a distintas víctimas (J.O., C. 869).

Corrupción de menores (J.O., C. 827).

Extremos a probar para que el acceso carnal sea delito. Concepto de *“mujer honesta”* (J.O., C. 757).

### AGRAVANTE GENÉRICA POR EL USO DE ARMA DE FUEGO.

Inaplicabilidad (J.O., C. 940; J.O., C. 927; J.O., C. 727; J.A., C. 1.409).

### AGRAVANTES.

Asalto a taxista (J.A., C. 1.207).

Condena anterior de ejecución condicional (J.A., C. 1.199).

Modalidad de la comisión del ilícito (J.A., C. 1.154).

Naturaleza de la acción y de los medios empleados (J.O., C. 986).

Permanencia en el tiempo del ataque sexual. Pluralidad de agresores. Parentesco. Secuelas del delito (J.O., C. 827; J.O., C. 869).

Pluralidad de sujetos activos. Intervención de un menor en el delito. Nocturnidad (J.A., C. 914; J.O., C. 940).

#### **ALLANAMIENTO DOMICILIARIO.**

Improcedencia de la solicitud de nulidad ante la conformidad del morador (J.O., C. 744).

#### **AMPARO.**

Competencia federal en razón de la vigencia de la ley 12.871 (A., C. 1.211).

Cuestión contencioso-administrativa (A., C. 1.442).

Improcedencia (A., C. 1.286).

Intervención de terceros (A., C. 1.211).

Medidas que no implican emisión de opinión, ni prejuzgamiento (A., C. 1.496)

#### **AMPLIACION DEL REQUERIMIENTO FISCAL DE ELEVACION A JUICIO.**

Inadmisibilidad por infracción al mecanismo reglado al efecto (J.O., C. 819).

Inoficiosidad de la oposición defensiva (J.O., C. 1.066).

#### **ATENUANTES.**

Ebriedad o ingesta de sustancias psicoactivas (J.A., C. 576; J.O., C. 927; J.A., C. 1.323).

#### **AUTORIA. COAUTORIA.**

Deber de evitar la comisión del delito (J.O., C. 819).

Doctrina del dominio funcional (J.O., C. 819).

#### **CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN**

Improcedencia (J.O., C. 849; J.O., 1.048).

#### **CUASIFLAGRANCIA.**

Concepto (J.A., C. 1.331).

#### **DEBIDO PROCESO.**

Control jurisdiccional de la actividad fiscal instructoria (J.O., C. 892).

Omisiones y fallas instructorias. Desnaturalización de la I.P.P. y de la coerción personal. Misión de los jueces (J.O., C. 892).

#### **DESISTIMIENTO DE LA ACUSACION.**

Procedencia (J.O., C. 601).

**DETENCION DEL ENJUICIADO AL DICTARSE EL VEREDICTO CONDENATORIO.**

Inaplicabilidad al caso del art. 371 "*in fine*" (J.O., C. 727).

**ERROR.**

Acerca de los elementos normativos del tipo (J.O., C. 1.066).

De prohibición (J.O., C. 1.066).

**ESTAFA.**

Absorción del delito de falsedad documental (J.A., C. 1.014).

**EXCARCELACION.**

Improcedencia (I., C. 132).

**EXCEPCIONES.**

Incompetencia territorial. Principio "*forum commissi delicti*" (I., C. 971).

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.**

Ebriedad (J.O., C. 927; J.A., C. 1.323).

**EXTORSIÓN.**

Bien jurídico protegido. Consumación (J.O., C. 819).

Pluralidad de acciones intimidatorias (J.O., C. 819).

**GARANTIAS.**

Cumplimiento de las formas procesales para garantizar los derechos de las partes (J.O., C. 953).

Interpretación y finalidad (J.O., C. 940).

**HABEAS CORPUS CORRECTIVO.**

Improcedencia del pedido de alojamiento de un procesado en Comisaría. Cuidados especiales para los imputados de delitos sexuales (H.C., C. 1.245).

Procedencia (H.C., C. 1.210).

Resistencia de las autoridades penitenciarias (H.C., C. 1.210).

**HOMICIDIO CULPOSO.**

Violación del deber objetivo de cuidado (J.A., C. 1.047).

**HOMICIDIO TENTADO.**

Diferencias con las lesiones graves o gravísimas (J.O., C. 1.048).

#### **HOMICIDIOS AGRAVADOS.**

Ensañamiento (J.O., C. 849).

Alevosía (J.O., C. 986; J.O. 1.048).

Con motivo u ocasión de un evento deportivo. Necesidad de una relación directa e inmediata entre el homicidio y ese tipo de espectáculos (J.O., C. 986).

Precio o promesa remuneratoria (J.O., C. 819).

#### **HURTO AGRAVADO.**

Ambito de aplicación del art. 163 inc. 6º del Cód. Penal (J.A., C. 1.199).

#### **INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.**

Criterios y métodos aplicables (J.O., C. 1.066).

#### **JUICIO ABREVIADO.**

Inadmisibilidad (I., C. 699; I., C. 1.313).

Reconsideración de un acuerdo rechazado por otro Tribunal (J.A., C. 1.331)

#### **JURISPRUDENCIA.**

Carácter no vinculante, sin desmedro de la función uniformadora o nomofiláctica de los fallos de los tribunales superiores (J.A., C. 1.331).

#### **MORIGERACION DE LA PRISION PREVENTIVA.**

Improcedencia (I., C. 744).

#### **NE BIS IN IDEM.**

Alcance (J.O., C. 917).

Jerarquía constitucional de la garantía (J.O., C. 917).

Procedencia del reclamo (J.O., C. 819).

#### **NULIDADES.**

Efectos (I., C. 727).

Improcedencia en el caso de la presentación espontánea de la acusada (J.O., C. 819).

Improcedencia respecto de reconocimientos fotográficos y personales (J.O., C. 1.066).

Sanción de caducidad (J.O., C. 940).

Utilidad del pedido de nulidad (J.O., C. 727).

#### **PENA.**

Culpabilidad como presupuesto y medida de la sanción penal (J.O., C. 1.048).

Finalidad (J.O., C. 1.048).

Personalización de la sanción imponible (J.O., C. 1.048).

#### **PRINCIPIO DE ADQUISICION PROCESAL (O PROBATORIA).**

Alcance y aplicaciones (I., C. 727).

#### **PRISION Y RECLUSION.**

Divergencias (J.O., C. 1.048).

Escala sancionatoria del art. 44, 2º párr. del C.P. Su constitucionalidad (J.O., C. 1.048).

#### **PRUEBA.**

Criterios valorativos (J.O., C. 953).

Divergencia entre los actos de prueba y los de investigación (J.O., C. 727).

Indicador anfibológico. Ineficacia (J.O., C. 1.048).

Indicio de capacidad moral delictiva. Ineficacia (J.O., C. 953).

Indicio de falsa justificación (J.O., C. 849; J.O., C. 910).

Indicio derivado de la proximidad y cercanía temporoespacial (J.A., C. 1.199; J.O., C. 1.424).

#### **RECLUSION.**

Constitucionalidad (J.O., C. 1.048).

#### **RECLUSION ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO DEL ART. 52 DEL C.P.**

Inconstitucionalidad (J.A., C. 1.242).

#### **REINCIDENCIA.**

Necesidad del cumplimiento total o parcial de pena de prisión. Improcedencia cuando la sanción previa fue compurgada con el tiempo de prisión provisional (J.A., C. 1.371).

#### **RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.**

Concepto (J.O., C. 892).

#### **ROBO.**

Concepto (J.O., C. 953; J.O., C. 744).

Consumación (J.O., C. 806).

#### **ROBO AGRAVADO.**

Con armas. Fundamento. Tesis objetiva y subjetiva (J.O., C. 744; J.A., C. 1.167; J.O., C. 806; J.A., C. 1.089; J.A., C. 1.331; J.O., C. 1.066; J.A., C. 1.393).

Con armas blancas (J.A., C. 1.393).

Con armas impropias (J.O., C. 1.066).

Con perforación o fractura de pared, cerco (etc.), de lugar habitado. Inaplicabilidad (J.A., C. 1.068).

En banda (J.A., C. 1.323).

Concurrencia de agravantes: con arma y en lugar poblado y en banda (J.O., C. 1.424).

Robo con armas y tenencia ilegal de arma de guerra. Concurso (J.A., C. 1.331).

#### **SECUESTRO EXTORSIVO.**

Características. Bienes jurídicos protegidos (J.O., C. 744).

Competencia (J.O., C. 744).

Tipicidad objetiva y subjetiva (J.O., C. 744).

#### **SENTENCIA PENAL.**

Deber constitucional y legal de motivación (J.O., C. 953).

#### **SISTEMA ACUSATORIO.**

Derivaciones. Principios '*ne procedat iudex ex officio et sine actione*' y '*ne est iudex ultra petita partium, sententia debet esse conformis libello*' (J.O., C. 827).

#### **SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.**

Declaración oficiosa de inconstitucionalidad (J.A., C. 1.242).

#### **SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.**

Admisibilidad temporal del pedido (J.O., C. 882).

Conformidad del Ministerio Público Fiscal (J.O., C. 882).

Contralor jurisdiccional del acuerdo (S.J.P., C. 1.063).

Importancia, finalidad y alcance del instituto (S.J.P., C. 1.063).

Improcedencia (S.J.P., C. 1.435).

Oposición de la víctima (además, particular damnificado y actor civil). Ineficacia ( S.J.P., C. 1.063).

Para delitos reprimidos con pena de inhabilitación (S.J.P., C. 1.010)

Para delitos reprimidos con pena de multa (S.J.P., C. 1.346).

Reexamen del acuerdo rechazado por otro Tribunal. Inexistencia de cosa juzgada (S.J.P., C. 1.063).

Reparación del daño (S.J.P., C. 1.063; S.J.P., C. 1.346).

#### **TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA Y MUNICIONES DE GUERRA.**

Concepto (J.O., C. 819).

Concurso entre la tenencia del arma y el homicidio (J.O., C. 727).

Concurso entre la tenencia del arma y la munición de guerra (J.O., C. 940).

Tenencia compartida (J.O., C. 892).

Tipicidad objetiva (J.O., C. 806; J.A. 1.331).

Tipicidad subjetiva (J.O., C. 1.066).

Zonas de escasa vigilancia policial (J.O., C. 1.066).

#### **TENTATIVA.**

Impunidad del desistimiento voluntario. Naturaleza jurídica (J.O., C. 1.048).

#### **TESTIMONIOS.**

De preexistencia para acreditar la ajenidad de lo sustraído (J.O., C. 953).

Testigo único (J.O., C. 953).

## **ABUSO SEXUAL.**

### **Capacidad de identificar al agresor por parte de una víctima menor de edad (J.O., C. 827).**

“...Si bien es cierto que el niño que ha sido víctima de tan brutales experiencias puede olvidarlas parcialmente debido a la negación y a la auto-anestesia puestas en marcha para mitigar el impacto traumático, como también puede mezclar algunos detalles acerca de aquellas, los especialistas en la materia afirman que, a pesar de ello, *‘la capacidad de identificar al agresor no se ve afectada’* (cfr. Intebi, Irene V., en *‘Abuso sexual infantil en las mejores familias’*, Ediciones Granica, Bs. As. 1.998, págs. 244/5...)” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, “Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.”, [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

### **Concurso ideal entre violación y promoción o facilitación de la corrupción (J.O., C. 827).**

“...Tampoco puede receptarse el concurso aparente de leyes (en reemplazo de la confluencia ideal) respecto del nexo jurídicopenal entre la violación y la promoción o facilitación de la corrupción, desde que según la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia bonaerense -en el punto, compartida sin reservas- *‘nada obsta para aplicar en autos las disposiciones del art. 54 del Código Penal. En el precedente P. 34.247, antes citado, esta Corte resolvió (si bien con referencia a la relación entre los arts. 119 y 125 del Código represivo, las respectivas conclusiones son aplicables en este caso) que ‘la circunstancia de que entre dos tipos pudiese existir lo que ha dado en llamarse ‘concurso aparente’ no torna legalmente imposible la concurrencia de ellos en un concurso ideal de delitos (la creencia contraria se origina en confundir dificultad o imposibilidad fáctica con imposibilidad jurídica). Porque ambos ‘concursos’ tienen distintas esencias jurídicas y, por consiguiente, tal heterogeneidad deriva en que no pueden ser tenidos por recíprocamente excluyentes. Pues el llamado concurso aparente de ‘leyes’ (o de ‘tipos’ o de ‘figuras delictivas’) tiene por objeto relaciones entre tipos o figuras delictivas (o sea entre abstracciones) mientras que el objeto de los concursos de delitos (ideal y real) está constituido por relaciones entre hechos humanos (uno en el ideal y más de uno en el real) y tipos y figuras delictivas’* (SCBA., P. 48.544, *‘Peralta, Ivón Ricardo s/ tent. de violación’*, del 28/12/95; entre otras...)” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, “Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.”, [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

### **Concurso real de abusos sexuales a distintas víctimas (J.O., C. 869).**

“...En la especie, la pluralidad de víctimas duplica el delito de abuso sexual con sus agravatorios aditamentos, de manera que las sucesivas copulaciones anales de las que fueran objeto las menores (de siete y cuatro años de edad), por parte de quien convivía con ellas ejerciendo su guarda, concurren materialmente entre sí, en los términos del art. 55 del Código Penal... En efecto, *‘existe acuerdo generalizado en los casos en que los distintos hechos atentan o lesionan ‘bienes jurídicos altamente personales’, debido a que por el carácter de éstos, se requiere la identidad del sujeto pasivo, caso contrario, estaríamos frente a un concurso real y no un delito continuado... La doctrina no admite la continuidad a pesar de tratarse de la misma lesión jurídica y el mismo bien jurídico, dado el carácter de personalísimo de éstos, probablemente porque al cambiar la titularidad del derecho del agraviado, se rompe la continuidad porque el designio criminoso -o el dolo- del autor ya no sería único en todos los casos’* (cfr. Vocos, María Teresa en *‘Temas de Derecho Penal’*, Alveroni ediciones, Córdoba 1.999, pág. 82). En términos más o menos similares lo habían sostenido, hace algún tiempo, Roberto A. M. Terán Lomas (cfr. *‘Derecho Penal. Parte General’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.980, tomo 2, pág. 280), y Carlos Creus (cfr. *‘Derecho Penal. Parte General’*, edit. Astrea, 4ª edic. actualizada, Bs. As. 1.996, pág. 288), entre muchos otros...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 869, “Cáceres, Mario Horacio s/ abuso sexual con acceso carnal agravado, etc.”, [J.O.], del 03/06/02, R. 114/02).

“...Zaffaroni señala que *‘hay tipos en los cuales el delito continuado exige además de las mencionadas condiciones la ‘identidad del titular del bien jurídico afectado’, requisito que suele expresarse consi-*

derando que se trata de supuestos de bienes jurídicos 'personalísimos o altamente personales', aunque como este concepto dista de ser doctrinariamente claro, es preferible no emplearlo. Lo cierto es que hay tipos en que intuitivamente parece que no es razonable ignorar que la unidad de acción sólo es posible cuando media identidad del titular (secuestro, lesiones, violación, etc.), en tanto que hay otros en que ello no parece razonablemente necesario (v.gr. hurto, estafa). El criterio distintivo no se halla en las denominaciones confusas que se propusieron, sino en la afectación al bien jurídico que implica en los primeros una 'injerencia física en la persona', cosa que no sucede en los segundos' (cfr. 'Derecho Penal. Parte General', edit. Ediar, Bs. As. 2.001, págs. 828/9)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 869, "Cáceres, Mario Horacio s/ abuso sexual con acceso carnal agravado, etc.", [J.O.], del 03/06/02, R. 114/02).

#### **Corrupción de menores (J.O., C. 827).**

"...Para una situación de hecho incomparablemente más leve que la de este proceso, la Corte Provincial ha sostenido que 'si el cuerpo del delito fuera descrito como una relación homosexual comenzada 'aproximadamente un mes atrás' integrada por dos o tres 'contactos sexuales por vía oral' y un 'acceso por vía anal', esa conducta constituiría el delito de corrupción de menor pues si ésta tiene grados, actos como los descritos la facilitan' (SCBA., P. 35.115, 'Mena, Julio César s/ corrupción', del 26/04/88). Por si alguna duda quedara, el citado Tribunal la despejó al preconizar que 'no teniendo el art. 125 por núcleo la referencia a quien corrompiere, sino a quien 'promoviere o facilitare' la corrupción, el tipo no requiere, entonces, que se produzca la concreta corrupción. Pero, en el otro extremo, no basta con la pura actividad de ejecutar actos idóneos para corromper. Promover significa 'iniciar', 'comenzar', 'empezar', 'dar principio a una cosa', 'adelantar' algo -'procurando su logro', 'mover', 'llevar adelante'... Y facilitar significa crear las condiciones para que algo sea posible o pueda hacerse 'sin mucho trabajo' o pueda 'suceder con mucha probabilidad' (SCBA., P. 42.893, 'Leañez, Máximo R. s/ corrupción', del 07/12/93). Considero, en sintonía con los precedentes transcritos, que 'a fortiori' en la conducta desplegada por el imputado en el 'sub discusio' ha quedado plenamente configurada la tipicidad objetiva y subjetiva del art. 125 inc. 1° del Código Penal..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, "Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.", [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

#### **Extremos a probar para que el acceso carnal sea delito. Concepto de "mujer honesta" (J.O., C. 757).**

"...Conforme lo actuado y habida cuenta que a la luz del Código Penal Argentino la 'fornicación' (sin perjuicio de reputarse pecado, desde un enfoque religioso) no resulta hecho punible, a fin de motivar mi voto realizaré las siguientes consideraciones: a) Ese acceso carnal sólo resulta un ilícito en algunas hipótesis de seducción, presumiéndola con carácter, incluso 'iuris et de jure', si se acreditan ciertas y concretas condiciones en el sujeto pasivo, con el carácter de requisitos indispensables para estar ante la presencia de una conducta ilícita. Y en consecuencia no resulta suficiente para 'estuprar' que la accedida sexualmente sea mujer, ya que se protegen ciertas calidades de la víctima, resultando indispensable, al decir del maestro Núñez, estar en presencia de 'una valiosa calidad moral de la mujer' (cfr. 'Derecho Penal Argentino. Parte Especial', IV, pág. 291 y concts., ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As. 1.964). La ley protege cuando se presentan tres elementos: 1) acceso carnal (biológico), 2) edad (cronológico), y 3) honestidad (ético socio cultural); quedando, entonces, desplazado el tradicional requisito, de neto contenido físico, como lo es la 'virginidad', y sin resultar necesario para descartar la 'honestidad' el poder llegar a tildar de prostituida o 'lígera' a la mujer. Al decir de Fontán Balestra, citando a Rivarola, '... la afrenta y la deshonra para la víctima nacen de haber sido ajada por la satisfacción del deseo venéreo' (cfr. 'Tratado de Derecho Penal. Parte Especial', t. V, ed. Abeledo Perrot, 1.969, pág. 105)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 757, "Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

"...En cuando al sujeto objeto de ese acceso se requiere para que juegue la ya indicada presunción de seducción que cuente con una edad de entre los 12 y 15 años, -ni más ni menos-, y que revista la calidad de 'mujer honesta', concepto no fácil de determinar por su complejidad al estar referido a un estado o calidad socio-moral. El juzgador, sin despojarse de su concepción ética, a los fines de tener por probada dicha circunstancia, tiene la obligación ineludible de valorar la conducta y forma de vida de la mujer en todas sus manifestaciones, teniendo en cuenta, también, las circunstancias de lugar, ambiente, educación, costum-

bres, etc. Y así, la 'honestidad' como 'elemento normativo cultural... del tipo debe ser probada', lo que 'depende de las circunstancias' ya que no se presume (cfr. Creus, Carlos 'Derecho Penal. Parte Especial', t. I, ed. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 209). No existen reglas rígidas, ni fórmulas inflexibles al respecto, en cada caso debe enfocarse el examen apreciando desde el punto de vista de la inexperiencia o reserva sexual, recato, pudor, decoro, decencia, castidad, pureza o virginidad moral, resultando significativa la propia manera de ser de la menor, sus antecedentes y ambiente, no quedando protegida la vida desordenada e impropia de una niña de esa edad..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 757, "Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

"...Bien enseña el maestro Soler que con el término honestidad se hace necesaria referencia a una '...virtud positiva, a la conciencia del propio pudor'. Y así sólo en el caso de quedar acreditada esa virtud, no debe entenderse que se ha entregado, sino que se presume que ha sido seducida (cfr. 'Derecho Penal Argentino', t. III, ed. TEA, 1978, págs. 293/4)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 757, "Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

"...No soy partidario de teorizar aquí sobre el alcance de la (ahora derogada) expresión 'mujer honesta', tomando postura en la sempiterna polémica que, luego de casi ochenta años de vigencia de la ley 11.179, dividió las opiniones de la más autorizada doctrina científica y jurisprudencia del país, sin lograr consensos definitivos, más allá de encontrarse cierta sinonimia con la de mujer sexualmente inexperta, 'que no importa desconocimiento de lo sexual, sino ausencia de experiencia en ese ámbito (no deja de ser honesta la menor a quien, en el desarrollo de su educación, se le han impartido exhaustivos conocimientos sobre sexualidad, pero que carece de esa experiencia)' (por todos, cito a Creus en su 'Derecho Penal. Parte Especial', tomo 1, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, pág. 208). El asunto, a mi parecer, debe dirimirse en el plano del examen particular de las circunstancias del caso. Coincido, eso sí, con la magistrada preopinante en que ese aspecto, como cualquier otro elemento que integre la descripción típica, debe ser acreditado por la parte acusadora (CPP, 367); pero a la vista de la prueba practicada en el juicio, no albergó la más mínima duda respecto de la honestidad de una niña camino a la adolescencia, cuyo grado de desarrollo físico y psicológico ('normal, acorde a su edad', al decir de una de las profesionales del gabinete psicopedagógico de la escuela primaria a la que por entonces concurría la víctima), permite presumir su inmadurez y su inexperiencia, tanto en general, cuanto en la esfera sexual en particular..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 757, "Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

"...Si fuera cierto que el hábito no hace al monje, no es factible tildar a la víctima de 'rápida' o 'ligeras', como hicieran unos testigos, sobre la base que la vestimenta que solía usar era 'provocativa' y/o respaldados en el aspecto externo de la púber (incluidas algunas situaciones que, a lo sumo, podrían decirse ambiguas o equívocas, por ejemplo, la de verla salir de las habitaciones que estaban ocupadas, la de sentarse en la falda de su padrastro o de otras personas del hotel, la de quedarse hasta tarde en compañía de varios pasajeros, etc.), en tanto tales circunstancias exteriores y esos comportamientos no permiten fundar, según entiendo, aquellas descalificaciones. Mucho menos, todavía, cuando uno de los que más insistió con esos epítetos, me refiero al dueño del hotel y tío político del reo, dijo haberse enterado de que la chica era 'rápida' por comentarios que le hicieron en una panadería del barrio, sin poder individualizar, siquiera, al que así se lo rumoreó..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 757, "Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado", [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

"...Tampoco le cabe a la menor el apelativo de 'femme fatale' porque acostumbraba vestir ropas entalladas, pantalones ajustados, minifaldas o remeras cortas y escotadas, según narraran dos ex pasajeras, habida cuenta que ese es el atuendo que, por lo general, llevan las adolescentes que hoy día se arropan a la moda. Huelga decirlo, pero honestidad no es mojigatería, y lo subrayo en la inteligencia que en la actualidad es por demás común ver a las muchachas -y a las chiquillas que las emulan, como sostuviera una de las testigos- vestidas de manera insinuante y hasta osada, sin que por ello pueda decirse que se trata de jovencitas libertinas. En suma, ni la apariencia exterior, ni las actitudes ya descriptas, pueden servir como indicadores que la víctima -en abril del '99, o sea, con apenas cuatro meses más del tope entonces vigente como linde con la violación- haya podido catalogarse de 'chica fácil'; menos aún, de sexualmente experimen-

tada o dudosamente honesta...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 757, “Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado”, [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

“...‘Honestidad’, es un elemento normativo del tipo y se trata de un estado moral de inexperiencia o de contaminación sexual de la mujer, determinable por su conducta. La ley no exigía que la mujer desconociera lo relativo al sexo, o sea que no amparaba solo a las menores cándidas, sino también a las advertidas, pero sin experiencia en el trato sexual y no corrompidas, todo esto en el pensamiento de Núñez (‘Der. Penal Arg.’; t. IV, pág. 292 y sgts.)...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 757, “Benítez, Oscar Adolfo s/ abuso sexual con acceso carnal continuado”, [J.O.], del 26/04/02, R. 076/02).

## **AGRAVANTE GENÉRICA POR EL USO DE ARMA DE FUEGO.**

**Inaplicabilidad (J.O., C. 940; J.O., C. 927; J.O., C. 727; J.A., C. 1.409).**

“...La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal no debe ser aplicada en autos atento que, como lo tiene decidido este Tribunal, ‘...la violencia o intimidación a la que se alude en la norma citada, ya se encuentra incluida en el tipo penal respectivo del código de fondo...’ (causa n° 859, ‘Molinas, Oscar Angel’, del 14/11/01, R. 226/01). Y, además, tal como surge de la causa n° 910 (‘Giles’, sent. del 08/04/02, R. 055/02), ‘...según lo conceptúa Alexis Leonel Simaz, ‘la agravante no resulta aplicable a los casos en que el tipo penal contenga la circunstancia mencionada en ella, ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, ello en el sentido de arma, sea cual fuere (CP, 41 bis, párr. 2º)’ (cfr. ‘Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal argentino -agravación genérica, o no tanto, por el empleo de armas de fuego-)...’ (Del voto del Dr. Martinelli, al que se adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 940, “Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

“...Al igual que lo expresara el Fiscal de Juicio, no considero aplicable a este caso, la agravante genérica objetiva del artículo 41 bis del CP, incorporada por la ley 25.297 (B.O.N. del 22/09/00), habida cuenta que la violencia o intimidación a la que se alude en la norma citada, se encuentra incluida en el tipo penal del artículo 79 del código de fondo, tal como lo sostuviera al votar, también en primer término, la causa n° 859 caratulada ‘Molinas, Oscar Angel’, sentencia del día 14 de diciembre de 2.001 (R. 226/01), en aquel momento con la integración originaria de este Tribunal, y por unanimidad...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“... Aun cuando no ha de aplicarse al caso de autos la agravante genérica del art. 41 bis CP pues, por expresa renuncia del Ministerio Público Fiscal, ha quedado fuera del marco de discusión final de las partes (CPBA, 15; CPP, 1), acompaño al Fiscal en considerar agravante la utilización de arma de fuego en la comisión de los hechos 2 y 3 - tentativa de homicidio y homicidio- en cuanto significó para las víctimas menores posibilidades de defensa...” (Del voto del Dr. Alemanno, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“...Si bien la cuestión no ha sido introducida por el señor Agente Fiscal, corresponde que me pronuncie con relación a la manda del artículo 41 bis del Código Penal. En tal sentido soy de opinión que la agravante genérica objetiva de la norma de mención incorporada por la ley 25.297 (B.O. del 22/09/00), se encuentra incluida en el tipo penal del artículo 79 del Código de fondo y su aplicación comportaría una agravación violatoria de la ‘prohibición de doble desvalorización que, derivada de la lógica jurídica y expresión del *ne bis in idem* establece que si la circunstancia forma parte de la descripción típica en su determinación básica o calificada, no puede ser considerada entre los criterios que incrementa la pena, pues ya integra el desvalor del *in justo* que se reprocha’ (v. Slokar, Alejandro en ‘Código Penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial’, bajo la dirección de Baigún-Zaffaroni, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.002, tomo 2, pág. 95)...” (Del voto de la Dra. Camadro, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

“...No corresponderá acoplar al ilícito de autos (robo calificado por el uso de arma) la actual agravante genérica objetiva porque, como lo expusiera acertadamente Daniel A. Raizman, al comentar el fallo de la Sala 1ª de la C.N.C.P., en el caso *‘Molina, Mariano Andrés’*, sent. del 16/05/02, *‘frente a interpretaciones posibles que -en definitiva- proponen respuestas que importan un mayor o menor espacio de libertad, este pronunciamiento, que optó por la tésis más racional (luego, menos represiva), resulta una positiva señal frente a la imprescindible labor interpretativa que debe campear toda actividad jurisdiccional, cuando la producción legislativa se manifiesta en consonancia con las necesidades mediáticas electoralistas, con presidencia de la necesaria y responsable definición de los límites de los derechos del ciudadano’* (cfr. *‘¿Es posible agravar dos veces un delito por el empleo de un arma? A propósito del art. 41 bis CPen.’*, publ. en *‘J.A.’* 2.002-III, fascículo nº 12, del 18/09/02, págs. 51/2)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.409, “Cachaza, Marcelo Alberto y otro s/ tentativa de robo agravado por uso de arma”, [J.A.], del 23/12/02, R. 292/02).

“...Conforme lo ha venido decidiendo este Tribunal en situaciones análogas a la de autos, a partir de la causa nº 910, *‘Giles, Luis Antonio’*, sent. del 08/04/02, y conforme lo resolviera -con mayor autoridad científica y jurisdiccional- la Cámara Nacional de Casación Penal (no sólo en el fallo comentado de la Sala 1ª, sino también por su Sala 2ª en la causa *‘Garay, Marcos J.’*, sent. del 10/06/02), la agravante contenida en el art. 41 bis Cód. Penal, en la forma en que fue redactada por la ley 25.297 no es aplicable a los delitos que se encuentran agravados por el uso de armas, pues están comprendidos en tal concepto...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.409, “Cachaza, Marcelo Alberto y otro s/ tentativa de robo agravado por uso de arma”, [J.A.], del 23/12/02, R. 292/02).

## **AGRAVANTES.**

### **Asalto a taxista (J.A., C. 1.207).**

“...Valoro como agravante el particular estado de desamparo y desprotección en el que deben trabajar los choferes del servicio público de transporte urbano de pasajeros, toda vez que los taxis, remises y microómnibus, como regla, no pueden negarse a permitir el ascenso de personas, lo que ha sido aprovechado por los malhechores para la fácil concreción de la aventura delictiva...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 1.207, “Rojas, Ricardo Guillermo s/ robo”, [J.A.], del 22/05/02, R. 096/02).

### **Condena anterior de ejecución condicional (J.A., C. 1.199).**

“...Con ese carácter valoro, aunque sólo respecto del uno de los acusados, su recaída en el obrar ilícito, demostrativa que de poco o nada le sirvió la advertencia de una condena anterior a pena privativa de la libertad de ejecución condicional, que deberá fusionarse con la que le corresponde por sus reprobables conductas de autos (CP, 27, 1er. párr. *‘in fine’*, 55 y 58, 1ª parte)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa nº 1.199, “Camino, Antonio Damián y otros s/ tentativa de robo agravado, etc.”, [J.A.], del 02/09/02, R. 180/02).

### **Modalidad de la comisión del ilícito (J.A., C. 1.154).**

“...Es agravante la modalidad ejecutiva del ilícito de autos, consistente en una pluralidad de disparos a muy corta distancia y, alguno de ellos, dirigidos a zonas vitales de la víctima...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 1.154, “Caiani, Daniel Fabián s/ lesiones graves”, [J.A.], del 21/05/02, R. 100/02).

### **Naturaleza de la acción y de los medios empleados (J.O., C. 986).**

“...Resultan agravantes comunes a los acusados, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para consumarla; así, ejemplifico las que siguen: la pluralidad de agresores, ambos armados, que (sin otro motivo que vengar a un *‘compañero’* y hermano preso, precisamente por haber golpeado a la misma

víctima) atacaron a una persona desprevenida y en estado de ebriedad; la utilización de un proyectil con ojiva deformada de gran poder ofensivo, al extremo de tratarse de una munición de uso vedado, salvo para la caza o prácticas deportivas; y la acreditada existencia de una todavía numerosa cantidad de simpatizantes, des-concentrándose en los alrededores del estadio, cerca del interfecto, que vivieron una situación de auténtico peligro ante el despliegue por demás impetuoso y violento de los sujetos activos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 986, “Martinov, Fernando Gustavo y otro s/ homicidio”, [J.O.], del 04/11/02, R. 235/02).

**Permanencia en el tiempo del ataque sexual. Pluralidad de agresores. Parentesco. Secuelas del delito (J.O., C. 827; J.O., C. 869).**

“...La persistencia en el tiempo del accionar delictivo, la pluralidad de agresores sexuales, la relación de parentesco (quinto grado colateral) existente entre el imputado y la víctima, la importante lesión anal que sufriera este último, y, además, el irreparable deterioro psíquico -con nulo o escaso pronóstico de recuperación- causado a una víctima que aún hoy no cumplió los 10 años de edad, y de los que dan cuenta los precitados informes psicológicos oficiales, todos ellos ratificados y ampliados en el juicio...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, “Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.”, [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

“...Situación no menos compleja se suscita acerca del alcance de la agravante que reside en la secuela producida por la violación, es decir, cuando a raíz de ésta *‘resultare un grave daño en la salud de la víctima’* (CP, 122, t.o. ley 11.179), o *‘un grave daño en la salud física o mental de la víctima’* (CP, 119, 4° párr., letra ‘a’, t.o. ley 25.087). Así, refiriéndose a la versión originaria del Código Penal, Soler expuso que *‘grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Es una expresión genérica y, en consecuencia, el juez puede libremente apreciar si el daño es o no suficientemente grave’* (cfr. ob. cit., § 97, n° X, pág. 289)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, “Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.”, [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

“...La pluralidad de las afectadas, la persistencia en el tiempo del accionar delictivo, la provocación de alteraciones perjudiciales del sentido sexual de las víctimas, situación rayana con la tipicidad severamente punida por el art. 125, 3er. párrafo del CP, y, en fin, el grave deterioro psíquico causado a dos niñas de muy corta edad, son agravantes...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 869, “Cáceres, Mario Horacio s/ abuso sexual con acceso carnal agravado y robo”, [J.O.], del 03/06/02, R. 114/02).

**Pluralidad de sujetos activos. Intervención de un menor en el delito. Nocturnidad (J.A., C. 914; J.O., C. 940).**

“...La pluralidad de intervinientes, entre los cuales había un menor de edad, y la nocturnidad, en tanto facilitan la acción furtiva y la impunidad de sus autores, resultan ser circunstancias que meritúo en el carácter de agravantes...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 914, “Gopar, Walter Ariel y otro s/ robo pluriagravado”, [J.A.], del 18/07/02, R. 152/02).

“...Cabe merituar en el sentido indicado, la pluralidad de intervinientes. En esta cuestión, me voy a apartar del criterio sostenido por este Tribunal y referido a tener como agravante la circunstancia de haberse perpetrado el ilícito con la participación de un menor. Entiendo que en los días que nos toca vivir, los menores, ya sea por la ingesta de alcohol o psicofármacos, resultan ser más peligrosos o audaces que los mayores en la comisión de delitos contra la propiedad principalmente, a punto tal que, en mi criterio, no se sabe quien contamina a quien. Por otra parte, la proximidad de edades ente ambos (dieciséis y dieciocho años), entiendo que refuerza mi postura...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 940, “Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

**ALLANAMIENTO DOMICILIARIO.**

### **Improcedencia de la solicitud de nulidad ante la conformidad del morador (J.O, C. 744).**

“...La nulidad articulada colisiona con la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que -ya sea legal o moralmente vinculante, o ni lo uno ni lo otro, como es mi parecer- desde antiguo viene sosteniendo, en forma pacífica y reiterada, que *‘implica allanamiento el ingreso mediante la fuerza a un domicilio contra la voluntad del morador. Si éste ha prestado su conformidad, no existe allanamiento y, obviamente, no se hace necesaria la orden respectiva’* (SCBA., P. 36.024, *‘Guerrero Ocampo, Arnulfo Eladio’*, del 26/07/88; P. 37.609, *‘Davies, Milton Edri’*, del 22/11/88; P. 37.869, *‘Giménez, Roberto Julio’*, entre muchos otros)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de la Nación, quien sentenció que *‘si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas..., y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar..., no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación’* (CSN., *‘Fernández, Víctor Hugo’*, del 11/12/90). Va de suyo que, según el criterio expuesto por el intérprete final de la Carta Magna, en plena sintonía con la doctrina de la Corte Provincial, el ingreso domiciliario consentido por el titular de la morada no enerva la garantía constitucional del art. 18...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...Desde un punto de vista lingüístico, la voz allanamiento presupone la ausencia de autorización del interesado. Para la Real Academia Española allanar es *‘entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño’* (cfr. 19ª edición, Madrid, 1.970, pág. 74); mientras que en el Gran Diccionario Salvat puede leerse que el vocablo quiere decir *‘entrar en casa ajena sin permiso y forzando la entrada’* (cfr. Salvat Editores, Bs. As., 1.992, pág. 61). Me pregunto si será posible que las acepciones etimológica y jurídica puedan no coincidir entre sí. Entiendo que no. Como lo ha resuelto la Sala Primera de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional, en el caso *‘Monticelli de Prozillo’*, el allanamiento mencionado en el texto constitucional significa *‘entrar por la fuerza a una casa ajena o contra la voluntad de su dueño. Por consiguiente, si existe voluntad de permitir el ingreso, no hay allanamiento, ni necesidad de orden que lo disponga’* (cfr. *‘La Ley’*, 1.984-D, pág. 373)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...Siguiendo a Carlos A. Chiara Díaz, opino que *‘el consentimiento del interesado y el allanamiento serían entonces, las dos caras de una misma moneda: el ingreso a una morada ajena; que puede realizarse o por la voluntad del titular o contra ella (allanamiento)’* (cfr. *‘Repercusión de los allanamientos ilegales en el proceso penal’*, en *‘J.A.’*, del 19/11/86)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

### **AMPARO.**

#### **Competencia federal en razón de la vigencia de la ley 12.871 (A., C. 1.211).**

“...Reviste claridad meridiana la ley n° 12.871 -B.O.P. 2 y 3 de mayo de 2.000- cuando en su art. 1º expresa, textualmente, *‘Los procesos judiciales comprendidos en el artículo 1º de la ley 25.587 son de exclusiva competencia de la justicia federal’*. Y, también al rezar en su art. 5: *‘La presente Ley y la excepción al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción establecido en el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires -Dto. ley 7.425/68- dispuesta por el art. 1º, sólo regirá mientras dure la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por*

la ley 25.561' (o sea, la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario del 06/01/02, publ. en el B.O.N. n° extraord. del 07/01/02)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, “Palacios, Leandro Mariano s/ amparo”, [A.], del 20/05/02, R. 093/02).

“...Ante la vigencia de la nueva ley provincial n° 12.871 (modificatoria de la n° 7.425/68, C.P.C.C.B.A., art. 1°), con más razón resulta aplicable aquella jurisprudencia de la S.C.J.B.A., citada en mi voto, cuando la resolución de este Tribunal en la presente causa de fecha 06/05/02, haciendo lugar a la citación del P.E.N. y del B.C.R.A. en calidad de terceros, en el sentido que la ‘...competencia *‘ratione personae’* debe regirse, en la hipótesis de que se trata, por las reglas que determinan la competencia con respecto al demandado principal...’ y téngase en cuenta que, allí, se aclaró ‘...que este Tribunal, de momento, deberá continuar interviniendo en autos’ (S.C.J.B.A., en D.J.B.A. ver 11, pág. 209; ver 11, pág. 153, en comentario al art. 94, por Morello, op. cit., pág. 393)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, “Palacios, Leandro Mariano s/ amparo”, [A.], del 20/05/02, R. 093/02).

