



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

**ACUERDO**

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 10 de julio de dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Víctor Horacio Violini, Ricardo Borinsky y Benjamín Ramón Sal Llargués, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en la causa N° 17.288 (Registro de Presidencia N° 57.484), caratulada "E., J. A., s/recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación:  
**VIOLINI-BORINSKY-SAL LLARGUÉS.**

**ANTECEDENTES**

1º) El Tribunal en lo Criminal nº 1 de Mercedes condenó a J. A. E. a quince años de prisión, accesorias legales y costas de proceso, por resultar coautor responsable del delito de robo con homicidio agravado por el empleo de arma de fuego (artículos 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 41 bis, 45 y 165 del Código Penal).

2º) Contra ese pronunciamiento interpone recurso de casación la Defensora Oficial del imputado, por el cauce de los artículos 448, 450 y 454 del Código Procesal Penal.

La defensa centra su ataque en la significación asignada al suceso criminoso.

Explica que el tribunal hizo alusión a que ingresaron cuatro sujetos al colectivo pero no precisó si todos estaban armados o solo algunos y dice que esa circunstancia era necesaria para atribuir el grado de participación de su asistido en el suceso, desde que en otra parte del veredicto se consignó que éste introducía en una bolsa de gran tamaño el botín mientras los otros exigían la entrega de los objetos.

Asegura que el testigo G. G. Ch. es ajeno al hecho por los motivos que oportunamente alegó.

Afirma que el tribunal valora absurdamente la declaración de su pupilo, calificándola de mendaz, pero no elabora una exposición razonable para llegar a esa conclusión.

Sostiene que el tribunal dijo que existió en el hecho connivencia y organización entre los consortes y que se había acreditado la existencia de varias armas, pero que ello se desvirtúa con los dichos de M. V. y D. A. B. y los incorporados por lectura de M. Á. G. y G. M. quienes refirieron que solo vieron dos armas y a E. como la persona que llevaba la bolsa de consorcio en las que se guardaban los objetos sustraídos.

Argumenta que tampoco se acreditó la empresa criminal que dice el fallo pues el testigo D. A. S. dijo que el robo fue al boleó, que no estaban para nada organizados y ninguno manejaba el hecho, que de eso podía darse cuenta cualquiera.

Arguye también que del resolutorio no surge con cuál prueba se concluyó que su asistido participó de ese plan común en un hecho de robo, ni que supiera que portaban los otros dos estuvieran en condiciones de ser aptas para el disparo, que consistió que las mismas se usaran ni que el resultado muerte le era previsible, para arribar a la calificación que se llegó. Solicita que se mude la atribuida por la de robo calificado por el uso de arma y se le imponga el mínimo legal.

Respecto de la pena se queja de que no se computó como atenuante el buen concepto presunto, que se rechazara la confesión con el mismo cariz y que se estimara la nocturnidad y el transporte público como agravantes.

Sostiene asimismo que la agravante del artículo 41 bis del Código Penal, no le fue intimada a su pupilo, además de encontrarse ya contemplada en el delito imputado.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Se queja de lo desmedido de la pena impuesta frente al accionar del imputado de cargar la bolsa en la que guardaban los objetos apoderados.

3º) Radicado el recurso en la Sala (fs. 73) se le dio vista a las partes, quienes desistieron de la celebración de la audiencia prevista por el artículo 458 del Código Procesal Penal, y el Defensor Adjunto presentó memorial sustitutivo en el que mantuvo en todos sus términos el recurso deducido.

A su turno, la Fiscal Adjunta presentó memorial sustitutivo en el que dictaminó sobre la improcedencia del recurso deducido (fs. 78/81).

Así, la Sala se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, decidiendo tratar y votar las siguientes

**C U E S T I O N E S**

**Primera:** ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

**Segunda:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**V O T A C I Ó N**

**A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Violini dijo:**

I.

La recurrente, por intermedio de sus ataques al encaje legal asignado al hecho, pretende también modificar el grado de participación que le cupo al imputado en el mismo. Cuestiona las circunstancias agravantes y atenuantes que determinaron la pena que se le impuso, por lo

que la base fáctica y la intervención de E. en el suceso llegan firmes a esta instancia de control, por lo que conforme a ello habrá de razonarse.

Tuvo por cierto el tribunal que, el 12 de noviembre de 2010, siendo aproximadamente las 23:45, en circunstancias en que E. D. A., chofer del interno nº 275 de la línea de transporte público “La Perlita”, realizaba el recorrido nº 11, en el lugar que detalla el veredicto ascendieron cuatro sujetos, entre los cuales se encontraba el imputado y se ubicaron en el fondo del micro, en un momento uno de los mencionados se dirigió hasta el conductor y lo encañonó a la vez que todos a viva voz anunciaban a los pasajeros que estaban asaltados que entregaran todas sus pertenencias, comenzando la tarea de despojo, otro introducía en una bolsa de gran tamaño que exhibía el botín, mientras que los restantes exigían la entrega de los objetos. Que entre los pasajeros se encontraba L. E. F., quien en un momento se puso de pie y advirtió a los sujetos que se fijaran que había criaturas, que ante ello recibió un disparo en su humanidad por quien llevaba la voz cantante del grupo, que entonces los sujetos ordenaron la detención del colectivo y huyeron.

## II.

No es tarea de la Sala superar la intermediación de los jueces de la audiencia a fin de revisar la valoración de las pruebas sobre las que reposaran su razonada convicción, sustituyendo de tal forma a los mismos, sino la de controlar con la máxima capacidad de rendimiento la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, y la justicia del fallo.

Por otra parte, el sistema de valoración adoptado por nuestro Código Procesal Penal no exige determinadas cantidades o calidades de prueba para provocar certeza sino que reclama la existencia de elementos de convicción suficientes, establecidos a partir de una motivación lógica y razonada, sustentada en los elementos probatorios incorporados a la causa.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Para acreditar la existencia y aptitud de las armas de fuego, y el acuerdo previo y plan criminal de los sujetos activos del delito, el tribunal ponderó las juramentadas de M. V., D. A. B. y C. D. F.