### **Cuestión contencioso-administrativa (A., C. 1.442).**

“...La cuestión traída a conocimiento no puede tramitar por la vía sumarísima del amparo, sino que corresponde ser resuelta, en la jurisdicción transitoria de la Suprema Corte de Justicia Provincial, por la vía procesal del juicio contencioso-administrativo. En efecto, al ser I.O.M.A. un ente autárquico de derecho público provincial, conforme lo previsto en el art. 1° de la ley 6.982 y haber dictado acto administrativo impugnado, dentro del ámbito jurídico institucional de su competencia específica, el conflicto generado con el afectado por la resolución traída aquí a juzgamiento, tiene estricto carácter contencioso-administrativo (conf. SCBA, en autos *‘Maderas San Antonio S.A. s/ cuestión de competencia’*, sent. del 01/07/97). Dicha materia es de competencia jurisdiccional transitoria, reservada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R. 201/02).

“...Tal como lo resolvió el máximo tribunal provincial en los autos *‘Puga, M. y otros s/ acción de amparo’* (SCBA., B. 59.153, sent. del 26/05/98 Reg. 448), encontrando la acción sustento en una cuestión de derecho público provincial ‘...declárase que la cuestión sometida a juzgamiento es propia de la competencia que, en forma transitoria, ejerce éste Tribunal sobre la materia contencioso-administrativa (art. 215 2° parte C. Provincial y su doctrina causa B 58.594, *‘Ortiz Francisca’*, del 1-X-97 y B 56.966, *‘La Jirafa Azul S.A.’*, del 25-XI-97) pues ella comprende los conflictos que como éste se susciten entre la administración y los particulares... (causa n° 55.008, del 6-IV-93)’. Sin perjuicio del concordante criterio del suscripto, ampliado con otros fundamentos, expuesto en numerosos casos (como, por ejemplo, en la causa n° 513, *‘Pérez, Mercedes s/ acción de amparo’*, actuando como subrogante del Juzgado de Garantías n° 2 departamental), además, a fin de verificar las circunstancias de excepción previstos en el art. 20 de la Const. Provincial y la intervención o no de un Juez de Primera Instancia, a partir del caso *‘Villán’*, la Suprema Corte de Justicia Provincial entendió que, en todo caso, debían elevarse los actuados en consulta a dicho Tribunal, previamente a resolver (véase además la obra de los Dres. Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefín: *‘El amparo. Régimen Procesal’*, 4ª edición, Librería Editorial Platense La Plata 2.000 pág. 320 2do. párrafo y pág. 326 último párrafo)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R. 201/02).

“...Este Tribunal en su composición originaria, con voto de mi antecesora, la Dra. Graciela Susana Arrola de Galandrini (hoy vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata), ya tiene resuelto en pronunciamientos anteriores que ‘...el amparo, pese a la regulación que formula nuestra Constitución Nacional en su art. 43 siempre es un proceso excepcional, utilizable en casos extremos, y cuando la carencia de otras vías legales no permita alcanzar los resultados queridos... (cfr. Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional Departamental, Sala III, causa n° 40.237 *‘Basilio, Jorge s/ acción de amparo’* del 27/10/95)’ (por todos, causa n° 1, *‘Salim, Jorge Gustavo’*, del 06/10/98)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R. 201/02).

“...Tengo asimismo presente que la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As., por su parte, ha resaltado el carácter excepcional de la vía de amparo intentada, al sentenciar que ‘...no es admisible que por razones de urgencia como las que se invocan cualquier cuestión se someta a la consideración de los jueces por vía del amparo’ (B. 57.419, ‘Intermar S.A.’ y otros c/ Pcia. de Bs. As. del 2/7/96, B. 53.416, ‘Pagani de Birán’, del 1/10/90, B. 59.644 ‘Life S.A.’, del 19/11/91, y del este Tribunal causa n° 1 cit. ‘ut supra’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R. 201/02).

“...De haberse agotado la vía administrativa, para impugnar el acto administrativo correspondía deducir demanda contencioso-administrativa ante la Suprema Corte de Justicia Provincial, por lo que -tal lo resuelto en los precedentes citados- la acción de amparo deducida no es admisible...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R. 201/02).

“...En su actual integración y en un fallo reciente, la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. ha sostenido que ‘en este caso no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad de la acción de amparo, en particular, el exigido por el art. 20, apartado 2, segundo párrafo, de la Constitución provincial. En efecto, los argumentos esgrimidos por el accionante resultan insuficientes para demostrar el daño grave o irreparable, que pudiera irrogarle, la utilización de los remedios ordinarios que la legislación organiza para tutelar a los particulares contra las decisiones de los órganos administrativos -en el caso, la acción contencioso administrativa (arts. 1, 28 y cons. del C.P.C.A.)-. Máxime cuando, como es sabido, a través de ese cauce procesal la actora puede obtener la protección cautelar de los derechos que reputa lesionados, mediante una medida precautoria como la solicitada en la demanda’ (B. 64.056, ‘Vidal, Miguel Angel s/ amparo’, del 3 de julio de 2.002)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R.201/02).

“...Los constituyentes provinciales de 1.994 impusieron a la Legislatura el deber de establecer el fuero contencioso administrativo y de reglamentar el rito respectivo (modificatorio del llamado ‘Código Varela’, ley 2.961, del 09/01/1906), antes del 1° de octubre de 1.997 (CPBA, 215). La Legislatura sancionó en primer lugar el Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo (ley 12.008; B.O. 03/11/97), y al ver demorada la instrumentación de los organismos jurisdiccionales sobre la materia dictó dos leyes de prórroga; a saber: la n° 12.074, B.O. 26 y 27/01/98, y, más recientemente, la 12.162, B.O. 24/09/98. Esta peripecia del fuero contencioso administrativo bonaerense es susceptible de generar situaciones de incertidumbre en los justiciables, respecto de la vía idónea para demandar contra actos presuntamente lesivos del poder administrador, o de sus reparticiones y entidades dependientes. Sin embargo, cuando el acto del que se trate por su contenido material -es decir, por su naturaleza jurídica- resulta ser uno de aquellos que habilita la competencia originaria de la Suprema Corte (CPBA, 166, 4° párr. y 215), la cuestión evidentemente debe ser planteada ante el organismo constitucional y específicamente habilitado para el juzgamiento de este tipo de conflictos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R.201/02).

“...Si bien la nueva legislación constitucional federal ha suprimido la exigencia de la ley 16.986 (art. 2, inc. ‘a’), que no hacía procedente el amparo cuando existiera un recurso o remedio administrativo que permita obtener la reparación buscada, ha condicionado esta acción ‘expedita y rápida’ a la inexistencia de vías judiciales ‘más idóneas’ (CN, 43), y en el caso no cabe dudas, a mi entender, que esas vías judiciales están expresamente reglamentadas por la Constitución y las leyes bonaerenses precitadas...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.442, “Guascone, Claudio Jorge s/ Amparo”, [A.], del 01/10/02, R.201/02).

### **Improcedencia (A., C. 1.286).**

“...A diferencia de lo sostenido por la demandante, quien pretende la cobertura total de los fármacos de figuración en autos, por vía de excepción al régimen vigente en materia de medicación ambulatoria, considero que la situación conflictiva debe dirimirse, con rechazo de esa solicitud, tanto sobre la base

de lo primigeniamente dispuesto por el Programa Médico Obligatorio (PMO), aprobado por resolución n° 1/2.001 del Ministerio de Salud de la Nación (el 8 de enero de 2.001, publ. en el Boletín Oficial n° 29.563 del 10/01/01, págs. 20/2), cuanto por lo que resulta del más reciente Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), implementado mediante resolución n° 201/2.002 del titular de la cartera de salud, Dr. Ginés M. González García (el 9 de abril de 2.002, publ. en el Boletín Oficial n° 29.881 del 19/04/02, págs. 2/3). Plan, el actual, que según reza la decisión ministerial aludida se fundamenta en que *'el Decreto n° 486/02 declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país, a los efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la Conservación de la salud de todos los habitantes de la Nación'* (textual). Obsérvese que aún prescindiendo de las actuales reglamentaciones para la emergencia sanitaria, severamente objetadas por la Fiscalía, al referir que esas normas administrativas fueron engendradas por *'el Estado Nacional, en su afán por repartir la miseria...'*, y que con ellas se *'ha tratado de modo igual a quienes se encuentran en desiguales circunstancias'*, el resultado final no varía, desde que en el PMO (versión original, ahora suspendida hasta el 31/12/02) se exigía para la cobertura integral de la medicación inmunosupresora una serie de recaudos que la amparista, en modo alguno, ha logrado reunir..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.286, "Bruno, Paula Andrea s/ acción de amparo", [A.], del 30/06/02, R. 140/02).

"...Aunque en el anexo I, capítulo 7 (que acompaña la resolución n° 1/2.001 del MS y AS), disponiase que *'tendrán cobertura del 100% por el Agente del Seguro con apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución, según las normas que dicte la Administración de Programas especiales o el organismo que en lo futuro la administre, los siguientes medicamentos:... Inmunosupresores'* (B.O. n° 29.563, pág. 22), acción terapéutica que le es reconocida -a pesar de la oposición de la accionada, respecto de uno de ellos- a los dos fármacos mentados en la demanda promovida por Bruno, en el *'Vademecum Vallory'*, 29ª edición, de 1.998 (así: al *'5-Asa'* en la pág. 132, y al *'Imuran'* en la pág. 336); no puede perderse de vista que en el propio instrumento se exigía que *'para acceder a la provisión de los medicamentos nombrados (que no podrán ser dispensados en farmacias en forma directa) el beneficiario deberá presentar: Historia Clínica, protocolo de tratamiento incluyendo dosis diaria y tiempo estimado del mismo'* (idem)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.286, "Bruno, Paula Andrea s/ acción de amparo", [A.], del 30/06/02, R. 140/02).

"...El congénito déficit probatorio que, en ese aspecto medular, presenta la petición *'sub examine'*, sella su suerte adversa, y torna abstracto e innecesario que este Tribunal se pronuncie acerca de la cuestionada legalidad constitucional de los reglamentos jurídicos para la emergencia en el ámbito de la salud (a saber: el decreto n° 486/02 refrendado por el Presidente de la Nación en Acuerdo General de Ministros, y los ulteriores preceptos del PMOE, dictado a través de la resolución n° 201/2.002 del MS), desde que con el material traído a este proceso de amparo no se abastecen con suficiencia (ni siquiera) las exigencias del PMO, vigente para épocas de normalidad sanitaria..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.286, "Bruno, Paula Andrea s/ acción de amparo", [A.], del 30/06/02, R. 140/02).

"...A los fines del sistema de prestaciones básicas de atención integral de salud en favor de personas con discapacidad, aplicables en el específico ámbito de las obras sociales (art. 1º, ley n° 23.660; B.O. del 20/01/89), y *'a fortiori'* en el de las empresas comerciales de medicina prepaga, como es el caso de autos, en virtud de la adhesión voluntaria de la amparista a *'O.S.D.E.'*, rige en la actualidad un concepto distinto -y más restrictivo- que el originariamente desarrollado por el art. 2 de la ley 22.431, toda vez que, ahora, se considera discapacitada *'a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social educacional o laboral'* (art. 9, ley 24.901; B.O. del 05/12/97)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.286, "Bruno, Paula Andrea s/ acción de amparo", [A.], del 30/06/02, R. 140/02).

"...Con una descripción como la vigente, han quedado relegadas las denominadas discapacidades viscerales, entre las que se podría incluir la que padece la accionante a raíz de sufrir la enfermedad de Crohn, tal como resulta del certificado extendido por la autoridad sanitaria, que -reitero- injustificadamente

la mandataria de la demandada ha pretendido desconocer. Por lo tanto, no habiéndose planteado la inconstitucional de la normativa que define, con carácter general, el alcance de las prestaciones básicas que las obras sociales (y sucedáneas, como en el *'sub lite'*) deben prestar a las personas con discapacidad, ni advirtiendo razones suficientes para hacerlo *'ex officio'*, corresponderá desestimar, asimismo, el postrer intento de la reclamante, ineficazmente repelido por la accionada..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 1.286, "Bruno, Paula Andrea s/ acción de amparo", [A.], del 30/06/02, R. 140/02).

### **Intervención de terceros (A., C. 1.211).**

"...El tema del tercero en el proceso de amparo es abordado, con claridad meridiana, por Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefin en su obra *'El amparo. Régimen procesal'*, expresando, en forma textual, que *'...cabe apuntar que la ley 16.986 no regula específicamente el supuesto de intervención de terceros, ni tampoco lo hace su similar bonaerense. No obstante ello y en virtud de la remisión que efectúa en art. 17 (n° 20 de la ley provincial), es posible dar cabida al instituto en la acción de amparo. Normalmente en este proceso existen sólo dos partes: el particular agraviado por el acto lesivo y la autoridad o particular agravante. Pero también son computables otras situaciones. En efecto, el acto lesivo que motoriza la demanda puede haber perjudicado a un tercero, en cuyo caso éste tiene derecho a ser oído ante el autor de la conducta cuestionada, siendo procedente su citación... En otras palabras, la actitud que motiva la acción de amparo emana del demandado y agravia al actor o demandante, pero puede existir un tercero a quien el mismo acto lo beneficia y que, en consecuencia, se ve perjudicado si el amparo prospera, y... es el denominado tercero perjudicado en México, que desea que el acto lesivo se mantenga, contrariamente a la pretensión del actor que, por entenderse lesionado, busca su cesación o reparación'* (edit. Librería Editora Platense, Bs. As., octubre 2.000, pág. 182, aunque el agregado entre paréntesis no es original)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...Esos destacados especialistas (Morello y Vallefin) agregan: *'En el caso la situación es similar a la del coadyuvante en el proceso contencioso administrativo. En este ámbito procesal los particulares favorecidos por la resolución administrativa, que motiva la demanda, podrán ser parte en el juicio como coadyuvantes de la autoridad demandada, y esto, porque mediante su intervención se logra la mejor tutela del interés general que se actúa en todo proceso, al dotar al órgano jurisdiccional de elementos de juicio más completos...'* Luego concluyen destacando que *'configurados los requisitos para otorgar intervención en el proceso de amparo a un tercero, cabe realizarla con adecuación a la naturaleza sumarísima del remedio constitucional'* (cfr. op. cit., pág. 183)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...El art. 94 del C.P.C.C.B.A. es el precepto que posibilita al demandado solicitar la citación de aquel a cuyo respecto considerare que la *'controversia es común'*, sin perjuicio que pese a su parco texto, esa intervención *'obligada'* requiere que exista más que un mero interés del citado y dependerá de las características de la relación sustancial. Así *'cuando la relación o situación jurídica sobre que versa el proceso guarda conexión con otra relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera tal que el tercero podría haber asumido, inicialmente, la posición de litisconsorte del actor o del demandado'*, resulta aplicable el art. 94 del Código ritual, que prevé la intervención de terceros *'obligada'* o *'coactiva'*, instituto por medio del cual se permite hacer valer derechos o intereses propios vinculados con la causa o el objeto de la pretensión, a los fines que la sentencia que se dicte en el proceso pueda serle eventualmente opuesta al indicado tercero (cfr. Morello y otros, en *'Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Prov. de Bs. As. y de la Nación'*, tomo II-B, Librería Editora Platense, Bs. As. 1.985, págs. 388/9; Palacio, Lino Enrique *'Manual de Derecho Procesal Civil'*, edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.998, pág. 285)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...Aunque bien se sabe de la necesidad de emplear un criterio excepcional y restrictivo para evaluar la admisibilidad de la intervención de terceros en el proceso, verificándose, cuidadosamente, si se

configuran los presupuestos de la intervención obligada, -y máxime en el caso de una vía sumarísima como la del amparo-, vista la índole y *'prima facie'* complejidad de las relaciones jurídicas ventiladas en este pleito, de las que surgiría un enlace de intereses que dinamizarían en principio una disputa común, y a fin de evitar el riesgo de decisiones contradictorias y a los fines de una mejor administración de justicia, a mi entender, se presenta en el *'sub lite'*, como exigencia ineludible el darle intervención a los terceros, de acuerdo a lo solicitado por la accionada... En principio, repito, existirían elementos de fondo comunes, de índole tal que justifican, acabadamente, dicha citación, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...No se requiere la conformidad del otro litigante, como tampoco su oposición puede impedir esa citación, pues lejos está de ser inútil o dilatoria, bastando haberle dado la posibilidad de ser oído, pues así se han respetado, entre otros, el derecho de defensa y el principio de contradicción (arts. 18 C.N. y 21 de ley 7.166)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...Sin perjuicio del carácter nacional de esos terceros (P.E.N. y B.C.R.A.), en razón de su carácter adhesivo, conforme al principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal, y en virtud de que la competencia *'ratione personae'* debe regirse, en la hipótesis de que se trata, por las reglas que determinan la competencia con respecto al demandado principal, entiendo que este Tribunal, de momento, deberá continuar interviniendo en autos (S.C.J.B.A., en D.J.B.A. ver 11, pág. 209; ver 11, pág. 153, en comentario al art. 94, por Morello, op. cit., pág. 393)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...Y habida cuenta que el tercero compareciente asume el carácter de parte, pero no puede ser obligado a aceptar el proceso *'in statu et terminis'*, pues podría verse menoscabado en su derecho de defensa, corresponde, entonces, la aplicación del art. 95 del cód. cit., o sea, la suspensión del procedimiento (CN, 18)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...Bien se sabe que las resoluciones judiciales adquieren el efecto de cosa juzgada sólo entre las partes del pleito, pero que sus alcances reflejos pueden incidir en otra relación jurídica, afectando el ejercicio de un derecho del cual es titular un tercero, razón por la cual el Superior Tribunal de esta Provincia ha resuelto, reiteradamente, que el tercero que interviene en el proceso que tuvo oportunidad de defenderse y producir prueba, según el caso, incluso, podrá ser incluido en la sentencia respectiva (11/08/81, DJBA, 122-73, cit. en Arazi, Roland, *'Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte General y Especial'*, 2ª edic., edit. Astrea, Bs. As. 1.998, pág. 104)..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

"...*'Como pauta general, la intervención de terceros en el amparo debe efectivizarse restrictivamente, a fin de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso'* (cfr. Sagüés, Néstor Pedro en *'Acción de Amparo'*, edit. Astrea, 4ª edición ampliada, Bs. As. 1.995, pág. 387), pero sin desconocer que, en el caso, tanto el Poder Ejecutivo Nacional, cuanto el Banco Central de la República Argentina, están legitimados para *'hacer el aporte preciso en defensa de la postura de la autoridad pública, partiendo de la base de que ésta defiende la corrección de su propia gestión'* (cfr. Rivas, Adolfo A., en *'El amparo'*, edit. La Rocca, Bs. As. 1.987, págs. 253/4; citado por Sagüés, en la pág. 386 de la obra consultada)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.211, "Palacios, Leandro Mariano s/ amparo", [A.], del 06/05/02, R. 147/02).

### **Medidas que no implican emisión de opinión, ni prejuzgamiento (A., C. 1.496)**

"...En materia de amparos la expresión *'todo Juez o Tribunal letrado'* que prologa el artículo 4º de la ley provincial n° 7.166 (y modificatorias), debe interpretarse a la luz del artículo 20 de la Constitución Bonaerense, conforme al cual *'...el amparo procederá ante cualquier juez...'*, lo que en los hechos, posibilita

que el accionante (amparista) pueda optar por el órgano jurisdiccional ante el cual formulará su petición de protección constitucional. Así, en este caso, promovida la acción de amparo ante el Tribunal de conocimiento primigenio, y notificada la representante legal de la demandada de su radicación, la competencia de dicho órgano jurisdiccional ha quedado fijada, debiendo ser las causales excusatorias de interpretación restrictiva..." (Por unanimidad, causa n° 1.496, "Keller, María Regina s/ amparo", [A.], del 25/10/02).

"...Corresponde analizar si la resolución del inhibiente constituye o no una emisión de opinión, sobre cuestiones de fondo a decidir. Acerca de este asunto adelantamos un criterio discordante del de los componentes de aquel Tribunal, porque aún cuando en el decisorio aludido el órgano jurisdiccional originario hizo mención a sentencias anteriores del mismo, así como a la innecesariedad de imprimir el trámite correspondiente al tipo de juicio instaurado, entrando al fondo del tema sólo señalaron que '*...los argumentos de la parte actora se presentan tan aparentemente convincentes que la norma cuestionada resulta 'prima facie' arbitraria...*'" Ello, a nuestro criterio, no implica realizar un juicio de valor definitivo sobre el '*thema decidendum*', limitándose a emitir una valoración provisional respecto de la verosimilitud del derecho invocado por la accionante, fundamento jurídico del otorgamiento de la medida cautelar pedida y admitida (conf. arts. 22 de la ley 7166 y 209, 232 y 233 del CPCBA)... (Por unanimidad, causa n° 1.496, "Keller, María Regina s/ amparo", [A.], del 25/10/02).

"...Y expedirse sobre la admisibilidad de una medida precautoria no es emitir opinión sobre el fondo de la cuestión a decidir (CPP, 47 inc. 1° '*a contrario sensu*'). En ese sentido, cabe tener presente que la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, al revocar la cautelar, no advirtió que el '*a quo*' hubiera prejuzgado sobre el fondo del litigio y sólo ordenó que se debe '*...imprimir al presente el trámite previsto por la ley 7.166...*', sin ordenar en modo alguno que intervenga un nuevo órgano jurisdiccional..." (Por unanimidad, causa n° 1.496, "Keller, María Regina s/ amparo", [A.], del 25/10/02).

"...Sobre éste tópico cabe citar lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que por anticipación de criterio o prejuzgamiento ha de entenderse '*...el aporte subjetivo del magistrado, consistente en emitir opinión o juicio que haga entrever la decisión final que ha de tener la causa fuera de su oportunidad...*' (S.C.B.A. 1.985-I-749). En forma concordante con lo que venimos sosteniendo, Mario Augusto Morello (en '*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Bs. As.*', edit. Platense, tomo II C, págs. 534 y sgtes.) explica que '*...uno de los presupuestos en que se funda cualquier medida cautelar es la 'verosimilitud' del derecho, entendido como la probabilidad de que este exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite respectivo...*' (arg. 534 últ. párr.)..." (Por unanimidad, causa n° 1.496, "Keller, María Regina s/ amparo", [A.], del 25/10/02).

"...Respecto de la valoración específica que hace el juzgador al resolver sobre la materia, el distinguido autor aclara que '*...decretándose toda medida preventiva en base a la apariencia del derecho que se pretende tutelar, pues en ese momento del proceso no se sabe si el derecho garantizado existe, pero responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico. Por ello es necesario distinguir entre la justificación frente a las necesidades del momento y su justificación última... Sólo es necesaria la 'apariencia de buen derecho' (...) no debiendo buscarse la certeza... Por ende, la circunstancia de que se tenga por acreditada la verosimilitud del derecho a los efectos de la medida cautelar no importa decidir sobre el fondo de la cuestión, sino importa tan sólo apreciar provisoriamente el mérito de la pretensión...*' (pág. 535). En virtud de estas consideraciones, y de lo normado en los arts. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4, 14, 22 y cctes. de la ley 7.166 y modificatorias, 209, 232, 233 y cctes. del CPCBA.; y 35 inc. 2° y 47 inc. 1° '*a contrario sensu*' del CPP, no aceptamos la excusación del Tribunal originario..." (Por unanimidad, causa n° 1.496, "Keller, María Regina s/ amparo", [A.], del 25/10/02).

## **AMPLIACION DEL REQUERIMIENTO FISCAL DE ELEVACION A JUICIO.**

### **Inadmisibilidad por infracción al mecanismo reglado al efecto (J.O., C. 819).**

"...Les asiste razón a las defensas técnicas de los encausados en cuanto sostuvieron que, al plantear el Ministerio Público Fiscal una agravante -la del art. 80 inc. 1° del CP- no reconocida por los actos

jurisdiccionales que resuelven elevar la causa a juicio, se violó el mecanismo procesal instituido, bajo sanción de nulidad, en el art. 359 del CPP. Ello, porque lo que esta regla procesal protege es que no se sorprenda a la defensa de los imputados (ni a éstos), introduciendo en la acusación una agravante hasta entonces no fue discutida por las partes y respecto de la cual no pudieron producir contraprueba alguna...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Ha sido el criterio adoptado por este Tribunal, ya en otros precedentes (como, por ejemplo, en la causa n° 275, caratulada ‘Martín, Nicolás Oscar’, sent. del 06/10/00, R. 170/00, en la que, en el voto de la Dra. Graciela Arrola de Galandrini, al que adhirieron los demás), donde se resolvió, con cita del Dr. Francisco J. D’Albora que: ‘...si el fiscal asume la pertinente iniciativa... el Tribunal deberá advertir al imputado para eliminar la fuente de una incuestionable nulidad absoluta... si se omiten estas formalidades se... infringe nada menos que la inviolabilidad de la defensa, 18 CN (ver su comentario al art. 381 del ‘Código Procesal Penal de la Nación’, edit. Abeledo Perrot, 1.997, págs. 547 y sgtes.)’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

### **Inoficiosidad de la oposición defensiva (J.O., C. 1.066).**

“...Ni bien iniciada la audiencia, el representante del Ministerio Público al trazar las líneas de la acusación (CPP, 354, 2° párr.), expuso, y así se lo consignó en el acta del debate, que ‘la calificación legal del primero de los hechos puede variar en función de lo que declaren las víctimas, en cuyo caso hará uso de la facultad que le confiere el art. 359 del CPP’ (textual). Al concluir el comparendo de la primera de las damnificadas en ese ilícito, el Agente Fiscal sostuvo que ‘luego de haber oído el testimonio de la víctima, de conformidad a la facultad que le confiere el art. 359 del CPP, va a hacer uso del mecanismo procesal que le permite la ampliación de la requisitoria fiscal, respecto del primer hecho materia de juzgamiento, el que deberá tipificarse como robo calificado por el empleo de arma, siempre en concurso ideal con privación ilegal de la libertad agravada (CP, 54, 142, inc. 1º, y 166 inc. 2º)’ (textual), tras lo cual, por Presidencia, se le hicieron saber al encausado los alcances de la contingencia producida, y los derechos procesales que le asistían, manifestando el mismo haber comprendido las explicaciones del Juez Martinelli. Sin embargo, la defensa ‘se opone, bajo formal protesta de casación, a la pretensión del Fiscal de Juicio, porque, según entiende, no se han expuesto hechos novedosos que no fueran conocidos en la IPP, por el Fiscal Instructor, por lo que, en síntesis, considera que la pretensión en análisis excede las previsiones del art. 359 del CPP. Asimismo expresa que no va a ser uso de la opción de pedir que se suspenda el debate, solicitando, en cambio, se le conceda un plazo mayor para alegar’ (textual). Este Tribunal, al decidir la incidencia planteada, tuvo ‘por formalmente ampliado el requerimiento fiscal, de conformidad con lo previsto en el art. 359 del CPP, y con relación al delito que, según la parte acusadora, se califica de ahora en más como robo agravado por el uso de armas en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad agravada (CP, 54, 142 inc. 1º y 166 inc. 2º), lo que así se declara’ (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...Uno de los tres asistentes jurídicos del acusado, por último, expuso en sus alegatos la renovada voluntad de impugnar la extensión del requerimiento fiscal, al considerar que se excedieron los términos del art. 359 del CPP, pretensión que fue replicada por el Agente Fiscal argumentando que tal invalidez ‘ya fue planteada y resuelta por el Tribunal en el curso del debate, sin dejar de advertir que el uso de la facultad conferida por el art. 359 del CPP, fue realizado cumpliendo con todas las exigencias de la norma’ (textual). Ahora bien; considero -para desazón de la defensa técnica- que a los fines del art. 359 del CPP resulta intrascendente que la circunstancia agravatoria del delito fuera conocida durante la etapa instructoria, habida cuenta que la ampliación mentada no se predica respecto de la investigación penal preparatoria, sino del requerimiento fiscal (o del auto de elevación) que precede a la apertura del juicio pleno, y en tanto, como no podría ser de otra manera, aquella calificante del tipo básico hubiera sido omitida. Entonces, el Fiscal, tras vaticinarlo en forma condicionada al establecer los lineamientos preliminares de la acusación, con el objeto -cabe inferir- de evitarle ulteriores sorpresas a sus contendores procesales, a la vez que procurando suprimir cualquier hipotética indefensión del reo (CPP, 354, 2º párr.), y después que depusiera la primera de las afec-

tadas por el ilícito contra la propiedad, finalmente, ejercitó conforme a derecho la potestad que le confiere el art. 359 del rito, ampliando (con el alcance indicado *'supra'*) los términos de la primitiva demanda penal, que lleva la rúbrica del Fiscal Instructor (CPP, 334/5). Lo expuesto sella la suerte adversa del reclamo defensorista..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, "Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.", [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

## **ATENUANTES.**

### **Ebriedad o ingesta de sustancias psicoactivas (J.A., C. 576; J.O., C. 927; J.A., C. 1.323).**

"...Constituye mitigante la incidencia que el alcohol pudo haber tenido en su comportamiento, en tanto y en cuanto si bien no alcanza para inimputabilizarlo, no puedo negar que su ingesta en las dosis certificadas médica y químicamente con los informes aludidos *'supra'* puede haber incidido en la disminución de los frenos inhibitorios del encartado, por la afectación de su capacidad intelectual y volitiva (ver causa n° 855, *'Sánchez, Néstor Fabián'*, del 31/08/01, entre otras, voto de la Dra. Arrola de Galandrini; causa n° 686, *'Ramírez Rossi, Cristian Mauricio'*, del 10/09/01, R. 173/01)..." (Del voto del Dr. Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 576, "Pereyra, Julio Alejandro s/ robo agravado, etc.", [J.A. ], del 18/07/02, R. 153/02).

"...Así también, propongo sea tenido el incompleto estado ebrioso en que se encontrara el enjuiciado al momento de los hechos, según lo considerado en la cuestión antecedente; pero sin el contenido inimputabilizante pretendido por la defensa, ya que esa circunstancia implica cierta disminución de las facultades de entender y querer (conf. T.C. n° 1, causa n° 71, *'Díaz, Martín Néstor'*, sent. del 09/07/99, R. 37/99; e/o), así como la estructura de personalidad del acusado y su enfermedad alcohólica..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Alemanno y Favarotto, causa n° 927, "Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.", [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

"...Son atenuantes su adicción al alcohol y a las sustancias psicoactivas, así como el padecimiento de la enfermedad HIV, en tanto y en cuanto, ésta y aquellas pueden actuar como detonadores de reacciones impulsivas y depresores de frenos inhibitorios..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.323, "Ugarte, David Héctor s/ daño, etc.", [J.A.], del 28/09/02, R. 198/02).

## **AUTORIA. COAUTORIA.**

### **Deber de evitar la comisión del delito (J.O., C. 819).**

"...Respecto de esta circunstancia -el poder de evitación sobre el hecho- nos enseña G. Jakobs (cfr. *'La imputación objetiva en derecho penal'*, trad. de Cancio Mellía, Universidad Autónoma de Madrid, ed. Ad-hoc, Bs. As. 1.996, pág. 77), con relación a toda participación, que *'...para quien realiza una aportación debe existir un deber derivado de la injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado que del hecho se deriva...'*, añadiendo luego que *'...existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa'* (aquí, por ejemplo, para la acusada, esposa de la víctima) *en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación...'* (aquí, avisando a su marido, la futura víctima, de lo que podría sucederle) (...) Así, de algún modo, *'configura el hecho'* quien interviene en su organización en cuanto a la medida de la lesión a ocasionarse, las circunstancias en que se producirá, los medios, etc., que permiten realizar el tipo. No es partícipe ni instigador, sino coautor del hecho delictivo..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, "Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.", [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

### **Doctrina del dominio funcional (J.O., C. 819).**

"...Adhiero a la doctrina del dominio funcional del hecho, la que constituye una derivación de la teoría del dominio del hecho, procedente del derecho penal alemán (particularmente de su mentor, Claus

Roxin, en su magistral obra sobre *'Autoría y dominio del hecho en derecho penal'*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 6ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1.998), y receptada desde hace tiempo en nuestra doctrina y jurisprudencia, en forma casi unánime (ver Eugenio R. Zaffaroni en *'Tratado de Derecho Penal'*, tomo IV, pág. 305; Edgardo A. Donna en *'Autoría y Participación Criminal'*, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1.998, págs. 9/10 y 20/2; Marcelo Sancinetti en *'Ilícito personal y participación'*, Ed. Ad-hoc, 1997, Cap. II págs. 78/9; Creus Carlos en *'Derecho Penal. Parte General'*, volumen 1, 3ra. Edición Ed. Astrea pág. 397/8; Jorge De la Rúa en *'Código Penal Argentino. Parte General'*, 3ª edición, edit. Depalma pág. 855; Cam. Crim. y Corr. San Isidro, Sala I, *'Potskai G.'*, 12-8-1993, La Ley Buenos Aires 1.994-744; S.C.B.A., *'Argañaraz, Casas y Peralta'*, citado por Jorge De la Rúa, op. cit.; Cám. Nac. Crim. Corr., en el caso *'Schocklender'* del 07/04/86, en *Doctrina Penal* 1.986, pág. 111, entre muchos otros). De acuerdo a esta doctrina y, según explicara José Cerezo Mir (cfr. *'Derecho Penal. Parte General'*, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, Madrid 1.997, pág. 136), *'...autor es quien tiene el dominio finalista del hecho, es decir, aquella persona de la que depende que el delito se cometa o no y la forma de su comisión'...*" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, "Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.", [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

"...Roxin lo llama *'el señor del hecho en su concreta manifestación... no coaccionado e imputable...'* (op. cit., pág. 79), distinguiendo diferentes formas de dominio del hecho; a saber: [i] *El dominio de la acción*: que como figura central y, de acuerdo a una concepción natural de la vida y la valoración del legislador, es el arquetipo del autor personal y directo, el que ejecuta el comportamiento descrito en la norma legal, lo que coincide con la teoría formal objetiva de la autoría que expusieron Edmundo Mezger y Sebastián Soler (ver *'Derecho Penal Argentino'*, edit. Tea, Bs. As. 1.988, tomo II, pág. 24). [ii] *El dominio de la voluntad*: posición en la que se explica la autoría mediata y en la que se encuentran aquellos supuestos en los que el autor se vale de un tercero, quien obra coaccionado, dentro de una estructura de poder subordinado o por error. Este criterio ha generado dudas en nuestra doctrina, al igual que en el extranjero en cuanto a si el autor inmediato obra dolosamente, llevando a autores como Hans Welzel a sostener que se trata de un dominio inferior o subordinado. Es ilustrativo al respecto el fallo de la CSJN en el caso de las Juntas Militares (Fallos, 309:2 y 311:175). [iii] Finalmente tenemos el caso del *dominio funcional del hecho*, el cual se da cuando estamos ante una actuación plural de varios individuos, en la que intervienen en función de un acuerdo previo para llevar adelante el delito, y la división de funciones durante su ejecución (Roxin, op. cit., págs. 306 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, "Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.", [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

"...Welzel llama el dominio del hecho compartido por varias personas, a este supuesto (dominio funcional del hecho), sosteniendo que en estos casos *'...coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello, toma parte en la ejecución del delito... el coautor ha de ser coportador del dominio final del hecho... cada coautor ha de ser subjetivamente coportador de la decisión común del hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda cuando es coposeedor de la decisión común al hecho. El 'minus' de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito'* (cfr. *'Derecho Penal Alemán'*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yanez Pérez, 11ª ed., Edit. Jurídica Chile, Santiago 1.970, págs. 154, 158 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, "Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.", [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

"...En el dominio funcional del hecho existe un plan delictivo común, una división del trabajo (preparatorio, delictual y postdelictual), y la ejecución común del delito que se integra con la decisión plurisubjetiva y ejecución común del hecho. Welzel concluye que nada impide considerar como coautor a quien realiza sólo actos preparatorios, pero es portador de la decisión común del hecho, en la medida que sabe que ese aporte es determinante para la realización del ilícito (op. cit., pág. 159)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que ad-

hirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...En el mismo sentido opina Enrique Bacigalupo (cfr. *Lineamientos de la teoría del delito*, edit. Hammurabi, pág. 95), quien afirma que ‘...el que ha tenido el dominio del hecho en el sentido de haber tenido su manejo y haberlo llevado a la consumación o en dirección a ella, será autor...’. Agregando que el dominio del hecho se puede presentar bajo la forma del *dominio funcional del hecho* que consiste en ‘...compartir el dominio funcionalmente con otro u otros, casos de coautoría...’. Por su parte Günther Jakobs (en *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, edit. Marcial Pons, Madrid 1.995, pág. 747), sostiene que ‘...la coautoría exige la existencia de un plan o acuerdo común, la distribución de las aportaciones necesarias para la ejecución del hecho, sin ser requisito primordial que dicho aporte se materialice durante la fase de ejecución del delito...’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Concordantemente con estos autores, en la jurisprudencia vernácula se ha admitido la autoría funcional o conjunta, cuando los agentes actúan dolosamente en virtud de un acuerdo previo y con reparto de funciones durante la ejecución del hecho delictivo, surgiendo el ilícito como la obra única de varios autores, pese a la segmentación que se ve en su fase ejecutiva (cfr. Cám. Nac. Casación Penal, Sala II, ‘Chavarría, Hugo y otros’, del 12/12/95; Trib. Superior de Córdoba, ‘Schepke de Casas’, del 05/12/88; Cám. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala I, ‘Palazzo, B. J.’ 1.984, y muchos otros fallos citados por el Dr. Gustavo E. Abozo en su artículo intitulado *‘La problemática del concurso de personas en el delito y la teoría del dominio del hecho -a propósito del denominado caso Cabezas-’*, publicado en la revista *‘La Ley Buenos Aires’*, Año 7 núm. 2 marzo del 2.000, pág.118, nota n° 5)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Para llegar a afirmar la coautoría de la mandante y de los mandatarios en la modalidad homicida del primero de los ilícitos del *‘sub iudice’* (asesinato mercenario), no es indispensable apelar ni adscribir a la (aún resistida) construcción dogmática del dominio funcional del injusto, toda vez que partiendo del propio texto legal vigente se podría afirmar el carácter bilateral de esta figura típica, por la cual *‘para que el homicidio se produzca es preciso que actúen por lo menos dos personas: un mandante que paga el precio y un mandatario que ejecuta el acto mediante éste (Moreno, III-340)’* (cfr. Laje Anaya, Justo en *‘Homicidios Calificados’*, edit. Depalma, Bs. As. 1.970, pág. 104)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Carlos Fontán Balestra tras exponer, con cita de Groizard, que *‘se ha señalado que en este crimen hay siempre dos clases de autores: los que reciben el precio o aceptan la promesa remuneratoria para matar y los que dan el dinero o hacen la promesa para que otros ejecuten el hecho’*, sostiene que, técnicamente, *‘son conductas distintas en el derecho argentino: el uno es autor de homicidio cualificado; el otro instigador a ese hecho. Lo que ocurre es que el instigador es aquí impuesto por la necesidad del pacto venial; un instigador, a lo menos’* (cfr. *‘Tratado de Derecho Penal’*, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.983, tomo IV, pág. 101)... Para Ricardo C. Núñez *‘el mandante y el ejecutor son partícipes necesarios del delito, pues aunque la figura delictiva se refiere al que matare por precio o promesa remuneratoria’*, el precio o la promesa presupone la intervención del mandante (sujeto activo tácito, agregó) para que el delito se consume” (cfr. *‘Manual de Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Marcos Lerner, Cba. 1.988, pág. 55; aunque lo consignado en el paréntesis no es original)... En sentido semejante se expide Carlos Creus, para quien *‘la responsabilidad del instigador y el ejecutor en el hecho a raíz del pacto, los sitúa en un plano de igualdad como autores’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, tomo 1, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, pág. 35)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