El primero de los nombrados refirió –en lo que interesa– que el despojo se produjo a las 23:30 dentro del colectivo, que subieron cuatro sujetos, tres fueron para el fondo y el que sacó los boletos quedó adelante que en un momento sacaron armas y empezaron a robarles. Que uno de atrás dijo que era un asalto y otro sacó una bolsa negra tipo de consorcio, apuntando a la gente para que depositaran en ella sus pertenencias. Que una criatura no paraba de llorar del susto porque le había pegado a su padre con el revólver, que entonces su amigo B. los insultó para tratar de disuadirlos y uno de los sujetos –el que apuntaba al chofer– le dio un culatazo con el arma y allí otro de sus amigos llamado E. se paró con el fin de calmar la situación y ahí fue cuando el sujeto le disparó un tiro en el pecho, el testigo aseguró haber visto dos armas (énfasis del fallo).

Sobre el punto, otro de los damnificados por el delito contra la propiedad D. A. B., recordó que habían tomado el micro para ir a bailar con unos amigos, que subieron cuatro sujetos se sentaron en el fondo, luego uno fue para adelante, tenía un “fierro”, reducía a la gente, otro agarró una bolsa, había criaturas pero no les importaba nada, estaba todo planeado, sabía lo que hacían. El que disparó piloteaba la banda (resaltado del veredicto).

Rememoró el testigo que ellos les pedían que se quedaran tranquilos, que había criaturas, que entonces los sujetos lo tomaron a mal y uno se le acercó y le dio un fierrazo y le rompió el tímpano, allí fue que E. se paró porque se asustó y le disparó.

Concordante con la anterior, resulta la declaración del hermano del occiso C. D. F., quien manifestó que tomaron el colectivo con los amigos del hermano para ir a bailar, que luego ascendieron cuatro sujetos que se fueron para atrás y en un momento sacaron sus armas y dijeron que era un asalto, le pegaron un culatazo a un hombre que viajaba con su hijo, el nene se puso a llorar, también lo agredieron con el arma a B. que era amigo suyo y entonces E. se levantó y allí sin mediar palabra le pegaron un tiro.

Aseguró el testigo que todos tenían armas, que eran tres revólveres negros y una pistola Bersa plateada. Que quien tenía una bolsa también portaba un arma entre sus manos.

Este último testigo no dudó en sindicarlo en la audiencia al imputado como aquel que los apuntaba con la un arma de fuego mientras cargaba en la bolsa los objetos apoderados.

A todos les sustrajeron zapatillas, dinero y celulares.

Corroborante de las declaraciones estimadas fueron aquellas que se incorporaron por su lectura con la anuencia de las partes, de M. Á. G., G. G. M. y C. E. T., quienes en líneas generales coincidieron en que uno de los sujetos se acercó al chofer y lo apuntó, mientras que los otros tres sacaron armas de entre sus ropas y comenzaron a robar a los pasajeros.

El testigo M. agregó que pudo ver bien a uno de los sujetos que llevaba una bolsa de consorcio en la que metía los objetos que sustraían.

Otro de los testimonios incorporados con acuerdo de las partes fue el de L. A. E. quien señaló se encontraba en uno de los asientos delanteros del colectivo y escuchó cuando los chicos de atrás le dijeron a los sujetos, no le pegues más que tiene una nena y de inmediato sintió el disparo de arma de fuego.

En iguales términos declaró el chofer E. D. A. agregando



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que uno lo amenazó con el arma diciéndole que acelerara y no hiciera señas de luces porque lo mataría y que los tres restantes dijeron que estaban todos puestos y comenzaron a sustraer las pertenencias de los pasajeros.

El tribunal se encargó de dejar constancia que no observó signos de mendacidad o parcialidad en los testigos mencionados, quienes resultaron ser objetivos y brindaron suficiente explicación de sus dichos.

De la sumatoria de elementos mencionados, surge que el imputado –junto con otros- sustrajo las pertenencias ingresándolas en una bolsa de consorcio que llevaba y mientras los amenazaba con una arma de fuego. Se justificó que mientras uno amenazaba con el arma al conductor, los restantes dispuestos en la parte trasera del micro iban intimidando con sus armas al resto de los pasajeros, que evidentemente al menos una de las armas era apta pues el disparo tuvo como consecuencia la muerte de F. Que varios testigos también sostuvieron que uno de los sujetos era el que manejaba el accionar del resto, ordenando y sincronizando la tarea criminal, mientras el resto cumplían la porción de conducta necesaria para obtener el resultado criminoso.

La conducta criminal de estos sujetos ya estaba pautada y ello surge, sin hesitación alguna, de las maniobras llevadas a cabo por cada uno de los imputados, -fracciones complementarias del plan común- donde se distribuían las tareas, perfectamente conocían quien amenazaba armado al conductor, quien intimidaba a los pasajeros y quien juntaba los elementos apoderados. Ello evidencia una coautoría funcional de los sujetos intervinientes.

El tribunal sustentó, sin absurdo, el dominio funcional de los hechos por parte del encartado, y una convergencia intencional entre los

protagonistas respecto del hecho y sus eventuales consecuencias, y la recurrente no logra demostrar arbitrariedad en lo así resuelto y más allá de su discrepancia con el pronunciamiento, no pone en evidencia la existencia de esos graves defectos de fundamentación o razonamiento en el fallo que alega.

La categoría de coautoría funcional surge justamente para supuestos en que más de un sujeto co-domina el hecho a través de su función específica en la ejecución del suceso total sobre el que existe una decisión común. Desarticular tal coautoría funcional y exigir la acreditación de la causación física en cada tramo fáctico de la ejecución del delito es negar aquella categoría de participación en sentido lato pues el dato esencial de la coautoría funcional es justamente la división de tareas.

En resumen, en el contexto fáctico que ha quedado incontrovertido, no aparece irrazonable entonces la subsunción en los términos del art. 45 en relación al art. 165, ambos del Código Penal, efectuada por el juzgador.

Concluyo, entonces que el encaje adoptado es derivación razonada del derecho vigente en función de las circunstancias del caso, por lo que el planteo decae (artículos 8.2.h. de la CADH.; 210, 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal y 166 inciso 2º, párrafo 2º del Código Penal).

### III.

He sostenido en anteriores ocasiones que la ausencia de informe ambiental, si bien impide pregonar la existencia de un “buen” concepto, tampoco permite afirmar en forma certera lo opuesto, esto es, un concepto “malo”, de lo que resulta que el reconocimiento de un estado de duda fue resuelto de modo perjudicial para el justiciable, mediante la supresión de un parámetro de valoración.