## **CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN.**

**Imprudencia (J.O, C. 849; J.O., 1.048).**

“...Victima y victimario contrajeron matrimonio en la Capital Federal el día 11 de junio de 1.969; así se prueba con la copia certificada del acta del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la (ahora) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al no mediar sentencia de divorcio, capaz de disolver ese vínculo jurídico, el injusto de la causa deberá quedar tipificado como conyugicidio (CP, 80, inc. 1º). Sin embargo, se ha podido verificar en la audiencia oral, al decir de todos aquellos comparecientes que los conocieron y trataron con asiduidad, que la vida de relación entre ambos -sobre todo, en los últimos años- evidenció una marcada decadencia, pasando por etapas en extremo conflictivas, apenas suavizadas después de la adopción de la hija menor, a comienzos del '98, hasta experimentar varias separaciones de hecho; la última de ellas fue expuesta por el enjuiciado ante una dependencia policial, y habría tenido lugar a partir del 20 de agosto de 2.000, cuando su esposa se fue de la casa llevándose documentación y otros efectos personales consigo, dejándole una carta de despedida, cuya autenticidad reconoció una de las amigas de la mujer, al serle exhibida en el curso del debate...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...En términos más o menos coincidentes eso fue lo que nos expresaron los dos hijos mayores de la pareja, las nueras, el hermano, y el hermanastro de la occisa, así como la amiga y confidente de los tiempos finales de la víctima. Es más. No era un secreto para ninguno de los miembros del entorno familiar el carácter fuerte y difícil de esta última, ni sus sucesivos abandonos del hogar conyugal, llegando a cohabitar durante algunos meses con un inspector municipal de tránsito de la localidad de Ezeiza. Luego de la ruptura del adúltero concubinato, al tiempo, ella decidió volver a convivir con su esposo, quien -a pesar de conocer la existencia de ese amorío- la aceptó, cual era su costumbre, tras las reiteradas idas de la cónyuge. A mi parecer, semejante degradación del vínculo matrimonial no puede ser ignorada por el derecho penal. Con mayor razón todavía cuando el grave deterioro se produjo, en buena medida, por ciertas y probadas inconductas de la mujer, quien hizo varias y ostensibles muestras de un claro designio de darlo por concluido...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...Para ello no pierdo de vista que el párrafo final del art. 80 del CP, agregado con la *'ley de facto'* n° 17.567 (transformada en *'ley de iure'* por la n° 23.077, publ. en el B.O.N. del 27/08/84), y por el cual se atemperó (sólo con relación al primer inciso) la drástica punibilidad prevista por esa norma, resulta ser una herramienta idónea al permitirnos a los jueces arbitrar sanciones equitativas en determinados casos particulares -que el legislador no precisó, ni definió, más que por su genérica referencia a circunstancias extraordinarias-, tendientes a evitar la sistemática, fatal e implacable imposición de las penas rígidas de prisión o reclusión perpetuas, cuando situaciones fuera de lo común, de lo corriente o de lo habitual aconsejen excepcionar el severo régimen punitivo apuntado...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...Si la piedra basal del castigo atemperado finca en lo que Justo Laje Anaya designa como *'razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre, o a la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo'* (cfr. *'Comentarios al Código Penal. Parte Especial'*, edit. Depalma, Bs. As. 1.978, vol. I, pág. 27), no sólo la separación del final, es decir, de apenas cuarenta y cinco días antes del uxoricidio, sino también, y muy en particular, la tortuosa relación conyugal de los años previos, me permiten colegir que en el *'sub judice'* aparecen reunidas las circunstancias mentadas en la frase final del art. 80 del CP, que habilitan, de modo excepcional, la exclusión de la conducta en juzgamiento de la rigurosísima sanción prevista en el primer inciso de ese dispositivo legal...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...Ya tuve oportunidad de expedirme en el particular en la causa n° 507 de este Tribunal, caratulada *'Pathenay, Carlos Alberto'*, de fecha 05/03/01. Entre otras cosas, en la mentada oportunidad sostuve que el instituto en cuestión, debe estar constituido por algo fuera de lo común, de lo normal, y que se funda en la calidad de los motivos que determinan a una comprensible disminución de los vínculos afectivos... Pero lo real y cierto del caso es que el acusado, estoicamente soportaba el estado de cosas. Sabía de tiempo atrás cómo era su esposa, no era una novedad para él... Ya cansado por la situación existente, decidió, aho-

ra sí, ponerle punto final a la misma, pero en mi opinión, ello no autoriza a afirmar que el mentado vínculo matrimonial estaba deteriorado, ni siquiera en el fuero interno del causante, por lo que deberá responder como autor jurídicamente responsable del delito de homicidio calificado, en los términos del art. 80, inc. 1º del Código Penal...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...No puedo negar que no se trataba de una situación calificable de *‘ideal’*, encuadrable en el *‘deber ser’* en todos sus aspectos, ni tampoco *‘ejemplificante’*, no fue, indudablemente, esa pareja el matrimonio *‘perfecto’*... Pero puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que la situación vivida por el matrimonio no ha estado lejos de ser *‘común’*, *‘corriente’* o *‘habitual’*... Considero, en su consecuencia, que no se está frente a un caso de vínculo matrimonial desnaturalizado, en el grado requerido, para restar, neutralizar o hacer perder vigencia al significado agravante, atribuido a esa relación por el Código Penal vigente (conf. SCBA P. 34.955, 31/5/88; P. 35.065, 28/12/90; P. 39.699, 13/4/93; P. 46.180, 20/5/97; P. 50.456, 13/8/96; P. 48.091, 13/5/97; e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...No he podido encontrar ni en el sujeto activo ni en el pasivo, como tampoco en el panorama circundante, ninguna de las denominadas circunstancias extraordinarias de morigeración, referidas por el ya indicado art. 80 *‘in fine’* del CP. Para fundar la precedente afirmación he tenido en cuenta, asimismo, las enseñanzas de Breglia Arias, quien expresa, textualmente, en su trabajo *‘Los homicidios calificados, artículo 80, Código Penal Argentino’* (en L.L. 1/2/99 págs. 1 y sgtes.): *‘Ellas consisten en características que hayan arruinado la relación... el vínculo se encuentra dañado y no puede ser el fundamento de la agravante, porque excepcionalmente no tiene valor... la explicación de esta excepción debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable disminución del afecto y el respeto...’* Agrega el autor que puede definírselas como *‘un conjunto de aspectos que generan una situación vital de excepción en el relacionamiento entre víctima y victimario, haciendo decaer las consideraciones que han llevado al codificador a agravar la conducta en orden a los vínculos existentes, provocando en el sujeto activo una reacción, sin que se den los requisitos de la emoción violenta excusable...’* (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...Carlos Creus, claramente, enseña que *‘pueden originarse en las relaciones de la víctima con el agente... o proceder de la misma víctima... Pero la acción de matar debe ser una respuesta, una reacción, no basta la existencia objetiva de la circunstancia, sin esa relación psíquica...’* A modo de conclusión, el autor citado, recalca que es una *‘verdadera facultad’* que tiene el Juez para optar por la aplicación de la pena atenuada, allí prevista (en *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, tomo I ed. Astrea, Bs. As. 1.998, págs. 16/7)... Por su lado, Justo Laje Anaya (en *‘Homicidios calificados’*, ed. Depalma, Bs. As. 1.970, págs. 16/21), ejemplificando con casos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias, concreta como encuadrables en dichas circunstancias de atenuación, a los *‘insultos’*, *‘frecuentes injurias’*, *‘malos tratos psíquicos’*, *‘ofensas leves continuadas’*. Pero, sin duda, al efecto de merituar la envergadura y sus efectos se deberá tener en cuenta los hábitos y condiciones personales de la víctima y victimario, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar del suceso...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...A propósito del fundamento para la mayor punición de los homicidios calificados por el vínculo del art. 80, inc. 1º del CP, escribió el insigne jurista cordobés (por Núñez) que *‘la razón del agravamiento es, en este caso, la violación por el autor de los deberes de respeto y protección emergentes del vínculo de sangre o matrimonial. El autor muestra un desafecto que vuelve más criminal la muerte causada’* (cfr. ob. cit., 2ª edición, 2ª reimpresión, Cba. 1.988, pág. 49). De ser ese el *‘leit motiv’* de la agravación (Soler no lo comparte; cfr. *‘D.P.A.’*, edit. Tea, Bs. As. 1.978, t. III, pág. 17, nota n° 12), todo parecería indicarnos que, en la especie, la razón de ser de la calificante permanece inhiesta...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...En un estimable intento por justificar el excepcional apartamiento de la escala prevista en el art. 80, inc. 1º del CP, la defensa sostuvo que *‘con anterioridad al hecho el vínculo estaba deteriorado, ya que había habido una separación, estaba perturbada o rota la relación con los hijos, y era la esposa del causante la que quería distanciarse de su pupilo, y además, porque se encontraba en un estado emocional que perturbaba su capacidad de culpabilidad’*; pero, como procuraré demostrar enseguida, esos motivos carecen de entidad jurídica para alcanzar la meta propuesta por la diestra letrada. Adviértase, en primer lugar, que entre la víctima y el victimario medió una prolongadísima e ininterrumpida relación conyugal, muy próxima a las bodas de plata (si se la contabiliza, como debe ser, hasta el momento del ilícito de autos), en la cual se engendraron los cuatro hijos del matrimonio, de veintidós, diecinueve, diecisiete y diez años de edad, lo que refuerza, a mi entender, la esencia de la calificante que se ha pretendido desmerecer...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...No mellan la vigencia del vínculo legal, ni (en lo que aquí interesa) el cimiento agravatorio de la norma sustantiva, las breves y recientes (siempre con respecto al tiempo de cometerse el delito) separaciones de hecho que resultan acreditadas por la documental anexa, así como por los testimonios recogidos en la audiencia. Ello, en virtud de que entre ambas interpúsose la espontánea presentación de la mujer ante la autoridad policial, verificada el 6 de julio de 2.001 (o sea, escasos diecisiete días antes del suceso en juzgamiento), dando noticia de la efectiva reanudación de la convivencia matrimonial, al atestar que *‘el imputado volvió a su hogar, y la deponente le ha dado una nueva oportunidad. Que con la deponente las cosas están bien, aunque no siempre con sus hijas mujeres y él. Que en ciertas ocasiones se tensa mucho la situación, pero la deponente trata de aflojar los ánimos y que se calmen. Que ha notado cierta calma en el imputado en autos pero con las chicas la situación es tensa. Que con la deponente las cosas están muy bien, y repite, ella es la que baja los niveles de tensión entre ellos, tratando de mantener cierta armonía en su hogar’* (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...Las causas que motivaron las cortas segregaciones del reo de su casa, a raíz de la extrema tirantez de las relaciones conyugales y paterno-filiales, pueden explicarse mejor en la intemperante, rígida y autoritaria actitud asumida por el acusado con su familia (como atestiguaran todos los suyos y como él - tímidamente, por cierto- lo dejó entrever, al admitir que estaba precisado de atención psicoterapéutica; a pesar de lo cual cuando dispuso de esa oportunidad la malogró), que en la presunta intención de la víctima de distanciarse de su esposo, a la que hiciera alusión la asistencia letrada del causante. Por si no fuera bastante, concluyo negando que la deteriorada relación del imputado con sus hijos y su estado emocional que, al decir de la defensa, perturbaba su capacidad de culpabilidad, guarden conexión directa con la agravante del art. 80, inc. 1º del CP que, en el *‘sub examine’*, protege el vínculo matrimonial. Desestimo, por todo lo expuesto, la existencia de causales extraordinarias de atemperación (CP, 80 *‘in fine’*, en sentido contrario)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

## **CUASIFLAGRANCIA.**

### **Concepto (J.A., C. 1.331).**

“...En tales circunstancias, la aprehensión del reo aparece legitimada en virtud de lo prescripto en el art. 154 del CPP, es decir, en el marco de *‘una forma análoga a la flagrancia verdadera y propia es la denominada cuasi-flagrancia, la cual no exige que la sorpresa del delincuente se produzca en el acto de perpetrar el delito, sino que admite que se verifique después del delito, con tal que sea en un tiempo inmediatamente sucesivo y con el concurso de ciertas condiciones de modo. Y precisamente cuando un individuo es sorprendido mientras, inmediatamente después del delito, es seguido por la fuerza pública, por el ofendido por el delito o por terceras personas; o bien con cosas o huellas que hagan presumir que ha cometido el delito poco antes...’* (cfr. Bricchetti, Giovanni en *‘La evidencia en el derecho procesal penal’*, edit. EJEA, Bs. As. 1.973, pág. 164)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.] del 28/09/02, R. 199/02).

## DEBIDO PROCESO.

### Control jurisdiccional de la actividad fiscal instructoria. “Favor rei” (J.O., C. 892).

“...Leyendo algunas de las decisiones de los jueces de garantías de primera y segunda instancia, pareciera como que todo lo que se investiga o instruye por las fiscalías tiene que culminar fatalmente en un juicio oral, o en algunas de las vías alternativas que prevé nuestro código. O sea, que el lugar adecuado para dirimir cualquier duda es el Tribunal, y yo pienso que no es tan así de simple. El legislador, en modo alguno, ha privado a los órganos jurisdiccionales de contralor de la instrucción, llámense juez o cámara de garantías, de sus facultades plenas para resolver aquellos procesos que no ameriten, ni mínimamente, que sean debatidos en la instancia oral, con el consecuente dispendio procesal. Para ello ha instituido el sobreseimiento (CPP, 321/7), al que también cabría arribar en los casos de duda (CPP, 1, párrafo 3°), puesto que este principio general también debe ser de aplicación a ese instituto en particular. En conclusión entonces, en mi particular opinión, los enjuiciados de autos han estado detenidos hasta ahora, por lo que yo denominaría en buen romance, por *‘portación de antecedentes’*, nada más...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

### Omisiones y fallas instructorias. Desnaturalización de la investigación penal preparatoria y de las medidas de coerción personal. Misión de los jueces (J.O., C. 892).

“...El representante del Ministerio Público, prudentemente y haciendo uso de la prerrogativa concedida por el art. 368 *‘in fine’* de la ley de forma, en medio del debate desistió de formular acusación para los causantes. Ahora bien, yo me pregunto: ¿Cómo ha sucedido esto en un sistema plenamente acusatorio, garantista a ultranza y que ha permitido que los justiciables estuvieran privados de sus libertades por un año y medio para que, luego de nuestro *‘debido proceso’*, se los declare inocentes y se dispongan sus libertades? ¿No será que acaso ha existido alguna falla? Entiendo que la misión de los jueces, en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de nuestra C.N., es contribuir al eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines, del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la conforman y, en el logro de este propósito, de asegurar la administración de justicia, se debería velar, principalmente, por los intereses del justiciable que es al fin y al cabo el que soporta el peso de la acción penal, privado de su libertad, bien supremo luego de la vida...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

“...Califiqué como prudente la actitud asumida por el Sr. Agente Fiscal, en no seguir un juicio absurdo, muerto antes de nacer. Y ello lo afirmo partiendo de las consideraciones del acta inicial, en la que no se finaliza por determinar quién era el custodio, propietario, o simplemente tenedor del famoso bolso conteniendo armas. Y lo dicho ocurrió el día 3 de enero de 2.001, a partir de lo cual, dos de los tres encausados estuvieron privados de sus libertades. Y, aunque pareciera paradójico, uno de los sospechosos, diría el principal y el que actualmente se encuentra prófugo, se vio favorecido por la libertad provisoria en menos de veinticuatro horas. Buscando o tratando de explicarme el porqué del lapso entre la detención y la resolución del Tribunal de Juicio, en un procedimiento del que se dice que debe ser *‘desformalizado’*, pero que, en realidad, insumió dos cuerpos; *‘ágil’*, que nos lo demuestra, pero en sentido contrario, el casi año y medio de prisión preventiva de los dos enjuiciados (...), entiendo que una de las posibles respuestas, la más aceptable para mí, de los interrogantes planteados sería la de una crítica al sistema imperante, y la otra la de la deficiente actuación de los ahora denominados *‘operadores del sistema’*...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

“...Parto para buscar una explicación lógica, del interés de la sociedad y de la necesidad de aplicar la condigna sanción sólo a aquellos que resulten culpables de la comisión de delitos, pero así también no debemos olvidar o vigilar en que no se apliquen penas a un inocente. Este, considero que debe ser nues-

tro Norte. Ahora bien, puestos en esta tarea está lo que denominaría como la estructuración de un proceso que tenga por fin, la salvaguardia y protección de esencialísimos derechos, todo lo que parecería haberse logrado con la sanción de la ley 11.922 y sus sucesivas reformas. Conforme lo dicho, aparentemente con la ley de forma ahora vigente ello se habría logrado, al menos estuvo en la intención del legislador, pero aún no conseguimos una respuesta razonable al interrogante que me he planteado. Decía en párrafos anteriores que, en mi opinión, este proceso nació muerto, que ya con la citada acta del preventor policial, estaban latentes serias dudas para seguirlo adelante respecto de los únicos causantes que quedaron presos (CPP, 1º), pero no obstante ello se avanzó el proceso, transcurriendo el tiempo con esos acusados siempre detenidos y contrariando la premisa fundamental del art. 144 de la ley de forma...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

“...Me pregunto entonces con qué pruebas, entendidas éstas como medios idóneos para producir en nosotros la certeza, se mantuvo esa grave medida de coerción personal. Una de las funcionarias coherentes con el sistema y la lógica, ha sido sin duda alguna, la Sra. Defensora Oficial, quien en su momento expresó: ‘...en un Estado de Derecho, no se puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar preliminarmente si existe cierta probabilidad de que la imputación tenga suficiente mérito como para eventualmente provocar una condena...’ (textual). Lógicas palabras doctora y nada mejor que aplicarlas en el caso que ahora nos ocupa...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

## **DESISTIMIENTO DE LA ACUSACION.**

### **Procedencia (J.O, C. 601).**

“...El Agente Fiscal entendió al momento de formular su alegato que no encontraba elementos para ubicar lo sucedido en el marco de una figura típica y, en segundo término, de haber sido ello posible, tampoco contaba con elementos de convicción como para afirmar que el imputado haya tenido algún tipo de participación criminal, ni siquiera secundaria. En razón de lo dicho entonces, no encontró ningún mérito probatorio para concretar un reproche al enjuiciado. Esa postura del representante del Ministerio Público, cualquiera sea la convicción personal de los jueces, impone el deber de absolver al procesado, ante el expreso desistimiento del órgano requirente, por así disponerlo el párrafo final del art. 368 del CPP...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa nº 601, “Pessina, Pedro Alberto y otro s/ hurto agravado”, [J.O.], del 14/02/02, R. 008/02).

## **DETENCION DEL ENJUICIADO AL DICTARSE VEREDICTO CONDENATORIO.**

### **Inaplicabilidad al caso del art. 371 “in fine” (J.O., C. 727).**

“...El causante llegó a la instancia del juicio oral en una situación procesal de libertad irrestricta, circunstancia inédita para quien se encuentra acusado de gravísimos ilícitos. Tal situación se generó a partir de la revocación por parte de la Cámara de Garantías y Apelaciones en lo Penal del sobreseimiento dictado por el Juez de Garantías, magistrado que de conformidad con su criterio jurídico otorgó la mentada libertad, sin que la Alzada se pronunciara -ni se lo exigiera el Ministerio Público Fiscal, de segundo grado- respecto de la detención del acusado, y a pesar de lo que le peticionara el Agente Fiscal Instructor al deducir su escrito de apelación contra el sobreseimiento... El Fiscal de Juicio si bien desestimó la aplicación de la manda del artículo 371 ‘in fine’ del CPP, requirió en la discusión final, luego de formular la petición de pena, que se refuerce el vínculo entre el encartado y el proceso para regularizar su situación en autos, pautándose límites que garanticen la actuación de la ley, cuyo alcance dejó librado al organismo jurisdiccional, petición con la que prestó conformidad la defensa...” (Del voto de la Dra. Camadro, causa nº 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

“...Soy de opinión que si el artículo 371 ‘in fine’ del CPP autoriza la inmediata detención de quien no hubiera estado detenido de conformidad con el cuarto párrafo del art. 151 del Código Procesal Pe-

nal, con toda razón resulta procedente la medida coercitiva cuando existe veredicto condenatorio con mayor sanción penal (o igual en el caso de concurso de delitos) que la allí prevista (CPP, id y argto. art. 151 primer párrafo). Sin perjuicio de ello he sentado criterio en la causa n° 346, 'Román, Daniel s/ hurto' LS/ 2002 Juzg. Correccional n° 1 Reg. n° 10, en la que he sostenido '(...) hago mía la opinión del Profesor Marcelo Riquert en cuanto afirma la necesidad de una lectura constitucional del texto incorporado por la ley 12.405 en materia excarcelatoria a partir de la sistemática general de las medidas de coerción, sin necesidad de transitar el camino de la inconstitucionalidad' (v. Riquert y otros 'Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público' editorial Ediar, 2001, págs 63/9)..."' (Del voto de la Dra. Camadro, causa n° 727, "Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.", [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

"...Luego de fijar como premisa básica la regla general de interpretación restrictiva para todo lo que implique afectación de la libertad personal que contiene el artículo 3 del Código Procesal Penal, dice el Dr. Riquert: *'El capítulo I, Título IV del Libro I, establece cuáles son las reglas generales que rigen en materia de medidas de coerción. La regla básica sigue siendo la libertad del imputado durante el proceso; frente a ella se opera por excepción y esto es claro por imperativo constitucional: todos gozamos del estado de inocencia. El principio favor libertatis tiene profundas raíces constitucionales, ya que resulta natural derivación de los arts. 14 y 18 de la C.N., así como por vía de su art. 75 inc. 22 (...) tal jerarquización del sistema internacional tutelar de los derechos humanos importa su configuración como pauta de interpretación obligatoria dirigida a los poderes públicos al momento de aplicar la Constitución textual. Además, localmente, entran en juego por su concordancia las previsiones de los arts. 10, 11 y 21 de la Constitución provincial (...) Una medida de coerción personal exige para su procedencia que se verifiquen tales condiciones (se refiere a las del art. 146 del CPP). Así averiguación de la verdad, desarrollo del procedimiento y aplicación de la ley siguen operando como telón de fondo de la cuestión. Bien apunta Eugenio C. Sarrabayrouse que los requisitos enumerados obedecen a principios clásicos que sustentan la obtención de una medida cautelar: apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), peligro en la demora y contracautela suficiente, debiendo conforme el art. 417 del C.P.P. cesar inmediatamente la medida si alguno de ellos desapareciere. Aquí es indispensable no perder de vista el carácter instrumental de las medidas de coerción: con ellas sólo se busca poder aplicar el derecho de fondo tras el debido proceso, por lo que las restricciones deben decretarse exclusivamente cuando resulte necesario neutralizar el riesgo procesal que se presente (principio de necesidad), manteniéndolas sólo mientras la necesidad subsista (principio de provisionalidad), debiendo ser aptas para anular el peligro procesal del caso en la medida adecuada con relación al riesgo a evitar, aplicándose en virtud de dicha característica y con esa exclusiva finalidad (principios de Idoneidad y proporcionalidad), como apunta Marcelo A. Solimine...'*" (Del voto de la Dra. Camadro, causa n° 727, "Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.", [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

"...Sólo por la conjunción de una serie de desarreglos y omisiones (atribuibles tanto a los magistrados que se encargan del control de la actividad instructoria, en primer y segundo grado, cuanto a los sucesivos representantes del Ministerio Público Fiscal), resulta posible explicar que el causante haya permanecido en libertad (procesalmente) irrestricta, a partir del 26 de diciembre de 2.000 y hasta el día de hoy, no obstante que llegó acusado a juicio de gravísimos ilícitos criminales, que por la magnitud de la pena en expectativa impiden su excarcelación ordinaria (CPP, 169, incs. 1° y 2°, ambos a *'sensu contrario'*)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 727, "Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.", [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

"...Con el profundo respeto que me merecen no sólo las convicciones y pareceres jurídicos ajenos, máxime cuando son diversos de los propios, sino también cada uno de los jueces y funcionarios aludidos, creo estar en la obligación de hacer notar, en primer lugar, que más allá del acierto o no del decisorio jurisdiccional sobre las diversas cuestiones que fueran sometidas al conocimiento del Juez de Garantías, en su decisorio encuentro un aspecto que en absoluto comparto y en el que, estimo, se gestó el embrión de los equívocos ulteriores. Es que aún cuando hubiera correspondido el sobreseimiento del reo (fallo del juzgador originario que no se ajustó a derecho, al menos, conforme el criterio expuesto por el revisor colegiado), haciendo una interpretación sistemática de los preceptos de la legislación adjetiva era preciso armonizar la orden de libertad, inevitable y consecuente al dictado de aquella sentencia (CPP, 327), con las normas destinadas a regular, específicamente, la excarcelación de los procesados; me refiero, en concreto, al art. 169,

inc. 3º del CPP. Al haberse procedido de otro modo, además, colocóse en paridad de condiciones a quienes no podrían ser equiparados, piénsese, por ejemplo, que si el sobreseimiento dictado hubiese adquirido el carácter de la cosa juzgada, ninguna objeción podría hacerse a una libertad sin restricciones (es más, sería inconcebible de una manera distinta); pero, en el caso, la decisión aludida no estaba firme (luego, incluso, fue tempestivamente impugnada por el Agente Fiscal Instructor), a pesar de lo cual se le concedió al imputado una libertad exenta de obligaciones procesales, impropia de su estado jurídico en autos, todavía a expensas del resultado de la apelación deducida (finalmente, adversa a sus intereses)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

“...La Cámara de Garantías, por su parte, quedó habilitada con competencia suficiente para expedirse acerca de la cuestión que vengo analizando (o sea, respecto de la persistencia de la libertad incondicionada del reo), merced a la amplitud de los agravios contenidos en el escrito de interposición del recurso del Fiscal Instructor, quien pidió, en forma expresa, que se *‘revoque la cuestionada resolución y en consecuencia se proceda a la detención del imputado’* (CPP, 325), presentación que fuera mantenida en todos sus términos por la Fiscalía General (CPP, 434, 435 y 445 *‘in fine’*). Sin embargo, el Tribunal de Alzada se limitó a convalidar las actuaciones que habían sido nulificadas y a dejar sin efecto el sobreseimiento de primera instancia, reenviando el proceso a su sede primitiva para la prosecución del trámite, omitiendo decidir, explícitamente, sobre la libertad que el causante continuaba disfrutando sin cortapisa procesal alguna... A partir de entonces, ni el Fiscal General Adjunto, ni el de Juicio, instaron ante los órganos jurisdiccionales respectivos la normalización de la situación procesal del enjuiciado, quien, justicia es reconocerlo, se comportó procesalmente como si hubiera estado excarcelado, aún cuando jamás lo estuvo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

“...Y es ahora -precisamente, por no haber sido excarcelado en su oportunidad, ni detenido después de la revocación del sobreseimiento- que, sobre la base de la regla interpretativa consagrada en el art. 3 del CPP, se deberá trasegar al *‘sub iudice’* lo que ha sostenido en situaciones análogas este Tribunal: *‘Al caso de autos le resulta inaplicable lo normado en el último párrafo del art. 371 del CPP (texto de la ley 12.405), toda vez que el causante no fue excarcelado (o eximido de prisión), ni su situación procesal está comprendida dentro de la hipótesis del 4º párr. del art. 151 del CPP (...), únicas dos posibilidades de hacer operativo el mandato legal en análisis’* (causa n° 550, *‘Domínguez, Angel Roberto’*, sent. del 28/05/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

## **ERROR.**

### **Acerca de los elementos normativos del tipo (J.O., C. 1.066).**

“...Se ha discutido si el error que versa sobre los elementos normativos del tipo debe ser considerado como de tipo o de prohibición (cfr. Roxin, Claus en *‘Derecho Penal. Parte General’*, edit. Civitas, Madrid 1.997, pág. 459). En particular referencia al tipo legal de tenencia de arma de guerra, algunos fallos han considerado que nos encontramos frente a un error de prohibición que excluye la culpabilidad; otros, por el contrario, han entendido que tratándose de un error que recae sobre un elemento normativo del tipo objetivo se trataría de un error que directamente elimina el dolo (así, por ejemplo, la Sala I en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, sent. publ. en J.A. del 27/07/95, con comentarios de Edmundo S. Hendler y Hernán V. Gullo en *‘Casos de Derecho Penal Comparado’*, Edit. Del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 62)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...La cuestión es dogmáticamente compleja, por lo que siguiendo las mejores opiniones en la materia habrá que estar al caso concreto para observar si este tipo de errores, llamados de subsunción, afectan al dolo o a la comprensión de la antinormatividad, aunque en última instancia la teoría restringida de la culpabilidad, la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, asigna implicancias similares a ambos

tipos de error (cfr. Roxin, op. cit., pág. 583)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martine-lli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

#### **De prohibición (J.O., C. 1.066).**

“...Dejando de lado la distinción clásica que consideraba que en materia penal sólo el error de hecho excusa, el error de prohibición ha sido caracterizado por Eugenio Raúl Zaffaroni (ver *‘Manual de Derecho Penal Parte General’*, edit. Ediar, pág. 543) como aquel que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Pero al igual que el error de hecho, señala dicho autor que, para ser excusante éste tiene que reunir los mismos requisitos que el primero, ello es, debe ser esencial e invencible. Así explica que el error de prohibición sólo es aplicable *‘...cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto...cuando es vencible para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada en el nivel correspondiente...’*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...Respecto de la incidencia de la posibilidad concreta de realizar la declaración legalmente exigida para tener el arma de uso civil (error vencible), sobre la atribuibilidad del injusto a su tenedor ilegítimo, también el máximo Tribunal de Justicia de la Nación, ha resuelto que quien pudiendo hacerlo *‘...no realizó tramitación alguna para regularizar la situación, incurrió en el delito del art. 189 bis...’* (cfr. C.S.J.N., 30-4-1996, JA 1996 IV p. 268, LL 1997-Cp.383)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

#### **ESTAFA.**

##### **Absorción del delito de falsedad documental (J.A., C. 1.014).**

“...Al propiciar un criterio semejante (y diverso no sólo del hasta ahora sustentado en autos, sino también del que fluye de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As., en la causa P. 40.009, *‘Quaglia, Rubén Emilio’*, sent. del 15/12/94, publ. en D.J.B.A., del 15/03/95, págs. 1.071/2), reivindico -sólo por convencimiento; no por deber legal ni, menos todavía, por obediencia jerárquica- la línea interpretativa que surge del primero de los fallos plenarios de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Penal departamental, según el cual *‘...la figura del art. 172 del Cód. Penal -estafa- absorbe a la falsedad documental, tratándose de instrumentos privados o de privados asimilados a públicos, cuando ésta fue el medio elegido para perpetrar la primera...’* (causa n° 17.088, Sala II, *‘Leone, Roberto Antonio s/ estafas reits.’*, del 3 de marzo de 1.983, LS/83, R. 06/83; publ. en *‘Revista Jurídica’*, año 1, n° 2, págs. 88/94)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.014, “Pianca, Eduardo Héctor s/ tentativa de estafa, etc.”, [J.A.], del 09/10/02, R. 207/02).

“...Aún antes del plenario *‘Leone’* la (por entonces, Sala Unica de la) Cámara Penal marplatense sostuvo con absoluta claridad que *‘...la tutela penal del instrumento privado del cheque (sólo equiparado en cuanto pena al instrumento público, 297 C.P.) se orienta a proteger la fe (credulidad) pública sólo en la medida en que mediante la alteración de documentos se crea la posibilidad de un perjuicio para otro bien jurídico’* y *la falsificación del instrumento privado (cheque particular) constituye un delito de peligro de modo que para su consumación basta el perjuicio potencial (Soler, ob. cit. t. V., pág. 368/9). Cuando el perjuicio se causa, como en el delito de daño de estafa surge una relación necesariamente consuntiva con el perjuicio mismo’* (Soler, ob. cit. t. V., pág. 410), no obstando a ello que la escala penal del art. 292 C.P., reclamado por el art. 297 C.P., antes de la reforma de la ley 17.567, fuese superior -en su mínimo- a la del art. 172 C.P. El tipo del art. 172 C.P., incluye en sí el valor delictivo del tipo del art. 292 -cuando se trata de instrumentos privados-, pues aquél supone haberse causado un daño patrimonial, cuando éste implica sólo el peligro de ese mismo daño u otro...’ (causa n° 4.170, *‘Márquez, Oscar Carlos s/ hurtos simples, etc.’*, del 06/05/69, fo. 164/7, R. 60/69-S)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.014, “Pianca, Eduardo Héctor s/ tentativa de estafa, etc.”, [J.A.], del 09/10/02, R. 207/02).

## EXCARCELACION.

### Improcedencia (I., C. 132).

“...El solicitante ha sido procesado, acusado, enjuiciado, sentenciado y condenado, a título de partícipe secundario, por la comisión del delito de robo doblemente agravado por haberse cometido con el empleo de arma y en poblado y en banda (CP, 46, 54, 166, inc. 2º y 167, inc. 2º), a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales (CP, 12) y costas (CP, 29, inc. 3º; CPP, 531), con expresa declaración de reincidencia (CP, 50), al mismo tiempo en que se lo absolvió del delito de robo agravado de vehículo dejado en la vía pública (CP, 167, inc. 4º, con relación al art. 163, inc. 6º). Ese fallo de este Tribunal dictado el día 14 de diciembre de 1.999 (o sea, cuando aún no había cumplido un año en detención o prisión preventiva) no se encuentra firme, toda vez que el reo -igual que su consorte de causa y la Defensora Oficial de ambos- recurrió en casación. Tales circunstancias ponen de manifiesto que la situación del interesado queda fuera de la hipótesis del inc. 10º del art. 169 del CPP, a la vez que permiten inferir objetiva y razonablemente el peligro de fuga -en particular, cabe resaltar, dada la magnitud de la pena impuesta-, además de constituir motivos suficientes para entender que tal peligro procesal, sólo puede ser neutralizado mediante el encarcelamiento preventivo (CPP, 148, inc. 1º)...” (Por unanimidad, causa nº 132, “Virgilio, Horacio Alberto y otro s/ robo calificado, etc.”, [I.], del 02/02/02).

## EXCEPCIONES.

### Incompetencia territorial. Principio “*forum commissi delicti*” (I., C. 971).

“...Corresponderá acoger la excepción de incompetencia territorial para entender en el presente proceso, planteada por la defensa técnica de los encausados, con la explícita adhesión del Fiscal de Juicio, toda vez que, a criterio del Tribunal, siguiendo la máxima ‘*forum commissi delicti*’ y con arreglo al lugar en el que se inició la formulación de la amenaza requerida por la figura delictiva imputada a los causantes, será competente para el juzgamiento del hecho materia de proceso el juez de la circunscripción dónde aquel acto se llevó a cabo, ‘*id est*’, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (Por unanimidad, causa nº 971, “Donadio, Facundo y otros s/ extorsión en grado de tentativa”, [I.], del 07/05/02).

“...Siguiendo la máxima ‘*forum commissi delicti*’, el art. 29 del CPP, prescribe que será competente el Tribunal del lugar dónde se hubiere cometido el delito. En este sentido, Jorge A. Clariá Olmedo señala que ‘...la territorialidad es una nota característica de la competencia (...) los jueces son competentes para entender en todas las causas suscitadas en el territorio que la ley les asigna para el ejercicio de la jurisdicción; y en mérito al carácter improrrogable de la competencia penal, con respecto a ella la nota de territorialidad ha de ser estricta...’ Añade el autor que ‘...la regla universalmente aceptada, salvo rarísimas excepciones, es la del lugar de la comisión del hecho presentado como objeto del proceso a tramitarse... esta regla principal, según hemos dicho, tiene su fuente dogmática en el art. 102 de la Constitución nacional, y aun cuando no se dé acatamiento obligatorio por las provincias la distribución interna de su respectiva competencia penal, ha sido pacíficamente receptada por todas ellas por considerársela un elemento integrativo del principio del juez natural... la finalidad de mejor justicia perseguida por esta distribución territorial de las causas penales, está fundamentada principalmente en el acercamiento del Tribunal al lugar del hecho, para favorecer la garantía individual de la defensa en juicio, y con gran ventaja al mismo tiempo para la eficacia en la formación del sumario y para el éxito de los debates...’ (cfr. ‘*Tratado de Derecho Procesal Penal*’, tomo II, sobre los ‘Sujetos Procesales’, Ediar S. A. Editores. Bs. As. 1.962, págs. 181/2)...” (Por unanimidad, causa nº 971, “Donadio, Facundo y otros s/ extorsión en grado de tentativa”, [I.], del 07/05/02).

“...Sentado ello, teniendo en cuenta la descripción de los hechos delictivos del ‘*sub iudice*’ contenida en el requerimiento de elevación a juicio, conforme a la cual aparece disociada espacialmente la formulación intimidatoria al admitirse que ‘...las exigencias ilegítimas de dinero se materializaron con comunicaciones libradas por fax desde la ciudad de Buenos Aires...’; en razón de la calificación jurídica asignada a tal suceso en la aludida pieza procesal, esta es, tentativa de extorsión (CP, 42 y 168); y habida cuenta que en el ilícito en cuestión ‘...la tentativa se determina por la formulación intimidatoria de la exigencia a través del

comienzo de la formulación de la amenaza o la falsa invocación de autoridad u orden de ella...' (cfr. Creus, Carlos en 'Derecho Penal. Parte Especial', 5ª edición actualizada, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, pág. 476/7), es razonable colegir que será competente para su juzgamiento el juez de la circunscripción dónde se inició la formulación de la amenaza, vale decir, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (Por unanimidad, causa n° 971, "Donadío, Facundo y otros s/ extorsión en grado de tentativa", [I.], del 07/05/02).

"...Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que '*...para la determinación de la competencia en caso de delitos cometidos a distancia, es decir, aquellos en los cuales los diferentes pasos del 'iter criminis' no se producen en el mismo lugar, el delito se considera cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se desarrolló la acción, así como en la del lugar de verificación del resultado... La adopción del criterio de la ubicuidad para establecer el lugar de comisión de los hechos supone como consecuencia, en los supuestos de tentativa y para determinar la competencia, que el delito deba reputarse cometido tanto en el lugar donde se comenzó la ejecución como en el que debía haberse producido su consumación...*' (98.342. CS., mayo 7-998, 'Dotti, Miguel A. y otros', L.L. 1.999 – A. del voto del Dr. Petracchi). En idéntico sentido, la Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, sala 2ª, 03/02/93 – 'Tesoro Regional Banco de Santa Fe. Incid. de decl. de competencia', JA 1.994-I; y c. 37.557 – CS, noviembre 23 – 1.983, 'S., A', E.D. 107, pág. 488/9, dónde, además, se sostiene que '*dicha regla permite la elección de una de dichas jurisdicciones atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de favorecer junto con el buen servicio de la justicia, la defensa de los imputados...*'" (Por unanimidad, causa n° 971, "Donadío, Facundo y otros s/ extorsión en grado de tentativa", [I.], del 07/05/02).