Es que, el “concepto”, entendido como las “calidades personales” del sujeto, las “circunstancias”, costumbres y “conducta precedente” a que alude el inciso 2º del artículo 41 del Código Penal no es un elemento “accesorio” del juicio, sino una categoría que reconduce a la





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

demostración de la mayor o menor culpabilidad del justiciable, es decir, que se tornan operativa y esencial a los efectos de la pena en tanto fundamenta la mayor o menor culpabilidad. Por ello, siendo un elemento esencial, entiendo que, “favor rei”, y del mismo modo como la ausencia de constatación de antecedentes obliga al Juzgador a resolver como si el procesado no los tuviera, al momento de decidir la excarcelación (artículo 176 del rito) o fijar el monto de pena, nada impide al Juzgador resolver esa omisión en beneficio del imputado.

En todo caso, no podría valorarse en su perjuicio una omisión que en puridad sería reprochable al Estado. Ello así, desde que la actuación del Ministerio Fiscal es “objetiva” (artículo 54, ley 12061), y por ello se encuentra legalmente obligado a verificar las circunstancias personales del imputado (artículo 266 inciso 4º del rito).

Sentado ello, es mi opinión que no le es posible al Estado ampararse en una omisión funcional propia (omisión que por otro lado no se refiere a una incidencia excepcional, sino a un trámite habitual que debe verificarse en la totalidad de las causas) para privar al justiciable de un parámetro de valoración que podría reducir el monto de pena a imponer.

En función de ello, y en la inteligencia de que el concepto ambiental o vecinal resulta independiente de los antecedentes que pueda poseer el imputado, concluyo que la atenuante ha sido erróneamente desestimada (artículos 18 de la Constitución nacional; 1º. 106, 210, 373 y concordantes del rito).

Desestimada adecuadamente por el tribunal la confesión como pauta minorante, desde que ésta resultó ser muestra de un cálculo utilitario, al contener versiones que se contraponen con la prueba colectada, denotando su clara intención por exculparse, evidenciándose así, que no se

manifestó de manera sincera o arrepentida, ni que tampoco buscó reparar o disminuir los efectos del delito, dando satisfacción a sus víctimas, circunstancias elementales para que amerite valorarla como atenuante, por ser indicativas de menor culpabilidad.

Ha sido correctamente valorada la pauta agravante nocturnidad, pues si bien no constituye “per se” un factor de agravamiento de la pena, de acuerdo a las circunstancias acreditadas en el caso fue especialmente buscada y aprovechada por el encartado para facilitar la comisión del delito y para lograr su impunidad.

Coincido también con el tribunal que la circunstancia de llevarse a cabo el hecho en un transporte público revela la mayor culpabilidad del agente, pues el peligro que representa en número mayor de víctimas en un lugar pequeño y cerrado, evidencia las ventajas elegidas y aprovechadas por el imputado para lograr el resultado y el riesgo en las víctimas al incrementarse el porcentaje de factibilidad de daños (vg. muerte por el disparo).

Considero procedente el agravio referido a la errónea aplicación del artículo 41 bis del Código Penal.

En efecto, si bien he sostenido que no hay obstáculo para su aplicación al homicidio en tanto el tipo penal del artículo 79 no alude específicamente a ningún medio comisivo en particular, considero que en el caso debe tenerse presente la complejidad de la figura del artículo 165.

La misma abarca, en un solo tipo penal, una única conducta con encuadre típico plural - robo y homicidio -. De esta forma, el legislador resolvió el concurso ideal que se presenta estipulando una escala penal con un mínimo de diez años y un máximo de veinticinco años de prisión o reclusión.

En consecuencia, si uno de los tipos penales que integran este concurso – el robo – ya contiene como elemento objetivo el uso de un arma de fuego, entonces la agravante prevista en el artículo 41 bis cede pues opera la exclusión de su último párrafo.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Luego, en mérito a los ajustes efectuados, para el caso de compartirse lo hasta aquí expresado, corresponde adecuar la mensura, y como un reenvío para que jueces hábiles sustancien la medida de la pena sujetos a dicha interpretación, y sin posibilidad de modificar el resto del panorama individualizador, constituiría una nueva dilación que debemos evitar (artículos 15 de la Constitución de la Provincia y 2° del Código Procesal Penal), propongo al Acuerdo declarar procedente el recurso interpuesto y asumir competencia positiva, considerando justo condenar a J. E. a catorce años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como coautor responsable del delito de robo con homicidio (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 165 del Código Penal; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1°, 456, 458, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Por lo expuesto, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

**A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Borinsky dijo:**

Primero. Como la instancia se abre por recurso de la defensa el hecho no debe salir del robo con homicidio, pero como lo declarado y probado debió llevar la significación jurídica a un puerto similar al contenido en la acusación principal, salvo el voto, y lo salvo pues el cuarteto de ladrones ya iba con arma de fuego que el sentido común indica que es llevada para acabar con cualquier amago de resistencia, que no existe, simplemente una niña llora por el golpazo que le dan a su papá, y el pasajero muerto recibe un balazo por pedir contemplación a los menores, en un caso académico de homicidio alevoso, por placer y con el concurso de los que asisten al matador.

Segundo. El agravio de la defensa contra la aplicación del artículo 41 bis del Código Penal no procede.

Recientemente, la Suprema Corte hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria de Sala por la que absolvimos en razón de existir una duda razonable acerca de si hubo homicidio o suicidio.

El fundamento de la Corte es que no respondimos los agravios de la defensa.

En una conversación informal con un funcionario del Alto Tribunal confié que de ser el defensor recusaría a los ministros por anticipo de opinión, ya que era obvio que una vez tratados tales agravios y asegurado por ende el contradictorio en paridad de condiciones, el recurso acusatorio sería considerado procedente.

Por estas razones abordo el voto de la minoría en el que puede buscar apoyo el recurrente y que descansa en estimar:

Que el artículo 41 bis del Código Penal no se aplica al robo con homicidio (la denominación homicidio en ocasión de robo deja fuera del tipo lo que en el tipo también está –motivo-);

Que tampoco procede en el homicidio;

Que la inclusión del arma de fuego pertenece al injusto, está vinculado a la culpabilidad;

Que no es factible transportarlo al homicidio como monto prefijado, cuando el peligro que significa ya se concretó en el disvalor de la acción;

Que la Sala II de Casación lo estableció el 3 de mayo de 2007; que la noticia conforme a la cual un número no menor de integrantes de este Tribunal rechazan la aplicación al homicidio, permite adherir con sumo beneplácito, pues parece una doctrina más acorde a las reglas generales de la dogmática que Zaffaroni asimila a lo que denomina el derecho penal pensante;

Que si la razón de cualquier agravación en que se usa un



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

arma de fuego es el peligro que deriva del uso, no es el caso ya que el homicidio es delito de resultado.

Que la imputación no debe desdoblarse y revalorizar tramos que fueron receptados en la calificación, como si la exacción ilegal cometida con arma de fuego debiera representar mayor pena por el peligro que el uso causó.

Que el problema no puede decidirse en el banal discurso de garantismo versus antigarantismo o mano blanda o dura, pues el problema es dogmático puro.

Tercero. Discrepo con los fundamentos de la minoría del tribunal de primera instancia y paso a dar los propios, por exigencia republicana, además coloco en su sitio la falsa antinomia mencionada.

En un Estado de Derecho el poder no es absoluto, y fundamentalmente no es oculto, sino transparente. El conocimiento público coadyuva en la imparcialidad del órgano, resguardando también el principio de legalidad, pues una legalidad no controlable (a través de la motivación) equivale a una no legalidad, y es precisamente en la fundamentación de la decisión en donde el juez demuestra que la ley ha sido válidamente aplicada al caso (ver la cita de Augusto Mario Morello perteneciente a “El Proceso Justo”. Platense- Abeledo Perrot. Bs. As. (En S.C.B.A. Acuerdo 56.599, voto del ministro De Lazzari).

En otras palabras, la sentencia es un acto del poder estatal que necesita legitimarse en algo más que en un mero hecho de fuerza, dado que el Derecho no es solamente voluntad o poder, sino también, y principalmente, Justicia (ver W. Goldschmidt “Justicia y Democracia” en La Ley 87, 324).

Entonces, como hace a la esencia del sistema

republicano de gobierno que el juez ejerza la jurisdicción por delegación de la soberanía popular, el pueblo tiene el derecho a controlar los actos de sus jueces, y para ello, a conocer en virtud de qué motivos dicta la sentencia (ibídem las citas de Alsina, Fassi, Yáñez y Gualberto Sosa, por Néstor Pedro Sagués en “Derecho Procesal Constitucional”. Astrea. Bs. As. 1989. Tomo II, página 224).

Un repaso histórico nos lleva a recalcar, con Sagués, en el derecho romano, donde el iudex no estaba obligado a motivar sus pronunciamientos, y su silencio sobre el punto le daba mayor autoridad, pues quedaba convertido en una especie de misterioso o indiscutible oráculo de la justicia (cfr. obra mencionada y la cita de Séneca que trae José Vicente y Caravantes en el Tratado histórico-crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento), a diferencia de los censores que, en materia penal, debían fundar sus fallos.

En otros momentos, se llegó a prohibir la fundamentación de la que venimos hablando, con el argumento que ello evitaba las cavilaciones de los litigantes, además de reducir el mucho tiempo que se perdía por la extensión de las sentencias (conc. con la Real Cédula de Carlos II de 1778 ), pero la tendencia motivadora recibe su impulso con la Revolución Francesa, y la Constitución de 1795 ya decía que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren, y no otra cosa surge del Reglamento Provisorio de 1817 que disponía como condición de validez de una sentencia en causa criminal, que debía ser pronunciada por el texto expreso de la ley, como en definitiva lo dicen los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y el 171 de la Constitución.

En definitiva, la obligatoriedad de la fundamentación so pena de nulidad es un axioma de las legislaciones, un principio general del derecho y un signo de la función jurisdiccional (nuevamente Sagués y sus citas de Arturo Acuña Anzorena en “Motivación de la sentencia y naturaleza de la nulidad que entraña su omisión” en Jurisprudencia Argentina 49,59 y Piero Calamandrei “Proceso y Democracia”, pag. 141).



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por cierto que fundar o fundamentar una sentencia no es tarea que inexorablemente resulte lograda con la mera cita del texto legal ni tampoco cuando se busca un apoyo en doctrina que no es tal.

Es que como señala Smith (“El principio lógico de razón suficiente y la sentencia judicial” en El Derecho 72-717 cit. en SCBA 56599) el acto de sentenciar muestra, por un lado, el momento cognoscitivo con el acceso gnoseológico al hecho, y por el otro, el momento normativo, por el que el juez soluciona la cuestión sometida y que constituye, respecto de ésta, la aplicación individualizada de una serie de normas generales y principios que integran inmediata o mediatamente el ordenamiento jurídico, claro está con una ligazón indestructible, ya que es imposible conocer normas jurídicas prescindiendo de los hechos a los que se refieren, como aprehender los mismos fuera del sentido específico que les confieren las normas.

En otras palabras, la propia estructura del objeto del conocimiento jurídico exige por esencia que ambos elementos sean expuestos ordenadamente en su inescindible correlación ontológica, a través del desarrollo del razonamiento del juez (otra vez el voto del ministro De Lazzari citando a Smith).

La fundamentación de la sentencia, o lo que es igual, la justificación de la decisión, requiere que el juez diga cómo y porqué han sido aplicadas las normas que rigen el caso, posibilitando a quien lee o escucha el pronunciamiento dictado, una pauta clara que vincule lo decidido con los hechos juzgados y probados y con la normativa en vigor, y si esa pauta no se ofrece, la sentencia aparece descansar en la voluntad del juez. (ibídem con cita de Román Frondizi “La sentencia civil”. Platense. Páginas 27 y siguientes, 38) pues, ni falta hace decirlo, no se aplicaron al caso las reglas

de derecho que le corresponde.

Es que si no fuese posible controlar los motivos que inspiraron el pronunciamiento judicial, vendría en menos una de las principales garantías de la recta administración de justicia (cofr. La cita de Acuña Anzorena, trabajo mencionado en S.C.B.A. 56599, y nuevamente el voto del ministro De Lazzari).

Por supuesto que es causal de nulidad de la sentencia la falta de sustento legal debidamente expresado (vid. Juan Carlos Hitters "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación". Platense. Bs. As. 1994 página 456 ) y ni que decir que sin el buen pensar de los jueces y sus razonados fundamentos que han de sostener, con fuerza de convicción controlable, la adecuada sensatez del fallo y, axiológicamente, su justicia, sería muy difícil que ganen adhesión, y menos acatamiento (conc. Víctor Fairen Guillén "El razonamiento de los tribunales de apelación". Madrid. 1990 páginas 56 y siguientes citado por Augusto Mario Morello "La casación. Un modelo intermedio eficiente". Platense- Abeledo –Perrot. Bs.As. pág. 148).