"...En concordancia con esta última afirmación, no puede soslayarse que el aseguramiento del ejercicio del derecho a la defensa en juicio se ve favorecido por la adopción de la solución propugnada por las partes, toda vez que los tres imputados se domicilian más cerca de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que de Mar del Plata; véase que uno de ellos lo hace en Esperanza (Pcia. de Santa Fe); otro, en la localidad bonaerense de Valentín Alsina (Pdo. de Lanús); y el último, en la propia Capital Federal, siendo las oficinas de la escribanía de su progenitor el sitio desde el cual, '*prima facie*', habríanse enviado las comunicaciones conteniendo las exigencias ilegítimas de las que habla el Ministerio Público Fiscal. De este modo se advierten las ventajas que para aquella garantía supone la radicación de la causa en la sede capitalina..." (Por unanimidad, causa n° 971, "Donadío, Facundo y otros s/ extorsión en grado de tentativa", [I.], del 07/05/02).

## **EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.**

### **Ebriedad (J.O., C. 927; J.A., C. 1.323).**

"...Para poder eximir de responsabilidad al acusado, entiendo que resulta necesario que la ebriedad revista una entidad tal que comporte un verdadero estado de inconsciencia que, llegado el caso, le impida al ebrio comprender la criminalidad del hecho o bien dirigir sus acciones; por sí misma, no es causal de inimputabilidad, ni tiene incidencia sobre las formas de culpabilidad, sólo tiene relevancia en razón y proporción de los efectos que ella suscite en la conciencia del individuo. Este problema de la inimputabilidad - capacidad de culpabilidad-, lo entiendo relacionado directamente con el destinatario de la norma penal, entendiéndolo que lo determinante es que sea capaz de acción. Es culpable quien ha podido determinarse o motivarse de acuerdo con derecho y no lo hizo, resultando por tanto reprochable su conducta antijurídica..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Alemanno y Favarotto, causa n° 927, "Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.", [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

"...El ebrio no es inimputable por el hecho de su beodez, sino por no haber alcanzado el umbral, mínimo, para la comprensión de la criminalidad de sus actos o para el gobierno de su conducta. Recurro al pensamiento del maestro Sebastián Soler quien en su obra, nos decía que '*...los efectos de la ingestión alcohólica, no pueden ser determinados en general, pues dependen de la constitución, el hábito y el estado del sujeto...*' (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. T.E.A., Bs. As., 1.978, T.II, pto. VI, pág. 55). En sentido similar, Jorge Frías Caballero, como integrante de la Cámara Criminal de la Capital, en su voto en el plenario '*Segura, Néstor*', de fecha 13 de agosto de 1.964, afirmó que: '*...no existe regla válida 'a priori', dependiendo de los elementos de prueba que se disponga, resultando los índices de alcoholemia, una ayuda valiosísima,*

pero a la vez relativa, no debiendo postularse rígidos cartabones, sino deslindar cuidadosamente los distintos matices de la actitud, ya que la realidad, ofrece múltiples matices...” (cfr. ‘J.A.’, V, págs. 369 y sgts.)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Alemanno y Favarotto, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“...Respecto de la categoría de bebedor excesivo regular, la bibliografía médica enseña que ‘...el orden y la regularidad imperan tanto en su vivencia del alcohol como en su modo de beber. Podría definirse al bebedor excesivo regular como el bebedor alcohólico apolíneo, contraponiéndolo a todos los demás bebedores alcohólicos, especialmente los bebedores enfermos psíquicos y los alcoholómanos, en cuyos respectivos mundos privan la falta de orden y medida... el bebedor excesivo regular se distingue por ingerir a menudo... una cantidad de alcohol que encierra riesgos para la salud sin llegar nunca, o casi nunca, al estado de embriaguez...’ (cfr. Alonso-Fernández, Francisco en ‘Compendio de Psiquiatría’, Edit. Oteo, Madrid, 1.982, págs. 425 y ss.)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Alemanno y Favarotto, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“...Como tuviera oportunidad de expresarlo antes de ahora, ‘siendo la ebriedad un concepto ontológico y la inimputabilidad uno normativo, cualquier pretendida asimilación entre ambos está destinada, de antemano, al fracaso... Es que la existencia de un inficionamiento de origen ebrioso (...) resulta una determinación empíricamente verificable, conforme los métodos de las ciencias naturales; en cambio, cuestión distinta es la de categorizar el estado del autor, al momento de cometer el injusto, según su capacidad o incapacidad para responder por la conducta delictiva. Esa conclusión no puede dejar de relacionarse con el triple canon -psicológico, psiquiátrico y jurídico- utilizado por el codificador penal, en el art. 34, inc. 1º, para establecer la capacidad de culpabilidad de aquél que (en los peldaños previos de la teoría del delito) ya ha sido declarado autor de una conducta típica y antijurídica, habida cuenta que otro sería el corolario de haberse adoptado un criterio rector exclusivamente biológico...’ (cfr. mi voto en la causa n° 520, ‘Miño, Roberto Raúl’, del 18/05/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“...La alcoholización (pero lo propio sucede con cualquier otra intoxicación, desde que constituye un dato diagnóstico, comprobable sensorialmente), sólo puede conducir a la exención de la responsabilidad penal cuando, por su magnitud, es capaz de provocar en el sujeto activo una profunda alteración de la conciencia, que se manifiesta a través del desconocimiento (incomprensión, en el plano intelectual) del contenido criminoso del acto, y/o el descontrol (ausencia de inhibición, a nivel volitivo) de la conducta que ejecuta, lo que conlleva un juicio de carácter jurídico...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 20/08/02, R. 165/02).

“...No advierto la acreditación de circunstancias objetivas capaces de exonerar la responsabilidad penal del reo. No empece esta conclusión la verificación de conductas adictivas (al alcohol y drogas) por parte del encausado. Ni siquiera, el hecho de que antes de cometer estos ilícitos el nombrado haya ingerido bebidas alcohólicas, atento que tal ingesta para ser valorada como una causal de exclusión de la acción (por inconsciencia absoluta) o de inimputabilidad (o perturbación profunda de la misma), no sólo debe ser acreditada en el caso concreto, sino también verificable en cuanto a sus efectos sobre aquellos presupuestos de la responsabilidad penal, lo que tiene distintas valoraciones jurídicas conforme la doctrina de la ‘actio libera in causae’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.323, “Ugarte, David Héctor s/ daño, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 198/02).

“...El imputado reconoció que ya con anterioridad a los hechos de esta causa consumía alcohol y drogas por lo que solicita un tratamiento; pero esta adicción sólo podrá valorarse como atenuante, nunca como eximente, frente a la ausencia de pruebas sobre su grado de afectación al momento de cometer los ilícitos de autos. Ello, sin perjuicio que el conocimiento que el imputado tiene de sus conductas precedentes bajo los influjos del alcohol, lo coloca, al menos, en la actitud subjetiva del dolo eventual...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.323, “Ugarte, David Héctor s/ daño, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 198/02).

## **EXTORSIÓN.**

### **Bien jurídico protegido. Consumación (J.O., C. 819).**

“...La doctrina nacional ha entendido, siempre, que se trata de un delito contra la propiedad, pero que compromete también la libertad, en tanto y en cuanto la intimidación no es otra cosa que un medio de compulsión moral, que se ejerce sin emplear energía física sobre o contra la persona, sino valiéndose de exigencias ilegítimas, amenazando a la víctima de cualquier modo, para sí, para sus familiares o para terceros. El ilícito se consume cuando la amenaza ha obligado a la víctima a efectuar actos de disposición patrimonial exigidos, contra su libre voluntad (conf. Ricardo C. Núñez, op. cit., tomo IV, págs. 255 a 258; Sebastián Soler, op. cit., t. III, págs. 274 a 276)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Al respecto se ha resuelto que ‘...el bien jurídico protegido por el tipo penal de la extorsión es la propiedad -mediante la conculcación de la libertad- que se lesiona con la intimidación que obliga a la víctima a entregar algo con efecto patrimonial, sin requerir que el mal amenazado sea grave o inminente...’ (cfr. Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala I, del 20/09/90, en J.A. 1.991-II-p. 318, LL 1.991-C, pág. 39; ídem Cámara de Acusación de Córdoba, del 14/03/89, en Rev. La Ley Córdoba, 1990-505)... En tanto se acreditó la disposición patrimonial perjudicial por parte de la víctima, la extorsión quedó consumada. No obsta a ello, el hecho de que la exigencia se viera cumplida a medias, ya que para la configuración del tipo, tal dato aparece como intrascendente... (cfr. Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VII, del 21/09/90, J.A. 1.991-II, pág. 70)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

### **Pluralidad de acciones intimidatorias (J.O., C. 819).**

“...La pluralidad de acciones intimidatorias no debe entenderse como constitutivas de varias extorsiones en concurso real entre sí, como erróneamente pretendiera el representante del Ministerio Público Fiscal, en su alocución final, sino tal como venía calificado el ilícito al inicio del debate (es decir, como un único hecho de extorsión, conforme lo resuelto por el Juez de Garantías, al mediar unidad en el plan delictivo, multiplicidad de acciones, la misma norma violada e identidad del sujeto pasivo)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

## **GARANTIAS.**

### **Cumplimiento de las formas procesales para garantizar los derechos de las partes (J.O., C. 953).**

“...Las formas procesales han sido creadas para garantizar el derecho de las partes y la buena marcha de los procesos, pero no constituyen formalidades sacramentales, cuya inobservancia pueda llevar a la conclusión de la inexistencia de un acto, o invalidar el mismo así porque sí... En ese sentido, tengo presente lo que sostuvo la Excma. Cámara Departamental en la causa n° 17.267, caratulada ‘Attanasio, Roberto Antonio s/ hurto en grado de tentativa’, al expresar -aunque en lógica referencia al Código de Jofré- que: ‘...el art. 112 del CPP citado, no es de inexcusable cumplimiento y solamente da un procedimiento para acreditar la ajenidad de las cosas que puede obviarse cuando, con cualquier medio legítimo de prueba, se demuestra tal condición...’ (L.S./82, de fecha 09/09/82)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

### **Interpretación y finalidad (J.O., C. 940).**

“...‘Las garantías no deben ser entendidas como una carrera de obstáculos, sino a través de una tarea de ponderación, con cohesión sistemática, ya que según el principio de proporcionalidad corres-

ponde encontrar el equilibrio conveniente y adecuado a fin de proteger a los sospechados; pero también a la sociedad sin sacrificar ningún derecho constitucional, o sea, ni la libertad, ni la seguridad', tal como lo afirma en su voto la jueza Arrola de Galandrini en la causa n° 806 de este Tribunal, caratulada '*Vicintin, Pablo Gabriel*', sent. del 24/06/02..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 940, "Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

## **HABEAS CORPUS CORRECTIVO.**

### **Improcedencia del pedido de alojamiento de un procesado en Comisaría. Cuidados especiales para los imputados de delitos sexuales (H.C., C. 1.245).**

"...En sintonía con lo que expresara el representante del Ministerio Público Fiscal, ya tuve ocasión de sostener que '*un calabozo de Comisaría no puede, sin menoscabo de la manda constitucional del art. 18, en su primigenia versión de 1.853, asimilarse a la cárcel sana y limpia, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella*' (causa n° 1.091, '*Verbitsky, Horacio*', sent. del 27/12/01). Y aunque con ello queda sellada la suerte adversa de la acción traída, es del caso recordar que (también, antes de ahora) he advertido lo que sigue: '*Llevo algunos años como Juez del crimen, lo que me ha permitido conocer la existencia de una 'ley no escrita de la sociedad carcelaria', por la cual a los condenados por delitos sexuales en forma implacable, cruel e inhumana se les aplica, además, la bíblica Ley del Talión (Exodo; cap. XXI, vers. 23-25). Entonces, al disponer el traslado del detenido a la Unidad Penitenciaria n° XV de Batán, las autoridades de ese establecimiento penal deberán adoptar todos los recaudos necesarios para evitar que el mismo pueda sufrir cualquier tipo de 'sanción', 'represalia' o 'castigo' de la población, atento a la naturaleza de los delitos por los que ha sido condenado en autos*' (causa n° 199, '*Flores, Ariel Ramón*', sent. del 06/03/00), medidas que -aún cuando el amparado esté sujeto a las resultas del proceso judicial y no cumpliendo una pena, como en el otro supuesto- son de plena aplicación al '*sub lite*'... En suma, la acción entablada deberá desestimarse por improcedente, habida cuenta que con el traslado dispuesto del causante de la Comisaría 8ª a la Unidad Penal n° 15, ambas de Batán, no percibo ningún agravamiento arbitrario de las condiciones de la detención legal del aludido (CPP, 405, 2º párrafo '*a contrario sensu*')... Ello no obstante, considero que corresponderá ordenar a las autoridades de ese centro penitenciario que se arbitren todos los recaudos necesarios, a fin de prevenir que el amparado pueda ser objeto de cualquier tipo de '*sanción*', '*represalia*' o '*castigo*' de la población carcelaria, atento a la naturaleza del delito que se le imputa..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 1.245, "Villarruel, Diego Bernardo s/ hábeas corpus", [H.C.], del 03/05/02, R. 085/02).

### **Procedencia (H.C., C. 1.210).**

"...Mediando conformidad de los amparados y de su defensor técnico con el lugar de alojamiento dispuesto en forma transitoria, y a instancia del Agente Fiscal Adjunto, entiendo que el mismo deberá mantenerse, en tanto armoniza razonablemente las necesidades penitenciarias en materia de seguridad (al ser la U. P. n° 2, pese a su longevidad, un establecimiento adecuado al efecto), con el legítimo interés de la cercanía para las visitas familiares de los internos, al estar ubicado en la localidad de Sierra Chica, a distancia considerablemente más corta que otros de su especie. Con ese alcance, entonces, corresponderá declarar admisible y procedente la acción de hábeas corpus entablada... Voto por la afirmativa, al tratarse de mi convicción razonada y sincera (CN, 18, 43 '*in fine*' y 75, inc. 22º, éste en función de la C.A.D.H., 5, n° 4 y del P.I.D.C. y P., 10, apart. 2º, letra 'a'; CPBA, 20, apart. 1º; CPP, 405 y 415, 1er. y 3er. párr.)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.210, "Espiasse, Martín Alejandro y otro s/ hábeas corpus", [H.C.], del 18/04/02, R. 067/02).

### **Resistencia de las autoridades penitenciarias (H.C., C. 1.210).**

"...Sin perjuicio de lo expuesto, creo necesario puntualizar que más allá de la fundada convicción que puedan tener las autoridades del Servicio Penitenciario Bonaerense, acerca de la conveniencia de alojar a los internos amparados en un establecimiento de '*alta seguridad*' (por la U.P. n° 29), en vez de hacerlo en uno de '*máxima seguridad*' (por la U.P. n° 2), el régimen jurídico vigente en la materia (tanto federal,

cuanto local) establece de manera inequívoca -siguiendo los principios emergentes de los pactos multilaterales y de las recomendaciones de organismos internacionales, como el Comité de Ministros del Consejo de Europa- el sometimiento de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, ‘*al permanente control judicial*’ (cfr. ley 24.660, art. 3º; ley 12.256, art. 3º), lo que refuerza, por si hiciera falta, la consecuencia que los mandatos jurisdiccionales imponen a los funcionarios penitenciarios el deber de su irrestricto e inmediato acatamiento...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.210, “Espiasse, Martín Alejandro y otro s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 18/04/02, R. 067/02).

“...Va de suyo, por lo tanto, que si la Presidencia de este Tribunal había ordenado un traslado -‘*transitorio*’, cabe recordarlo- a un presidio que reúne condiciones de máxima seguridad, a pesar que en opinión de algunos funcionarios del S.P.B. diste de ser el lugar ideal por las características que se les atribuye a los internos aludidos, tal decreto debió cumplirse, sin otras dilaciones que las derivadas de las conocidas dificultades prácticas. Lo cierto es que, en la especie, altos funcionarios del Servicio Penitenciario Bonaerense consideraron el traslado que se dispusiera judicialmente como ‘*inoportuno*’ (sic), demorando injustificadamente el cumplimiento de la orden impartida, cuando, insisto con el concepto, el personal jerárquico del S.P.B. carece de competencia legal para examinar la oportunidad o inoportunidad de una medida jurisdiccional: debe limitarse a acatarla (a menos que la orden sea ostensiblemente ilegal), porque de lo contrario estaría obrando en forma ilícita...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.210, “Espiasse, Martín Alejandro y otro s/ hábeas corpus”, [H.C.], del 18/04/02, R. 067/02).

## **HOMICIDIO CULPOSO.**

### **Violación del deber objetivo de cuidado (J.A., C. 1.047).**

“...Conforme la doctrina a la que este Tribunal ha venido adhiriendo, desde el caso ‘*Hollmann, Guillermo Martín*’ (causa nº 489, sent. del 19/02/01), a fin de afirmar la responsabilidad en los injustos imprudentes es necesario establecer que media entre la acción en juzgamiento y el resultado típico una conexión de antijuridicidad, para la cual no alcanza con una simple relación causal, sino que debe darse, asimismo, un nexo de naturaleza normativa; es decir, el resultado debe ser la consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado (por todos, cito entre nosotros a Marco Antonio Terragni, en ‘*El delito culposo*’, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1.984, págs. 87 y sgtes.)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.047, “Argenio, Eduardo s/ homicidio culposo agravado”, [J.A.], del 13/12/02, R. 281/02).

“...Ello sentado, en la especie, he podido advertir que en la conducta del causante concurren no sólo la probada existencia de la condición necesaria (aunque no suficiente) para determinar su responsabilidad penal en el obrar imprudente del ‘*sub lite*’, cual es la relación de la causalidad (dimanante de su innegable carácter de embistente mecánico del otro rodado; según resulta con absoluta nitidez, por ejemplo, de los fotogramas, de las fotos, y del peritaje oficial), sino también de la infracción del aludido deber jurídico, toda vez que (aún cuando el otro conductor intentó un cruce temerario) la excesiva velocidad que denotan las huellas de frenado del vehículo del imputado, estimada por el perito accidentólogo vial entre 75 y 85 km. por hora, generó un decisivo y reprobable incremento del riesgo en la circulación viaria. Esto último revela mayor imprudencia todavía en quien, como el causante, era conocedor del avanzado período gestacional de su concubina y acompañante en el auto, circunstancia que lo debió motivar para un desplazamiento más concienzudo, en prevención de cualquier contingencia del tráfico que la pudiera afectar a ella o al hijo por nacer de ambos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.047, “Argenio, Eduardo s/ homicidio culposo agravado”, [J.A.], del 13/12/02, R. 281/02).

## **HOMICIDIO TENTADO.**

### **Diferencias con las lesiones graves o gravísimas (J.O., C. 1.048).**

“...Según Francisco Muñoz Conde, ‘...a veces el problema que se plantea es si la muerte fue provocada intencionalmente o fue, simplemente, una desgraciada consecuencia de un mal golpe propinado en una pelea sin intención de matar..., o, por el contrario, si a pesar de que no se produjo la muerte, las heri-

das causadas constituyen tentativa de asesinato. Y el Tribunal tiene que determinar entonces estos hechos con ayuda de criterios que ya no se derivan directamente de datos empíricos o inequívocos, sino de otros más imprecisos y, por tanto, proclives a valoraciones diversas. Así, por ejemplo, para resolver el problema antes apuntado de la distinción entre intención de matar e intención de lesionar, el Tribunal Supremo español recurre a "indicadores" como la naturaleza del arma empleada, número y dirección de las heridas, existencia de amenazas previas entre el agresor y la víctima, actitud del agresor antes y después de la agresión, etc., pues sólo a partir de estos datos puede determinarse o "atribuirse" una intención que de otro modo sería de imposible constatación y prueba" (cfr. 'Búsqueda de la verdad en el proceso penal', edit. Hammurabi, Bs. As. 2.000, págs. 99/100)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...Conforme lo exponen en una de sus obras Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée: 'Dicho de otra forma, serían lesiones consumadas si se acredita un dolo de lesionar o tentativa de homicidio si se acredita un dolo de matar. Podría argumentarse que la prueba del dolo en uno u otro sentido es una prueba de difícil obtención pues significa acreditar algo que está en la conciencia del sujeto. Como se verá en derecho procesal penal, este tipo de prueba muy excepcionalmente puede obtenerse por vía directa. Es una prueba que se logra a partir de indicios, esto es, de una serie de hechos objetivos legalmente acreditados que considerados individualmente no acreditan el hecho, pero que valorados en su conjunto llevan al convencimiento de su existencia. Así, un disparo dirigido a la cabeza de una persona desde corta distancia que sólo le causa una herida, permite dar por establecido un dolo de matar y no de lesionar' (cfr. 'Lecciones de Derecho Penal', edit. Trotta, Madrid 1.999, vol. II, pág. 61)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...En un fallo si se quiere reciente, la Sala III del Tribunal de Casación Penal, con voto del Dr. Carlos Alberto Mahiques, y a propósito de la cuestión en tratamiento, ha establecido que "la capacidad de resultado coincide con la eficacia o poder de producirlo. Ello conduce a que si la acción que el autor se ha representado se verifica con estas cualidades (supuesto éste que ocurre dentro de cualquiera de las variables del dolo) aquél deberá responder por un hecho doloso de rendimiento pleno. En la hipótesis de consumación perfecta no hay un error del autor sobre la eficacia de la acción. No hay error en el dolo o intención del autor y sí hay un resultado que concreta el dolo inicial del agente. Podría hablarse de un 'dolo puro' (dolo de consumación). Este dolo sólo toma en cuenta la intención del autor sin considerar el resultado. El resultado que en verdad es ajeno a la acción, indica cuando este dolo es un 'dolo puro', es decir cuando la capacidad de resultado coincide con la eficacia 'ex post' de la acción. Este es el ilícito de consumación o completo. Aquí solo el disvalor de acción configura el ilícito y el resultado es un indicador externo sobre la existencia del dolo puro del ilícito completo" (causa nº 4.180, "Luna, José Delfín s/ tentativa de homicidio", sent. del 29/11/01)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...La frontera entre las lesiones graves causadas y la tentativa de homicidio puede ser tajantemente demarcada desde el punto de vista teórico, habida cuenta que en este último caso exige el dolo de matar, o sea, el conocimiento y la voluntad del sujeto de querer realizar en la víctima el tipo objetivo de homicidio, dolo que, de adverso, está ausente en la primera de las hipótesis aludidas. 'En la práctica, sin embargo, es difícil distinguir un caso de otro' (cfr. Muñoz Conde, en 'Derecho Penal. Parte Especial', 12ª edición, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1.999, pág. 45). De allí la imprescindible necesidad de recurrir a determinados 'indicadores externos' que revelen en la conducta del agente el dolo homicida, si es que lo hubo..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...Y en la especie sí que lo hubo, habida cuenta de la probada existencia de las siguientes circunstancias que permiten a este juzgador presumirlo de esa manera. En primer lugar, por la conducta previa del sujeto activo, sobre todo en los días anteriores a la trágica noche del injusto en juzgamiento, cuando en repetidas ocasiones amenazó de muerte a su esposa (e incluso a sus hijos), prometiéndoles, según se atestiguara en la audiencia, que les iba a 'prender fuego la casa, que se iban a arrepentir de haberlo excluido del

*hogar, que él era muy malo y que estaba dispuesto a hacer una locura'* (sic). A ello cabe adunar otras expresiones de semejante tenor, traídas al debate, en el sentido que el incoado se paraba en la puerta de calle gimiendo y suplicando que lo perdonen, que se apiaden de él, y al no obtener la respuesta deseada -enseguida, no más- les advertía que si no lo dejaban retornar iba a hacer *'una masacre'* (sic). No es todo; en el juramentado relato de la víctima -desprovisto de odio, resentimiento o rencor hacia su cónyuge, conforme lo pude apreciar en su extensa exposición oral-, tras asegurar que no lo creía capaz de hacer una cosa así (por el ataque que ella sufriera), sostuvo que el causante *'me amenazó muchas veces que nos iba a prender fuego, a degollar, a hacer una masacre'* (sic). En sentido análogo, ella lo denunció pocos días antes (trece, para ser exacto) de la fecha del ilícito de autos, al presentarse ante una dependencia policial expresando que él le dijo *'que si yo lo denunciaba era lo último que yo iba a hacer, me iba a degollar aunque vaya preso'* (textual). Y más aún, con varios meses de antelación, la mujer sostuvo haber sufrido no sólo violencias físicas de su esposo (clínicamente verificadas), sino también amenazas proferidas por él, diciéndole que le iba a *'reventar la cabeza'...*" (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...Se podrá replicar, y con justa razón, que no son pocas las personas que se valen de amenazas de muerte (sólo) como recurso para tratar de dirimir sus conflictos o contiendas conyugales y familiares, sin llegar jamás a tomarlas en serio, ni, menos todavía, a concretar esos letales anuncios. Sin embargo, la frecuencia, variedad e inmediatez temporal de las mentadas en párrafos anteriores no pueden dejar de relacionarse, en principio, con la agresión acaecida. En suma, se trata de un indicador (a veces) importante, pero (por sí solo) insuficiente para extraer de él el dolo homicida (para algunos, *'animus necandi'*), que la acusación le atribuyó al procesado..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...En el aspecto cognitivo del ataque concretamente desplegado, el causante tuvo la conciencia necesaria acerca de la efectividad del medio empleado para la búsqueda del efecto mortífero, lo cual me permite inferir el propósito del reo de asumir las consecuencias de su acción, en el caso, ultimar (y no sólo herir, como bregara la defensa) a su cónyuge. Resulta así, evidente, que la convicción sobre la existencia del dolo se corresponde con la que informa subjetivamente la figura del homicidio y se funda en el justiprecio de las pruebas recibidas durante el juicio. En efecto, el instrumento productor del hecho permite concluir razonablemente que el empleo de un elemento de reconocido poder ofensivo (cuchillo puntado y filoso, de veintitrés centímetros), resultó un medio previamente cognoscible y apto para causar la muerte de su esposa. A su vez, la pluralidad de puntazos penetrantes, dirigidos a zonas vitales (el abdomen y el tórax), que, al menos, potencialmente pusieron en riesgo la vida de la víctima, de acuerdo a la estimación de los médicos forenses, y que de no haberse practicado de urgencia el drenaje quirúrgico del hemo neumotórax, con seguridad hubiera sido fatal para ella, constituye un factor complementario de persuasión que es dable tener en cuenta para elucidar la controversia analizada. Por último, de la rápida fuga del reo del escenario fáctico, abandonando a su suerte a su desahuciada y malherida esposa, con la cuchilla incrustada en la espalda, como lo depusieran ésta y el hijo menor del matrimonio, rescato una señal añadida del verdadero propósito homicida del causante, en términos de dolo directo..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

## **HOMICIDIOS AGRAVADOS.**

### **Ensañamiento (J.O., C. 849).**

"...No es lo mismo quemar para matar a otro, que incinerar su cadáver. Lo primero acaso pueda tratarse -si es que no se trata, con certeza- de una siniestra modalidad de homicidio con ensañamiento (CP, 80, inc. 2º), habida cuenta que *'la elección del fuego, salvo raras ocasiones, es un evidente síntoma de refinada crueldad que justifica sobradamente la aplicación de esa circunstancia'* (cfr. Quintano Ripollés, Antonio en *'Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal'*, edit. del Derecho Privado, Madrid 1.962, tomo I, pág. 285). Lo segundo, en cambio, jamás podrá ir más allá de un intento en procura de impunidad para el autor de la muerte, porque, según Sebastián Soler, *'no podrán computarse como calificantes los actos de cercenamiento del cadáver para encubrir el hecho cometido'* (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. Tea, 3ª edición de

la Parte Especial, 8ª reimpresión total, Bs. As. 1.978, tomo III, pág. 29)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

**Alevosía (J.O., C. 986; J.O. 1.048).**

“...Hay alevosía cuando el agente actúa sobre seguro y sin riesgo, aprovechando la indefensión de la víctima (CP, 80, inc. 2°); pero, en la especie, ni siquiera se ha podido establecer la existencia del primero de los presupuestos del obrar alevoso, es decir, la objetiva indefensión del afectado, toda vez que, aún ebrio, éste se defendió, alcanzando a forcejear con uno de sus atacantes armados; menos aún, puede afirmarse que los homicidas actuaran sin riesgos ni tropiezos, cuando de hecho aquél salía caminando de la cancha acompañado, como de costumbre, por un grupo de amigos y allegados de los que los causantes tuvieron que escapar, tras balear a la víctima y dispararle a los demás, llegando uno de ellos a recibir un cadenazo en la cabeza que lo hizo tambalear de su bicicleta, sin caerse, y perder el revólver del que se gatillara el tiro letal. Con lo expuesto, considero inaplicable al caso lo normado en el art. 80, inc. 2° del Código Penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 986, “Martinov, Fernando Gustavo y otro s/ homicidio”, [J.O.], del 04/11/02, R. 235/02).

“...Sin más, paso a analizar si en el caso concurren los dos ingredientes indefectibles de la figura agravada (como lo aseguró el acusador, contrariándolo la defensa); a saber: en primer lugar, el elemento objetivo; en segundo, el subjetivo. Respecto de aquél, es necesario que la víctima se encuentre de hecho en situación de indefensión, que puede no ser absoluta, pero sí que le impida (u obstaculice seriamente, al menos) oponer resistencia que pueda significar algún -siquiera leve- riesgo para el autor. Creus expone que *‘no es indispensable, pues, la total ausencia de resistencia, sino que la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia, mínimamente riesgosa para el ofensor, procedente de la actividad de la víctima misma o de terceros que deban o puedan oponerse a la acción... La indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque (...) o de las condiciones en que aquella se encuentra (...). Puede haber sido procurada por el autor (...), o simplemente aprovechada por él...’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, t. I, pág. 28). En la emergencia, la mujer fue inesperadamente atacada por su esposo, con el que hacía poco terminaban de compartir una reunión religiosa, quien se le acercó y recién al estar frente suyo levantó el pulóver y extrajo el puñal escondido en la cintura, arinconándola contra la pared, en un ambiente de muy escasas dimensiones que cuenta con una única puerta al exterior, como pudimos comprobarlo en la diligencia de inspección judicial (CPP, 362), aplicándole varios puntazos (dos de ellos asaz penetrantes: uno en el abdomen y el otro en el tórax; y los demás menos profundos), sin posibilidad de peligro alguno para el cobarde agresor armado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...La versión del reo al sostener que al cuchillo lo tomó de la mesada ha sido falaz, desde que se contrapone abiertamente a los testimonios de todos los miembros del grupo familiar, que desmintieron que el puñal estuviera allí, expresando que se trababa de un objeto poco menos que en desuso, al estar mal conservado, que se guardaba con su vaina a un costado del cajón de los cubiertos; lugar del que -cabe presumir, en función de esos mismos relatos- el causante lo extrajo sigilosamente, colocándose en la cintura, para tenerlo listo en el momento de concretar su artero ataque. En fin, la posterior ayuda que recibiera la víctima de su hijo de nueve años, en tanto éste al aferrarse del brazo del padre, no hizo más que interrumpir la realización delictiva, salvándole la vida a la multiacuchillada mujer, no afecta el panorama de sensible desprotección de la víctima, quien inerme soportó los plurales puntazos que le asestó el acusado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Como quedara dicho, la alevosía requiere -asimismo- la presencia de una particular dirección de la voluntad, de un plan íntimo que ordene la conducta homicida para obtener o aprovechar esa situación manifiestamente ventajosa para el agresor, de un ladino ocultamiento de sus verdaderas intenciones, habida cuenta que, siguiendo la doctrina de la Corte bonaerense, *‘el elemento subjetivo consiste en que la*

*falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima -causadas o no por el sujeto activo- hubieran sido condición subjetiva del ataque'* (S.C.B.A., P. 39.327, '*L., J. C. s/ homicidio*', del 12/04/94, publ. en A. y S. 1.994-I-661)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...Se ha podido establecer en el debate la existencia de varias señales de que el enjuiciado '*quiso obrar sobre seguro*' (Creus, ob. cit. pág. 28). Primero: cuando para lograr ser admitido y reintroducirse en la casa, en ausencia de su esposa y ante la desconfianza común de sus hijos mayores, adujo no sólo la necesidad de quedarse a recibir un llamado de trabajo, sino también el interés de participar de la habitual reunión de lectura bíblica; aspecto muy caro a las arraigadas creencias y sentimientos religiosos de su cónyuge e hijas, devotas practicantes del culto '*Testigos de Jehová*'. Segundo: cuando concluido el estudio de las Sagradas Escrituras, el procesado indujo a error a su hijo mayor (quien al decir de todos, era el único que físicamente podía frenarlo, desde que ya lo había hecho -con éxito- en el grave incidente que tuviera lugar en el mes de marzo); entonces, al comentarle el joven a su padre que se tenía que ir a visitar a su novia, el acusado le aseguró que él también se iba, aunque regresó de inmediato, una vez que aquél ya no estaba. A tal punto este dato resulta gravitante, que al interrogarse a este último sobre cómo hubiera procedido de saber que el enjuiciado tenía intenciones de permanecer en la vivienda, el testigo con firmeza respondió que '*si sabía que él se quedaba, yo no me iba*' (sic). Tercero: cuando el ataque se consumó en el momento menos pensado para la víctima, es decir y reiterando, al rato de haber concluido una sesión de fuerte contenido espiritual, maguer inmediatamente después que en el comedor de la casa no quedaran más que los cónyuges, acompañados por el hijo infante que miraba televisión en su angosto hábitat...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...Como sabemos, la alevosía se caracteriza por la traición, obrar sobre seguro, sin riesgos, pero el causante, como lo he podido apreciar en el debate, no solo se aprovechó de su superioridad física, sino que hasta diría que preparó todo el escenario para su artero accionar. En efecto: a) esperó o hizo que su hijo mayor se retirara de la casa para quedar a solas con la víctima; b) ocultó entre sus ropas el cuchillo que más tarde utilizaría, de forma tal que no despertara la más mínima sospecha. De esto nos habló en concreto la víctima, cuando refirió acerca de lo raro de la forma de sentarse de su marido; aclaro que no por ser la única que se refirió a este detalle significativo, le voy a restar crédito a su relato, el que estimo coherente, claro y sin ningún ingrediente que me haga siquiera sospechar acerca de su veracidad (CPP, 209/10); c) cubrió toda posible vía de escape de la víctima en los diminutos ambientes que conforman la vivienda familiar; d) la modalidad del ataque, felino lo calificó uno de los peritos en su declaración oralizada, por lo sorpresivo, astuto y veloz; e) la generación de confianza por parte de la mujer, en el sentido de aspirar con ésta un diálogo conciliador, acercándose a ésta en forma desprevenida; f) la actitud de buscar un cuchillo guardado en un cajón de la cocina, dejando de lado otro similar que se hallaba en el interior de un armario, bien visible, para no despertar sospecha alguna; y g) la traidora frase '*vení que te llevo al Hospital*', para abrazar a su esposa y tener así la oportunidad de asestarle otra puñalada, esta vez en la espalda, como si las anteriores, en especial la del abdomen, no hubieran alcanzado para concretar sus fines homicidas...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...No resulta necesario que la situación de indefensión haya sido provocada por el causante, sino que basta que se haya actuado contando con la indefensión o merma de la defensa considerable de la víctima. Y esta indefensión, tiene que ser lo que haya instado al sujeto activo a cometer el delito. Si no es así, cómo entender las palabras '*vení que te llevo al hospital*' y la actitud siguiente de volver a apuñalar a la víctima. La alevosía, para mí, no podría haber sido más evidente...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.] del 21/11/02, R. 257/02).

“...Sebastián Soler dice que '*...en general se reconoce que la alevosía se da cuando la víctima se encuentra desprevenida y ese estado ha sido buscado, procurado o aprovechado...*' Y con cita de Carrara, agrega que '*...esa idea de supresión de riesgo, que apenas se concibe sin premeditación, es pues esen-*

cial para al calificativo. En consecuencia, aquellos elementos que reconocimos como integrantes de la premeditación: sangre fría, perversidad reflexiva, entran también en la idea de alevosía...' (cfr. 'Derecho Penal Argentino', edit. Tipográfica Editora Argentina, TEA, Bs. As. 2.000, Actualización de Manuel A. Bayala Basmobrio, pág. 29). En igual sentido Núñez dice que no puede haber alevosía si al menos no hay preordenación (cfr. 'Manual de Derecho Penal. Parte Especial', edit. Lerner, Córdoba-Buenos Aires 1.976, pág. 50)...'' (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...En doctrina y jurisprudencia española, de modo similar a las nuestras (aunque con mejores definiciones normativas atento que nuestro inc. 2° del art.80 del CP no precisa el concepto), se ha señalado que '*...la alevosía es un medio o forma de comisión del hecho delictivo que proporciona una situación de superioridad sobre la víctima, de ahí su parentesco con el abuso de superioridad derivada de las circunstancias que rodean la acción...*' [El abuso de Superioridad es agravante en el C.P.Español art. 10 n° 8] (cfr. C. Ganzenmüller, J. F. Escudero y J. Frigola 'Homicidio y Asesinato', edit. Bosch Barcelona, España 1996, pág. 203), modalidad que supone los conceptos de traición, sorpresa, génesis y/o aprovechamiento de situación de indefensión de la víctima y un dolo que comprenda y quiera tales realidades, no en forma sobreviniente, sino '*ab initio*'. Los autores precitados, haciendo mención de fallos del Superior Tribunal Español, sostienen que '*...la alevosía se define -objetivamente- por el empleo de medios, modos o formas en la ejecución de los delitos contra las personas directamente encaminado a asegurar el resultado pretendido y -subjetivamente- por la intención de alcanzar dicho resultado sin riesgo... el núcleo de la alevosía se halla en la inexistencia de posibilidades de defensa, lo que puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien cuando se obra en emboscada o acecho... bien de modo súbito, por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado en el agresor, se ve atacado en forma rápida e inesperada...*' (op. cit., pág. 198, lo remarcado me pertenece y lo realizo por vinculación con el hecho traído a juzgamiento)...'' (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

#### **Con motivo u ocasión de un evento deportivo. Necesidad de una relación directa e inmediata entre el homicidio y ese tipo de espectáculos (J.O., C. 986).**

"...No advierto dificultades hermenéuticas para desentrañar lo que el legislador ha querido describir mediante la fórmula '*con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo*' (art. 1°, ley 24.192; B.O.N., del 26/03/93), habida cuenta que, según estimo, esa frase debe interpretarse como si expresara '*a propósito de*' una competencia de tales características, siendo jurídicamente análogo que se trate de algo preparado, meditado, preordenado ('*con motivo...*'), o bien casual, circunstancial, coyuntural ('*en ocasión...*'), como advierte con acierto Alexis L. Simaz en su reciente obra '*El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*' (edit. Ad Hoc, Bs. As. 2.002, pág. 106). Con otras palabras, lo decisivo es que exista entre el evento deportivo y el suceso ilícito una relación directa e inmediata, de manera tal que pueda afirmarse de este último que fue cometido a propósito de aquél, conexión que, en el proceso, no alcanzo a apreciar..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 986, "Martinov, Fernando Gustavo y otro s/ homicidio", [J.O.], del 04/11/02, R. 235/02).