El propio sentido republicano de justicia exige la fundamentación de las sentencias, porque esta última es la explicación de sus motivaciones (conc. Corte Suprema de Justicia de La Nación, G-153-XXIII del 13 de abril de 1991), y sin ella, se desgaja -hace deserción- del encadenamiento válido al sistema, perdiendo membresía respecto de él (Germán Bidart Campos y su comentario al fallo pretoriano).

Es indiscutible que la falta de fundamentación afecta el sistema republicano y se entronca con la concepción de legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley, y porque priva a la parte del ejercicio efectivo de los recursos jurisdiccionales, pues sólo en base a la fundamentación se puede controlar por este Tribunal la correcta aplicación de la ley (ver Sebastián Lorca Navarrete "La necesaria motivación de las resoluciones judiciales" en Morello op. cit. pág. 150), y una verificación de esta naturaleza solamente es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

la ley la solución judicial.

En síntesis, es condición de validez de la sentencia que sea fundada, y por ende, que constituya una derivación razonada del derecho vigente (ver C.S. Fallos: 274,60), siendo descalificable la que se encuentra desprovista de todo apoyo legal y fundada tan solo en la voluntad de los jueces (idem ant. Fallos: 112,386), ya que como regla general debe expresar el derecho que rige el acaso, razonablemente derivado del ordenamiento jurídico (Sagués, op.cit. pág. 230).

Cuarto. Sostener, que es hora de acoger con beneplácito las nuevas orientaciones de este Cuerpo, lleva a Fezer de la mano de Walter en su tesis doctoral sobre la prueba, en cuanto estima casable la convicción que resuelve aplicable al homicidio la escala agravada del artículo 41 bis del Código Penal, habiéndose dicho, entre otras consideraciones, puestas de manifiesto antes en Sala que:

La ley 25.297 introdujo una agravante calificadora, ante la imposibilidad, según dijera el senador Agúndez, de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas.

La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas.

El homicidio se puede cometer persiguiendo a la víctima; que a raíz de ello cae por la cornisa de un edificio; mediante intimidación que la obliga a internarse en un espacio de agua, en el que se ahoga; a través de la palabra, como cuando se le indica al no vidente que está habilitado para cruzar la avenida donde es atropellado; empleando la fuerza física de las

manos que ahorcan, el puntapiés o golpe de puño letal, etc., etc.; pero cuando el autor emplea un arma de fuego que, como tal, posee alto poder lesivo y no da chance de defensa, la escala penal del artículo 79 del Código Penal queda modificada en razón de la norma de mentas.

Tampoco es fundamentación, agregar que tales posturas son más acordes con las ideas de Zaffaroni acerca del derecho penal pensante, sacando la solución del banal discurso de garantismo contra mano dura, no decide la cuestión, como tampoco lo hace la mención de que la exacción con arma de fuego, es decir exigir por el funcionario, con abuso de su cargo, una contribución o un derecho, o el pago mayor de los que se adeudan, mediante el empleo de un arma de fuego, y no la decide porque no es exacción.

En efecto, si hay amenaza de daño inmediato se llama robo con arma de fuego y cuando resulta mediato, extorsión calificada por dicho uso.

Hace varios años atrás el profesor de garantías constitucionales en la UBA, Alfredo Solari, escribió en el diario La Nación que el garantismo es argentino de la manera siguiente:

Las graves falencias que en materia de seguridad exhibe la gestión gubernamental nacional y provincial desde hace tiempo crearon en la sociedad un estado de zozobra constitutivo de una situación de emergencia. Así lo confirman las recientes decisiones políticas que han llegado a la implementación de ayuda de las FF.AA. para mejorar la lucha contra el delito. La apelación a medidas duras, la exigencia reiterada de incremento de penas, de ampliación de facultades a las fuerzas de seguridad, de incremento de restricciones a la libertad durante el proceso penal, forman parte de la parafernalia que se predica para obtener resultados efectivos en la lucha contra la delincuencia. Se culmina denostando al "garantismo" y a los "garantistas", que ampararían ese estado de cosas con ideas foráneas e inaplicables a nuestra realidad.

Quienes piensan de esta forma creen honestamente que



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

así se defiende, debidamente y en buena ley, a las personas decentes de los delincuentes. Pero la urgencia de soluciones no debe llevarnos a echar por la borda lo que la civilización occidental recién conquistó en los últimos 200 años de los más de 160.000 de existencia del homo sapiens sobre la tierra.

El garantismo no es una filosofía extraña a la Argentina, sino históricamente connatural a ella. Lo demuestran cabalmente tanto el derecho patrio como su pacto fundacional como nación organizada: desde 1853 nuestra Constitución ha sido claramente garantista, porque tutela con la mayor amplitud las libertades de todos los habitantes, tanto civiles como políticas. Tan garantista es que le prohíbe al presidente ejercer funciones judiciales (arts. 92 de 1853, 95 de 1860, 109 de 1994) o legisferantes penales -ni por sí ni por delegación- (arts. 99 inc. 3 y 76 de 1994); preserva la vigencia de las garantías aun durante el estado de sitio (art. 23); explicita libertades y derechos (arts. 14, 17) y aun reconoce otros no enumerados (art. 33); garantiza la libertad frente al gobierno (art. 19); establece la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18); proscribire la arbitrariedad de los gobiernos para perseguir penalmente, delimitando la forma del proceso tanto mediante los principios de legalidad, juicio previo, juez natural y proscripción de la autoincriminación compulsiva (art. 18) como adoptando el sistema de jurados a la norteamericana para el juicio penal, y finalmente se erige a sí misma en suprema (art. 31) para que ningún gobierno local pueda allanar esas garantías (art. 5) ni tampoco ninguna mayoría ocasional pueda reformarlas en la tormenta de la pasión política (art. 30). Claramente, el garantismo es argentino.

Conviene entonces reflexionar sobre el tema y formularnos algunas preguntas. Cuando se sancionó la Constitución de 1853, ¿no había comisión de delitos? El triunvirato que sancionó el decreto

de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 -base histórica de las garantías jurídicas-, los constituyentes de 1853 en Paraná, de 1860 en Buenos Aires y en la confederación, Alberdi, José María Gutiérrez, Benjamín Gorostiaga, los convencionales de 1994, ¿eran todos favorecedores de los delincuentes? Nadie hasta ahora ha sostenido eso en la Argentina, y entonces ¿por qué se adoptaron tan claras garantías de la libertad de todos? ¿No será que la eficacia en la lucha contra la delincuencia no depende de la abrogación de las garantías? Y si no depende de ello ¿de qué depende?

Para aclararlo conviene distinguir entre inseguridad material y seguridad jurídica. Lo que la Argentina vive hoy es una situación pública de inseguridad material. Salir de noche es peligroso. Pero también lo es ya salir de día. Los asaltos a mano armada, los robos en banda, el cuatreroismo, los secuestros, los múltiples ataques con violencia a la propiedad y a la libertad de los habitantes y la persistencia en el tiempo de tal estado de cosas constituyen ese estado público de inseguridad material.

Ahora bien: supongamos que para combatirlo la Constitución fuera súbitamente reformada y se estableciera el "antigarantismo": "Todo el que sea reputado sospechoso de la comisión de un delito susceptible de causar inseguridad pública, o bien proclive a cometerlo, mediando denuncia genérica o concreta, firmada o anónima, o sea así considerado por un agente de seguridad o funcionario público, en tutela y amparo de la sociedad deberá ser sometido a proceso y preventivamente privado de su libertad durante el mismo. En ningún caso los jueces podrán otorgar la libertad hasta tanto no recaiga sentencia absolutoria y la misma resulte confirmada por un tribunal superior y quede firme. La investigación de los hechos y la instrucción de los sumarios corresponderán exclusivamente a las fuerzas de seguridad, cuyos agentes podrán mantener incomunicado al sospechoso e interrogarlo libremente y en todo tiempo para averiguar si ha cometido los delitos que se le sospechen, u otros aún ignorados, y para establecer quiénes son sus cómplices, partícipes o encubridores. Lo que así digan o informen, o el silencio que guardaren,



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

constituirá plena prueba en su contra y en la de partícipes o encubridores, y será vinculante en el juicio posterior. La defensa en juicio no deberá obstaculizar la averiguación de la verdad ni la condena de los reos confesos. Sólo habrá absolución cuando la inocencia del imputado sea demostrada por éste en juicio más allá de toda duda razonable. Las cárceles serán para prevención y castigo, no para seguridad ni recuperación de los detenidos en ellas. Asimismo, y para evitar la alarma pública, los medios de comunicación no podrán difundir información alguna sobre hechos delictuosos hasta tanto no recaigan sentencias firmes".

Tal esquema "antigarantista", ¿sería apto para quitar sólo a los delincuentes de la calle? ¿O también para encerrar a cualquiera, haya o no delinuido? En cuyo caso, no sólo no obtendríamos seguridad material, sino que además perderíamos la seguridad jurídica, las libertades de prensa y de opinión y el control de los actos de gobierno. Todos viviríamos en libertad condicional. Aquí está la cuestión: cuando se recortan las garantías, se arriba inevitablemente a la siega de la libertad.

**Es que la solución al problema de la inseguridad material no pasa por la abrogación de las garantías jurídicas, porque éstas se desarrollaron para tutelar la seguridad jurídica del pueblo frente al gobierno, no su seguridad material. Por eso, garantías jurídicas y seguridad pública no son términos antitéticos, y la consecución de la última no requiere sacrificar aquéllas.** El resaltado me pertenece.

La seguridad material se logra mediante una más eficiente prevención, antes de que el delito se cometa, y una más eficaz e inmediata represión una vez cometido, mientras que la seguridad jurídica se obtiene controlando la legalidad constitucional en cada una de esas etapas. Para ello, una idea directriz en el diseño de un sistema para combatir el delito

es distinguir en forma clara funciones distintas y distribuirlas adecuadamente, atribuyendo la prevención general del delito a una policía de seguridad; la investigación de los delitos a una policía judicial científica y altamente capacitada; la instrucción de las causas por delitos, a fiscales independientes que dirijan -además- a la policía judicial; y la tutela de las garantías durante la prevención, la investigación, la instrucción y el juicio, a los jueces -sin facultades acusatorias ni potestad para inmiscuirse en la investigación o en la instrucción-, todo ello con una adecuada descentralización por distritos, y un funcionariado jerarquizado y dignamente remunerado.

Las multas de tránsito deben quedar fuera de la competencia de la policía de seguridad y atribuirse a otro cuerpo especial de policía la custodia de personas y bienes específicos. Todavía podría completarse el sistema cumpliendo con la Constitución (arts. 24, 75 inc. 12, y 118), y estableciendo el juicio por jurados.

Allí debe buscarse la solución a los gravísimos problemas de seguridad material, y no en la predicada existencia de presuntas blanduras del derecho o de su aplicación, atribuidas livianamente a la filosofía constitucional del garantismo. Es que el mero incremento de las penas no resulta eficaz cuando la prevención de seguridad brilla por su ausencia, o cuando los procesos se eternizan aun en casos de flagrancia. Tampoco la sola criminalización de conductas de defensa es eficiente porque, por un lado, los que delinquen no registran las armas, y por otro, cuando no hay policía de seguridad, frente a la necesidad que a la víctima le crea el delito que sufre o teme sufrir, surge inevitablemente el derecho de autodefensa y el recurso -aun contra legem- a los medios aptos para ejercerlo; con lo que, paradójicamente, se termina castigando doblemente a la víctima, y la segunda vez en nombre de la seguridad.

Por otra parte, el incremento de las restricciones a la libertad durante el proceso sólo en función del monto de las penas, además de ser inconstitucional (art. 9 inc. 3° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), en lugar de prevención logra penalización anticipada prohibida



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

(Com. IDH Inf. 2/97 Argentina, párrafo 12; Corte IDH, caso Suárez Rosero del 12/11/1997, párrafo 77), y confundiendo sospecha con certeza, hace del propio proceso un castigo sin sentencia, mientras, simultáneamente, el Estado garantiza la presunción de inocencia. Constituye además una amenaza latente para las libertades públicas, muy peligrosa en un país de trágica historia de persecuciones políticas, muchas veces enmascaradas y otras no tanto.