#### **Precio o promesa remuneratoria (J.O., C. 819).**

"...Esta figura ha sido comprendida, clásicamente, dentro de las llamadas homicidio asesinado en del derecho penal italiano (cfr. Carmignani, en '*Elementos de derecho criminal*'; Carrara, en '*Programa...*'), y como homicidio por mandato en el derecho penal español (Partidas Ley 3 tit. 27 part. VII). Sin embargo, la doctrina nacional ha centrado la razón de ser de la agravación del homicidio en el pacto infame para la muerte y por ello, en este tipo legal, la calificante abarca tanto al que promete la recompensa, como al que la recibe, sin que sea necesario acreditar el cumplimiento acabado de la misma. En definitiva, la agravante proviene de que el homicida procede porque ha recibido aquella promesa de recibir un beneficio por el hecho (cfr. Sebastián Soler, '*Derecho Penal Argentino*', edit. Tea, Bs. As. 1.945, t. II, págs. 45/47, ídem Ricardo C. Núñez en '*Derecho Penal Argentino. Parte General*', edit. Bibliográfica Omeba, tomo III, págs. 48/9)... A su vez, Ricardo Levene (h) en su obra '*El delito de homicidio*' (edit. Depalma, 3ª edición, pág. 211), apunta que para que se dé esta figura '*...se requieren dos personas, a quienes alcanza por igual la agravante, pero*

puede haber más de dos si el destinado a ser autor material encarga la comisión a un tercero, en cuyo caso pasa también a ser autor moral. A todos alcanza entonces la agravante'...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, extorsión, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Más modernamente, Juan H. Sproviero (en *'Delitos de homicidio'*, edit. La Rocca, Bs. As., 1.996, pág. 210/1), expresa que en este delito *'...se trataría de comisionar su ejecutoriedad a un tercero que responda a la petición mediante... la promesa de corresponder a la actividad homicida con... dinero o bienes de valor... siempre la figura responderá a una ejecución homicida pactada por precio y con quien procede a la materialización del hecho, convirtiéndose en su ejecutor a la espera de la retribución acordada y aquel que valiéndose de este mandatario y sin hacer su aparición en escena, gestiona por tal medio la muerte de la víctima... El precio estipulado, para perfeccionar el delito, no se ajusta a exigencia alguna en cuanto al momento de su percepción; sea antes del hecho o cometido ya éste, la agravación queda perfeccionada por el sólo motivo del mandato y la muerte consecuente...'* A mayor abundamiento, ver Justa Laje Anaya en *'Comentarios al Código Penal. Parte Especial'*, edit. Depalma 1.978, vol. I, pág. 21, letra b; Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos en *'Código Penal. Parte Especial'*, edit. Hammurabi, tomo 1, pág. 82, 4° y 5° párrafo...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

## **HURTO AGRAVADO.**

### **Ambito de aplicación del artículo 163 inc. 6° del Cód. Penal (J.A., C. 1.199).**

“...A partir del texto ordenado por la ley n° 24.721 (B. O.N. del 18/11/96), ahora la agravante del art. 163, inc. 6° del Código Penal no se limita sólo a los automotores, sino que, como explica Carlos Fontán Balestra (cfr. *'Derecho Penal. Parte Especial'*, obra actualizada por Guillermo Ledesma, XV Edición, edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.998, pág. 428/vta.), se extiende *'a toda clase de vehículos'*, entendiéndose por tales a *'todo medio que sirva para el transporte por tierra, aire o agua, realizado por fuerzas animales o mecánicas... si son vehículos la bicicleta o el triciclo, porque disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada y porque no son empujados, ni arrastrados...'* (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 1.199, “Camino, Antonio Damián y otros s/ tentativa de robo agravado, etc.”, [J.A.], del 02/09/02, R. 180/02).

“...Asimismo, analizando la redacción del art. 163, inc. 6° del CP, incorporado por la mentada ley, que autonomizó la calificante, extendiéndola y desvinculándola por completo de su predecesora inmediata (es decir, la que estaba contenida en el art. 38 del decreto ley 6.582/58, que sólo incluía a los *'automotores'*), a la vez que la reintrodujo en el catálogo sustantivo, Carlos Tozzini entiende que *'como consecuencia, ahora no sólo están agravados los hurtos de los 'vehículos automotores' que define el art. 5° del citado decreto ley, sino también todo tipo de vehículo, en cuyo concepto, según Fontán Balestra, entran todos los medios que sirven para el transporte por tierra, aire o agua, realizado por fuerzas animales o mecánicas'* (cfr. *'Los delitos de hurto y robo'*, 2ª edición, edit. LexisNexis, Bs. As. 2.002, pág. 226). A su vez, Edgardo Donna (cfr. *'Derecho penal. Parte especial'*, edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2.001, tomo II-B, pág. 85), Carlos Creus (cfr. *'Derecho penal. Parte especial'*, 6ª edic. actualizada y ampliada, edit. Astrea, Bs. As. 1.998, tomo 1, pág. 416), Ricardo Núñez (cfr. *'Manual de derecho penal. Parte especial'*, 2ª edic. actualizada por Víctor Reinaldi, edit. Marcos Lerner, Bs. As. 1.999, tomo 1, págs. 213/4), y Jorge Buompadre (cfr. *'Derecho penal. Parte especial'*, edit. Mave, Bs. As. 2.000, tomo 2, págs. 60/1), coinciden en acordar a la citada calificante una amplitud semejante, siempre y cuando -según el tenor literal del precepto- el vehículo hubiere sido dejado en la vía pública o en lugares de acceso público...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 1.199, “Camino, Antonio Damián y otros s/ tentativa de robo agravado, etc.”, [J.A.], del 02/09/02, R. 180/02).

“...Ninguna razón existe para que el medio de tracción mecánica tenga una protección más extensa que aquellos que actúan por la actividad de la persona transportada y cumplen la misma finalidad. Así, fue expresamente comprendida la bicicleta (cfr. Damianovich de Cerredo, Laura T. A., en *'Delitos contra la*

*propiedad*, 3ª edición actualizada, edit. Universidad, Bs. As. 2.000, pág. 104)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 1.199, “Camino, Antonio Damián y otros s/ tentativa de robo agravado, etc.”, [J.A.], del 02/09/02, R. 180/02).

## INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

### Crterios y métodos aplicables (J.O., C. 1.066).

“...La defensa refutando la sugerencia fiscalista de etiquetarlo como tenencia ilegítima de arma de guerra, entendió, en primer lugar, que visto desde el bien jurídico protegido (la seguridad pública) y ciñéndose al sentido gramatical del vocablo *‘armas’* contenido en el art. 189 bis, 4º párrafo del digesto penal sustantivo, la tenencia de *‘un arma’* de guerra no constituía una conducta típica, en razón de la utilización del sustantivo *‘arma’* en plural; infiriendo de ello que el tipo requiere la tenencia de más de un arma de guerra para su configuración (o, lo que es igual, para la afectación del interés colectivo tutelado por el precepto penal). Disiento con esa postulación ... *‘Ab initio’* debe señalarse que el *‘gramatical’* o *‘literal’* no constituye un criterio interpretativo que determine por sí sólo el sentido de una norma jurídica... En palabras del propio Savigny: *‘con estos cuatro elementos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) se completa la inteligencia del contenido de la ley. Por tanto, no son cuatro tipos de interpretación entre los que se pudiera elegir según el gusto y a capricho, sino que son distintas actividades que han de operar conjuntamente para que la interpretación sea posible’* (cfr. System des heutigen Römischen Rechts, vol. I, Berlín, 1.840, pág. 215, citado por Juan Antonio García Amado, en *‘La Interpretación del Derecho’*, en Ensayos sobre Teoría General del Derecho, Vol. 2. Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2002, pág. 94)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...La teoría jurídica ha tomado mayor conciencia de la necesidad de explicar el sentido de una expresión con referencia al contexto en que es usada. Así, Wrobley, afirma que *‘...el sentido de una norma debe buscarse a través de un análisis de la misma en el contexto en el que se encuentra. Podemos distinguir tres tipos de contextos de una norma jurídica: lingüístico, sistémico y funcional... El contexto lingüístico de una norma jurídica es el contexto del lenguaje jurídico tal como se usa en el sistema jurídico particular, o en una parte del mismo... Una norma jurídica es siempre una parte de un conjunto más amplio de normas que constituyen el sistema jurídico. El sistema, entendido como el conjunto de las normas válidas en un momento dado y en un cierto estado, ejerce una cierta influencia sobre el sentido de una norma jurídica a causa de las dos características elementales que en grados varios son propias de cualquier sistema: tales características son la coherencia y la completitud... El último contexto, el funcional, es el más complicado y el menos preciso si se lo compara con los otros dos. Está constituido, en términos aproximativos, por toda la situación social en el momento de emanación y/o aplicación de la norma en cuestión; lo cual incluye todas las relaciones sociales relevantes’* (cfr. Wrobley, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Argitarapen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea. 1.989, págs. 90/2)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...El mero criterio gramatical no es determinativo del sentido de una norma. Este, es relativo a dos conjuntos de directivas: reglas para una comprensión inmediata y directivas de interpretación jurídica de primer y de segundo grado. Es evidente que este último grupo de directrices intenta solucionar el problema de la jerarquía entre las de primer grado, mas, sobre el particular no existe aún consenso ni en la teoría ni en la praxis. Pero, aún otorgando supremacía al sentido literal de una norma jurídica, no asiste la razón a la destacada defensa técnica del causante, desde que el significado de una expresión no es el resultado de la suma total de los significados de las palabras que la componen; inversamente, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales en una expresión está siempre en función del todo en el cual aparece...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...La interpretación literal, no es una tarea o proceso mecánico. Muy por el contrario, debe recordarse *‘que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, el contexto y la situación. Por lo tanto, es erróneo creer que la interpretación semántica comienza por establecer el significado de las palabras individuales y llega al de la expresión por la suma de los significados parciales. El punto de partida es la expresión como un todo en su contexto, y el problema del significado de las palabras individuales está siempre unido a ese contexto...’* (cfr. Ross, Alf en *‘Sobre el Derecho y la Justicia’*, 2ª edición, edit. Eudeba., Bs. As. 1.997, pág. 170/1). En este orden de ideas, basta pasar revista por algunas de las normas jurídicopenales que contienen las palabras *‘arma’* o *‘armas’* para evidenciar no sólo que el empleo en plural o singular del término resulta indistinto, sino también las inconsecuencias de atenerse al número para determinar que objetos, hechos, situaciones, o conductas quedan comprendidos en los predicados contenidos en una norma. Así, por ejemplo: [a.] El Capítulo V del Título I (Delitos contra las personas) del Libro II (De los delitos) del Código Penal, lleva el acápite *‘Abuso de armas’*, aun cuando en la redacción del art. 104 se utiliza el vocablo *‘arma’*, en singular. [b.] Los arts. 119, 4º párr., letra ‘d’, 149 ter, y 166, inc 2º del CP, al agravar, en ese orden, los delitos de abuso sexual, coacción y robo, utilizan el sustantivo *‘arma’* en plural, y en todos esos supuestos, como viene siendo pacíficamente admitido, basta el empleo de un arma para la configuración de las respectivas calificantes. [c.] El art. 144 quáter del CP, en su apartado 4º, si bien emplea el plural para referirse al contenido particular de la inhabilitación, es evidente que la pena se refiere a la tenencia o portación de un arma *‘de todo tipo’*, y no necesariamente a más de una. [d.] El art. 235 del CP, al aumentar las penas para los jefes y agentes de la fuerza pública que cometieren alguno de los delitos del título X (Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional), del Libro II (De los delitos) del código sustantivo, utiliza la expresión arma en plural, y de allí no se infiere que el autor deba utilizar más de una para que su situación sea abarcada por el campo de referencia semántica de la norma. [e.] En la ley nº 22.421 (sobre *‘Protección y conservación de la fauna silvestre’*), en el Capítulo VII (De los delitos y sus penas), también se emplea en sus arts. 25 y 26 el vocablo *‘armas’*, aún cuando (se ha entendido, sin controversias hasta ahora que) una sola resulta suficiente para la configuración del tipo. [f.] La ley nº 24.192 (sobre *‘Violencia en espectáculos deportivos’*) en sus arts. 3 y 4 al establecer el régimen penal, y en el art. 38, al tabular las contravenciones, utiliza el término *‘armas’* (en plural), no obstante lo cual, en todos los casos basta una sola para la adecuación típica...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

## JUICIO ABREVIADO.

### Inadmisibilidad (I., C. 699; I., C. 1.313).

“...El representante del Ministerio Público Fiscal y el procesado (éste, con la indispensable asistencia jurídica de su defensor), pactaron y acompañaron al expediente un escrito para viabilizar la abreviación del trámite procesal (CPP, 395/9), coincidiendo en la tipificación de los tres sucesos en juzgamiento y en la pena de un año de prisión en suspenso para el causante, con el añadido de un par de reglas obligatorias de conducta, por el término de dos años, y las costas causídicas. Ello no obstante, a juzgar por lo que se desprende del relato de la víctima del segundo de esos injustos de autos, en plena consonancia con el acta policial de procedimiento, aprehensión y secuestro, parecería ser que el accionar ilícito del sujeto activo -al menos, en forma inicial- no se habría dirigido a sustraer pequeños objetos ajenos, existentes en el habitáculo del automóvil que aquél dejara estacionado en la vía pública, frente a su domicilio, sino más bien a apoderarse de manera ilegítima del *‘Renault 18’*, sin conseguirlo, maguer por causas extrañas a sus verdadero designio. Además con el hallazgo en poder del reo de instrumentos idóneos para forzar el ingreso al automóvil y para darle arranque, mal puede desplazarse en el conato de ataque a la propiedad sobre el que versa la causa, la agravante del robo que enuncia el art. 167 inc. 4º, acoplada al 163 inc. 6º, ambos del Código Penal, para sostener que el hecho delictivo sólo importó un robo simple en grado de tentativa (CP, 42 y 164)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 699, “Tolosa, Silvio Sebastián s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 27/09/02, R. 388/02).

“...La correcta decisión jurisdiccional que corresponda arbitrar acerca del tema aludido es inconveniente, desde todo punto de vista, que se adopte con las *‘anteojeras’* que le son propias a la sugerida

modalidad del juicio abreviado, donde las actuaciones escritas de la fase preparatoria pierden este último carácter y se transforman, por la concurrente voluntad de los interesados, en la piedra de toque sobre la que habrá de sustentarse el veredicto y la sentencia. Resulta preferible, a mi entender, el conocimiento pleno y garantizado del proceso común. Rige lo dispuesto en el art. 398, letra 'a' del CPP..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 699, "Tolosa, Silvio Sebastián s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], del 27/09/02, R. 388/02).

"...Siendo el sustento probatorio del procedimiento abreviado propuesto por las partes, exclusivamente las constancias incorporadas en la IPP, que diera origen a esta causa, no encuentro legalmente posible, en cuanto al primer ilícito, apartarme de la calificación dispuesta por la Cámara de Apelación y Garantías departamental, acto jurisdiccional en el que se rechazó la pretensión de la defensa para que se subsumiera aquel ilícito en el delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa, como terminan de proponer las partes en el acuerdo. Y respecto del coencausado, amén de advertir que en el convenio se plantea un supuesto fáctico, material y jurídicamente distinto de aquél por el que fuera procesado, por el que se le recibiera declaración a tenor del art. 308 del CPP, como, finalmente, por el que viniera elevado a juicio, tampoco advierto que pueda apartarme *'prima facie'* de aquellas calificaciones. En consecuencia, apartándose los acuerdos de juicio abreviado de las pruebas reunidas en la I.P.P., entiendo que no es posible homologarlos..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.313, "Jara Stegman, Pablo David y otro s/ robo agravado por uso de arma, etc.", [J.A.], del 27/11/02, R. 513/02).

"...Considero que tal apartamiento de la original calificación, me estoy refiriendo a la del requerimiento de elevación, totalmente distinto en cuanto a la conducta incriminada, por más que sea beneficioso a la situación procesal del encartado, pero alejado de concretas previsiones de orden constitucional (v. gr., defensa en juicio; CN, 18), a lo que le agregaría el cambio del objeto procesal, impide a este cuerpo colegiado homologarlo como se dejara peticionado. Ello, más allá de todas las desviaciones que se le puedan admitir a este *'engendro procesal'* denominado *'juicio abreviado'*. Resumiendo, entonces, y considerando que el debate oral, con las notas que lo caracterizan (y apelando al inveterado, reiterado y pacífico criterio sustentado por el Superior en igual sentido), servirá para dilucidar en forma clara y concreta los interrogantes ahora planteados, es que adhiero al pensamiento de los colegas que me han precedido en el sentido de rechazar *'in limine'*, las soluciones alternativas que fueran acordadas por los intervinientes de autos..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.313, "Jara Stegman, Pablo David y otro s/ robo agravado por uso de arma, etc.", [J.A.], del 27/11/02, R. 513/02).

### **Reconsideración de un acuerdo rechazado por otro Tribunal (J.A., C. 1.331)**

"...La primigenia desestimación de un convenio análogo (o cuasianálogo) en favor de la simplificación del trámite procesal, decidida por el Tribunal de competencia originaria, no resulta vinculante para este organismo jurisdiccional, quien ante la insistencia de los interesados cuenta con la habilitación necesaria para realizar -sin restricciones de ninguna clase- un reexamen integral de la cuestión traída (cfr. T.C. n° 1, causa n° 72, *'Alaiz, Juan José'*, del 19/08/99; causa n° 285, *'Pugliesi, Carlos Adrián'*, del 31/03/00; causa n° 351, *'Caprista, Marcelo Fabián'*, del 05/07/00; causa n° 828, *'Villalonga, Miguel Rubén'*, del 20/07/01; causa n° 1.185, *'Brecciaroli, Juan José'*, del 22/05/02; causa n° 1.082, *'Lacoste, Jorge Omar'*, del 26/06/02; causa n° 1.309, *'Mayo, José Eduardo'*, del 28/08/02; entre otras)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, "Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo y tenencia ilegítima de arma de guerra, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

## **JURISPRUDENCIA.**

### **Carácter no vinculante, sin desmedro de la función uniformadora o nomofiláctica de los fallos de los tribunales superiores (J.A., C. 1.331).**

"...Acerca del mentado acatamiento a la doctrina legal de la Suprema Corte que -en última instancia- inspira el rechazo del juicio abreviado por el Tribunal originario, recorro a la autorizada explicación de Luigi Ferrajoli quien sostiene que *'...en el conflicto entre los valores de rango constitucional de la defensa de*

la legalidad, comprometidos en el juicio penal, y el valor de la nomofilaquia, consagrado por una ley ordinaria, es este último el que, en mi opinión, debe sucumbir... No debemos temer tanto las divergencias interpretativas. En cierta medida, ellas no son factibles de eliminación. Es nuestra tarea, señalar todos los instrumentos para reducirlas a su mínima expresión, pero no, repito, hasta el punto de sacrificar otros valores y garantías más importantes' (cfr. 'Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia', publ. en 'Nueva Doctrina Penal', edit. Del Puerto, 1.996/B, págs. 445/55)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, "Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

"...No creo que se desmerezca la importancia de la seguridad jurídica ni, menos todavía, que se infrinja la igualdad ante la ley, atribuyendo a la función nomofilaquia de la casación un valor subordinado a otros principios fundamentales, como el de la independencia (no sólo externa, sino también interna) del poder jurisdiccional constitucionalmente asignado a los jueces, conforme sus competencias específicas y grados de injerencia, puesto que, de otra manera, la observancia imperativa (o, si se prefiere, uniformante y automatizada) por los tribunales inferiores de los fallos de los superiores podría llegar a constituir un grave obstáculo a la libertad de decisión de la magistratura, entorpeciendo, además, el desarrollo creciente de la interpretación de la ley e impidiendo su enriquecimiento con enfoques renovadores. Con lo expuesto, en modo alguno trato de auspiciar los apartamientos caprichosos o inmotivados de la doctrina pacífica de los órganos supremos; más bien, a la inversa, considero que -en principio- los jueces debemos tenerla muy en cuenta como un necesario punto de referencia en nuestro análisis jurídico, procurando evitar diversidades procesalmente antieconómicas y disfuncionales, a menos que exista fundada convicción de lo contrario..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, "Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

"...El apartamiento de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia provincial no sólo se justifica cuando, en resguardo del principio de legalidad, el decisorio se fundamenta en argumentos innovadores y diferentes respecto de aquellos fallos, sino también, cuando el precedente de la Suprema Corte, colisiona por su parte, con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha entendido que '...los jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a las de este Tribunal, ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de sus precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquél reviste el carácter de intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia' (Fallos: 303:1769 y 311:1644, ídem causa n° 5.888/98, 'Marcilese, Pedro' del 15-08-02)... (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.331, "Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

## **MORIGERACION DE LA PRISION PREVENTIVA.**

### **Improcedencia (I., C. 744).**

"...El causante ha sido condenado, a título de coautor jurídicamente responsable del delito de secuestro extorsivo (CP, 170), a la pena única de once (11) años de prisión (CP, 58, 1ª parte), accesorias legales (CP, 12), y costas (CP, 29, inc. 3º; CPP, 531), con más la declaración de reincidencia (CP, 50), habida cuenta que el injusto que se le reprocha en autos fue perpetrado mientras disfrutaba de los beneficios de la libertad asistida en una causa anterior. Ese fallo de este Tribunal si bien no se encuentra firme, al haber sido recurrido por la defensa ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, refuerza las razones que, en su momento, determinaron el dictado de la medida de coerción personal que pesa sobre el enjuiciado, al permitir afirmar con un grado de certeza mucho mayor, la concurrencia de las condiciones establecidas por los incs. 1º y 3º del art. 148 del CPP..." (Por unanimidad, causa n° 744, "Guerrero, Julio Osvaldo s/ secuestro extorsivo", [I.], del 16/12/02).

"...Las circunstancias reseñadas, en particular, la magnitud de la pena impuesta mediante sentencia no firme y el comportamiento del imputado en procesos anteriores, en la medida en que indican su voluntad de no sujetarse a las reglas que le son impuestas, permiten inferir objetiva y razonablemente el peligro de fuga, además de constituir motivos suficientes para entender que tal peligro procesal, sólo puede

ser neutralizado mediante el encarcelamiento preventivo (CPP, 146, 148, inc. 1º y 3º, 159 y 163 inc. 2º, éstos últimos dos “*a sensu contrario*”)...” (Por unanimidad, causa nº 744, “Guerrero, Julio Osvaldo s/ secuestro extorsivo”, [I.], del 16/12/02).

## **NE BIS IN IDEM.**

### **Alcance (J.O., C. 917).**

“...Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la prohibición de la doble persecución penal abarca no sólo la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente punido, *‘sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho’* (CSJN, “*Taussig*”, publ. en ‘*L.L.*’, 1.991-E-32)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 917, “Jalo, José Luis s/ coacción”, [J.O.], del 17/05/02, R. 090/02).

### **Jerarquía constitucional de la garantía (J.O., C. 917).**

“... Aun cuando el rango constitucional de la mentada garantía había sido reconocido por la Corte Federal desde antiguo, como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa del art. 18 (así, Alejandro D. Carrió en la 3ª edición de su obra *‘Garantías constitucionales en el proceso penal’*, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.994, pág. 379, hace mención a la causa *‘Ganra de Naumow’*, Fallos: 299; 221), es innegable que con la reforma del ‘94 esa jerarquía se ha visto vigorizada con la incorporación a la ley fundamental de, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 (dedicado a la garantías judiciales), numeral 4, dispone: *‘El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos’* (sic.), situación que es enteramente aplicable a la del *‘sub lite’*. Más aún, conforme la fórmula amplia recogida en el texto constitucional local, se garantiza que *‘ningún acusado será encausado dos veces por el mismo delito’* (art. 29), debiéndose interpretar el vocablo delito en su acepción de *‘comportamiento o conducta delictiva’*, tal como aparece plasmado en el art. 1º del CPP que prescribe que *‘nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho’* (t.o. ley 11.922)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 917, “Jalo, José Luis s/ coacción”, [J.O.], del 17/05/02, R. 090/02).

### **Procedencia del reclamo (J.O., C. 819).**

“...Los defensores han planteado que la introducción en el requerimiento fiscal del suceso ocurrido en la localidad de General Alvear (Pcia. de La Pampa), implica un intento de reeditar su juzgamiento lo que viola el principio del *‘non bis in idem’* (CPP, 1º). En tanto y en cuanto, el mismo Agente Fiscal ha respondido que la mención de ese suceso y el expediente aludido se ha invocado sólo al efecto probatorio (del contacto entre los imputados con la viuda y sus hijos...), pero no como un hecho delictivo más que debería ser juzgado por el tribunal (lo que por otra parte resulta evidente de las mismas constancias de ésta causa), la solicitud de nulidad analizada resulta improcedente y debe desestimarse (CPP, 201 y 203 *‘a contrario sensu’*)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, extorsión, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...Según mi leal saber y entender, les asiste razón a los defensores al reclamar la nulidad -parcial, por cierto- de la acusación final, por haberse violado en ella el principio constitucional del *‘non bis in idem’* al pretender, en forma indirecta, que este Tribunal haga mérito probatorio de los hechos ya investigados en la localidad de Int. Alvear (Pcia. de La Pampa) y correspondientes a una causa archivada... Aunque podría interpretarse que la inclusión del incidente que se dice ocurrido en extraña jurisdicción apenas sería un indicio más de la conducta extorsiva que damnificara a uno de los causantes, entiendo que hay aspectos de orden constitucional reflejados en la ley procesal, que no se pueden soslayar...” (Del voto del Dr. Martirelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa nº 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, extorsión, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 29, resulta bien clara y terminante en el sentido de prescribir que *‘ningún acusado... será encausado dos veces por un mismo delito’*. A su vez, el art. 1º del CPP, reglamentando esa manda de la ley fundamental, establece la expresa prohibición que se persiga penalmente a nadie *‘más de una vez por el mismo hecho’*, situación que indirectamente ha sido dejada de lado en la acusación, al mencionar el referido suceso. Es por todo lo dicho, entonces, que con el alcance indicado estimo procedente el reclamo de las defensas (CPBA, 29; CPP, 1º, 203, 2º párr., 205 inc. 3º, 209/10 y 373)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa nº 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, extorsión, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

## **NULIDADES.**

### **Efectos (I., C. 727).**

“...La declaración de nulidad del protocolo de autopsia, dispuesta por este Tribunal, con fundamento en lo normado en los arts. 202, inc. 3º y 247 del CPP, trae aparejada no sólo la privación de los efectos jurídicos corrientes del acto viciado, sino también la esterilización de cualquier procedimiento a futuro que pretenda, de soslayo, reinsertarlo en el ámbito del proceso, lo que sucedería si, accediendo a la solicitud del acusador, se autorizara el interrogatorio de los profesionales intervinientes en la diligencia aludida (CPP, 207 y 311)... Siguiendo análogo criterio, entendemos que la invalidación de la necropsia conlleva la de los peritajes alcoholimétrico y toxicológico, en razón de tratarse de actuaciones ligadas directa e inmediatamente al acto nulificado (CPP, 207 y 211)...” (Por unanimidad, causa nº 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [I.], del 10/09/02).

“...Distinto temperamento corresponde arbitrar respecto del certificado de defunción, que fuera ofrecido por la parte acusadora y ordenado por este Tribunal, con el carácter de instrucción suplementaria, sin que mediara -ni entonces, ni después- objeción alguna de la defensa; máxime cuando se trata de un instrumento público que aparece completamente dissociado de la operación de autopsia, que persigue fines probatorios diversos y que se practica en otro ámbito distinto de aquél (el hospitalario) donde se constatará el fallecimiento de la víctima, aún cuando, referencialmente, aparece mencionado el mismo médico que interviera en la necropsia (CPP, 207 a *‘contrario sensu’*, 366, 5º y 338 nº 7)...” (Por unanimidad, causa nº 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [I.], del 10/09/02).

### **Improcedencia en el caso de la presentación espontánea de la acusada (J.O., C. 819).**

“...La nulidad peticionada por todos los defensores respecto de la declaración judicial de la causante, es inaudible toda vez que, como ya fue resuelto por la Cámara de Apelación y Garantías, la aludida sólo intervino en el expediente en calidad de imputada y tanto de la disposición fiscal que ordena recibirle declaración, como del acta posterior, resulta -sin la menor duda- que sólo declaró a tenor del art. 162 del CPP, sobre la base de una imputación probable respecto del hecho que se investigaba (a ese entonces sólo el homicidio, sin habersele recibido nunca juramento de ley de decir verdad). Debe destacarse que a ese momento no existía aún auto de imputación alguna en los términos del art. 308 del CPP que definiera precisamente el objeto procesal. Por lo expuesto, no advierto mala fe o inducción a error respecto de esta encartada en la declaración de mentas; máxime que la diligencia fue realizada previo asesoramiento con el Defensor Oficial, quien además presenció la audiencia acompañando a la imputada y suscribió el acta (CPP, 117/8; CC, 993), lo que sanea cualquier pretendida irregularidad...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

“...A mayor abundamiento, cabe consignar que el hecho de que la imputada trajera además, durante dicha declaración, a conocimiento de la fiscalía interviniente una denuncia de delitos de acción pública de los que estaba siendo víctima (extorsiones y amenazas), por los que se le pudiera brindar algún tipo de protección, no le confiere en modo alguno el carácter de testigo protegido, como han insistido reiteradamente ella y su defensor de confianza...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa nº 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

### **Improcedencia respecto de reconocimientos fotográficos y personales (J.O., C. 1.066).**

“...Uno de los letrados impetró que *‘se decrete la nulidad del acta policial al entender que tal acto resulta violatorio de la garantía constitucional de la defensa en juicio (CN, 18), lo que conlleva la nulidad del reconocimiento en rueda de personas posterior y de todos los actos que son su consecuencia’*. Acerca de esa metodología implementada en autos para profundizar la pesquisa en el ataque al patrimonio que padeciera -junto a su madre y a su pequeña hija- la testigo (es decir, la compareciente que intervino en la diligencia policial aludida), y que la defensa pretendió que se invalide, reputándola contraria a la garantía de la defensa en juicio, corresponde decir que este Tribunal en situaciones análogas ha sostenido una postura divergente (opuesta, para ser exacto) de la esgrimida por la tenaz y calificada defensa particular del reo, quien (no obstante, su esmero) por error citó mi voto en la causa *‘Gauna’...*” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...En el caso *‘Gauna’* y en lo que aquí interesa, tuve la oportunidad de señalar: *‘... Adelanto que ningún reparo me merecen las exhibiciones fotográficas en los casos, como el del ‘sub judice’, en que se utilizan con gran provecho para adelantar las investigaciones en la búsqueda de los autores de infracciones penales, porque privar de ellas a los encargados de la instrucción sería limitar su tarea más allá de lo tolerable, exponiéndola a la contingencia de un fracaso institucional de peligrosas consecuencias sociales...’* *‘... A propósito del mismo asunto, entiendo 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 testimoniado por L. y C. en la audiencia de vista de causa, la sola exposición de las fotos a los ojos de los damnificados, con el fin de orientar con éxito las investigaciones criminales, podrá disminuir o cancelar -dependen los casos- el valor demostrativo de ulteriores reconocimientos de personas, mas carece de aptitud para declarar la nulidad de estas diligencias procesales...’* *‘... En otras palabras, 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...’* ...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...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’*, 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. 36/02)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...La cuestión atingente a la eficacia demostrativa de esa clase de identificaciones fotográficas, o a la de los reconocimientos personales posteriores, tema que fuera acollorado en el alegato del nulidicente con repetida mención del caso *‘Gauna’*, es un asunto distinto -del que me ocuparé *‘infra’*- que nada tiene que ver con la legalidad del acto impugnado, cuya validez, siguiendo los precedentes trasegados, vuelvo a referendar...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que se adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

### **Sanción de caducidad (J.O., C. 940).**

“...En momento alguno durante la etapa penal preparatoria, ni en la oposición al requerimiento fiscal de elevación a juicio (CPP, 336), ni, después, al celebrarse la audiencia preliminar, en cuya acta dejése constancia que no se plantearon *‘cuestiones relativas a la validez constitucional de los actos de la I.P.P., que deban ser utilizados en el debate y sobre las nulidades que pudieran existir’* (CPP, 338, 3er. párr. n° 2), y, en fin, ni siquiera al trazar las líneas argumentativas al comienzo del debate (CPP, 354, 2º párr.), la defensa técnica ejercida -desde los albores del procedimiento- por el abogado de confianza del causante, objetó la legalidad del acta del procedimiento practicado por el personal policial preventor, a propósito de los ilícitos en juzgamiento. Es más; la defensa consintió que ese documento público fuera incorporado al debate por su lectura (CPP, 366, inc. 1º), al adherir a toda la prueba ofrecida por el Fiscal de Juicio...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 940, “Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

“...Sin embargo, el asistente jurídico del imputado al hacer uso de la palabra en la discusión de cierre (CPP, 368, 1ª parte), creyó advertir vicios esenciales en la actuación policial documentada al inicio del proceso, los que lo llevaron a postular su nulidad, así como la de *‘todos los actos realizados en su consecuencia, en virtud de las contradicciones existentes entre la misma y lo declarado en el juicio oral y público por los funcionarios policiales’*. Más allá que en la impugnación se mezclaron objeciones a la validez y a la eficacia del acto jurídico, como si se tratara de lo mismo, entiendo -precisamente, con base en lo expuesto *‘supra’*- 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, además, omitió relacionar su censura a la legalidad del acto aludido, apuntalada en presuntas contradicciones entre su contenido y el de dos de los testimonios practicados en la audiencia, con la violación de precisas y específicas garantías constitucionales (CPP, 202 y 203, 2do. párr., los dos *‘a contrario sensu’*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 940, “Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

#### **Utilidad del pedido de nulidad (J.O., C. 727).**

“...El acto impugnado por la defensa carece de entidad alguna en el proceso, no siendo necesario apelar a la nulidad pues *‘la nulidad debe tener una utilidad para el proceso. Para determinarla puede recurrirse a la eliminación hipotética del acto irregular y si se determina que aún con su exclusión, la decisión hubiese sido la misma, entonces se demuestra, en principio, la inutilidad de la nulidad. Se logra mediante este procedimiento identificar los casos en que se pretende la nulidad por la nulidad misma’* (cfr. Binder, Alberto M. en *‘El incumplimiento de las formas procesales’*, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 2000, pág. 116, cita 24)...” (Del voto de la Dra. Camadro, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

#### **PENA.**

##### **Culpabilidad como presupuesto y medida de la sanción penal (J.O., C. 1.048).**

“...Estoy convencido que a partir del principio constitucional de derecho penal *‘nullum crimen nulla poena sine culpa’*, que rige en nuestro sistema jurídico (CN, 18), la culpa no sólo es presupuesto sino también medida de la pena, de modo que a mayor culpa corresponde también mayor pena. Los alemanes dicen que nadie puede ser sancionado más duramente de lo que merece y sólo es *‘merecida’*, en justicia, una *‘...pena adecuada a culpabilidad...’* (cfr. expresión que Schünemann atribuye a Roxin en *‘Política Criminal y Nuevo Derecho Penal’*, Homenaje a Claus Roxin, capítulo *‘Sobre la crítica a la teoría de la prevención especial positiva’*, edit. Bosch, Barcelona, 1.997, pág. 92). Y siguiendo a Giuseppe Bettiol, tomo la culpabilidad como *‘...valor negativo que, si bien precisa de la imputación de un hecho lesivo, lo hace en cambio, no en razón de la lesividad del hecho, sino con motivo de la reprochabilidad moral del comportamiento...’* (cfr. *‘El problema penal’*, edit. Hammurabi, 1.995, pág. 211). Con esta interpretación, debe abarcarse, en el análisis de la culpabilidad del sujeto, su captación tanto del disvalor ético de la acción como de idéntico disvalor del resultado buscado (independientemente del definitivamente logrado) y la dirección de su voluntad hacia

ellos...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Al ‘plus’ de culpabilidad y antijuridicidad que ‘per se’ resulta de la calificación como homicidio doblemente agravado que hemos dado al hecho atribuido al acusado, le corresponde también un ‘plus’ de pena. Así, en función del principio de justicia distributiva, estando las dos agravantes del art. 80 incs. 1° y 2° del Cód. Penal, conminadas con las mismas especies de pena alternativas -reclusión o prisión-, y habiendo el acusado querido, en un único hecho, intencionalmente, vulnerar de tal modo -con desprecio hacia quien, por ser su cónyuge, debía mayor respeto y afecto, y prevaleciéndose de un obrar a traición y por sorpresa que impedía su defensa y le aseguraría el resultado- el bien jurídico de la vida de la víctima, coincido con el Dr. Martinelli en que, al concurrir aquellas en forma conjunta, deberemos optar por la pena de reclusión y no por la de prisión...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

### **Finalidad (J.O., C. 1.048).**

“...Yendo al plano de la sanción que voy dejo propuesta, tengo presente, al igual que lo hiciera la defensa, lo que dijera Francesco Carrara, en su célebre ‘Programa...’ cuando afirmó que el fin de la pena no es ni que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño padecido por él, ni que se amedrenten los ciudadanos, ni que el delincuente expie su delito, ni que se obtenga su enmienda. Para el maestro italiano, el fin primario de la pena es ‘el reestablecimiento del orden externo de la sociedad’. Pena grave será la que voy a sugerir; pero también ha sido gravísima la conducta exteriorizada por el causante. Y si bien es cierto, como afirmara la defensa, que en la actualidad y en la práctica, la diferencia entre prisión y reclusión casi no existe, consolidándose esta opinión en el nuevo esquema penitenciario formulado por la ley nacional n° 24.660, ello no empece a la sanción que he elegido para el causante, motivado por las razones que expusiera en los párrafos que preceden...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio agravado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...A pesar de la actual crítica a la concepción retributiva de la pena, estoy de acuerdo con la posición de aquellos que, sin excluir otros fines (p. ej., la prevención general y especial y resocialización), no dejan de excluir aquella cualidad de la sanción penal, pues como enseñara también el maestro G. Bettiol ‘...la pena es retribución... que es reafirmación de una exigencia ética violada, que es fundamento de nuestro mundo moral y de nuestra civilización...’ (op. cit., pág. 226)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio agravado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

### **Personalización de la sanción imponible (J.O., C. 1.048).**

“...Voy a tener presente también lo manifestado por el Tribunal de Casación Penal de esta Provincia, cuando expresó que ‘...establecida la gravedad del ilícito en la escala penal amenazada, el legislador permite subjetivizar, ‘id est’: personalizar la sanción atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que emergen del autor, de la víctima y de la sociedad en que la conducta se concreta...’ (Sala I, sent. del 25/08/00, en causa n° 513, ‘Espíndola’; ídem del 07/12/00, en causa n° 1.633, ‘Guazzi’)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ homicidio calificado en grado de tentativa”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

## **PRINCIPIO DE ADQUISICION PROCESAL (O PROBATORIA).**

### **Alcance y aplicaciones (I., C. 727).**

“...En virtud del principio de adquisición procesal, una vez que una medida de prueba fue ofrecida (además, proveída favorablemente y, en el caso, hasta practicada) a instancia de uno de los litigantes, en el legítimo ejercicio de su derecho probatorio, cuando, luego, pretende desistirla, su voluntad es ineficaz si (y sólo si) el adversario manifiesta su expreso interés en conservarla, toda vez que este último se encuentra en paridad de derechos con aquél, por el armónico ensamble de los principios de bilateralidad, igualdad de

armas y comunidad de prueba. Por lo tanto, la diligencia aludida no llega al debate oral por la decisión autónoma del tribunal juzgador, quien -como órgano neutral, en el ámbito del principio de imparcialidad- carece por completo de una potestad semejante, sino por el pedido de la contraparte, quien, así, ejerce su derecho a probar, tan legítimo y respetable como el de su contrincante procesal..." (Por unanimidad, causa n° 727, "Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio y tenencia ilegítima de arma de guerra", [I.], del 10/09/02).

"...Según el mentado principio de adquisición, las pruebas *'una vez recogidas, despliegan su entera eficacia a favor o en contra de ambas partes, sin distinción entre la que las ha producido y las otras. El juez puede y debe utilizar el material probatorio prescindiendo de su procedencia'* (cfr. Sentís Melendo, Santiago en *'La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio'*, edit. Ejea, Bs. As. 1.985, pág. 221)..." (Por unanimidad, causa n° 727, "Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio y tenencia ilegítima de arma de guerra", [I.], del 10/09/02).

## **PRISION Y RECLUSION.**

### **Divergencias (J.O., C. 1.048).**

"...Debe observarse que entre las penas de prisión y reclusión existen serias diferencias dogmáticas que determinan que la última es más grave que la primera. Estas diferencias, surgen del propio Código Penal y se refieren a las consecuencias de su imposición, respecto de la aplicación de otros posibles institutos de la ejecución penal, que surgen tanto del mismo Código de fondo como de las leyes de ejecución penal nacional (24.660) y provincial (12.256). Tales diferencias son las siguientes: [a] En cuanto al cómputo de prisión preventiva (CP, 24): prisión: un día, reclusión: dos días. [b] En cuanto a la posibilidad de obtener condena de ejecución condicional (CP, 26): no se puede en la reclusión y sí en la prisión. [c] En cuanto a los cómputos del tiempo de pena cumplida a los fines de la libertad condicional y libertad asistida (CP, 13; arts. 54 de ley 24.660, 104 de la ley 12.256 y 511 del CPP). [d] En cuanto a la graduación e individualización de la pena en la tentativa (CP, 42 y 44). [e] En cuanto a la imposibilidad de conceder la suspensión de la reclusión accesoria del múltiple reincidente (CP, 26 y 52 último párrafo). [f] En cuanto al tipo de trabajo que los penados pueden realizar (prisión: trabajo público o privado y reclusión: sólo trabajo público; CP, 6 y 9). [g] Y en cuanto al lugar de encierro (CP, 6 y 9)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

"...De lo expuesto extraigo como conclusión dogmática inevitable que, más allá de lo que resulta de las previsiones de las leyes de ejecución penal aplicables, en el Código Penal se prevén consecuencias más gravosas para el penado que resulta condenado a cumplir una reclusión, con relación a otro que lo sea por pena de prisión... Existen asimismo distinciones -sobre la base de la gravedad de las penas- con relación al cómputo del tiempo de pena cumplida para poder gozar de los beneficios de libertad asistida, salida transitoria, prisión discontinua, no sólo por remisión al art. 24 del CP, sino también por previsiones específicas de las leyes aludidas, como los arts. 17 (salidas transitorias) y 54 (libertad asistida) de la ley 24.660 y arts. 104 (libertad asistida) y 146 (salida transitoria) de la ley 12.256..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, "Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado", [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

### **Escala sancionatoria del art. 44, 2º párr. del C.P. Su constitucionalidad (J.O., C. 1.048).**

"...Luego de oír la pretensión punitiva de la parte acusadora (dieciséis años de reclusión para el causante), la defensa planteó *'que la pena de reclusión pedida por el Agente Fiscal de Juicio es inconstitucional, habida cuenta que el art. 24 del CP computa cada dos días de prisión preventiva uno de reclusión, y si su defendido fuera condenado y recurriera el fallo en casación, cada día de prisión preventiva se le computaría por la mitad, lo que implicaría un agravio no sólo a la presunción de inocencia, sino también al derecho de defensa a recurrir a un Tribunal Superior'* (textual). Si bien la defensa no citó explícitamente al art. 44, 2º párrafo del CP, no creo que pueda tildarse de inadmisble su planteamiento, sin incurrir en un supuesto de censurable exceso ritual manifiesto, cuando es evidente que la impugnación aludida se dirige a él, desde que sólo en su marco o escala sancionatoria se encuentra contenida *'la pena de reclusión pedida por el Agente*

*Fiscal de Juicio'* (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Lo dispuesto en un pasaje del art. 24 del CP fue traído a título (si se me concede decir, simplemente) demostrativo del ostensible perjuicio que puede ocasionar a los derechos fundamentales del reo, la imposición de la cuestionada especie punitiva del art. 44, 2° párr. del mismo ordenamiento material. Con esa necesaria aclaración, considero admisible la cuestión planteada; aún cuando resulta prematuro expedirse ahora -y en forma abstracta- sobre la constitucionalidad, o no, del aludido fragmento del art. 24 del Código Penal, toda vez que el mismo presupone la efectividad de una condena jurisdiccional firme, inexistente en autos. Este conflictivo asunto deberá abordarse y resolverse, en su caso, en ocasión de practicar el cómputo de pena...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Bajo esos estrictos límites, no voy a acompañar la solicitud inconstitucionalizante de la defensa, en primer lugar, porque -situada como está- la reclusión en la cláusula punibilizadora del 2° párrafo del art. 44 del Código Penal no es más que una pena alternativa a la de prisión prevista en el párrafo 3° (art. cit.), cuya selección queda, en definitiva, librada a la razonable ponderación jurisdiccional (CP, 40/1). Y además, porque, sin desconocer la práctica asimilación que denunciara la peticionante, entiendo, siguiendo a Soler, que *‘la cuestión puede, por lo tanto, plantearse con independencia del problema penitenciario y vistas las cosas a esta luz, nos inclinamos por el mantenimiento de las dos penas, porque, como tendencia general, es justo que exista una distinción en la pena privativa de libertad aplicable a ciertos delitos y a ciertos autores, sobre todo para señalar el carácter de reproche que la pena comporta’* (cfr. Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, *‘Proyecto de Código Penal de 1.973’*, en *‘Cuadernos’*, n° 129, Cba. 1.976, párrs. 41-4)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

## **PRUEBA.**

### **Criterios valorativos (J.O., C. 953).**

“...Las reglas que gobiernan la ponderación de la prueba, constituyen el auxilio del juzgador en la averiguación de la verdad, implicando, al propio tiempo, una garantía de justicia que la ley brinda al proceso en su aspiración legítima de alcanzar un pronunciamiento justo. Cuando llega el momento de dictar el fallo, el juez estudia los hechos, los analiza, hace una valoración de los mismos y de allí extrae un resultado; sus conclusiones; que son las que determinan el contenido de la decisión: el veredicto y la sentencia. Todo ese mecanismo intelectual, toda esa actividad de un claro carácter subjetivo, no puede validamente estar divorciada del proceso que posibilita esa actividad como punto de partida y material de análisis...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...Nuestro debido proceso, netamente acusatorio, provee al magistrado un sistema para la valoración de la prueba, constituido por las libres convicciones, pero ello no implica ni da lugar al capricho del juzgador. La no sujeción a reglas preestablecidas, al hablar de libertad de conciencia o íntima convicción, ha llevado a muchos a pensar que existe una libertad absoluta de valoración, que mientras sea producto de la íntima y sincera convicción, ningún derecho o principio se encontraría violado, y no es así. Esto lo comprendo. La ley exige lógica y razonamiento para llegar a la convicción, pero no una lógica y razonamiento particular, personalísima, íntima del juzgador, sino un razonamiento humano universal, regido por las reglas del entendimiento natural. La justicia se pone en juego en cada fundamentación, y para que el margen de discrecionalidad judicial no traspase el límite de la arbitrariedad, esa fundamentación debe ser plausible, no sólo para quien la redacta, sino también para todo destinatario del sistema jurídico...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As. ha sostenido que ‘...*queda a criterio del juzgador valorar aquellos elementos probatorios que hacen a su convicción, siempre y cuando el mismo hubiese observado los principios de la lógica, en definitiva, la correcta hermenéutica probatoria; con ese convencimiento este Tribunal... debe ser cauteloso en adentrarse en valoraciones que hubiere hecho otro tribunal que oportunamente proveyó y examinó medidas probatorias recibidas... en el debate...*’. Y ha agregado que ‘...*la casación ha admitido la posibilidad de controlar el procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, de controlar la coherencia lógica del razonamiento a través del cual ...ha llegado a un juicio... cuando en la valoración se han dejado de tener presentes circunstancias adquiridas de importante relieve... dejado de tomar en examen los puntos esenciales... que no presente en su trama lógico- jurídica errores que hagan inciertas las bases de la decisión...*’ (Sala 1º, causa n° 468, ‘Pérsigo, Marcelo y otros’, sent. del 25/02/00). Ha afirmado, asimismo que ‘...*resulta extraña a la tacha de absurda la sentencia que exhibe un análisis meditado y pormenorizado del material fáctico, de lo cual se infieren consecuencias que si bien pueden ser discutibles, no quiebran en momento alguno las leyes de la lógica ni de los principios emergentes de la experiencia...*’ (Sala 1º, causa n° 329, ‘Vargas’, sent. del 13/09/99)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...Con razón se ha dicho que el arte del proceso es el arte de la prueba, y que ‘*lo probado es lo bueno*’, y así tradicionalmente se ha venido sosteniendo que, en el ámbito del derecho penal, la parte acusadora debe destruir el apuntado principio de ‘*inocencia*’. El actual sistema procesal vigente consagra el principio de ‘*libertad probatoria*’, por el cual todo se puede probar y por cualquier medio lícito, siempre que sea pertinente y vinculado al objeto (CPP, 209). Pero esta norma no puede ser escindida de la mentada en el artículo 210 del Código Procesal Penal que establece, como ‘*límite legislativo*’ o ‘*regla*’, al momento de la ‘*valoración*’ de la prueba, ‘*el desarrollo escrito de las razones*’, que llevan al juzgador a expresar su ‘*convicción sincera*’ sobre la ‘*verdad*’ de los hechos sometidos a su decisión...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...El juez debe estar ‘*convencido*’, es decir, tener ‘*certeza*’, como estadio mental y que ese grado sea ‘*sincero*’, o sea, sin fingimientos. En su consecuencia, está obligado a hacer un desarrollo escrito de su razonamiento, necesariamente argumentativo, según un entendimiento recto, conforme las leyes del pensamiento, la psicología, la experiencia y los conocimientos científicos; pero siempre teniendo en cuenta que son las pruebas las que condenan o su ausencia la que absuelve, nunca su discrecionalidad, ya que la sentencia debe ser el fruto racional de las pruebas valoradas, que son las que deben llevar a poder concluir en forma certera que se encuentra acreditada la exteriorización material de una conducta ilícita y, también, la autoría jurídicamente responsable del sujeto sometido a proceso...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

#### **Divergencia entre los actos de prueba y los de investigación (J.O., C. 727).**

“...Frente a algunas observaciones de la defensa durante la recepción de la prueba en la audiencia oral y pública y en la discusión final, me siento en la necesidad de recordar que los ‘*actos de prueba*’ del debate se diferencian de los de ‘*investigación*’ de la fase instructora. En tanto estos últimos tienen por misión inmediata introducir los hechos en el procedimiento (‘*esclarecer los hechos*’) y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares y, como mediata, la de poder decidir acerca de la apertura del juicio oral, los ‘*actos de prueba*’ sobre las que he de fundar mi voto, presuponen la entrada de los hechos y tienden a formar la *certeza o evidencia* suficiente para lograr la convicción del tribunal sobre la preexistencia de los hechos y la participación en él del acusado (cfr. Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez en ‘*Derecho Procesal Penal*’, edit. Colex, 1.997, pág. 372)...” (Del voto de la Dra. Camadro, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

#### **Indicador antifibológico. Ineficacia (J.O., C. 1.048).**

“...No son pocas las personas que se valen de amenazas de muerte (sólo) como recurso para tratar de dirimir sus conflictos o contiendas conyugales y familiares, sin llegar jamás a tomarlas en serio, ni, menos todavía, a concretar esos letales anuncios... Se trata de un indicador (a veces) importante, pero (por sí solo) insuficiente para extraer de él el dolo homicida (para algunos, *‘animus necandi’*), que la acusación le atribuyó al procesado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

#### **Indicio de capacidad moral delictiva. Ineficacia (J.O., C. 953).**

“...El Agente Fiscal, consciente como el que más de la escasez demostrativa, integró al plexo cargoso los que se podrían denominar indicios provenientes de la personalidad del reo; a saber: sus múltiples condenas judiciales por ataques a la propiedad, sobre las cuales presumió la tendencia del acusado a cometer este tipo de infracciones penales, y las conclusiones de la evaluación psicológica a que fuera sometido el causante, en tanto se logró detectar que se trata de un sujeto arrogante, agresivo, rebelde, impulsivo y proclive a la satisfacción inmediata de sus deseos y necesidades, según lo dictaminara la especialista forense, en el peritaje producido como instrucción suplementaria (CPP, 338, 3er. párr. n° 7)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...Desde antes de ahora, no comparto el auspiciado criterio. Al votar en la causa n° 26 de este Tribunal, rotulada *‘Herrera, Carlos Alberto’* (sent. del 10/05/99), tuve oportunidad de sostener que, el analizado, se *‘trata de un indicio que, desde el punto de vista probatorio, por su mediatez y equivocidad no puede ser considerado como tal a la hora de la decisión del ‘sub iudice’; mientras que desde el prisma del derecho sustantivo encierra, al decir de Soler, una concepción de tipo peligrosista, con fundamento en las teorías de Lombroso, Ferri y Garófalo, que han sido combatidas eficazmente por nuestros doctrinarios ya que pretendían fundar el derecho penal sobre un derecho penal del autor y no del acto o del hecho (cfr. ‘Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso’, Bs. As., 1.929). No se juzga al causante por lo que es o por lo que ha sido, sino por sus conductas determinadas, línea divisoria que delimita estrictamente un derecho penal de autor (basado en la culpabilidad por la conducción de la vida), del derecho penal del acto o hecho (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, en ‘Manual de Derecho Penal’, edit. Ediar, Bs. As., 1.986, págs. 518/9). Consecuentemente resulta inadmisibles, a mi modo de ver, la evidencia respaldada en la exhaustiva exploración del considerable prontuario del acusado, incluyendo, en particular, sus condenas anteriores por atracos a taximetreros de similar factura al que ha dado lugar al presente, circunstancia de la que se extrae el que se conoce como indicio de capacidad moral delictiva, aún cuando el representante del Ministerio Público no lo citó con esa denominación’*. Mantengo y reafirmo ese criterio...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

#### **Indicio de falsa justificación (J.O., C. 849; J.O., C. 910).**

“...Fue Pietro Ellero quien escribió que *‘en virtud del principio según el cual nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente, debe afirmarse que quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que a ello le impulsa... Si se prescinde por el momento de justificaciones falsas en favor de terceros, quedando en pie el propio interés, resultará un indicio necesario y moral, según el que, cuando uno deponen en juicio lo contrario a lo verdadero, es que lo verdadero le es desfavorable’* (cfr. ob. cit., pág. 124)... El mismo autor advirtió, a mi parecer en forma exagerada, que *‘el inocente no necesita ocultarse ni ocultar sus cosas, toda vez que no tiene por qué avergonzarse ni qué temer. Por el contrario, el culpable tiene un interés opuesto, de ahí que la ocultación equivalga casi a una confesión, y baste casi para la prueba de culpabilidad. Digo casi porque para alcanzar una absoluta confesión indiciaria y una prueba absoluta es preciso que resulten rechazados todos los motivos opuestos de la ocultación... Por esto la fuga de una persona del lugar de un crimen, más o menos próxima, infunde la sospecha de que dicha persona pudo quizás haberlo cometido’* (cfr. *‘De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal’*, edit. Librería El Foro, Bs. As. 1.994, págs. 125/6)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...También François Gorphe avala el posible empleo indiciario de la mala justificación en la defensa material. Acerca de su fundamento, sostiene que *‘la forma como el inculpado intenta explicar los hechos invocados en su contra, contribuye a su interpretación. Si da una explicación plausible, hace caer el indicio. Por lo contrario, si da una explicación mala o contradictoria, refuerza el indicio permitiendo atribuir sentido desfavorable al hecho sospechoso’* (cfr. *‘La Apreciación Judicial de las Pruebas’*, edit. La Ley, Bs. As. 1.967, pág. 356)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 849, “Torchelli, Miguel Angel s/ homicidio calificado por el vínculo”, [J.O.], del 11/03/02, R. 032/02).

“...Conforme el criterio sustentado de manera unánime en la causa n° 849, caratulada *‘Torchelli, Miguel Angel’*, del 11 de marzo de 2.002, este Tribunal interpreta que *‘si bien el causante tenía el derecho de negarse a declarar (CN, 18 y 75, inc. 22°: CADH, art. 8, n° 2, letra ‘g’ y PIDCyP, art. 14, n° 3, letra ‘g’; CPBA, 29), sin que ese silencio pudiera significar presunción de culpabilidad, al elegir hacerlo, no veo las razones por las cuales, una vez descubierta la falsedad de su alibi, la misma no pueda ser invocada -sólo a mayor abundamiento- en contra del exponente’...*” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 910, “Giles, Luis Antonio y otro s/ robo calificado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], del 08/04/02, R. 055/02).

### **Indicio derivado de la proximidad y cercanía temporoespacial (J.A., C. 1.199; J.O., C. 1.424).**

“...La proximidad temporal y la cercanía espacial existente entre el momento y el lugar de comisión del ilícito, por un lado, y los de la detención del reo, por otro, constituye un adicional indicio de sospecha y oportunidad para delinquir, que completa la prueba cargosa...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 1.199, “Camino, Antonio Damián y otros s/ tentativa de robo agravado, etc.”, [J.A.], del 02/09/02, R. 180/02).

“...A no más de quince minutos de concluido el asalto y a una distancia de unas veinticinco cuadras de la sede de la mensajería damnificada (que pueden recorrerse en automóvil en un breve lapso, estimable entre cinco y ocho minutos, según la velocidad que se le imprima al rodado), una patrulla policial -previamente advertida por vía radial de la existencia del hecho delictivo- logró avistar el vehículo en el que fugaran los malhechores... A partir de allí, la camioneta policial siguió desde cerca al automóvil de los sospechosos, hasta detenerse, lugar en el que los policías les impidieron a los tres ocupantes masculinos alejarse del auto; mientras acudían otros patrulleros requeridos en apoyo... En definitiva, siguiendo la opinión de José Caferata Nores, cabe destacar que *‘uno de los indicios más frecuentemente manejados en la práctica judicial es la tenencia de la ‘res furtiva’, de la cual se suele inferir la autoría de su sustracción. En estos casos, la univocidad del indicio estará directamente determinada por la proximidad en el tiempo y en el espacio del hecho indiciario con el hecho indicado. En cuanto estos comienzan a distanciarse en esas dimensiones, comienza también a aparecer la posibilidad de explicaciones compatibles con hipótesis distintas de la del hecho indicado. Si la ‘res furtiva’ fuera encontrada en poder de los imputados a pocos metros del lugar del hecho, inmediatamente después de producido el desapoderamiento, su tenencia podrá indicar unívocamente que aquellos son los autores de la sustracción’* (cfr. *‘La prueba en el proceso penal’*, edit. Depalma, Bs. As. 1.986, pág. 207). A mi modo de ver, esto último es, prácticamente, lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.424, “Iberra Cejas, Ernesto Amaro y otro s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 27/11/02, R. 265/02).

## **RECLUSION.**

### **Constitucionalidad (J.O., C. 1.048).**

“...La graduación legislativa hecha en la normativa penal de fondo y de ejecución penal, respecto de las diferentes penas privativas de la libertad aplicables a un supuesto de hecho previsto en una definición legal (por ejemplo, el art. 80 incs. 1° y 2° del CP), no es inconstitucional a la luz de los arts. 16,18,19, 33 y 75 inc.12° de la Constitución Nacional (anterior 67, inc. 11°; conf. C.N. 1.853/60), en tanto se tratan de penas previstas y modos de cumplimiento, por leyes anteriores al suceso ilícito, no para casos análogos, sino para casos de diferente gravedad en cuanto al hecho materia de juzgamiento (Derecho Penal

de Conducta). Precisamente, el principio de igualdad ante la ley impone al juzgador los deberes de: 1º) aplicar la ley a todos los habitantes; 2º) no juzgar del mismo modo, no asignar la misma pena, a hechos de distinta gravedad (porque soy igual a ti, como persona, tengo la misma oportunidad ante la ley e instituciones del estado, pero cuando me comporto diferente a ti, ambos tenemos derecho a que nuestras conductas se juzguen de un modo diferente. Y la sociedad, por su parte, tiene derecho a que se juzgue más severamente el hecho más grave y más levemente al de menor entidad ético-social). Esta es la razón principal por la que, desde los inicios de nuestro proceso legislativo penal, se pensó en que no era suficiente una sola especie de pena privativa de la libertad: v. gr. el Proyecto de Código de Carlos Tejedor, que aún sin sanción del Congreso Nacional, rigió durante décadas en muchas provincias que lo adoptaron, tomaba del Código de Baviera y la legislación española, las penas de *presidio*, *penitenciaría*, *prisión*, *confinamiento*, *destierro* y *arresto*, con diferentes graduaciones (ver al respecto de dicha evolución legislativa la excelente explicación brindada por Jorge De La Rúa, en su '*Código Penal Argentino, Parte General*', edit. Depalma, 2ª edición, 1.997, págs. 98/104)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Juan P. Ramos y José M. Paz Anchorena (*Curso de Derecho Penal*, dictado por dichos juristas en la Facultad de Derecho de la Ciudad de Buenos Aires y compilado por Isauro Argüello y Pedro Frutos, Tomo III, Penología, Edit. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1.929, pág. 172), aludiendo al trabajo criminológico de José Ingenieros, distinguían entre prisión, penitenciaría y presidio, correspondientes a niveles de diferente gravedad de hechos y asignables a diferentes sujetos de acuerdo a su posibilidad de readaptación social, diferenciando también las penas perpetuas (que criticaban) y las temporales (a las que elogiaban por el estímulo que para la recuperación del penado tienen). Creo útil señalar, que para la labor jurisdiccional, es indispensable contar con un Código Penal que, como el nuestro, brinde al juzgador elásticas alternativas punitivas a la hora de individualizar al caso litigioso y al sentenciado como condenado, la sanción a imponerle de acuerdo a la naturaleza del hecho, al tipo de intervención jurídica que de aquel dominó y al grado de culpabilidad que le cupo. Sólo así es posible establecer una diferenciación entre los distintos hechos y sujetos juzgados, respetando su natural y jurídica desigualdad (la contracara incluida en el principio constitucional de igualdad ante la ley: CN, 16)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Encontrando en el caso '*sub examine*' que los arts. 5º, 44 2º párrafo y 80 (entre otros) del Código Penal Argentino respetan los principios de legalidad (se trata de penas previstas antes del hecho por la ley penal vigente (CN, 18, 19 y 75 inc. 22; C. Pcial., 15 y cctes.), de igualdad (CN, 16) y razonabilidad (CN, 33), al permitir juzgar al Tribunal con criterio de justicia distributiva y equidad, no advierto agravio constitucional suficiente para declarar la inconstitucionalidad intentada. La Corte Suprema de Justicia Nacional, sólo ha reconocido '*...que resultan incompatibles con la Constitución Nacional las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad de la extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana*' (Corte Sup. Nac., 14 de mayo de 1991, JA, 1991-III-, p. 392; *ídem*. Cám. Nac. Casación Penal, Sala II, 22-12-93, LL, 1995-B, p 52; Sala IV, 20-4-94, LL. 1995-B pág.65)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Según Sebastián Soler, si bien la pena de reclusión ha llegado a tener ciertos caracteres o representar las que antes eran penas infamantes o alictivas, '*...claro está que podrán tener ese carácter algunos delitos, aún cuando no se les haya aplicado reclusión ya sea por el monto de la pena o calidad del hecho, pero aplicada la pena de reclusión, no podrá dudarse del hecho que la motiva...*' (cfr. '*Derecho Penal Argentino*', edit. TEA, Bs. As. 1.988, tomo II, págs. 428/31)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...La Corte Suprema de Justicia Nacional, tiene dicho reiteradamente que '*...el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas, no suscita en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley*

48...’, (ausencia de agravio constitucional, cfr. C.S.J.N. Fallos 304-1626; 305-293;308-2547; L.1626, XX ‘Lombard, Héctor’ del 4-9-1984; P.101.XXII ‘Poblete Aguilera, Norberto’ del 6-12-1988; A-599, XXII ‘Alias, Alberto’ del 29-8-1989)...’ (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Anibal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

“...Tampoco surge la inconstitucionalidad por la hipótesis, invocada por la peticionante, que de imponerse la reclusión a su pupilo se le cercene el derecho de recurrir en casación una sentencia que le fuere adversa, por la implicancia que tal pena tendría para su cómputo (CP, 24), atento que debería contarsele doble el tiempo de encierro preventivo que dure el trámite del recurso, y ello obraría como una coacción para no recurrir. En primer lugar, porque las normas procesales penales no pueden incidir constitucionalmente sobre las de derecho penal sustantivo (en todo caso debe ser a la inversa). Y en segundo lugar, porque de interponer el recurso que sea -que la naturaleza de la pena impuesta en esta instancia no se lo impide-, si bien la sentencia recién adquiere sus efectos ejecutorios a partir de quedar firme, si fuere revocada en cuanto a la naturaleza de la pena privativa de la libertad impuesta en beneficio del reo (v. gr., cambio de reclusión por prisión), el cómputo de pena lo beneficiaría también, por lo que no hay perjuicio constitucional. Y, finalmente, si el recurso -o los- se declara formalmente inadmisibles o que admitido su trámite, la sentencia se confirma, nada ha variado con relación a la sentencia del Tribunal, en perjuicio agravatorio para el reo, por lo que tampoco hay perjuicio constitucional...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.048, “Laz, Anibal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

## **RECLUSION ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO (ART. 52 DEL C.P.).**

### **Inconstitucionalidad (J.A., C. 1.242).**

“...Conforme al criterio mayoritario de este Tribunal ‘...si la accesoria de reclusión por lapso *intemporal* del art. 52 del C.P. constituye una pena adicional a la última condena del multirreincidente o, en sentido inverso, una medida de seguridad contra el delincuente habitual, no deja de ser una cuestión de rótulos (que no es igual que adherir a teorías monistas, ni confundir las divergentes consecuencias que se derivan de una y otra), que en nada modifica su esencia de grave derivación aflictiva del derecho a la libertad, ni su carácter lesivo a los principios constitucionales de culpabilidad, de proporcionalidad y de respeto a la dignidad de la persona humana’ (CN, 75, n° 22: CADH, 5.6 y 8.2; PIDCyP, 10 y 14.2)... Como corolario sostengo que las dos hipótesis previstas en el art. 52 del CP traen aparejado para el autor reincidente un ‘plus’ sancionatorio, un castigo adicional innecesario -así, mientras no se acredite lo contrario-, una consecuencia jurídicamente adversa para el condenado, añadida a la pena por su culpabilidad en el injusto cometido, de duración indefinida (aunque nunca inferior a los cinco años y a cumplir en un establecimiento penitenciario federal: CP, 53), que cualquiera sea su naturaleza (dentro de las formas de respuesta social formalizada que adquiere el sistema dual o binario), implica un remedo de la defensa social, fundada, exclusivamente, en la temibilidad o peligrosidad del sujeto que se extrae, sin posibilidad de prueba en sentido opuesto, de su vida pasada (causa n° 841, ‘Amure, Fabian Alejandro’, sent. del 10/12/01, R. 255/01)...’ (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...Ninguna reacción penal postdelictual, ya sea que se trate de una pena o de una medida de seguridad, puede justificarse en una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales del hombre sobre la base de la segregación indeterminada y de la neutralización de la persona del sancionado... No puede perderse de vista que el art. 75 de la Constitución Nacional (conforme la reforma de 1.994), ha incorporado en su inciso 22° (dotándolos de la máxima jerarquía jurídica del país, entre otros) a los siguientes convenios multilaterales en materia de derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, que ya con anterioridad habíase aprobado por ley n° 23.313 (B.O.N. del 13/05/86), dispone en su art. 10 que ‘*toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*’. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su momento aprobada por la ley 23.054 (B.O.N. del 27/03/84), prescribe en su art. 5

numeral 6 que *'las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados'...*” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...La plena vigencia de esos pactos internacionales (ahora constitucionalizados, por voluntad del legislador constituyente del '94), me imponen no sólo la obligación de examinar (aún de oficio, que no es el caso de autos) si la reclusión accesoria del art. 52 del C.P. armoniza con los mentados principios, sino también el deber de repelerla (actuando como un legislador negativo, o a la manera en que lo haría un tribunal especializado en el sistema europeocontinental de control de constitucionalidad) cuando se constata - como creo haberlo demostrado en la exposición precedente- que la medida aflictiva (se la designe y clasifique como se prefiera) produce un efecto despersonalizante y mortificante, violatorio de aquellos dispositivos constitucionales... En fin, Ferri, Garófalo, Florián, Grispigni y tantos otros partidarios del positivismo naturalista universalizaron de modo tal sus convicciones acerca de la 'responsabilidad social del delincuente' y de la necesidad de la *'defensa social'* que, en el caso argentino, ese discurso jurídico penetró y fecundó al extremo de haberse instalado en 1.922 -perdurando hasta ahora- en la legislación sustantiva vigente, muy a pesar del paso del tiempo y, lo que es más importante todavía, de la adscripción constitucional de 1.994 al modelo trasnacional de defensa de los derechos humanos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...Las valoraciones por las cuales se impone a un sujeto la reclusión accesoria por tiempo indeterminado emergente de la múltiple reincidencia (CP, 52), no implican para mí violar la regla constitucional del *'ne bis in idem'*, en tanto y en cuanto, como bien señala Jorge De la Rúa (en su *'Código Penal Argentino. Parte General'*, 2° edición actualizada, edit. Depalma, pág. 916) *'...el argumento de la violación del non bis in idem, confunde el castigo del primer hecho, con un régimen punitivo especial, para aquel que habiendo sido castigado de tal modo, vuelve a cometer delitos, y conduciría a un trastrueque de diversas instituciones, como sostener la inconstitucionalidad de la exigencia de primera condena en la condenación condicional (art. 26), o la ponderación de las reincidencias como criterio individualizador de la pena (art. 41), etc., que culminaría en un régimen penal irrazonable que excluiría valorar, en todo caso, la preexistencia de una condena penal'...*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...Al respecto la Corte Suprema de Justicia Nacional ha resuelto que *'...el principio constitucional prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriera en una infracción criminal... La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta...' (CSJN, 'Valdez Carmelo y otros s/ robo con armas y encubrimiento', 21-4-1988 T. Fallos: 311 p. 442/557 y 'L'Eveque R. s/ robo', 16-8-1988, Fallos: T. 311 p. 1451/55)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).*

“...No se presume subjetivamente una peligrosidad ausente de comportamiento peligroso, sino que se juzga como peligrosa, la verificación en la realidad, de la producción por el reo, de sucesivos hechos ilícitos penales por los cuales fue merecedor de sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, por los que cumplió efectivamente pena y cuyo cumplimiento no incidió en nada en su voluntad de apartarse de la ley, cuyos mandatos y prohibiciones no respeta en el comportamiento que motiva el nuevo juzgamiento...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...Al respecto, Edgardo Donna y María José Iuvaro, en *‘Reincidencia y culpabilidad, Comentario a la Ley 23.057’* (edit. Astrea, Bs. As., 1.984, págs. 95/6), comentando el art. 52 C.P., señalan que *‘...lo que hace la norma en cuestión es aplicar una pena suplementaria... el sujeto comprende menos la amenaza penal. La razón de ello es que la base de la sanción está en la peligrosidad objetiva, sustentada principalmente en las condenas anteriores...’* Empero, no obstante de advertir claramente que la peligrosidad en que se funda la norma no es subjetiva del juez (y del legislador) sino que se fundamenta en la verificación real que el reo, a pesar de haber sufrido la cantidad de condenas a penas privativas de la libertad, continúa con su actitud delictual en nuevos hechos, dicho autor interpreta que la norma aludida vulnera el principio de culpabilidad, interpretada ésta puramente (sin componente alguno de prevención). Modestamente, entiendo que la culpabilidad por los hechos en función de los cuales ya cumplió pena fue juzgada definitivamente, y por el nuevo hecho en el que viene a valorarse y juzgarse su conducta en reincidencia -ahora múltiple- está siendo juzgado y sentenciado con un juicio de reproche penal concreto y específico, en el que inciden -por sus antecedentes personales- conceptos de *prevención especial...*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...La sanción accesoria o suplementaria que se le impone en función del art. 52 del CP, tiene que ver con el modo de individualización concreta de las penas a imponer a ése autor en función de las agravantes, también concretas que le corresponden y se fundamenta esencialmente, en un principio de prevención especial, correlacionada con una particular culpabilidad, pues el juicio de reproche penal no es idéntico en el sujeto que viene reiterando una actitud de rebeldía hacia las normas jurídicas penales y de desprecio por los derechos subjetivos y bienes protegidos de terceros (principio de proporcionalidad)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

## REINCIDENCIA.

### **Necesidad del cumplimiento total o parcial de pena de prisión. Improcedencia cuando la sanción previa fue compurgada con el tiempo de prisión provisional (J.A., C. 1.371).**

“...Los litigantes han convenido, además, la declaración de reincidencia. Sin embargo, en casos análogos a éste, a partir de la causa n° 257, *‘Gorosito, Héctor Germán’* (sent. del 19/04/00, R. 045/00), tuve ocasión de sentenciar que *‘a pesar de la doctrina legal emergente de reiterados fallos de la Suprema Corte de Justicia provincial sobre la materia (P. 37.474, del 20/12/88; P. 41.334, del 12/12/89; P. 39.863, del 20/03/90; P. 46.755, del 07/04/92; P. 50.592, del 01/03/94; P. 56.325, del 04/06/96; P. 44.368, del 16/09/97; P. 55.102, del 17/02/98; P. 61.511, del 03/08/99; etc.)*, y ahora también de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense (causa n° 542, *‘Ordinas, Néstor Luis’*, del 16/02/00, por mayoría), donde se predica la asimilación o equivalencia -entiendo que *‘in malam partem’*- de la prisión preventiva al cumplimiento total o parcial de la pena restrictiva de la libertad, al que alude el art. 50 del código sustantivo, del mismo modo en que se los equipara -aquí, *‘in bonam partem’*- a los fines de la libertad condicional (CP, 13), o del cómputo de las sanciones penales (CP, 24), considero que el encarcelamiento cautelar -por su naturaleza, desprovisto de finalidades correctivas o resocializadoras- no logra llenar aquel presupuesto indispensable de la reincidencia real ... En efecto, esa corriente jurisprudencial bonaerense debe ser soslayada porque afecta principios esenciales al haberse hecho un uso indebido de la analogía en el ámbito del derecho penal. Luigi Ferrajoli ha demarcado con claridad ese linde, al exponer que *‘en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluida si es ‘in malam partem’, mientras que se la admite ‘in bonam partem’, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del ‘favor rei’, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad’* (cfr. *‘Derecho y razón. Teoría del garantismo penal’*, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 382)... En suma, estimo que -no obstante lo acordado entre las partes- no corresponde la declaración de reincidencia del causante de autos (CP, 50 *‘a sensu contrario’*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.371, “Granadino, Roberto Daniel s/ robo”, [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

“...Tal como ya lo he dicho en la causa *‘Balderrama’* (n° 125, sent. del 22/08/02, R. 167/02), dejando a salvo mi opinión personal, en cuanto a que había adherido con anterioridad a la interpretación negati-

va sentada por mayoría por este Tribunal -y citada por mi colega preopinante- en la causa 'Gorosito' [sent. del 19/04/00, R. 045/00] (cfr. mi voto en la causa n° 1.242, 'Alvanezzi', sent. del 05/06/02, R. 116/02), respecto de computar el tiempo de prisión preventiva como pena, a los fines del art. 50 del CP, cuando se da por compurgada la pena impuesta con aquel encierro cautelar, '*...en función de la doctrina emergente de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y a fin de no generar un desgaste jurisdiccional innecesario, entiendo que corresponde acatar esta doctrina judicial'...*' (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.371, "Granadino, Roberto Daniel s/ robo", [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

"...El Máximo Tribunal Nacional ha dicho recientemente -reiterando sus precedentes- que '*...los jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a las de este Tribunal, ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de sus precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquél reviste el carácter de intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 303:1769 y 311:1644, entre otros)...*' (CSJN, fallo del 15/08/02 en causa n° 15.888/98, caratulada 'Recurso de hecho deducido por la defensa de Pedro Julio Marcilese en la causa Marcilese, Pedro Julio y otro s/ homicidio calificado', ver 'Diario-judicial.com' del 15/08/02)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.371, "Granadino, Roberto Daniel s/ robo", [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

"...Sobre la valoración del tiempo de encierro preventivo a los fines de computarlo como pena cuando la sentencia firme da por compurgada ésta con aquel, la Corte Nacional tiene resuelto que '*...es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la declaración de reincidencia al hacer lugar a la petición del procesado fundada en no haber estado sujeto al régimen de penado si las constancias de la causa demuestran que estuvo algún tiempo sometido al régimen penitenciario hasta obtener su libertad (...)*' (Corte Sup., 27/10/92, 'Scarpizo Bentos, Julio Fernando s/ robo con armas', causa n° 35929. Fallos T. 315, P. 2599. Votos de los Dres. Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Belluscio, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.371, "Granadino, Roberto Daniel s/ robo", [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

"...La Suprema Corte de Justicia provincial, por su parte, viene resolviendo que reviste la condición de reincidente el que estuvo detenido en prisión preventiva, aún sin haber recibido tratamiento carcelario, pues aquella es tenida por pena tanto a los fines del art. 13, como del artículo 50 ambos del Código Penal y de allí que la que se tiene por compurgada con la prisión preventiva sufrida es considerada como tal a los fines del artículo 50 citado. Entiende éste tribunal que las relaciones que el art. 24 establece entre la prisión preventiva y las distintas especies de pena no constituyen un mero régimen de contraprestaciones para quienes padecieron encierros sin pena sino que implanta un verdadero sistema de equivalencia, de modo tal que del mismo modo que el encierro preventivo es computado a los fines del art. 13 debe serlo a los fines del art. 50 del código de fondo (SCBA, causa 'Delari, Orlando', del 22/12/88, DJBA 136-711, P. 37.474, P 39.683, P 41.334, P 42.238, P 46.755, P 50.592, P 51.362, 54.694, 50.592, 52.851 y muchos otros). En igual sentido también lo viene resolviendo el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba (ver causas 'Valls, José L.' del 22/11/1991, LLC 1992-420 y 'Acosta, Héctor' del 08/03/99, LLC 2000-880 y fallos allí citados). En función de estos precedentes, cuando se trata, como en este caso, de una sentencia condenatoria a pena de prisión a cumplir que se da por compurgada con el tiempo de prisión preventiva sufrido, el imputado deberá ser declarado reincidente (CP, 50)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.371, "Granadino, Roberto Daniel s/ robo", [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

"...No se puede considerar pena a la que no lo es. Así de concreto. Y la cita que se hace al art. 24 del CP por parte del Dr. Viñas, entiendo que no quita ni pone rey a la cuestión por cuanto, como ahora lo vengo sosteniendo, no hay una condena firme y consentida. Lo dicho encuentra su fundamento precisamente en la ley de ejecución penal n° 12.256, que establece claramente un régimen distinto para procesados (Tit. Segundo, Cap. 1; arts. 67/92); y condenados (Tit. Tercero, Cap. 1, arts. 93/100), ello no obstante que los fines perseguidos puedan estimarse como paralelos. Agregó que si lo dicho, se analiza con los fines justificantes del instituto de la reincidencia, entiendo que en forma clara se advertirán las diferencias..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.371, "Granadino, Roberto Daniel s/ robo", [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

“...Es evidente, y al mismo tiempo comprensible, que la ley, por razones diversas, descuenta el tiempo que el enjuiciado estuvo en prisión preventiva en el cómputo de la sanción impuesta, y esto es consecuencia de la aplicación de una regla de igualdad o justicia establecida en favor del imputado, de la que no se puede extraer una generalización que produzca el efecto contrario, esto es, en su perjuicio. Este pensamiento, expuesto por el Dr. Jorge De la Rúa en su *‘Código Penal Argentino’* (2ª edición, edit. Depalma, pág. 903), contribuye en mucho a conformar mi pensamiento. Finalmente, debo decir también que la solución ahora propugnada, es la que procesal y jurídicamente se compadece con una interpretación restrictiva de la penalidad, que surge precisamente del art. 3º de la ley de rito...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.371, “Granadino, Roberto Daniel s/ robo”, [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

“...Sobre el acatamiento de los criterios jurisprudenciales del Superior, debo coincidir en un todo con el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, quien al analizar la dimensión política de un Poder Judicial democrático, configurado jurídicamente al estilo continental europeo, advirtió acerca de los riesgos que para la necesaria autonomía de este poder entrañaba la dependencia interna de los jueces respecto de los órganos colegiados del mismo, que les impide resolver conforme su propio entendimiento, añadiendo que *‘un judicial militarizado verticalmente es tan aberrante y peligroso como un ejército horizontalizado’* (cfr. *‘Estructuras Judiciales’*, ed. Ediar, Bs. As., 1.994, pág. 104), pasaje citado en el fallo recaído en la causa nº 656 de este Tribunal, caratulada *‘Escot, Silvia Alejandra’*, sent. del 11/05/02...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.371, “Granadino, Roberto Daniel s/ robo”, [J.A.], del 16/10/02, R. 218/02).