Si, en cambio, se organiza la lucha contra el delito de la forma arriba indicada, se reserva la prevención para lograr la seguridad material a la policía y las garantías para lograr seguridad jurídica a los jueces, se oraliza la instrucción, se hace expeditivo el proceso para los casos de flagrancia, se adopta el principio de oportunidad, se atribuye a los fiscales el rol de acusador y a los jueces la función excluyente de garantes de derechos y libertades, al final habrá más seguridad con más respeto de garantías.

También el profesor de derecho constitucional de la UBA Felix Lonigro escribió en el mismo diario acerca de garantistas y manos duras: un falso contrapunto, con motivo de la elección de Eugenio Zaffaroni en la Corte, pues desató una vieja polémica jurídica, que a su juicio es absolutamente falsa y no puede ser planteada en los términos y del modo en el que suele hacerse.

Tal como se plantea hoy en día la disyuntiva, se supone que un "garantista" es alguien que tolera el delito, que de algún modo justifica a quienes lo cometen y que, si se trata de un juez, siempre adopta las penas y medidas procesales más beneficiosas para el reo. Por su parte, suele decirse que un juez o funcionario consustanciado con la teoría de la llamada "mano dura" es aquel que ve con buenos ojos la represión y el abuso policial,

así como la aplicación de las máximas sanciones para los que delinquen.

A su vez, todo esto se mezcla con ideologías políticas, porque los primeros suelen ser considerados de izquierda, mientras que los segundos son identificados con los grupos conservadores de derecha.

La realidad es que no debe permitirse que la discusión se reduzca a semejante simplificación, y menos que el concepto "garantía" sea patrimonio de un partido político o sector ideológico determinado, porque eso le hace un flaco favor al sistema democrático.

Jurídicamente hablando, con el nombre de garantías se puede hacer referencia a diferentes cosas:

- A los derechos mismos que la Constitución concede a todos los individuos (por eso suele hablarse de las "garantías constitucionales", para identificarlas con los derechos y libertades que la Carta Magna nos concede).

- A la seguridad jurídica que los habitantes tenemos de que nuestros derechos y libertades serán respetados (por eso es una garantía, una seguridad jurídica, que, por ejemplo, el presidente no pueda crear impuestos ni detener a una persona sin orden judicial ni ejercer facultades judiciales).

- A las acciones judiciales que los habitantes tenemos a nuestra disposición para recurrir a un tribunal si alguien ha vulnerado o afectado algunos de nuestros derechos o libertades. Esas acciones van desde una simple demanda ejecutiva, pasando por una denuncia penal, hasta una acción de amparo o un hábeas corpus.

**Las garantías se han creado para que los gobernantes, a los que elegimos para conducir los destinos de una nación, y a los que hemos transferido el poder de tomar medidas y hacerlas cumplir, no se excedan en sus atribuciones o, si lo hacen, para que existan acciones legales que nos permitan remediar ese exceso. Las garantías están concebidas para proteger a los habitantes. Por lo tanto, ¿quién puede estar en contra de ellas? ¿Quién puede**





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

**menospreciarlas o subestimarlas sin correr el riesgo de alentar la existencia de un sistema despótico? Evidentemente, todos los ciudadanos queremos y necesitamos que existan garantías; todos debemos, incluso, exigir las. Es decir, todos somos "garantistas" si el término garantías se utiliza como corresponde** (vuelvo a destacar).

Por otra parte, ¿qué significa mano dura? ¿Que las autoridades a las que les corresponde mantener el orden no deben estar limitadas por las normas a la hora de hacerlo? Si esto es mano dura, difícilmente un ciudadano o gobernante comprometido con el Estado de derecho y con la vigencia de la Constitución como guía de la conducta de representantes y representados pueda estar de acuerdo con ella. Pero si alguien comulga con esa discrecionalidad de las autoridades, con la teoría de que es necesario anteponer la espada a la ley en determinadas circunstancias, no puedo sino estar absolutamente en desacuerdo con ella.

Sin embargo, una cosa es la mano dura y otra muy diferente la voluntad de los gobernantes de aplicar toda la autoridad posible dentro del marco de la ley y la Constitución. Una democracia sólo puede ser duradera y firme si los gobernantes a los que transferimos el poder lo ejercen con la mayor energía y seguridad posibles, pero siempre cumpliendo y acatando las normas que guían su desempeño. Esto no es mano dura, es autoridad, es firmeza, es cumplir con las normas.

La mano dura es incompatible con la democracia; por el contrario, sólo es posible en un sistema autoritario en el que las acciones del gobernante no tienen otro límite que su propia voluntad. En cambio, el ejercicio del poder, por firme que sea, pero enmarcado en la Constitución Nacional y las normas dictadas en su consecuencia, no sólo es compatible con la democracia, sino que es indispensable para su existencia.

Todos debemos exigir que los gobernantes ejerzan el poder sin vacilaciones y firmemente, pero también debemos exigir que lo hagan respetando las garantías constitucionales, es decir, los derechos y libertades de la población.

En definitiva, si pretendemos vivir en democracia y estamos convencidos de que ella es el mejor sistema político, debemos ser garantistas y, a la vez, partidarios de que los gobernantes ejerzan el poder con la máxima autoridad posible.

En todo caso, será necesario que la discusión se reduzca a qué tan duras y exigentes deben ser las normas que atribuyan los necesarios premios y castigos que toda legislación tiene que proveer. Pero identificar la palabra garantías con una ideología de izquierda o catalogar a quienes propugnan un fuerte liderazgo en el ejercicio del poder como partidarios de una ideología de derecha es provocar una confusión inadmisibles que sólo distorsiona la realidad.

Cuando las disyuntivas son constructivas y conducen a una discusión sana y académica, bienvenidas sean, pero cuando están fundadas en preconceptos y premisas falsas, es indispensable evitarlas, ya que sólo generan odios y divisiones sociales contraproducentes para una convivencia adecuada.

Quinto. Por supuesto que hay varios métodos de interpretación, como el exegético, que se propone encontrar el sentido de una norma o de una cláusula en el texto de las mismas.

Claro está también que, para ello, es menester, a partir de su literalidad, atribuir un significado a los términos empleados en la redacción por el legislador, para luego, con ayuda de las reglas gramaticales y el uso del lenguaje, indagar el significado de los términos en que se expresan las disposiciones normativas mencionadas en las preguntas dirigidas al postulante a juez.

A propósito de este punto, tomo palabras prestadas de Tecla Mazzaresse (Universidad de Brescia) cuando



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

luego de referirse al enfrentamiento de juristas y lingüistas sobre la interpretación se pregunta por qué los juristas se obstinan en prescribir o, según los casos, recomendar o afirmar que la interpretación debe encontrar su propio fundamento en el significado literal, en el significado propio de las palabras.