## **RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.**

### **Concepto (J.O., C. 892).**

“...En opinión de Edgardo A. Donna, que hago propia, *‘el delito se configura, en este aspecto, cuando hay oposición del sujeto activo a la acción directa del funcionario público, valiéndose de medios violentos, que se ejerce sobre él, con el fin de impedirle su acción u obligarlo a hacer algo, siempre dentro del ámbito legal’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2.000, tomo III, págs. 58/9)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adherieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa nº 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

## **ROBO.**

### **Concepto (J.O., C. 953; J.O., C. 744).**

“...Cuando el Código describe al robo, utilizando el término *‘violencia física en las personas’*, bien sostiene Soler que *‘...entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, ...también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima’*. Para luego agregar el maestro que *‘...violencia física se entiende... toda forma de ‘vis compulsiva’ consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia... no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que quebranta o paraliza la voluntad’* (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, IV, TEA 1978, págs. 246 y 250/1)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa nº 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

“...La violencia propia del delito de robo, consiste en el despliegue que hace el autor de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química, real o simulada, ante una víctima que la vivencia como real, y que se utiliza para vencer, física o psíquicamente, la resistencia que ésta pudiera oponer al apoderamiento ilegítimo. En la definición se integra no sólo la *‘vis absoluta’*, sino también la llamada *‘vis compulsiva’* (o relativa), que afecta a la libertad de opción del sujeto pasivo y que lo hace actuar con voluntad coacta, entregando al ladrón o aceptando que éste se lleve la cosa que le pertenece. De esto se infiere que la agravación se produce porque al ataque contra la propiedad se une, ora una violencia psíquica y un daño psicofísico que la intimidación produce en la persona atacada (como cuando se emplea un arma de juguete o

descargada, que la víctima cree verdadera), ora una violencia física sobre ella, que la coacciona, al ponerla ante un riesgo objetivo de sufrir un daño vital inmediato (como, por ejemplo, ocurre en el caso de la misma amenaza con un arma), o bien, finalmente, una violencia incontrastable, que transforma a la víctima en un mero *'instrumento'* del robo cometido por el otro (cfr. Tozzini, Carlos A. en *'Los delitos de hurto y robo'*, edit. Depalma, Bs. As. 1.995, pág. 256)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O], del 15/05/02, R. 089/02).

### **Consumación (J.O., C. 806).**

“...El apoderamiento ilegítimo ha quedado consumado como tal, habida cuenta que el recupero de la *'res furtiva'* fue sólo parcial y durante un lapso considerable de tiempo, al no haber sido continua la persecución, tuvieron los coautores posibilidad de disponer del dinero robado, tal efectivamente ha sido probado que ocurrió, habida cuenta que, aproximadamente, un tercio de su monto total no ha sido secuestrado al momento de la aprehensión policial... Y así lo viene sosteniendo este Tribunal, desde sus primeras sentencias, para distinguir cuándo la acción ha quedado en grado de conato y en qué momento perfeccionada (ver doctrina sentada a partir de la causa n° 21, *'Pedraza, Miguel'*, sent. del 09/03/99, R. 6/99, e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 806, “Vicintín, Pablo Gabriel y otro s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 24/06/02, R. 128/02).

“...Ese criterio está apuntalado en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, cuando sentenciara *'que medió un lapso entre el desapoderamiento y la detención queda establecido en función de los hechos que se consideran firmes; y su brevedad no obsta a que el delito se considere consumado. Ha dicho esta Corte en reiteradas oportunidades que hay delito consumado cuando el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Y que si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo, aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviera en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado'* (SCJBA, P. 49.018, del 14/12/93; P. 44.046, del 21/12/93; P. 41.511, *'Naya, Darío Adalberto s/ Priv. Illegal de la Lib. y Robo'*, del 12/09/95, publ. en D.J.J. del 27/11/95, págs. 6.259/60; P. 52.074, *'Lobo, Marcelo Alberto s/ Tent. Robo Calif.'*, del 25/04/95, publ. en D.J.J. del 14/08/95, págs. 4.031/2; P. 49.616, *'Budzovsky, José Eduardo s/ Robo Calif.'*, del 24/10/95, publ. en D.J.J. del 6/3/96, págs. 949/51; P. 60.502, *'Sánchez, Julio s/ robo calificado'*, del 13/09/00, e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 806, “Vicintín, Pablo Gabriel y otro s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 24/06/02, R. 128/02).

### **ROBO AGRAVADO.**

**Con armas. Fundamento. Tesis objetiva y subjetiva (J.O., C. 744; J.A., C. 1.167; J.O., C. 806; J.A., C. 1.089; J.A., C. 1.331; J.O., C. 1.066; J.A., C. 1.393).**

“...Sólo por la rígida e inmovible adscripción de este Tribunal a la tesis objetiva (por todas, cito a la causa n° 147, *'Leguizamón, Darío Fabián'*, sent. del 19/11/99, R. 076/99), desarrollada por la Suprema Corte bonaerense, a pesar de sus cambiantes integraciones desde la restauración democrática, a partir de los casos *'Garone'* (P. 33.715, en A. y S. 1.985-II-63) y *'Franchini'* (P. 32.707, en A. y S. 1.985-III-237), puede concluirse que se trató de un robo simple (CP, 164), y no de uno calificado por el uso de armas (CP, 166, inc. 2°), como lo postulara el Agente Fiscal; porque si bien es cierto que en algún momento del atraco, uno de los causantes, con el ostensible propósito de convencer a la víctima de que el asunto iba bien en serio, le volcó ante sus ya atemorizados ojos el tambor del revólver que portaba, mostrándole que estaba convenientemente pertrechado, no puedo menos que admitir que no se ha podido establecer, a ciencia cierta, cuál de todas las incautadas armas de puño era ésa y si -además- estaba en condiciones de lanzar proyectiles a distancia...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, 089/02).

“...En el robo con el uso de armas del art. 166, inc. 2º del CP se sanciona no sólo un efectivo y real ataque a la propiedad ajena (ya sea consumado o, al menos, tentado, en este caso conforme los términos del art. 42 del CP), sino también un potencial -es decir, latente- atentado a la integridad física o a la vida del sujeto pasivo, y siendo esa la inteligencia que debe asignársele a la norma agravatoria, mal puede considerarse satisfecho el presupuesto fáctico con la subjetiva impresión de las víctimas, que, a lo sumo, pudieron percibir objetos con la morfológica apariencia de las armas de puño, sin saberlo a ciencia cierta...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa nº 1.167, “Damiano, Ezequiel Anibal s/ robo, etc.”, [J.A.], del 24/05/02, R. 099/02).

“...Aprovechando la oportunidad de haberse presentado este caso a consideración del Tribunal, a poco de conocerse el pronunciamiento del Alto Tribunal de esta Provincia en los autos caratulados ‘*Manso*’ (P.59.812, de fecha 02/05/02), y exteriorizando mi pensamiento en el particular, voy a decir que adhiero ‘*in totum*’ al voto de los colegas que me han precedido. En todos sus términos. Nunca he sido proclive a ramificar teorías en sub-teorías, clasificaciones en sub-clasificaciones y así sucesivamente, como aparentemente ameritaría la ciencia jurídica. El caso que ahora nos ocupa, trae a consideración el remanido tema del robo cometido con el uso de ‘*arma*’ (CP, 166, inc. 2º), lo que conlleva al análisis del concepto ‘*arma*’. Parecería que a partir de allí, se tejen todas las ideas habidas y por haber, producto del pensamiento humano. No concibo que el legislador haya utilizado la palabra ‘*arma*’ en una doble acepción y una plural finalidad en nuestro derecho material, es decir, con un significado y un objetivo para aludirla dentro de los delitos del Título Sexto (contra la propiedad), y con otro sentido y otra meta para referirse a ella en los ilícitos del Título Séptimo (contra la seguridad pública), ambos del Libro Segundo del Código Penal, en razón de que es de suponer que en un cuerpo legal, cuando se usan los mismos vocablos, es porque se quieren designar las mismas cosas...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.167, “Damiano, Ezequiel Anibal s/ robo, etc.”, [J.A.], del 24/05/02, R. 099/02).

“...También quiero decir, al igual que lo hiciera el Dr. Favarotto en su momento, que lo que califica al delito de robo agravado en los términos del art. 166, inc. 2º del CP, es el ‘*real*’ peligro que corre la víctima al verse intimidada por un arma, entendida ésta ya sea en su forma gramatical, jurídica o lógica: y la ‘*real*’ peligrosidad evidenciada por el autor, al ponerse en situación de un potencial homicida, a todas luces consciente de sus actos, todo lo que no se puede equiparar, siempre dentro de lo razonable y lógico, con aquel ladronzuelo que, munido de una réplica de arma de fuego, puede convertirse, al descubrirse su ardid, en víctima del damnificado...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.167, “Damiano, Ezequiel Anibal s/ robo, etc.”, [J.A.], del 24/05/02, R. 099/02).

“...En cuanto a la agravante por el uso de arma el maestro Sebastián Soler explica, refiriéndose a la interpretación de la calificante prevista en el art. 166 inc. 2º del Código Penal, que ‘*la ley exige que el robo haya sido cometido con armas, lo cual no quiere decir que el ladrón simplemente las tenga, por lo cual creemos francamente infundado plantear dudas a este respecto frente al texto de nuestra ley...*’ Agrega que, entre los antecedentes de nuestra normativa, Tejedor ‘*era aún más explícito, pues se refería al que roba empleando armas*’ (cfr. ‘*Derecho Penal Argentino*’, tomo IV, nº 114, edit. Tea, Bs. As. 1.978, págs. 266/7). Por su parte, Carlos Creus expresa que ‘*el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de esa acción... disparándola, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente; el robo no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado arma... el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación*’ (cfr. ‘*Derecho Penal. Parte Especial*’, tomo I, edit. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 456)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 806, “Vicintín, Pablo Gabriel y otro s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 24/06/02, R. 128/02).

“...El Agente Fiscal excluyó, en el caso, la agravante del robo con armas. Comparto este último temperamento, en primer lugar, porque el revólver incautado en autos hallábase desprovisto de carga, y porque conforme al dictamen balístico hemos podido conocer que, además, ‘*no es apto para el disparo*’ (textual), manteniendo incólume la adscripción de este Tribunal a la doctrina objetiva que fuera sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, desde 1.985 en los casos ‘*Garone*’ y ‘*Franchini*’,

y a pesar del reciente cambio jurisprudencial producido en el expediente *'Manso'* (cfr. causa n° 1.167, *'Damiano, Ezequiel Anibal'*, sent. del 24/05/02, R. 99/02; entre otras)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Fernández Daguerre, causa n° 1.089, “Borelli, Néstor Fabián s/ robo doblemente calificado por el uso de arma, etc.”, [J.A.], del 17/09/02, R. 187/02).

“...Desde que el revólver que el acusado utilizara en el atraco a la panadería se encontraba desprovisto de proyectiles, considero que, a diferencia de lo que conceptuara y resolviera el organismo jurisdiccional originario, al robo tentado no deberá añadirse la calificante prevista en el art. 166, inc. 2° del CP. Corresponde reproducir aquí lo que viene sosteniendo en situaciones análogas este Tribunal, a partir de la sentencia recaída en la causa n° 1.167, *'Damiano, Ezequiel Anibal'*, con fecha 24 de mayo último (R. 099/02)... *'A fortiori'*, cuando se puede establecer, como sucede en la especie, la inofensividad funcional del arma en sentido propio...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

“...Fundado en los precedentes legislativos (leyes 17.567/68, 20.509/73 y ley 20.642/74 reimplantada por la ley 23.077) del art. 166 inc. 2° del código de fondo y su debate parlamentario, estoy dogmáticamente convencido -como se ha interpretado clásicamente en la doctrina nacional-: Ricardo C. Núñez, *'Derecho Penal Argentino'*, edit. Bibliográfica Omeba, Bs. As. 1.967, tomo V, pág. 234; Sebastián Soler, *'Derecho Penal Argentino'*, edit. TEA, 1.978, tomo IV, pág. 267; Edgardo A. Donna, *'Derecho Penal'*, edit. Rubinzal Culzoni 2.001, tomo II-B, pág. 166), que la razón de la agravante del robo por el uso del arma, se sustenta en el mayor poder ofensivo del autor, derivado no del carácter del instrumento intimidante, cuanto en el peligro (riesgo cierto y objetivo) corrido para la integridad física o la vida de la víctima derivado de las condiciones (arma real y cargada) y del uso dado a tal instrumento (propio o impropio), lo que debe vincularse estrictamente con el mínimo de la escala penal adoptada, próxima al mínimo de la pena prevista para el homicidio (CP, 79 y 166, inc. 2°)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

“...Entiendo injusto interpretar que deben juzgarse del mismo modo, de acuerdo al criterio subjetivo que sustenta el caso *'Manso'* (percepción intimidatoria de la víctima) los diferentes supuestos a los que alude el fallo: arma descargada usada como tal, arma descargada o sin funcionamiento, usada como instrumento romo para golpear, arma impropia -de juguete- y simulación de arma, pues siendo casos fáctica y objetivamente diferentes, no pueden resolverse del mismo modo y con un criterio genérico. Concordantemente con lo ello, en presente caso, en tanto y en cuanto el arma esgrimida intimidatoriamente en el hecho estaba descargada y no fue utilizada para golpear o agredir a la víctima, considero que el hecho sólo encuadra en la previsión del art. 164 del Código Penal. Y me aparto aquí de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia Provincial, no sólo por los argumentos ya expuestos por este Tribunal en el caso *'Damiano'*, sino por la Corte Suprema de Justicia Nacional, por sentencia del 1/12/1.988 en la causa *'Sánchez'* (DJ 1.989-1-506, LL 1.989 C, 536) dio validez al fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal (integrada con jueces de la valía académica de Madueño, Zaffaroni, Rivarola, Bonorino Perú y Ouviaña, en el caso *'Costas'*, sent. del 15-10-1.986 (Rev. La Ley, tomo 1.986-E, pág. 376), por el cual para que se dé la agravante del art. 166 inc. 2° del CP el arma utilizada en el hecho *'debe estar cargada'...*” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

“...Creo evidente que la solución más justa es una combinación de las posturas objetiva y subjetiva y no una u otra tomadas en absoluto: esto es, como dice Edgardo A. Donna en la obre precitada *'...para que exista el robo agravado por uso de arma, deben darse dos requisitos: uno es el efecto intimidante en la víctima, y el otro, que ese efecto tenga un correlato real, en cuanto se ha corrido real riesgo de que el arma sea empleada como tal, peligro que con armas que no son tales o están descargadas. obviamente no ocurre...'* (op. cit., con citas de Alfredo Molinario *'Los delitos'*, obra actualizada por Eduardo Aguirre Obarrio, 1.996, ed. TEA, pág. 274)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

“...Interpretando de ese modo el fundamento, el sentido y el alcance de la calificante del robo, hemos encontrado consonancias con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, quien adhirió al dictamen del Procurador General de la Nación, en fecha reciente, según el cual se debe *'descartar en el caso la aplica-*

*ción de la agravante establecida en el art. 166, inc. 2º, del código sustantivo, exclusivamente por los argumentos vertidos en el fallo -la ausencia de secuestro que impidió acreditar la operatividad del arma empleada y al no surgir de las declaraciones de los perjudicados referencia acerca de su aptitud funcional y de su utilización como arma impropia- implicó no sólo contrariar la citada doctrina sentada por V.E. en Fallos: 319:209, sino que permite sostener que la calificación otorgada no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 308:1162; 312:1150; 318:1103, entre otros) (CSJN, causa n° 4/2000, 'Giménez Alfaro, Eduardo s/ p.s.a. robo calificado', del 03/10/02)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, "Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.", [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).*

"...No sucede lo propio con el revólver (o similar), que también se usara para cometer el robo en la playa, donde en defecto de esas verificaciones periciales (o de otras pruebas fehacientes de su específica aptitud para disparar proyectiles por deflagración o combustión de pólvora, o, en fin, de su uso como 'arma impropia'), resulta inaceptable reputarlo como 'arma' (C.S.J.N., causa n° 4/2000, 'Giménez Alfaro, Eduardo s/ p.s.a. robo calificado', del 03/10/02), y menos aún como 'arma de fuego'..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.393, "Pérez, Ramón Antonio y otro s/ tentativa de robo agravado, etc.", [J.A.], del 23/12/02, R. 296/02).

#### **Con armas blancas (J.A., C. 1.393).**

"...Sólo deseo precisar que el robo se agrava por el empleo de 'arma' desde que la navaja -aún cuando no pudo ser incautada- constituye un 'arma blanca' por antonomasia (a menos que esté hecha de telgopor o cartón; pero ese no es el caso de autos); es decir, su poder penetrante y/o cortante quedó 'per se' evidenciado a través de los testimonios de las personas ante quienes fue manipulada, y sin necesidad de recurrir a ulteriores comprobaciones técnicas. Así lo viene conceptuando este Tribunal desde su primitiva composición donde -justamente, con voto de la suplida Dra. Graciela Arrola de Galandrini- consideramos que 'resulta innecesaria la existencia de pericia para probar el poder vulnerante de un arma de esa especie, ya que el Superior Tribunal de esta Provincia ha sostenido, reiteradamente, que habiéndose acreditado la utilización de arma blanca, su ofensividad está ínsita dentro de la esencia propia de la misma (P. 45.338, del 20/04/93; P. 50.559, del 24/10/95; P. 52.086, del 30/09/97; P. 53.192, del 29/08/95; P. 57.953, del 03/03/98)' (causa n° 40, 'Gómez, Cristian Ramiro', sent. del 25/05/99, R. 22/99)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.393, "Pérez, Ramón Antonio y otro s/ tentativa de robo agravado, etc.", [J.A.], del 23/12/02, R. 296/02).

#### **Con armas impropias (J.O., C. 1.066).**

"...El 'factum' descrito en el veredicto con el n° 1, corresponderá ser subsumido como robo calificado por el uso de arma (CP, 166, inc. 2º), donde las lesiones leves sufridas por la víctima quedan absorbidas en la figura nuclear (lo mismo que el corto encierro de las mujeres en el baño, al sólo efecto de asegurar el ilícito), y en el que 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..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, "Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.", [J.O.], 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, del 15/10/91; P. 48.619, 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, del 28/11/95, 'G., A. R. s/ privación ilegal de la libertad y robo'; e/o)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, "Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.", [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

"...Invoco la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal de Casación Penal provincial, al estimar que *'cometer el robo con armas no significa forzosamente dispararlas o usarlas, sino emplearlas de algún modo durante el 'iter criminis', subrayando la intimidación o potenciando la fuerza que el atracador desea emplear para llevar a cabo sus designios, tal como ocurre cuando éste las exhibe amenazadoramente o golpea a las víctimas con ellas'* (causa n° 331, 'Yaguar', del 07/10/99; publ. en la obra de compilación y análisis de la doctrina casatoria bonaerense de la autoría de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 202)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.066, "Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.", [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

#### **Con perforación o fractura de pared, cerco (etc.), de lugar habitado. Inaplicabilidad (J.A., C. 1.068).**

"...No coincido con la calificación consensuada por todas las partes (tentativa de robo agravado por efracción) desde que no surge de lo obrado que la vivienda en que se produjera el intento de sustracción violento, revistiera la calidad de *'lugar habitado'*, tal lo emergente de la declaración de un vecino. Téngase en cuenta la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde su creación, en el sentido que corresponde diferenciarse vivienda *'habitada'* de *'habitable'*, como ocurre con las fincas destinadas a ser ocupadas temporalmente en nuestra ciudad, cuando sus propietarios se domicilian en otra localidad..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.068, "Acosta, Julio Raúl y otro s/ tentativa de robo agravado, etc.", [J.A.], del 13/02/02, R. 007/02).

#### **En banda (J.A., C. 1.323).**

"...Adhiero, por mi parte, a lo que viene sentenciando este organismo jurisdiccional, desde sus orígenes, para situaciones análogas: *'...No hay banda por la sola circunstancia de ser tres los ladrones que atacan la propiedad ajena; es necesario también que lo hagan de manera mínimamente organizada o planificada, por ejemplo, con distribución de los roles ejecutivos. Tratándose, entonces, de una simple pluralidad de sujetos activos, considero que en la especie no está configurada la agravante del art. 167, inc. 2° del CP. Sobre el punto, ya es criterio reiterado de este Tribunal que 'la actuación en poblado y en banda' (CP, 167, inc. 2°), no es el mejor encuadramiento típico de las conductas de autos, donde se advierte más bien un obrar ilícito espontáneo e improvisado, que una realización preparada y, aunque sea, mínimamente organizada'* (causa n° 10, 'Gómez, Ricardo', sent. del 28/10/98, R. 009/98; causa n° 369, 'Juárez, Juan Abel', sent. del 31/05/00, R. 071/00; entre tantas otras)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.323, "Ugarte, David Héctor s/ daño, etc.", [J.A.], del 28/09/02, R. 198/02).

#### **Concurrencia de agravantes: con arma y en lugar poblado y en banda (J.O., C. 1.424).**

"...En cuanto a la pluriagravación del robo, y conforme señalara Sebastián Soler (cfr. *'Derecho Penal Argentino'*, edit. La Ley, 1.946, tomo II, pág. 178), los arts. 166 y 167 del Código Penal (al igual que sucede, por ejemplo, con el art. 80 del mismo cuerpo normativo) son supuestos de *'...delito único con pluralidad de hipótesis de agravación...'*, por lo que estimo que, aplicando sus enseñanzas acerca del *'delito complejo o pluriofensivo'*, en el caso de concurrir más de una agravante prevista en la norma, 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)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.424, "Iberra Cejas, Ernesto Amaro y otro s/ robo doblemente agravado por empleo de arma y haberse cometido en poblado y en banda, etc.", [J.O.], del 27/11/02, R. 265/02).

#### **Robo con armas y tenencia ilegal de arma de guerra. Concurso (J.A., C. 1.331).**

“...El robo con armas y la tenencia ilegal de arma de guerra son delitos autónomos entre sí (CP, 55), toda vez que este último tiene su momento consumativo propio y distinto del primero (comúnmente, precede al inicio de la ejecución del atraco), y ambos afectan a bienes jurídicos diversos. Ese mismo ha sido el temperamento adoptado por la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala 1ª, al sostener que ‘esas infracciones penales concurren de manera material entre sí, al desplegarse las dos acciones típicas en forma física y jurídicamente separables o independientes (CP, 55)’ (respecto del delito de robo en grado de tentativa y tenencia ilegítima arma de guerra) (cfr. C.N.C.P., Sala 1ª, ‘Heredia, Francisco A.’, del 29/12/93, publicado en ‘J.A.’ el 26/10/94; ídem: T.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala 1ª, causa n° 150, ‘Romero’, del 16/02/00; publ. en ‘Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As.’, de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 208)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo, etc.”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

## **SECUESTRO EXTORSIVO.**

### **Características. Bienes jurídicos protegidos (J.O., C. 744).**

“...El secuestro extorsivo es un delito pluriofensivo que se caracteriza, precisamente, por una injuria al patrimonio a través del atentado a la libertad individual, tratándose de una figura de peligro para el derecho de propiedad, de carácter permanente, cuya materialidad perdura en el tiempo mientras se mantiene la situación de privación de libertad del sujeto pasivo (cfr. Buompadre, Jorge E. en ‘Derecho Penal. Parte Especial’, Mario A. Viera Editor, Bs. As. 2.000, tomo 2, pág. 91). Distingue al ilícito reprochado, el particular designio que guía al autor: el ‘sacar rescate’. Rescate es el precio por la liberación de la persona a quien se ha privado de la libertad; puede consistir en dinero o en cualquier otra prestación de contenido económico. El agente tiene que actuar para obtener el rescate...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...La notoria circunstancia de que todo caso de privación de libertad es de carácter permanente, hace posible que la naturaleza de la acción típica pueda variar a lo largo de la permanencia; así, lo que pudo ser en sus comienzos una simple privación de libertad, puede convertirse, luego, en un secuestro extorsivo cuando el agente decide ‘sacar rescate’, o, inversamente, lo que en el inicio fue un secuestro extorsivo puede transformarse, más tarde, en una simple privación de libertad, si el agente desecha esa finalidad, adscribiendo otra distinta a su acción (cfr. Creus, Carlos en ‘Derecho Penal. Parte Especial’, edit. Astrea, 5ª edición, Bs. As. 1.996, págs. 485/7)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...La característica diferencial de esta forma especial de *extorsión*, la da el *medio* empleado, consistente en privar a una persona de su libertad personal, de lo que se deriva no sólo la mayor gravedad de la pena amenazada, sino también la fijación del momento consumativo. Así, salta a la vista que se trata de un delito de peligro del bien jurídico derecho de propiedad, tutelado en el título respectivo. El autor se sirve del poder coactivo de la privación de libertad en sí misma, y por eso se da un caso de intimidación o coacción. La intimidación puede surgir del mantenimiento de la privación de libertad o del temor por la seguridad del rehén...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...Sujeto pasivo de la extorsión, no es, por lo general, el secuestrado, sino aquél a quien se exige el rescate, habida cuenta que se trata de un delito contra la propiedad. Ambas personas pueden coincidir cuando el rescate se le exige al mismo rehén. Pero la condición del sujeto pasivo resultará de ser la persona a quien se pide el rescate, y no la víctima del secuestro. La privación de libertad es aquí siempre un medio y no un fin, y en la estructuración del delito, el término del secuestro está supeditado a la entrega del rescate...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O.], del 15/05/02, R. 089/02).

“...La especificidad de la figura hace que absorba todas las que están compuestas por una privación de libertad, en particular la del art. 142 bis del CP (privar de libertad para compeler), sin consideración a que la víctima de la privación pueda no ser la misma que la de la extorsión (cfr. Creus, op. cit, pág. 487; ídem Donna, Edgardo Alberto en *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Rubinzal - Culzoni, Bs. As. 2.001, tomo II-B, págs. 234/9)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O], del 15/05/02, R. 089/02).

### **Competencia (J.O., C. 744).**

“...Si bien el secuestro extorsivo es uno de aquellos delitos reservados a la jurisdicción federal, en virtud de lo estatuido en el art. 3 inc. 5° de la ley n° 48, con las modificaciones introducidas por la ley n° 20.661, ha sido constante la doctrina de la Corte Suprema Nacional al disponer que *‘corresponde a la justicia local conocer en el delito previsto en el art. 170 del Código Penal si la conducta reprochada a los procesados no reconoce una motivación que excede lo estrictamente particular, ni afecta intereses nacionales’* (CSJN, *‘Cruz Robles, Antonio y Palacios, Carlos Ramón s/ secuestro extorsivo’*, del 27/03/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O], del 15/05/02, R. 089/02).

### **Tipicidad objetiva y subjetiva (J.O., C. 744).**

“...En el aspecto subjetivo del injusto, se trata de un delito doloso. El sujeto activo actúa con el conocimiento y la voluntad de privar de la libertad a una persona, para obtener un rescate. Esta finalidad del autor constituye un dolo directo, ya que, no concurriendo, desaparece el tipo subjetivo del delito, que es incompatible con el dolo eventual o indirecto. La doctrina nacional está conteste en que el delito se consuma con la privación ilegítima de libertad, ejecutada con la finalidad típica. En la sustracción o retención, la perfección jurídica del ilícito se logra cuando la persona ha sido sacada de su esfera de libertad, o se le ha impedido volver a dicha esfera, y en el ocultamiento cuando se ha realizado cualquier acto tendiente a impedir que terceros pongan fin al estado de privación de libertad en que se encuentra el afectado. Cuando se consiguiera el rescate (que no es el caso del *‘sub lite’*), la figura básica desaparece, dando paso a la agravada de la parte final del artículo 170 del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Dominella y Martinelli, causa n° 744, “Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.”, [J.O], del 15/05/02, R. 089/02).

## **SENTENCIA PENAL.**

### **Deber constitucional y legal de motivación (J.O., C. 953).**

“...Bien se sabe que exigencia fundamental, que hace al *‘debido proceso’* (CN, 18), es la necesaria fundamentación o motivación de una decisión judicial, y en especial de la sentencia penal, como exteriorización del pensamiento del juzgador, resultando explicitado este mandato constitucional, en lo que hace a la aplicación del derecho, por la Constitución de nuestra Provincia (art. 171). Esa argumentación debe estar basada en un razonamiento autosuficiente, a fin de demostrar, justificar y explicar, o sea, dar razones de lo resuelto. Todo ello dentro de un marco de razonabilidad, como derivación del derecho vigente, aplicado a las circunstancias comprobadas y con arreglo a las reglas de la sana lógica que gobiernan el pensamiento, de manera que la sentencia resulte ser una proyección al caso concreto de las normas jurídicas de carácter general, evitando incoherencias, contradicciones, desvíos o absurdos notorios, a fin de no caer en *‘arbitrariedad’*. Y, justamente esa motivación es la que permite *‘...el control de las decisiones, tanto en derecho... como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas...’* (cfr. Falcone, Roberto A. y otro *‘La prueba’*, en *‘Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As.’*, Rev. ‘J.A.’ número especial 08/08/01, pág. 54)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, “Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O], del 14/03/02, R. 036/02).

## **SISTEMA ACUSATORIO.**

**Derivaciones. Principios ‘ne procedat iudex ex officio et sine actione’ y ‘ne est iudex ultra petita partium, sententia debet esse conformis libello’ (J.O., C. 827).**

“...En el desarrollo ulterior del debate oral, la fiscalía no ha hecho uso del instituto reglado por el art. 359, 1ª parte del CPP, que le hubiera permitido ampliar la acusación primitiva respecto de las ‘*circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación*’. Por mi parte, entiendo que en la materia le está vedado a este Tribunal ir más allá del título condenatorio del acusador, habida cuenta de la drástica limitación impuesta al órgano jurisdiccional en el sistema acusatorio vigente, en virtud del cual las máximas ‘*ne procedat iudex ex officio et sine actione*’ (no actúe el juez de oficio y sin acción), y ‘*ne est iudex ultra petita partium, sententia debet esse conformis libello*’ (no vaya el juez más allá de lo que piden las partes, debiendo dictar la sentencia conforme a lo peticionado), conllevan, entre otros efectos, un significativo retroceso del tradicional principio del ‘*iura novit curia*’ (el derecho lo conoce el juez). En otras palabras, considérome inhabilitado para avanzar sobre posiciones defensoras, introduciendo repentina y sorpresivamente -sin refutación posible del asistente jurídico del causante- una variante perjudicial a los intereses del reo, no contenida hasta ahora en la acusación pública...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Martinelli, causa n° 827, “Supato, Basilio Fabián s/ abuso sexual con acceso carnal continuado, etc.”, [J.O.], del 26/03/02, R. 048/02).

**SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.**

**Declaración oficiosa de inconstitucionalidad (J.A., C. 1.242).**

“...La invalidez constitucional aludida no fue peticionada por las partes litigantes, pero es doctrina de este Tribunal -aunque, aquí, por unanimidad- la que posibilita que se verifique, aun de oficio, si media alguna insuperable contraposición entre la ‘*ley común*’ y los principios de la ‘*ley fundamental*’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...En el caso ‘*Ledesma*’ (causa n° 203, del 27/12/99, publ. en ‘*Revista La Ley Bs. As.*’, año 7, n° 3, de abril de 2.000, págs. 318/29), tuve oportunidad de citar calificadas opiniones sobre la materia que habrán de servir para respaldar el criterio apuntado. A esas consideraciones me remito: ‘...*Si la función de los jueces es aplicar la Constitución y sus normas reglamentarias, y si sólo merecen llamarse leyes o decretos aquellas normas que en sus ámbitos de competencias se adecuan a la Ley Fundamental, los jueces tienen el deber de abstenerse de aplicar todas aquellas normas que no son leyes ni decretos por el simple hecho de estar en colisión con la Constitución... Los jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, pero no porque el poder Judicial sea superior en abstracto a los otros órganos gubernamentales, sino porque es su deber aplicar la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, siempre que no entren en conflicto con ella... no revisan los contenidos políticos de los actos emanados de esos órganos en cuanto a sus defectos o desaciertos, sino simplemente si ellos en su forma y contenido, se adecuan a la Ley Fundamental (cfr. Badeni, Gregorio en ‘Instituciones de Derecho Constitucional’, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1.997, pág. 206)’...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).*

“...La regla de interpretación de las leyes conforme a la Constitución permite vincular a todos los órganos jurisdiccionales, cualquiera sea el fuero y el grado, por imperio de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de supremacía jerárquica de la Ley Suprema dentro del mismo. Siendo así, mal se podría vedar a los jueces o tribunales la revisión, aún de oficio, de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, antes de aplicarlas...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.242, “Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo”, [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

“...Coincido con lo expresado por la Dra. Arrola de Galandrini, en su voto en el caso ‘*Amure*’ con citas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia Provincial, en cuanto a que ‘...*la declaración de inconstitucional de una disposición es un acto de suma gravedad institucional que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la*

repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, si ello es posible sin violencia de los textos (en M 421 XXIII 5/11/91 en 'E.D.' 03/07/92, 'Síntesis Jurisprudencial' n° 1499, L 268 XXII, del 19/09/89 'Leiva c/ P. E. Pcia. Catamarca', en 'Síntesis Jurisprudencial' 19/03/90 n° 1885, P. 199 XXIII 14.591 'Puelis', en 'E.D.', del 21/02/92, n° 381/2)....' Y, asimismo, que '...la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto,... debe ser considerada como la 'última ratio' del orden jurídico' (SCBA., L. 45.654 del 28/05/91, P. 38.504 del 01/07/89, y L. 1302 del 05/11/89)...' (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.242, "Alvanezzi, Cristian Rubén s/ tentativa de robo", [J.A.], del 05/06/02, R. 116/02).

## **SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.**

### **Admisibilidad temporal del pedido (J.O., C. 882).**

"...Tras verificar que el legislador omitió establecer, con carácter general, el límite procesal para pretender la aplicación de esta salida alternativa, la laguna legal viene siendo suplida por este Tribunal con un criterio interpretativo (mayoritario, no unánime) según el cual: '*...Si con la sanción de la ley 24.316 se ha querido evitar a las personas sometidas por primera vez a proceso, las dañosas consecuencias causadas por el mismo, y, al propio tiempo, dotar al sistema penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad de la causa en los casos de menor trascendencia, para que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura, la conclusión que propongo es la de extender hasta el momento inmediatamente anterior al dictado del veredicto -anticipado o no- y sentencia (CPP, 371, 374 y 375), la posibilidad de presentar acuerdos de suspensión de juicio a prueba'... Refuerza una amplitud semejante la convicción de que el vocablo 'juicio', en sentido técnico, implica debate o audiencia contradictoria, y mientras éstos no hayan concluido con el dictado del pronunciamiento jurisdiccional que les pone fin, cabe admitir la posibilidad de que las partes pretendan suspender no sólo su realización ('antes del juicio'), sino también su continuidad ('durante el juicio'), planteo que será homologado por el juzgador, si correspondiere. En suma, apelando a criterios funcionales, utilitarios y finalistas para establecer el linde hasta el cual es factible impetrar la solicitud de suspensión del juicio a prueba, considero que, en la especie, resulta temporáneo - y además, formalmente admisible- el pedido traído a consideración como cuestión preliminar al comienzo del debate oral (CPP, 404)...' (cfr. causa n° 298, 'Capello, Fernando Enrique', sent. del 06/06/00, aunque con la disidencia del Sr. Juez Martinelli)...' (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 882, "Cuevas, Sergio Daniel s/ estafa, etc.", [J.O.], del 19/02/02, R. 014/02).*

"...Mantengo el criterio de la extemporaneidad del pedido de 'probation' en proveimiento, como desarrollara en mi voto en la causa 'Capello', al señalar que: '*...A mi modo de ver, la opción a la que estoy haciendo referencia, debe ser concretada con anterioridad a la iniciación del debate; no después. En estos actuados, se inició un juicio oral y público (CPP, 354 y ccdts.). Ello resulta ser una verdad innegable y siendo ello así, no cabe su finalización sino mediante una sentencia absolutoria o condenatoria, conforme lo sucedido en el debate. Entiendo, o creo entender, la filosofía que inspira a nuestro ordenamiento procesal vigente, pero así también pienso que nuestro debido proceso debe ser respetado y es precisamente en ese orden de ideas que opino que elegida una vía, se sigue en ella hasta el final. Me pregunto si resultaría admisible que en el curso del debate o luego de él, el imputado o la defensa, advierten que la situación del causante resulta insostenible y a esa altura de los acontecimientos optan por la suspensión del juicio a efectos no de abreviar el trámite, sino de evitar consecuencias más gravosas con el dictado de una sentencia definitiva. En verdad me parece poco serio y por otra parte no creo que las partes dispongan de un poder discrecional tan extenso en el proceso. Finalmente, y en lo que hace al argumento de evitar 'dañosas consecuencias -entre otras la estigmatización o señalamiento social, es decir, 'la pena de estar sentado en el banquillo'- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, dotar al sistema penal de una herramienta que permita su ejercicio racional, obviar la continuidad de la causa en los casos de menor trascendencia...'*, debo decir que en lo que hace a la estigmatización o señalamiento social, no se puede hacer cargo la Justicia y en lo referido a suplantar eficacia por rapidez para evitar un congestionamiento de causas a resolver, estimo que ello no resulta aceptable a mi modo de ver'..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 882, "Cuevas, Sergio Daniel s/ estafa, etc.", [J.O.], del 19/02/02, R. 014/02).

### **Conformidad del Ministerio Público Fiscal (J.O., C. 882).**

“...En situación análoga, pero ahora en forma unánime, hemos sentenciado que *‘...la razón medular para el rechazo de la pretensión traída aparece plasmada, de modo intergiversable, en la legislación procesal bonaerense, configurada en una dirección tendencialmente acusatoria, donde en plena sintonía con la proclama que ‘la acción penal pública se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley’ (CPP, 6; t.o. ley 12.059), dispónese -en el capítulo IV, título II, del libro III, y en la única cláusula destinada a reglamentar el funcionamiento operativo del instituto, en su dimensión procedimental- que ‘el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, mediando conformidad Fiscal’ (CPP, 404)... Sentado lo anterior, cabe concluir que la unilateral petición de ‘probation’ deberá rechazarse, por improcedente, puesto que para viabilizar la suspensión del juicio a prueba se requiere a título de ‘condicio sine qua non’ la expresa conformidad, inexistente en la especie, del representante del Ministerio Público...’ (cfr. causa n° 656, ‘Escot, Silvia Alejandra’, sent. del 11/05/01, R. 082/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 882, “Cuevas, Sergio Daniel s/ estafa, etc.”, [J.O.], del 19/02/02, R. 014/02).*

### **Contralor jurisdiccional del acuerdo ( S.J.P., C. 1.063).**

“...No veo motivos para repeler *‘ab initio’*, las sugerencias de los interesados, sin perjuicio que, tampoco, el acuerdo de partes *‘...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... En este orden de ideas, como lo expresa Gustavo L. Vitale, ‘...la suspensión del proceso penal a prueba tiende a generar o a fortificar en el imputado ciertas pautas de conducta que se consideran socialmente positivas... El presente objetivo se advierte claramente en la regulación legal, en cuanto ella supedita la extinción de la acción penal (cuyo ejercicio quedó suspendido) al cumplimiento de ciertas condiciones por parte del imputado...’ (cfr. ‘Suspensión del proceso penal a prueba’, Edit. Del Puerto, Bs. As., 1.996, pág. 48)...’ (de este Tribunal en causa n° 152, ‘Hernández, Julio César’, sent. del 03/08/00, R. 162/00)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).*

“...Y, así es que estimo adecuado manifestar que no abrigo dudas, en el sentido que el instituto previsto por el art. 76 bis y ter del CP y 404 del CPP, no es de aplicación automática, sino que debe ser analizado ante cada caso concreto, no resultando vinculante el acuerdo prestado por la Fiscalía, ya que resorte de la función jurisdiccional resulta el conocido como standard de razonabilidad, debiendo servir de guía al juez para aplicar la ley según las circunstancias especiales de tiempo y lugar. Y por ende, el juzgador debe actuar en el caso concreto como fiador de la efectividad de las garantías constitucionales, pero teniendo en cuenta todas aquellas que pueden encontrarse en conflicto, en vista a lograr el delicado equilibrio que debe mantenerse entre todas (cfr. Marienhoff, Miguel y otros en *‘Homenaje a Juan Francisco Linares... la razonabilidad en el Derecho’*, en Anticipo de Anales año XXXVIII Segunda Epoca n° 31, pág. 17 ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Morello, Augusto Mario, *‘Perfil del Juez al final de la centuria’*, en ‘L. L.’, del 09/06/98, págs. 1 y sgtes.)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

### **Importancia, finalidad y alcance del instituto (S.J.P., C. 1.063).**

“...Cabe resaltar la importancia del mecanismo para la resolución alternativa de los conflictos penales establecido por la ley 24.316, que, *‘por una parte, procura evitar a las personas sometidas por primera vez a proceso, las nocivas consecuencias -entre otras, la estigmatización o señalamiento social, es decir ‘la pena de estar sentado en el banquillo’- causadas por el mismo, y, al propio tiempo, busca dotar al sistema*

penal de una herramienta que permita, mediante su ejercicio racional, obviar la continuidad del trámite procesal en los casos de menor trascendencia criminal, para que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura...”, conforme lo expusiera el Juez Favarotto, en la causa n° 356, ‘Cisilino, Sebastián’, sent. del 04/08/00, R. 163/00...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.] del 06/05/02, R. 149/02).

“...Ya en los primeros casos que se ventilaron ante este Tribunal, que integro desde su creación, tuve oportunidad de sostener, con adhesión plena de mis colegas, que ‘...la ‘probation’ es procedente para los delitos de naturaleza criminal... Dejo constancia que ya venía adhiriéndome a la tesis amplia en los últimos tiempos de mi desempeño anterior, como Juez en lo Criminal y Correccional, a cargo del ya disuelto Juzgado n° 7 Departamental..., por seguir los principios propiciados en el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal con relación a las denominadas ‘alternativas de composición de conflictos...’ (según mi voto en la causa n° 12, “Muza Martínez, Alejandro Rafael”, sent. del 30/11/98, R. 001/98)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Entiendo que jurídica y procesalmente hablando, todos y cada uno de los requisitos legales se hallan a buen resguardo, es decir, respetados. El instituto al que han acudido las partes, podríamos decir que tiene una doble finalidad: por un lado ‘desafectar, por su escasa trascendencia ciertos conflictos para los que se refleja una pena; y por el otro descomprimir a la administración de justicia muchas causas que no tienen relevancia político-criminal’. Esto es lo que nos dicen José Orgeira y Eduardo Vaiani en el trabajo que titularon ‘La suspensión del juicio a prueba y los delitos con penas mayores a los tres años’ (publ. en ‘La Ley’, 1.996-E, pág. 813). Y en puridad lo comparto...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

#### **Improcedencia (S.J.P., C. 1.435).**

“...Voy a adelantar a mis colegas que propiciaré el rechazo de la vía alternativa que ha sido pactada en la audiencia... El causante, según surge de estos actuados, resulta haber sido condenado por la entonces titular del ex Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 7 deptal., con fecha 14/10/94 a la pena de un mes de prisión en suspenso, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de daño y lesiones leves... Por lo expuesto, entiendo que no se da en la especie el recaudo exigido en el art. 76 bis, 4° párr., del CP: ‘...si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable...’, ya que no ha transcurrido el plazo previsto por el párrafo 2° del art. 27 del CP, es decir, diez años (y no ocho como señalaran las partes en el acuerdo traído), cuando ambos delitos son dolosos, lapso este que permitiría acordar por segunda vez una condena a pena de prisión de ejecución condicional al causante de autos...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 1.435, “Volpi, Osvaldo s/ lesiones leves”, [S.J.P.], del 29/11/02, R. 514/02).

#### **Oposición de la víctima (además, particular damnificado y actor civil). Ineficacia ( S.J.P., C. 1.063).**

“...La tajante oposición a todos los términos de lo acordado entre las partes acusadora y acusada, que exteriorizara en la audiencia 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...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Nos ha dicho la patrocinante de la particular damnificada y actora civil, que se opone al acuerdo de suspensión del juicio a prueba sometido a consideración de este Tribunal, argumentando ‘...las mismas razones que objetara un acuerdo anterior ya rechazado, pues entiende que el actual se trata del mismo convenio ya aludido sobre el cual, a su criterio, ya existe cosa juzgada...’ (textual). Si nos detenemos,

aunque sea brevemente a la mentada oposición, la misma ya consta en estos obrados, oportunidad en la que la profesional mencionada manifestó: *‘...que no presta conformidad con la suspensión del juicio a prueba a que arribaran las partes...’* (textual). Me pregunto si los expuestos son los fundamentos a los que aludí; pero sigamos... Siguiendo con el análisis de la cuestión en tratamiento, tengo que decir también que en el caso que ahora nos ocupa existe el esencial consentimiento del Agente Fiscal, para que se acuerde el beneficio al causante, y que la oposición de la particular damnificada y actora civil -infundada, a mi entender- carece de relevancia, en el particular...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

#### **Para delitos reprimidos con pena de inhabilitación (S.J.P., C. 1.010)**

“...Al votar un caso análogo al presente, tuve oportunidad de sostener que *‘a pesar que la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal no admita el otorgamiento del beneficio en ninguno de los supuestos en que una conducta típica pudiera ser sancionada con pena de inhabilitación (‘Kosuta’), sugiero adoptar otra regla interpretativa, limitadora únicamente de los casos en que ese castigo viene conminado como sanción exclusiva, no sólo porque, desde lo formal, la imperatividad de aquella doctrina no abarca a esta justicia penal ordinaria, sino porque -sin desdeñar los métodos literal, gramatical, ni exegético, que he utilizado en muchas ocasiones- considero, ahora, que a la disposición examinada no le resulta aplicable el viejo aforismo ‘in claris non est interpretatio’, desde que adolece de una redacción poco precisa, que ha levantado inacabadas polémicas sobre su verdadero sentido y extensión. Compelido a recurrir, en forma auxiliar, a la tésis normativa, y apelando -una vez más- a criterios funcionales, utilitarios y equitativos para conocer mejor su alcance, me inclino por la posible ampliación del beneficio a personas imputadas de realizaciones delictivas imprudentes, interpretando en esa medida la veda prescripta en el art. 76 bis, ‘in fine’ del CP...’* (causa n° 677, ‘Cepeda, Walter Alejandro’, sent. del 12/07/01, R. 213/01). Ese ha sido, en definitiva, el temperamento adoptado por este Tribunal en su composición habitual, y no veo razones para cambiar de enfoque...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.010, “Carrón, Esteban Horacio s/ homicidio culposo agravado”, [S.J.P.], del 16/04/02).

#### **Para delitos reprimidos con pena de multa (S.J.P., C. 1.346).**

“...Si bien para alguna doctrina jurisprudencial -minoritaria, por cierto- *‘la suspensión del juicio a prueba no es aplicable respecto de quien ha sido procesado en orden al delito de exhibiciones obscenas (art. 129, Cód. Penal), ya que se trata de una figura reprimida únicamente con una multa...’*, añadiendo que el mentado beneficio *‘es inaplicable respecto de los delitos reprimidos únicamente con pena de multa, para los cuales el art. 64 del mismo ordenamiento ha establecido un régimen particular de extinción de la acción penal’* (así, v. gr., la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela, en autos ‘Vergara, Héctor R.’, sent. del 08/04/97, publ. en ‘La Ley’, 1.998-D, 878), considero que el art. 76 bis, párrafo 5° del Cód. Penal ha sido inadecuadamente interpretado por el tribunal santafecino. En efecto, esa norma se limita a acoplar una condición más a las de carácter genérico, pero sólo en los delitos específicamente reprimidos con multa que la prevén como pena alternativa o conjunta, cual es la del pago del mínimo de la sanción pecuniaria. Entonces, de adverso, debe entenderse que el requisito adicional no es exigible para aquellos ilícitos, como las exhibiciones obscenas simples (previstas en el art. 129, 1ª parte del CP), donde la pena de multa es exclusiva... Sin embargo, es del caso señalar que ante una eventual condena del acusado (por ejemplo, a propósito de las exhibiciones obscenas) y ulterior incumplimiento de la multa, ésta se transforma en prisión, según lo estipula el art. 21 del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.346, “Onzari, Uriel Andrés y otros s/ exhibiciones obscenas, etc.”, [S.J.P.], del 08/11/02, R. 485/02).

“...Con relación a la interpretación del 5° párrafo del art. 76 bis del CP, la cuestión ha sido correctamente resuelta, por cuanto, tal como está redactada la norma, la condición que se pague el mínimo de la multa correspondiente para admitir la suspensión del juicio a prueba, sólo es exigible cuando la multa viene prevista en el delito de que se trate como pena *‘...conjunta o alternativa con la de prisión...’* Ello surge de la interpretación gramatical auténtica de la norma prealudida y así es valorada por la doctrina, pudiendo agregarse a la opinión ya citada del Dr. Vitale, las coincidentes de Carlos Edwards (cfr. ‘La Probation en el Código Penal Argentino’, edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1.994, pág. 59, 3° párrafo), Jorge de la Rúa (cfr. ‘Código

*Penal Argentino, Parte General*, 2ª edición, edit. Depalma, 1.997, pág. 1.174, n° 23), Héctor Guillermo Vidal Albarracín (cfr. *¿Es ajustada a derecho la 'probation' en el delito de contrabando?*, artículo publicado en *Rev. La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 31/08/99, págs. 34 y 35, letra 'c', aludiendo que en tal clase de delitos, la exigencia del pago de la multa previa, depende de la imposición de la pena de prisión, por su carácter accesorio)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.346, “Onzari, Uriel Andrés y otros s/ exhibiciones obscenas, etc.”, [S.J.P.], del 08/11/02, R. 485/02).

“...En referencia concreta al 76 bis del Código Penal, la Sala III de Cámara Nacional de Casación Penal resolvió que *‘...la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, pues los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió. También debe hacerse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico, para todo lo cual se debe computar la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdaderas, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto...’* (cfr. C.N.C.P. Sala III, 15-5-1.998, ‘Vázquez, Emilio’, en *Rev. La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 30 de junio 1.999, págs. 36/7)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.346, “Onzari, Uriel Andrés y otros s/ exhibiciones obscenas, etc.”, [S.J.P.], del 08/11/02, R. 485/02).

#### **Reexamen del acuerdo rechazado por otro Tribunal. Inexistencia de cosa juzgada (S.J.P., C. 1.063).**

“... La resolución del Tribunal originario, por la que se rechazó el primer acuerdo de suspensión de juicio a prueba, pertenece a un organismo jurisdiccional de igual competencia y jerarquía que el que me encuentro integrando, no revistiendo ese decisivo el carácter de cosa juzgada formal, ni material, que sólo le puede ser atribuible a una sentencia definitiva e irrevocable que se expide sobre las cuestiones de fondo del proceso penal...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Este Tribunal ha sentado el criterio que -en principio- un acto jurisdiccional de ese carácter no resulta un obstáculo insalvable que impida acordar viabilidad a la mutua conformidad de los sujetos procesales en favor de la salida alternativa. Y así, lo resuelto por el Tribunal de competencia originaria no resulta vinculante para este organismo, quien ante la insistencia de los interesados está habilitado -sin restricciones de ninguna clase- para realizar un reexamen de la cuestión traída; ya que este Tribunal n° 1 no es ni más, ni menos que aquel. Todo ello, habiendo quedado preservados los principios de unidad de actuación e indivisibilidad del Ministerio Público (art. 2, ley 12.061). Lo expuesto en consonancia con lo que ha venido sosteniendo este Tribunal desde el 19/08/99 (ver causas n° 72, *Alais, Juan José*, sent. del 19/08/99, R. 041/99; n° 285, *Pugliesi, Carlos Adrián*, sent. del 31/03/00, R. 040/00; n° 395, *Moreno, Walter Adrián*, sent. del 03/06/00, R. 077/00; y n° 596, *Bramajo, Marcelo Fabián*, sent. del 15/03/01; e/o)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...En lo referido a una pretendida aplicación del principio de la cosa juzgada, con respecto a lo que resolviera, en su oportunidad, el Tribunal de competencia originaria, se me ocurre que lo argumentado por la letrada patrocinante de la particular damnificada carece de solidez, por cuanto lógica, razonable y procesalmente no es así, máxime si tenemos en cuenta el carácter de revocable del instituto en análisis, en caso de incumplimiento (CP, 76 ter, párrafos 3° y 4°)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

#### **Reparación del daño (S.J.P., C. 1.063; S.J.P., C. 1.346).**

“...En lo que hace a la reparación del daño, también, este Tribunal se ha expedido con anterioridad, diciendo: *‘que conforme la previsión contenida en los arts. 76 bis del CP y 404 del CPP... el consentimiento (del Ministerio Público) es una condición necesaria -pero no suficiente- para la procedencia del institu-*

to en análisis, toda vez que ese criterio en modo alguno vincula al Tribunal a concederla... La Ley es clara cuando en el art. 76 bis, tercer párrafo del CP, establece como condición para acceder a la suspensión del juicio a prueba, que el imputado ofrezca ‘...hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible...’ (causa n° 218, ‘Gómez, Alicia’, sent. del 16/06/00, R. 114/00)... Pero esa reparación, en el marco normativo que la regula, según Gustavo L. Vitale, ‘...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. ‘Suspensión del proceso penal a prueba’, Edit. Del Puerto, Bs. As., 1.996, pág. 125). Es quizá, en función de este último propósito, demostrativo, además, de la verdadera intención del enjuiciado de solucionar el conflicto penal, que la exigencia analizada cobra mayor sentido...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandri, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Sabido es que con Claus Roxin se desarrolla y adquiere plenitud la idea de reparación de la víctima como una alternativa a la imposición de la pena, es decir, como una tercera vía para el derecho penal, criterio que, entre otros pocos ejemplos, aparece plasmado en la legislación vigente con la sanción del artículo 76 bis -3er. párrafo- del C.P. (t.o. ley n° 24.316; B.O.N. del 19/05/94). Ahora bien, si la oferta del causante de hacerse cargo de compensar el daño, en la medida de lo posible, significara un intento de volver las cosas al estado anterior a la comisión del delito, podría decirse, desde una perspectiva puramente patrimonial, que el perjuicio pecuniario irrogado a la víctima de autos ha sido de escasa o nula entidad, a partir del recupero casi inmediato de la ‘res furtiva’. Empero, no pierdo de vista que la joven damnificada sufrió lesiones, verificadas en el examen médico policial que se le practicara, a raíz de los golpes que le propinaron los sujetos activos... Al deterioro físico constatado (leve, por cierto) cabría adosarle, aún, el fuerte impacto emocional que le refiriera la víctima a la especialista forense en psicología, y que ésta integrara a su informe victimológico, al exponer que la entrevistada ‘refiere que a partir del ataque sufrido ha quedado muy sensibilizada, con sentimientos persecutorios que le ocasionan temor e inseguridad cuando sale a la calle. No puede olvidar el momento que fue agredida y fuertemente golpeada’ (textual), no obstante que, a criterio de la profesional, ‘la señorita no demanda asistencia psicológica’ (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Con esos perjuicios a la vista, considero que la proposición reparatoria formulada (o sea, de un mil pesos, pagaderos en mitades consecutivas) resulta razonable, sin menoscabo del derecho de la ofendida de reclamar una indemnización por una suma más elevada ante el fuero específico. Es evidente que decidir sobre la ecuanimidad, en concreto, de una sugerencia compensatoria del daño no es un asunto sencillo, aunque la cuestión se simplifica un poco si se tiene en cuenta que ‘la ley exige el ofrecimiento del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, en forma razonable (art. 76 bis, § 3°). Resulta claro que la ley no exige el pago, sino el ofrecimiento razonable, ‘sin que ello implique confesión ni reconocimiento de responsabilidad civil’. La razonabilidad del ofrecimiento debe ser ponderada por el Juez, que la admitirá frente a oposiciones arbitrarias de los posibles damnificados’ (cfr. De la Rúa, Jorge en ‘Código Penal Argentino’, edit. Depalma, Bs. As. 1.997, pág. 1.171)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.063, “Martel, Rodrigo Anibal s/ robo”, [S.J.P.], del 06/05/02, R. 149/02).

“...Conviene recordar que la cláusula del art. 76 bis, 3er. párr. ‘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’ (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, en ‘Derecho Penal. Parte General’, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 928)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.346, “Onzari, Uriel Andrés y otros s/ exhibiciones obscenas, etc.”, [S.J.P.], del 08/11/02, R. 485/02).

## **TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA Y MUNICIONES DE GUERRA.**

**Concepto (J.O., C. 819).**

“...Según lo sentenciara la Dra. Arrola de Galandrini, “...armas de guerra son todas las clasificadas como tales por las respectivas reglamentaciones nacionales; la designación reglamentaria es indispensable para que el objeto asuma el carácter típico, no hay armas de guerra por su naturaleza (cfr. Creus, Carlos, en ‘Derecho Penal, Parte Especial’, tomo 2, 3º edit. Astrea, Bs. As. 1.991; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto ‘C. Penal. Parte Especial...’, edit. Hammurabi, impresión setiembre 2.000, pág. 73)... Tanto la ley 20.429 de armas y explosivos, como su reglamentación, integran la hermenéutica del art. 189 bis del Código Penal... el delito se configura cualquiera sea el origen del arma y los motivos por los cuales ha llegado a manos del tenedor...” (así lo votó en la causa n° 643, ‘Malvica, Salvador Leonardo’, sent. del 07/11/01, R. 223/01)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 819, “Baldi, Héctor Manuel y otros s/ homicidio agravado, etc.”, [J.O.], del 15/07/02, R. 146/02).

#### **Concurso entre la tenencia del arma de guerra y el homicidio (J.O., C. 727).**

“...Los delitos de homicidio y tenencia ilegítima de arma de guerra concurren materialmente entre sí, toda vez que este último tiene un momento consumativo propio y distinto de la antijuridicidad primeiramente mencionada (CP, 55)...” (Del voto de la Dra. Camadro, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 727, “Salinas, Ramón Alejandro s/ homicidio, etc.”, [J.O.], del 17/09/02, R. 188/02).

#### **Concurso entre la tenencia del arma y la munición de guerra (J.O., C. 940).**

“...Es doctrina de este Tribunal, que integro desde su puesta en marcha, que ‘los párrafos tercero y quinto del art. 189 bis del Cód. de fondo, constituyen un único tipo penal, con pluralidad de hipótesis enunciadas en forma alternativa (CSJN, ‘A., V. E. s/ tenencia de arma de guerra’, del 2/4/91; publicado en ‘E.D.’ del 20/08/93, con glosa de Nemesio González)’, y por ende hemos rechazado ‘cualquier modalidad cursal -de tenencia de arma y municiones-, porque el elemento secuestrado, con sus proyectiles anexos, sólo comporta la acción típica de tenencia ilegal de arma de guerra (donde lo accesorio, las municiones, sigue a lo principal..., hipótesis a la que se refiere el párrafo tercero del art. 189 bis del Código Penal, en el texto ordenado por la ley 20.642 (con el indispensable complemento del decreto n° 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos n° 20.429)’ (T.C. n° 1, causa n° 82, ‘Aimale, Fabián Francisco’, sent. del 30/09/99; causa n° 643, ‘Malvica, Venerando’, sent. del 07/11/01; e/o)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que se adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa n° 940, “Casado, Marcos Darío s/ robo agravado por el uso de arma y portación de arma de uso civil no autorizada”, [J.O.], del 12/08/02, R. 162/02).

#### **Tenencia compartida (J.O., C. 892).**

“...Refiriéndose al símil español de las tipicidades aludidas (o sea, a los delitos de portación y tenencia de armas careciendo de la licencia especial para poder hacerlo), aunque, cabe aclararlo, en su redacción anterior a la reforma penal del ‘95, Julio Díaz-Maroto y Villarejo sostuvo que ‘tanto la doctrina científica como la jurisprudencia estiman posible la coautoría en los casos de coposesión o tenencia compartida del arma de fuego, ya sea simultánea o sucesiva, sin las autorizaciones administrativas correspondientes... La tesis de cabe apreciar la coautoría en los casos de tenencia compartida de un arma de fuego es consecuencia directa del alcance y significado del concepto de disponibilidad del arma... En efecto, si se tiene el poder de disposición sobre el arma de fuego y, por tanto, puede ser utilizada por varios sujetos de forma simultánea o sucesiva, es claro que nada impide considerar a más de un sujeto autor del hecho delictivo. La coautoría parece, pues, perfectamente posible’ (cfr. ‘El delito de tenencia ilícita de armas de fuego’, edit. Colex, Madrid 1.987, pág. 187). Idéntico ha sido el criterio seguido en nuestro país, donde se viene empleando la denominación de ‘tenencia compartida’, con el objeto de ‘ser aplicada en aquellos casos donde dos o más personas eran sorprendidas en la posesión o en el dominio de hecho de armas de guerra. Casos de sujetos que tienen bajo su esfera de custodia estos elementos son frecuentes. Creemos que se trata de casos de coautoría, o de autoría sucesiva que deben resolverse fácticamente. El concepto amplio del verbo típico que hemos dado permite la conjunción de dos sujetos sobre un mismo bien, o sobre varios, al modo de una co-posesión del derecho privado, pues no se requiere el contacto físico con la cosa cuya tenencia está vedada’ (cfr. De Luca, Javier Augusto en ‘El delito de tenencia ilegal de armas de guerra’, edit. Ad-Hoc,

Bs. As. 1.993, pág. 61)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

“...Sin desconocer la abstracta posibilidad de casos de coautoría para estos delitos, bajo la forma de la tenencia o portación *‘compartida’* entre varios sujetos, cuando todos estos ejerzan el poder de disposición sobre las armas (civiles o de guerra), estimo que es indispensable *‘algo más’* para atribuirles, en sentido jurídico, el dominio conjunto del injusto. Y ese *‘plus’*, por llamarlo de alguna manera, consiste en el efectivo conocimiento no sólo de la existencia de las armas a merced de los agentes, sino también de la ilegitimidad de su posesión, puesto que de otro modo estaría abriendo una peligrosa brecha para el ingreso de mecanismos de responsabilidad penal objetiva (*‘versari in re illicita’*)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini, causa n° 892, “Gómez, Obdulio Guillermo y otro s/ tenencia de arma y munición de guerra, etc.”, [J.O.], del 12/06/02, R. 122/02).

#### **Tipicidad objetiva (J.O., C. 806; J.A. 1.331).**

“...En la figura mentada en el art. 189 bis 4° párr. del CP, se ha dicho que para que se pueda estar frente a la acción típica, se requiere poder disponer del arma de fuego dentro de la correspondiente esfera de custodia, de modo que la persona tenga respecto del objeto un poder de hecho que así se lo permita, a su sola voluntad, sin necesidad de que intervengan terceros. En igual sentido se pronuncia Carlos Creus, cuando expresa que *‘tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente (por ej., escondido en lugares de difícil acceso). No es indispensable la primera forma de tenencia, pues la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley.’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.996, tomo 2, pág. 31)...” (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 806, “Vicintín, Pablo Gabriel y otro s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], del 24/06/02, R. 128/02).

“...A los fines del art. 189 bis, 4° párr. del Código Penal, adhiero al consolidado criterio del Superior Tribunal local, quien interpreta que *‘de la citada norma resulta que el delito se configura mediante la ‘simple tenencia’ sin la debida autorización legal (P. 57.234, sent. 28-IV-1.998). Respecto al agravio dirigido a cuestionar la idoneidad de las partes necesarias para la configuración del concepto legal de arma, esta Corte ha resuelto -y ello es aplicable al caso- que del sistema legal resulta que el art. 189 bis del Código Penal se refiere al material (‘materiales destinados a su preparación’, ‘materiales a los que se refiere el primer párrafo’, ‘piezas de éstos’, ‘instrumental para producirlos’) y no a su ofensividad para el caso concreto (P. 53.712, sent. 17-II-1.998, ‘D.J.B.A.’, 154, 244)’* (cfr. SCBA., P. 63.531, ‘Solís, Catalino s/ tenencia ilegal de arma de guerra’, del 19/02/02, publ. en D.J.B.A., del 24/09/02, pág. 5.092; y antes aún en forma más abreviada, pero casi análoga, en P. 50.768, ‘Montenegro, Juan Carlos s/ tenencia ilegal de arma de guerra’, del 04/03/96, publ. en D.J.B.A., del 29/04/96, págs. 2.055/6)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.331, “Salinas, Miguel Angel s/ tentativa de robo y tenencia ilegítima de arma de guerra”, [J.A.], del 28/09/02, R. 199/02).

#### **Tipicidad subjetiva (J.O., C. 1.066).**

“...En cuanto al contenido de la actitud subjetiva del autor en este delito, y la incidencia de la exigencia en tratamiento, alegada por la defensa, tengo presente que, tal como lo explica Justo Laje Anaya (cfr. *‘Comentarios al Código Penal. Parte Especial’*, editorial Depalma, 1.981, Vol. III pág. 296), en la simple tenencia incriminada por el art.189 bis del CP, como condición subjetiva, sólo se requiere *‘...que el sujeto activo debe saber que tiene y, además querer tener (confr. Núñez VI, 73; Cám. Nac. Fed. LL 147-618; Cám.Fed. Pen. Nac. LL 148-637)...’*, por lo que no se requiere, en la conciencia del autor, un conocimiento de que está contribuyendo a poner en peligro la seguridad común (actitud subjetiva del primer párrafo no aplicable a éste supuesto)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

“...La Corte Suprema de Justicia Nacional, ha resuelto al respecto que ‘...carece de sustento el agravio del recurrente cuando pretende que el delito descrito en el 3º párrafo del art. 189 bis del Código Penal contiene un elemento subjetivo del dolo que denote una particular intención del autor, que denomina ‘dolo específico’, pues por el contrario, el propio texto del tipo legal, excluye esa posibilidad, en cuanto establece expresamente ‘la simple tenencia’ diferenciando claramente la hipótesis en examen de la contemplada en el párrafo 1º del citado art. 189 bis, donde sí se requiere además del dolo ‘el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común...’ (C.S.J.N. 26/12/1978 “Colantonio” LL 1.979 – B-501, ED 83-229, el remarcado me pertenece)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

#### **Zonas de escasa vigilancia policial (J.O., C. 1.066).**

“...La defensa sostuvo que (en virtud de lo prescripto por el art. 14 de la ley nº 20.429, y su decreto reglamentario nº 395/75) no se requiere autorización para la tenencia de armas de guerra en lugares con escasa vigilancia policial, como lo es el sitio donde está emplazada la vivencia del causante. Sin embargo, es dable poner de manifiesto que el art. 14 de la ley 20.429, incluye a los pobladores de regiones con escasa vigilancia, entre los ‘legítimos usuarios del material calificado como arma de guerra’; pero de ello no cabría colegir, de modo automático, que los habitantes comprendidos en tal categoría puedan prescindir de la pertinente autorización administrativa. Tal inteligencia deviene compatible con las disposiciones pertinentes del decreto reglamentario nº 395/75 (Capítulo 2), al prescribir que las autorizaciones de adquisición y tenencia para los legítimos usuarios comprendidos por el art. 53 (con las excepciones de los apartados 1º y 2º de dicha norma), serán extendidas por el Registro Nacional de Armas (art. 54), y al regular, consecuentemente, las condiciones generales (art. 55) y especiales (art. 56, entre las que figura en forma expresa para los pobladores de regiones con escasa vigilancia policial: ‘una certificación por la policía del lugar de residencia, conformada por la autoridad policial superior, de las razones existentes para el otorgamiento de la autorización de la tenencia’ -apart. 1º-), para tramitar la obtención, así como los demás aspectos vinculados a la conservación, caducidad (y demás) del permiso. De manera tal, todo parecería indicarnos, que lo estatuido en el mentado art. 14 de la ley de armas y explosivos debe compatibilizarse con los requisitos contenidos en el decreto reglamentario ulterior...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.066, “Gómez, Calixto Roberto y otro s/ robo, etc.”, [J.O.], del 10/12/02, R. 280/02).

#### **TENTATIVA.**

##### **Impunidad del desistimiento voluntario. Naturaleza jurídica (J.O., C. 1.048).**

“...En otro pronunciamiento, hace un par de años, tuve ocasión de tomar partido sobre la dogmática caracterización del instituto, sosteniendo que ‘no obstante adherir a la tesis que reconoce a la impunidad del desistimiento como una excusa absolutoria, que se le concede, sólo, al sujeto que, en forma voluntaria, desiste de seguir actuando típica y antijurídicamente, hay una razón de equidad manifiesta e insoslayable, toda vez que no sería justo equiparar -usando la antigua fórmula de Frank- al que ‘quiere, pero no puede’ completar la ejecución del acto delictivo (CP, 42: tentativa clásica, o frustración del injusto debida a causas ajenas al autor), con el que ‘puede, pero no quiere’ (CP, 43: desistimiento de la tentativa, o interrupción voluntaria de los actos productores de la finalidad delictual)...’ (causa nº 418, ‘Indragoli, Martín Ezequiel’, sent. del 28/11/00, R. 221/00)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.048, “Laz, Aníbal Félix s/ tentativa de homicidio calificado”, [J.O.], del 21/11/02, R. 257/02).

#### **TESTIMONIOS.**

##### **De preexistencia para acreditar la ajenidad de lo sustraído (J.O., C. 953).**

“...Entiendo que cabe una aclaración, a título de respuesta, a lo manifestado por la defensa, en punto a que no existen evidencias respecto de la preexistencia de los objetos sustraídos... Puedo coincidir con el mencionado funcionario en punto a que, efectivamente, resulta necesaria la acreditación de la ajenidad de la cosa; pero no es de fatal exigencia el relato de testigos de preexistencia si ésta se puede comprobar, o

resulta de elementales reglas de la experiencia, que al fin y al cabo son experiencias de vida... Las formas procesales han sido creadas para garantizar el derecho de las partes y la buena marcha de los procesos, pero no constituyen formalidades sacramentales, cuya no observancia pueda llevar a la conclusión de la inexistencia de un acto, o invalidar el mismo así porque sí... En ese sentido, tengo presente lo que sostuviera la Excma. Cámara Departamental en la causa n° 17.267, caratulada '*Attanasio, Roberto Antonio s/ hurto en grado de tentativa*', al expresar -aunque en lógica referencia al Código de Jofré- que: '*...el art. 112 del CPP citado, no es de inexcusable cumplimiento y solamente da un procedimiento para acreditar la ajениdad de las cosas que puede obviarse cuando, con cualquier medio legítimo de prueba, se demuestra tal condición...*' (L.S./82, de fecha 09/09/82)... (Del voto de la Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandrini y Favarotto, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

"...La ausencia de otros testigos que hayan declarado sobre dicha circunstancia, no quitan mérito probatorio a las evidencias indicadas, y en su consecuencia considero que debe tenerse por, certeramente, acreditada la preexistencia de la '*res furtiva*', resultando, más que suficiente todo lo indicado precedentemente. Este Tribunal ya se ha expedido sobre el particular, sosteniendo que sólo en defecto de piezas de convicción expresas corresponde hacer uso del supletorio mecanismo para asegurar la ajениdad de lo sustraído, o sea, testigos presenciales, o de otros medios directos que justifiquen la previa existencia de lo que se dice robado (causas n° 142, '*Leguizamón, Darío Fabián*', sent. del 19/11/99, R. 076/99, y n° 118, '*Carrere, Juan Carlos*', sent. del 07/04/00, R. 042/00). Y, para finalizar el tratamiento de esta cuestión referida a la exteriorización del hecho ilícito motivo de acusación, considero adecuado recordar que, aún el Código ritual derogado, posibilitaba en los delitos contra la propiedad, tal el robo, hurto y estafa, en el supuesto de no existir testigos, cualquier otra forma de acreditación, como recaudo para tener por bien demostrada la ajениdad de lo sustraído (art. 120, según dto. 1.174/86)... (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

#### **Testigo único (J.O., C. 953).**

"...Comprendo, y muy bien desde un punto de vista estrictamente procesal, lo referido a que un único testimonio, huérfano de apoyatura que lo corrobore, no alcanzaría para la formulación de un juicio de reproche; pero adviértase que digo '*no alcanzaría*', porque considero que conforme el régimen probatorio de la libre convicción o sana crítica racional previsto en nuestra ley adjetiva, el carácter único del testimonio, no impide la plenitud probatoria siempre que el juez adquiera certeza sobre la existencia de determinada circunstancia fáctica. Así también tengo presente -siempre refiriéndome al ámbito testifical-, que ellos no se suman, sino que se pesan..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

"...En el orden de ideas indicado, estimo que la experiencia nos demuestra las plurales ocasiones en que, frente a la posición del acusado, que niega rotundamente los hechos delictivos que se le imputan, se alza la declaración de la víctima u ofendido por el delito como única prueba incriminatoria; planteándose, entonces, el problema de la virtualidad probatoria de esta declaración para destruir el estado de inocencia que ampara a todo justiciable (CN, 18). Dicho en otras palabras, si esa declaración puede considerarse como prueba de cargo, como evidencia adecuada para motivar una sentencia condenatoria. En este punto, entiendo que no podemos dejar de reconocer que, de hecho, en los delitos contra la libertad sexual, ello se hace posible en base, entre otras consideraciones, al marco de clandestinidad en que suelen consumarse tales delitos que hacen que el testimonio de la víctima tenga carácter fundamental al ser, en la mayoría de las ocasiones, el único medio para probar la realidad de la infracción penal..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

"...En la actualidad, y con el código vigente (ley n° 11.922), considero que bien se podría fundamentar dicha admisibilidad, en la derogación del viejo sistema procesal de la prueba tasada y en la instauración del sistema de libre valoración de la prueba. O sea, que conforme a lo hasta ahora dicho, se admite la

viabilidad del testigo único en el proceso penal, superándose así el viejo refrán que apuntaba: *'testis unus, testis nullus'*, que se había formulado bajo la vigencia del sistema de la prueba legal, lo que permite observar con nitidez que en la prueba procesal no son relevantes los aspectos cuantitativos, sino los cualitativos. La convicción judicial, como fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de evidencias, sino de la adecuación o fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

"...Lógicamente, y tratando de no ser arbitrario, la posibilidad precedentemente indicada debe estar sujeta a ciertas condiciones, que podrían ser enunciadas de la siguiente manera: a.) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado-víctima, y que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad, que privase al testimonio de aptitud para generar este estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente... b.) Verosimilitud. El testimonio que no es propiamente tal, ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones en su alrededor, de carácter objetivo, que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho... c.) Y, lo que podría denominarse como una *'persistencia en la incriminación'*, la que ha de ser prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).

"...El Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As., ha admitido que 'un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido' (T.C.P., causa n° 185, *'Benitez, Carlos s/ homicidio'*, del 08/09/99). Y en el caso he podido advertir tales *'consonancias'* ya que, varios tramos del relato de la víctima han sido corroborados por los dichos de la pareja de almaceneros, aunque en forma más clara y pormenorizada por la mujer..." (Del voto de la Dra. Arrola de Galandrini, causa n° 953, "Mollo, Silvio Adolfo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], del 14/03/02, R. 036/02).