Y responde: la razón no es, ciertamente, la falta de actualización de sus conocimientos ni la proverbial resistencia a modificar sus propias categorías conceptuales más tradicionales.

La razón por la que los juristas siguen recurriendo a la interpretación literal (con la variedad de denominaciones y caracterizaciones propuestas), es, aunque pueda parecer simple y banal, la defensa del valor sumamente celebrado y fuertemente enfatizado de la seguridad jurídica.

Por otras palabras que igualmente son propias, del mismo modo que un buen número de tesis importantes, que se reflejan de formas diversas sobre los presuntos aspectos lógicos y/o racionales de las distintas formas del lenguaje y del razonamiento jurídico, la interpretación literal es considerada como un instrumento necesario para afirmar que la seguridad jurídica puede y debe ser perseguida y asegurada.

Temiendo que, de otra forma, el terrorífico caos de la pura arbitrariedad pueda no tener ya obstáculo alguno, a los efectos de defender y afirmar la seguridad jurídica, los juristas siguen apoyándose en la interpretación literal (así como en algunas otras tesis sobre la presunta dimensión lógico-racional del lenguaje y del razonamiento jurídico), indiferentes ante cualquier dificultad, de la que pueden incluso ser conscientes, y desdeñosos de cualquier crítica que sus propias investigaciones pueden haber contribuido magistralmente a poner de manifiesto.

En otros términos, los juristas prescriben, recomiendan y defienden la interpretación literal principalmente por su fuerza evocativa y no por su eventual capacidad heurística.

Sexto. ¿Porqué cambiamos de criterio respecto a un tema? La respuesta se encuentra en el acatamiento de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte en P.106350 cuando, palabras más, palabras menos, destaca que para una correcta intelección de la norma mencionada, debemos suponer que a continuación de todos los tipos descriptos en su parte especial se ha incluido -de corresponder- el párrafo 'Cuando el delito se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo'.

Por supuesto que determinar cuáles son las figuras excluidas total o parcialmente (o en otras palabras, cuando la circunstancia antes mencionada ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificador del delito, o cuando su aplicación excede el máximo legal de la especie de pena dado que el art. 165 citado no alude a un medio ejecutivo en particular- el empleo de un arma de fuego para cometer el homicidio queda captado por el art. 41 bis que agrava la escala penal, y deja el caso fuera del alcance de la excepción del segundo párrafo, nos pone en la necesidad de separar los tipos que forman el complejo.

Entonces, si el tipo del art. 165 del Código Penal es un concurso ideal de figuras típicas resuelto en forma especial por el legislador, el embate que puede hacerse respecto al robo con armas, no cabe en relación al restante delito implicado, esto es al homicidio, que puede cometerse con diversos medios.

Además, una breve experiencia como juez es suficiente para Benjamín Cardozo (Naturaleza de la función judicial) para que le revele toda suerte de grietas, hendeduras, y aberturas en sus propias opiniones, cuando las tomaba unos cuantos meses después y las volvía a leer con la debida constricción.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Agregaba, el convencimiento de que nuestra propia infalibilidad es un mito nos conduce por etapas fáciles y con un si es no de mayor satisfacción, a negarnos adjudicar infalibilidad a los demás.

A propósito del acatamiento a la doctrina jurisprudencial mencionada más arriba, pensaba Cardozo que la adhesión al precedente debe ser la regla y no la excepción y quizás la constitución de su propio tribunal tendió a acentuar tal creencia.

Estas son sus palabras: hemos tenido diez jueces, de los cuales siete ocupaban su sitial al mismo tiempo. Sucede, una y otra vez – cuando el problema es decisivo– que un caso que una semana se decide en un sentido, puede ser decidido en otro sentido en la próxima oportunidad, si entonces fuera tratado por primera vez. Sin embargo, la situación se tornaría intolerable si los cambios semanales en la composición del tribunal fueran acompañados por cosa que mantenerse en los errores de nuestros camaradas de la semana anterior, nos guste o no.

Los jueces piensan, cómo lo hacen, es tema de Daniel Herrendorf en El Poder de Los Jueces, estimando válido indagar cuál es la forma particular que tienen los juristas de pensar, su forma de estructurar las ideas y el discurso que existe casi desde siempre, y nos involucra a todos...lo que puede llamarse la razón práctica está en el horizonte de los juristas y constituye gran parte del pensamiento normativo...el juez integra con su pensamiento al ordenamiento jurídico, y de ese modo le da vida.

En síntesis, por los fundamentos expuestos mantengo la aplicación al caso del artículo 41 bis del Código Penal.

Séptimo. En el control sobre la dosimetría de la pena, mantengo los factores mencionados en el primer voto, a excepción, claro está de la aplicación normativa diversa expresada en el numeral anterior, y

además no incluyo el presunto buen concepto de quien asciende a un colectivo cerca de su morada para robar y matar a quienes viajan con él, no solamente porque los pasajeros víctimas opinarían lo contrario, sino también porque cuanto menos dos (Vargas y Chuit) de los que declaran en la audiencia viven en esa franja de la Reja Grande donde se perpetran los hechos endilgados (artículos 14.5. del PIDCyP.; 40 y 41 del Código Penal).

En consecuencia, VOTO POR LA NEGATIVA.

**A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Sal Llargués dijo:**

Adhiero al voto del doctor Violini, por sus fundamentos y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

**A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Violini dijo:**

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, sin costas y condenar a J. A. E. a catorce años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor del delito de robo con homicidio (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 45 y 165 del Código Penal; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1º, 456, 458, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal). ASÍ LO VOTO.

**A la segunda cuestión planteada, los señores jueces doctores Borinsky y Sal Llargués dijeron:**

Que votan en igual sentido que el doctor Violini.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

### **S E N T E N C I A**

I.- DECLARAR PARCIALMENTE PROCEDENTE el recurso de casación interpuesto, sin costas.

II. CONDENAR a J. A. E. a catorce años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor del



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

delito de robo con homicidio.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 45 y 165 del Código Penal; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1º, 456, 458, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a origen.

**FDO.: VICTOR VIOLINI - RICARDO BORINSKY - BENJAMÍN SAL  
LLARGUÉS**

**ANTE MI: KARINA ECHENIQUE**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA