



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

"Registrado bajo el Nro. 43 Año 2015"

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 2 de febrero de dos mil quince se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Benjamín Ramón María Sal Llargués, Daniel Carral y Víctor Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia definitiva en el marco de la Causa N° 60.550 caratulada "Silva, Miguel Angel s/ Recurso de Casación" y sus acumuladas Causa N° 60.554 caratulada "Calvimonte, Juan Manuel s/ Recurso de Casación", Causa N° 60.563 caratulada "Juárez, Carlos Jordan s/ Recurso de Casación", Causa N° 60.571 caratulada "López, Luciano Mario Leonel s/ Recurso de Casación", Causa N° 60.572 caratulada "Moreno, Carlos Fabián s/ Recurso de Casación" y Causa N° 60.573 caratulada "Claramonte Augusto Alejandro s/Recurso de Casación interpuesto por particular damnificado", conforme al siguiente orden de votación: SAL LLARGUÉS – CARRAL - VIOLINI.

ANTECEDENTES

I. El Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial La Plata, en causa de su registro 3928/1539 y acumuladas (IPP 06-00026647-10 y acum.), el día 13 de mayo de 2013, condenó a Juan Manuel Calvimonte a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas y lo declaró reincidente, por hallarlo coautor penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio "criminis causa" en concurso ideal con el de homicidio "criminis causa" y en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego; a Carlos Jordán Juárez a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por hallarlo coautor penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio "criminis causa" en concurso ideal con el de homicidio "criminis causa" y en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego, en concurso real con el de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

robo calificado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en concurso ideal; a Luciano Leonel Mario López a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por hallarlo coautor penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio “criminis causa” en concurso ideal con el de homicidio “criminis causa” y en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego; a Carlos Fabián Moreno a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por hallarlo coautor penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio “criminis causa” en concurso ideal con el de homicidio “criminis causa” y en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego y a Miguel Ángel Silva a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por hallarlo coautor penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio “criminis causa” en concurso ideal con el de homicidio “criminis causa” y en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego, con cita de los artículos. 12, 29 inc. 3ro, 40, 41, 42, 45, 50, 54, 55, 80 inc. 7mo., 166 inc. 2do., 166 inc. 2do. tercer párrafo y 167 inc. 2do. del Código Penal.

II. En causa n° 60.571, contra la referida decisión interpone recurso de casación la Sra. Defensora Particular, Dra. Claudia E. Fernández, en representación de Luciano Mario Leonel López, cuestionando en primer término, que a su defendido se le valoraron circunstancias atenuantes, y sin embargo, recibió igual pena que los demás imputados.

En tal sentido, manifiesta que si bien se le reconocieron como atenuantes su “extrema juventud”, entendida esta como inexperiencia de vida, y “el concepto que se desprende de los informes psicológicos y psiquiátricos”, ha recibido igual pena que el resto de los imputados, requiriendo la aplicación de una pena divisible.

En segundo término, denuncia la existencia de una escucha telefónica que su asistido mantuvo con su madre donde prima



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

facie se autoincrimina, manifestando que la misma fue producida en violación de las garantías constitucionales del art. 18 de la CN, por cuanto no poseía asistencia legal alguna y por lo cual solicita la nulidad de la desgrabación telefónica. Alega que no se encuentra acreditado que el celular haya sido utilizado permanentemente por López.

Como tercer motivo de agravio, denuncia la denegación de la imputabilidad disminuida por parte del sentenciante, pues alega que la declaración de López en momentos es incoherente, contradictoria, bizarra, ilógica, demostrando una personalidad de escaso nivel cultural. Agrega que el grado de comprensión de su asistido es limitado y manifiesta que es una persona sumamente influenciabile, una persona fácil de corromper.

Para acreditar lo afirmado, peticona una nueva evaluación psicológico-psiquiátrica por expertos de la UNLP a fin de que dictamine si a su asistido puede reconocérsele una imputabilidad disminuida.

En cuarto lugar, se agravia de la tipicidad endilgada, en tanto considera como homicidio la muerte de I. B.; afirma que ese aserto ha sido producto de no valorar prueba contundente que demuestra que la figura correcta es la de aborto o de aborto preterintencional. Propicia la nulidad absoluta del estudio realizado por la médico patóloga Dra. Del Giorgio de la Asesoría Pericial, toda vez que su dictamen carece de firma.

Por otro lado, refiere que a preguntas de la defensa en torno a si sufrió una lesión primaria o secundaria a un paro cardio-respiratorio, la experta contestó que fue una lesión primaria, determinándose así que la muerte se produjo intrauterinamente sin perjuicio de que la bomba cardíaca funcione, es decir, que prima facie estaría configurada la figura de aborto. Manifiesta que la médica patóloga no brindó



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

una respuesta precisa, por lo que hubo solicitado una reautopsia, que le fuera denegada.

Manifiesta que no sería de aplicación la figura de homicidio agravado para la víctima I. B., ya que la protección del feto se encuentra amparada para la figura del aborto.

Plantea que ha habido, a su entender, un exceso en la diligencia en el arte de curar al prolongar el tratamiento médico que llevó irremediablemente a la sepsis generalizada, y agrega que ha existido por otro lado, desidia por cuanto la ambulancia demoró 20 minutos en llegar al lugar de los hechos.

En definitiva, manifiesta que estamos en presencia de un aborto conforme el CP, por lo que propicia se absuelva a su asistido por el delito que viene condenado, o en forma subsidiaria, se aplique el art. 87 del CP.

Como quinto motivo de agravio, denuncia la recalificación del delito efectuado por el “a quo” y la autoría impuesta a su asistido propiciando en cambio se acuda a la participación secundaria.

Refiere que el testigo Leguizamón, el inspector de tránsito que mantuvo un breve diálogo al momento del disparo con el conductor de la moto no reconoció a López como el conductor del vehículo en la audiencia de debate.

Por tal motivo, y en subsidio, sostiene que correspondería prima facie la asignación de una participación secundaria en el delito de robo calificado por su comisión en poblado y en banda.

En igual sentido, alega que el delito de homicidio “criminis causa” admite participación, pero es imprescindible que todos los partícipes actúen con el plus subjetivo o la conexión ideológica con el otro delito. Refiere que ninguno de esos supuestos se encuentra presente en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

situación del imputado pues no fue quien con un fin determinado y con el conocimiento y la voluntad de los elementos del tipo objetivo, tomó la decisión inmediata de realizar los disparos, razón por la cual entiende que su asistido debe responder por el robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa.

En sexto y último lugar, peticiona “se apliquen los principios “iura novit curia”, “reformatio in pejus” y art. 1 del C.P.P.” (sic) en función de la recalificación efectuada por el “a quo”. Agrega que no puede considerarse que su asistido haya actuado con el dolo directo que se exige para la participación en el delito de homicidio “criminis causa”.

Solicita se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se resuelva conforme los fundamentos dados. Hace reserva del caso federal.

III. En causa n° 60.554, interpuso recurso de casación el Sr. Defensor Particular, Dr. Oscar Horacio Casalla, en representación de Juan Manuel Calvimonte, criticando en primer lugar que se haya denegado la nulidad del allanamiento practicado en el domicilio de su asistido, en violación -alega- del art. 219 y cctes. del C.P.P., del art. 24 de la Constitución Provincial y del art. 19 de la CN.

Se explyea en que el allanamiento fue ordenado en los presentes actuados como consecuencia directa, inmediata y única de un llamado anónimo (cuyo origen jamás fue investigado y consecuentemente jamás se pudo establecer la fiabilidad de la fuente) que indicaba, sin fundamentos atendibles –a su entender-, que su defendido sería uno de los autores del hecho en cuestión, dando la dirección del mismo y describiendo la casa.

Agrega que el Tribunal no justificó los fundamentos de su realización y por consiguiente, solicita la nulidad del allanamiento, así como de todos los medios de prueba que resulten ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

consecuencia directa e indirecta, mediata e inmediata de la medida nula por expresa aplicación de la teoría del fruto del árbol venenoso, por así corresponder.

Como segundo motivo de agravio, denuncia inobservancia y errónea aplicación de la doctrina jurisprudencial y legal, pues refiere que la imputación de la figura de homicidio “*criminis causa*” que se le atribuye a su defendido respecto de I. B., resulta consecuencia de una errónea aplicación de la doctrina jurisprudencial.

En tal sentido, plantea que no resulta del todo errado el concepto utilizado por los magistrados sentenciantes, desde que sostienen que hubo vida extrauterina, pero que lo que resulta jurídicamente relevante es justamente el hecho de que dicha vida extrauterina jamás fue independiente. En sus términos, dejó de depender del cordón umbilical para pasar a depender de diversos fármacos vaso constrictores y vaso dilatadores, inyectados intratubo y se lo oxigenó por medio de intubación; en definitiva, concluye, se mantuvo una vida artificial, pues los daños se habían producido aún antes de provocar el nacimiento por cesárea.

En resumen, denuncia la ausencia de dolo de la figura en cuestión, manifestando que pretender un dolo de esta naturaleza y complejidad por parte de una persona ajena a las ciencias médicas constituye necesariamente un despropósito, propiciando se cambie la calificación legal a la figura de aborto.

Por último, y como tercer motivo de agravio, solicita se case la sentencia en torno al extremo de la autoría, por entender que la teoría aplicada al caso, coautoría funcional con asiento en la doctrina de la teoría del dominio del hecho de Roxin, resulta inaplicable al caso en estudio, alegando que no se verifican los extremos exigidos por una teoría que sirve para casos de criminalidad del Estado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Solicita se haga lugar a los planteos de la defensa.

IV. En causa n° 60.563, interpuso recurso de casación el Sr. Defensor Particular, Dr. Antonio Francisco Pisano, en representación de Carlos Jordán Juárez, denunciando en primer lugar, la ajenidad de su asistido en el hecho que se le imputa. Refiere que no se encuentra acreditada la atribución del teléfono 0221-441-4592 a su defendido.

Alega que según surge de lo manifestado por el experto en el sistema de rastreo y seguimiento telefónico (Sr. Zaikowski), la producida se trata de una prueba compleja, compuesta por dos elementos, uno objetivo –VAIC- y otro subjetivo, por ejemplo testigos que hayan visto al presunto usuario operando el teléfono y que además coincida con ese número. Manifiesta que no se encuentra acreditado ni el elemento objetivo ni el subjetivo.

Por otra parte, se queja por la valoración efectuada por el “a quo” acerca de la permanencia y marcación de su asistido en el banco, aduciendo que según surge de la filmación de la entidad bancaria, el coimputado Silva sale solo en dirección a la camioneta estacionada frente a la cochera del banco, mientras que Juárez al salir del banco se retira en sentido contrario hacia Plaza Italia.

Como segundo motivo de agravio, con relación al hecho Nro. III, causa n° 3930, la defensa manifiesta que no se encuentra acreditada la participación de su asistido en el ilícito cuya materialidad no ha sido probada.

Refiere que su reconocimiento fue inducido, alegando que resulta notable el modo en que se lo describiera, absolutamente coincidente con el fotograma obrante en autos, después de más de dos años de ocurrido el hecho, toda vez que al comienzo de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

declaración testimonial de la víctima, la misma manifestó en el debate que no sabía por qué estaba citada y por qué el asaltante le requirió el monto exacto.

Señala que la valoración de los registros VAIC y el dato de la convergencia de los celulares, no resultan suficientes para acreditar –con la certeza que requiere esta instancia- la autoría penalmente responsable de su asistido.

Por último, sostiene que el hecho en el cual resultó víctima I. debe calificarse como aborto preterintencional conforme el art. 87 del CP.

Solicita se case la sentencia impugnada y se resuelva conforme los fundamentos dados. Hace reserva del caso federal.

V. En causa n° 60.550, interpuso recurso de casación el Sr. Defensor Oficial, Dr. Claudio Javier Ritter, en representación de Miguel Ángel Silva, solicitando se apliquen correctamente los preceptos que juzga inobservados y en consecuencia se revoque la sentencia recurrida y se condene a su defendido como partícipe secundario del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, arts. 46 y 167 inc. 2do. del CP, con aplicación del mínimo de la escala penal.

En tal sentido manifiesta que existe una errónea aplicación de argumentos teóricos que determina una errónea interpretación de la letra del art. 45 del CP y una desaplicación del art. 46 del CP.

Sostiene, a fin de fundamentar su pretensión de adecuación en la participación secundaria, que es razonable concluir que la información suministrada por el VAIC y lo expuesto en torno a ella por el testigo Zaikowski, no constituye razón suficiente de la conclusión “Silva siguió a la Sra. Píparo desde el banco hasta su domicilio y estuvo allí el momento en que Moreno y López la desapoderaban”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Alega que no existe certeza absoluta de que la apertura de antena informada por el VAIC a fs. 1944/73 indique la zona geográfica en la que se encontraba el equipo involucrado. De igual modo, postula que el lugar donde se localizaba geográficamente el celular es meramente conjetural en virtud del amplio radio de cobertura de cada antena y la posibilidad de superposición entre las que se encuentran cercanas. Plantea que la trayectoria de apertura de antenas del celular de Silva, también permite suministrar una explicación distinta y opuesta a la conclusión del “a quo” y refuta que a partir de los elementos invocados esté absolutamente corroborado que luego del hecho, el celular de Silva siguió el mismo derrotero que los otros tres involucrados.

También, descalifica los dichos del testigo Watilyk a los que cataloga de inverosímiles. Denuncia que el “a quo” incurrió en omisión de tratamiento de cuestiones esenciales planteadas sobre éste testigo y peticiona se excluya la valoración del testimonio cuestionado, o, en subsidio se lo valore en menor extensión a la atribuida.

Resalta que no es posible afirmar de un modo permitido por las reglas del pensamiento que Silva además de actuar en el banco y en las inmediaciones del mismo, hubiera –luego- seguido a la víctima hasta el domicilio, lugar donde se perpetró el robo, por lo que solicita la aplicación correcta de los preceptos violentados y se excluya del veredicto dicha conclusión.

Asimismo, subraya que desde la acción de marcar a una víctima con miras a que otro le robe el dinero, no se advierte la posibilidad de “dominar la forma y modo en que se perpetrará el robo”, y mucho menos podrá afirmarse que se ha podido controlar el disparo que – luego- el autor del robo hará a la víctima, y la catarata de eventos fisiopatológicos que sobrevinieron a la herida sufrida por ella y que desembocaron en la muerte del que hasta el momento de la marcación era un nonato.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Enfatiza que Silva no ha ejecutado el apoderamiento ni el disparo “de propia mano”, que no dirigió la organización y que, desde la actividad de “marcar” o de seguir, no podría incidir en la forma y modo en que luego se ejecutaría el robo, por lo que concluye que dentro de la arquitectura total del delito, la actuación de Silva se exhibe como un acto de “complicidad” por ausencia de dominio del hecho. Agrega que dentro de la complicidad, la concreta actuación debe ser calificada como “secundaria” en los términos del art. 46 del CP.

En conclusión, solicita se declare erróneamente aplicado el art. 45 del CP por entender que no corresponde imputar a Silva como coautor funcional del hecho, y, en lugar de ello, se califique la imputación como “cómplice secundario”, art. 46 del CP.

Como segundo motivo de agravio, en forma subsidiaria, y aun cuando se lo considere a su defendido coautor en el delito de robo con arma apta para el disparo, reivindica la aplicación del art. 47 del CP, puesto que si se entiende a su asistido parte del acuerdo criminal base, la acción desplegada por el autor del disparo (que fuera calificado como tentativa de homicidio y homicidio agravado, art. 80 inc. 7mo. del CP) no puede extenderse a Silva. Conforme ello, reclama que se acepte la confesión de Silva y se admita que su dolo no abarca el conocimiento y voluntad de generar dichos resultados lesivos contra la vida.

A todo evento, solicita que cualquiera fuera la calificación de la conducta de Silva –coautor, partícipe primario o secundario- se aplique la regla del art. 47 del CP, y se declare que no integra el dolo de su asistido la representación del empleo de arma de fuego sobre la víctima, la causación de un disparo hacia la gestante y el consiguiente deceso del gestado.

Como tercer motivo de agravio, y en forma subsidiaria, peticiona se califique la muerte de I. B. como aborto conforme el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

art. 87 del CP. En cualquier caso, solicita que, frente a las calificaciones de homicidio, se revoquen las agravantes de los incs. 7mo. y 2do. del art. 80 del CP.

Manifiesta que surge claro que ha sido el prolongado padecimiento intrauterino, ocurrido como consecuencia del disparo sufrido por la madre, lo que generó el resultado fatal y que ambos procesos causales (el disparo y la vasoconstricción uteroplacentaria generada en el organismo de la madre), ocurrieron cuando el niño por nacer se encontraba aún alojado en el vientre y –por lo tanto- poseía vida “dependiente”.

Concluye que esa ha sido la conjunción de causas eficientes generadoras del resultado muerte, por lo que poco importará, entonces, que el equipo médico del Hospital de Gonnet hubiera pretendido una interrupción de ese curso causal que evitara el resultado. Aduna que como consecuencia de esa fallida intervención, solamente se dilató el resultado muerte en siete días, cuando ese niño tenía vida humana independiente.

En tal sentido, afirma que si tanto la agresión a la madre como las severas lesiones “multiorgánicas” que desembocaron en el óbito ocurrieron mientras ese niño era aún feto se debe aplicar la figura del aborto por imperio del principio de especialidad de los tipos penales.

Como cuarto motivo de agravio, y en forma subsidiaria, denuncia la errónea aplicación del art. 80 inc. 7mo. del CP y la violación del principio de congruencia, peticionando se case la sentencia y se apliquen correctamente los preceptos inobservados, y se revoquen las agravantes calificatorias del homicidio previstas en los incs. 7mo. y 2do. del art. 80 del CP.

Alega que la modificación de la plataforma fáctica al introducirse una nueva calificación a los hechos, afecta la necesaria



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, afectando de este modo, el derecho de defensa en juicio.

Independientemente de lo expuesto, alega que la figura del art. 80 inc. 7mo del CP admite solo dolo directo sumado al elemento subjetivo distinto del dolo, por lo que afirma que resulta inaplicable a Silva desde que “la asunción de un riesgo” resulta incompatible con la “ultrafinalidad” exigida por la figura.

De modo subsidiario, plantea que tampoco se verifica en autos la agravante por “alevosía” en el homicidio, pues en el caso de Silva no se probó ni el aspecto objetivo ni el subjetivo.

Como quinto motivo de agravio, peticiona se declare la inconstitucionalidad de la pena indivisible de prisión perpetua por violatoria de garantías constitucionales, y se aplique una divisible según las circunstancias atenuantes y agravantes que se han examinado.

Como sexto y último motivo de agravio, denuncia la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal en la valoración de circunstancias agravantes, pues objeta que la extensión del daño y el empleo de proyectil de punta hueca como severizantes no resultan fundadas. Propicia la aplicación de las atenuantes indebidamente excluidas –deficiencia en los mecanismos de socialización primaria y secundaria, el informe ambiental que da cuenta de la precaria preparación para el mercado laboral de su asistido y la situación de apremio económico existente al momento del hecho- y se reduzca el monto de pena al mínimo de la escala penal aplicable.

Solicita se case la sentencia impugnada y se resuelva conforme los fundamentos dados. Hace reserva del caso federal.

VI. En causa n° 60.572, interpuso recurso de casación la Sra. Defensora Oficial, Dra. María Esther Vigorelli, en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

representación de Carlos Fabián Moreno. Se agravia en primer lugar de violación de lo normado por el art. 219 y concordantes del C.P.P. y del art. 18 de la CN, que exigen orden fundada de autoridad competente para invadir un domicilio, ya que una información aportada de manera anónima resulta insuficiente. Denuncia conculcados, de este modo, la forma republicana de gobierno y el derecho de defensa en juicio, arts. 1 y 18 de la CN.

Como segundo motivo de agravio, señala inobservancia de lo preceptuado por el art. 60 del rito, en cuanto se desconoció la calidad de imputada de Stella Maris Grizia desde el momento mismo en que se dispuso el allanamiento en su domicilio, imputada en dichos autos de la presunta comisión del delito de encubrimiento agravado, lo que le otorgaba el ejercicio pleno de todas las garantías y derechos de la CN y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía.

Refiere inobservado lo preceptuado por el art. 60 en su segundo párrafo y en los incisos 2 y 3 por cuanto se ha incumplido con la carga legal de las autoridades de comunicar a la imputada de sus garantías y derechos en el proceso y, como consecuencia, se violó el derecho de toda persona sindicada de la comisión de un ilícito penal de contar con asistencia letrada y ser asesorada por un abogado defensor oficial o a elección con anterioridad a prestar su declaración o de participar directamente en un acto del proceso que pueda ser utilizado como prueba de cargo.

En tercer lugar, reclama la declaración de inconstitucionalidad del art. 294 inc. 8 párrafo 2do. del CPP, por violación a la garantía del derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la garantía contra la autoincriminación prevista en los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la CN, pues afirma que “requerir” al imputado información necesaria para la prosecución de la investigación violenta el derecho de defensa y la garantía contra la autoincriminación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Señala que en el caso concreto de Grizia, sus dichos no fueron espontáneos por lo que concluye que el acto policial fue nulo de nulidad absoluta.

Como cuarto motivo de agravio, se queja de la errónea aplicación del art. 359 e inobservancia del art. 374 párrafos 5 y 6, ambos del C.P.P., así como la violación de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN y 8.2.b de la CADH, en virtud de que la defensa se opuso a la ampliación fiscal por vulneración de garantías constitucionales, pues la nueva imputación no integraba un delito continuado ni se trataba de circunstancias agravantes de calificación, únicas dos posibilidades permitidas por el art. 359 citado.

Agrega que en el final del debate el fiscal solicitó la ampliación de la acusación porque se había arribado a la conclusión de que su asistido Moreno no era partícipe secundario sino que fue la persona que le disparó a la Sra. Píparo, por lo que afirma que se violó el principio de congruencia y por lo tanto, el derecho de defensa de su defendido.

En quinto lugar, plantea la violación del principio de congruencia, art. 18 de la CN, al apartarse el “a quo” de la calificación materia de acusación, condenando a su asistido por un delito respecto del cual no había sido acusado, en inobservancia de lo normado en los arts. 1 y 375 inc. 1 del C.P.P., que determinó una flagrante violación de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso legal.

Como sexto motivo de agravio, indica que el judicante ha incurrido en errónea aplicación de lo establecido en el art. 80 inc. 7mo. del CP, por cuanto no se encontraría acreditada la preordenación del homicidio en relación al robo que requiere la figura en cuestión. Agrega que tampoco se probó la concurrencia de los requisitos exigidos por la figura del homicidio agravado por “alevosía”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En séptimo lugar, valoración absurda y parcial de la prueba producida durante el debate, en inobservancia de los arts. 210 y 373 del rito, en violación de la garantía del debido proceso, arts. 18 y 75 inc. 22, y 11 de la C. Provincial, fundándose en que con la prueba producida en el debate no se demostró la participación de su asistido en el hecho.

Por último, y en octavo lugar, propone la defensa que la resolución impugnada ha incurrido en analogía in malam partem, al aplicar la figura penal de homicidio "criminis causa" a la muerte de I. B., existiendo la figura del aborto que protege la vida del feto, art. 86 del CP, y ese proceder importa una extensión analógica del ámbito de aplicación del tipo penal contenido en el art. 80 inc. 7mo. del CP, con clara violación del art. 18 de la CN.

Peticiona se case la sentencia y se resuelva conforme a los fundamentos dados. Hace reserva del caso federal.

VII. En causa n° 60.573, interpusieron recurso de casación los apoderados del Particular Damnificado, Dres. Fernando Andrés Burlando, Gustavo Gabriel Galasso y Silvia Fabiana Petroff, contra la misma sentencia en que se condenara a los nombrados por los delitos aludidos al principio de estos antecedentes, que, en lo que aquí interesa, resolvió absolver a Augusto Alejandro Claramonte respecto de los delitos de robo doblemente calificado por haber sido perpetrado mediante el empleo de arma de fuego y en lugar poblado y en banda, en concurso real con el delito de tentativa de homicidio doblemente calificado por haber sido perpetrado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, este en concurso ideal con homicidio doblemente calificado por haber sido perpetrado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, arts. 42, 54, 55, 80 inc. 2do. y 6to., 166 inc. 2do. segundo párrafo y 167 inc. 2do. del CP.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En primer término, se agravian los recurrentes por inobservancia de los arts. 210 y 371 del C.P.P., pues entienden que la prueba producida en autos acredita la intervención de Claramonte en los ilícitos juzgados.

Afirman que dicho extremo surge de las siguientes pruebas: la declaración a tenor del art. 308 del CPP de López; la propia declaración de Augusto A. Claramonte y el informe del VAIC de fs. 1338.

Hacen hincapié en que de la prueba producida en el debate surge que Claramonte conocía al menos a cuatro de los imputados, tal como surge del informe del VAIC. de fs. 1338. Agregan que los dichos de Claramonte carecen de lógica, pues afirman que debía saber de qué se trataba lo que le dijo López, es decir, que sabía qué rol tuvo cada uno de sus consortes de causa en los hechos materia de juzgamiento, puesto que él intervino en la organización y distribución de funciones.

En definitiva, sostienen los recurrentes, que resulta infundada la resolución que absuelve a Claramonte, pues de la prueba antes mencionada, se habría acreditado su participación en el hecho.

Solicita se haga lugar al recurso de casación, y se dicte sentencia conforme a derecho. Hace reserva del caso federal y de recurrir ante los organismos internacionales.

VIII. Con la radicación en la Sala, se notificó a las partes y se unificó el trámite de los recursos reseñados.

Con fecha 12 de junio de 2014 esta Sala resolvió rechazar la producción prueba ofrecida por la defensa del imputado Mario Leonel López, por su improcedencia (Cf. fs. 472/476vta.) y en dicha oportunidad –asimismo- se fijó audiencia de informe oral.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Las partes desistieron de la celebración de la diligencia y algunas de ellas presentaron memorial sustitutivo del art. 458 in fine CPP.

Los Defensores ante esta instancia, Dr. José María Hernández y Dra. Ana Julia Biasotti, en línea con los motivos de agravio esgrimidos por los Defensores Oficiales de instancia, solicitaron se haga lugar a los recursos de casación interpuestos. El Dr. Hernández amplió fundamentos respecto de dos agravios: la calificación legal del hecho en el cual resultó la muerte de I. B. y en punto a la violación del principio de congruencia y las calificantes del art. 80 respecto de la tentativa de homicidio en perjuicio de la Sra. Píparo.

Por su parte, la Sra. Fiscal ante este Tribunal dictaminó propiciando el rechazo de los recursos de las defensas.

Encontrándose los actuados en condiciones de dictar sentencia definitiva, pasaron sin más al Acuerdo (fs. 601).

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos por las defensas técnicas de los imputados condenados?

Segunda: ¿Es procedente el recurso de casación deducido por los apoderados del Particular Damnificado?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

El Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial La Plata, el día 13 de mayo de 2013 dictó veredicto condenatorio respecto de los acusados Juan Manuel Calvimonte, Carlos Jordán Juárez, Luciano Leonel Mario López, Carlos Fabián Moreno y Miguel Angel Silva por el hecho que se investigara en la causa n° 3928/ J – 1539, nomenclatura de ese cuerpo y que –en su desarrollo– quedó descripto del siguiente modo: “...el día 29 de julio de 2010, alrededor de las 11:00 horas, en circunstancias en que la Sra. Carolina Piparo –acompañada por su madre- se encontraba efectuando una extracción de dinero en la Sucursal 019 del Banco Santander Río, sita en la intersección formada por la avenida 7 y la calle 42 de esta ciudad, fue sindicada por un sujeto de sexo masculino que se encontraba en el interior de la citada entidad –junto a otra persona del mismo sexo que simuló efectuar una operación bancaria- dando aviso de ello a otro que, en connivencia con los anteriores, se encontraba en las inmediaciones; procediendo todos ellos a seguir a las nombradas hasta su domicilio. / Así las cosas, en la intersección formada por las calles 36 y 21 de esta ciudad, otros dos masculinos –en acuerdo con los anteriores- que se movilizaban en una moto Yamaha YBR de color rojo, abordaron el auto Volkswagen Pointer color gris que conducía Carolina Píparo cuando detuvo su marcha y uno de ellos, mediante el empleo de un arma de fuego le exigió la entrega del dinero, para lo cual sacó por la fuerza a la nombrada –quien se encontraba cursando un embarazo de más de treinta y ocho semanas de gestación- del rodado mediante tirones de cabello y golpes en la cabeza con la culata del arma que portaba, la arrojó al piso donde quedó arrodillada y, en esas circunstancias le efectuó un disparo a corta distancia que impactó en el mentón, con orificio de entrada y salida y reingresó en la zona del hemitorax derecho anterior, atravesando todo el pulmón; dándose luego a la fuga en el mismo rodado en el que arribaron al lugar. A consecuencia de ello, Carolina Píparo fue sometida a múltiples y complejas intervenciones quirúrgicas, permaneciendo con riesgo de muerte durante más de un mes. Además como directa consecuencia de las lesiones causadas, I. –nacido el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

mismo día de los hechos por medio de un cesárea- falleció el 5 de agosto del mismo año, producto de las gravísimas injurias – hipoxia – originadas por el ataque armado.” (fs. 256 vta./ 258 vta. de la causa 60550).

También respecto de Carlos Jordán Juárez hizo lo propio por el hecho que se ventilara en causa n° 3930/J – 1539. Se consideró acreditado que “... el día 23 de julio de 2010 aproximadamente a las 11 hs., en las inmediaciones de la calle 19 entre 507 y 508 de esta Ciudad, donde se encuentra un taller mecánico, al menos dos personas de sexo masculino se apoderaron de la cartera de Beatriz Espinoza –que tenía en su interior una billetera con 182 dólares estadounidenses, 25 pesos argentinos, 90 bolívares, varias tarjetas de crédito, cédula de la Policía Federal Argentina, Pasaporte Argentino a su nombre, un celular marca Samsung Tactile y la suma de cinco mil pesos- que la víctima había extraído momentos antes de la sucursal del Banco Galicia ubicada en calle 7 entre 33 y 34 de La Plata. Para ello fue intimidada –al igual que su esposo- por uno de los sujetos mediante un arma de fuego –cuya aptitud para el disparo no pudo constatarse- habiendo sido previamente sindicada por otro sujeto que ex profeso se encontraba en el interior de la sucursal bancaria en el marco de un acuerdo común. Luego de perpetrar el hecho el autor huyó a bordo de una motocicleta color negra, en la que otro sujeto lo aguardaba.” (fs. 327 vta./ 328 de la causa 60550)

Finalmente el fallo absuelve a Augusto Alejandro Claramonte en la causa n°3928/ - 1539 -. Contra ese temperamento se alzan los acusadores privados tal como resulta de los antecedentes, causa en la que se diera por acreditado que: “...el día 26 de julio de 2010 aproximadamente...a las 12:30 hs. en las inmediaciones de calle 82 bis entre 28 y 29 de esta ciudad, al menos dos personas de sexo masculino, previo intimidación con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse, se apoderaron ilegítimamente de la suma de siete mil pesos que Carmen Noemí García había extraído momentos antes de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

sucursal del Banco Provincia de calle 1 entre 60 y 61, y de la cartera de propiedad de Mónica Helena Billiot -con diversos objetos de su propiedad en el interior-, con lo que se dieron a la fuga.” (fs. 323/323 vta.)

Por razones de orden habré de abordar los recursos comenzando por el debido al Dr. Claudio Javier Ritter que es el que ha dado origen a esta causa que hace las veces de principal.

El distinguido colega Defensor Oficial centró sus fuegos en tres tópicos que abrevió concretándolos en: a) la calificación que debe asignarse a la actuación de Silva en el hecho, b) la extensión del dolo de participación de su representado Miguel Angel Silva y c) cómo debe calificarse la conducta que se atribuyó a Carlos Fabián Moreno de disparar a la víctima.

Esta síntesis que formula el recurrente lleva a ingresar al análisis de los hechos cuando –entre los demás agravios que allega– se denuncia la violación del principio de congruencia por parte del a quo por importar a su juicio violación del derecho de defensa.

Esto obliga a privilegiar este agravio para determinar si se ha producido en concreto una violación al derecho de defensa en juicio por la vía de la violación de la necesaria congruencia entre el delito por el que se acusa a una persona y aquel por el que se lo condena, en razón de que una violación legal de ese tenor, según lo entiendo, constituiría una de tal entidad que podría poner en crisis la validez del juicio.

A primera vista podría darse razón al planteo formulado. Pero ello sólo a primera vista.

En efecto, tal como resulta de casi toda la causa, pero sustancialmente del último momento en que los acusadores público y privado disponen para formular la imputación definitiva, los alegatos de bien probado de fs. 4101 vta. del principal llevaron al Fiscal de juicio a afirmar que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

el hecho que victimizara a Carolina Píparo y a la criatura que llevaba en sus entrañas constituyó la concurrencia de “los delitos de asociación ilícita en concurso real con robo doblemente calificado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego y en lugar poblado y en banda, en concurso real con tentativa de homicidio doblemente calificado por haberse perpetrado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, este en concurso ideal con homicidio doblemente calificado por haber sido cometido con alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas...” (fs. 4105 del ppal.).

La descripción que formulara de ese conjunto la había expresado en los siguientes términos a estar al acta del debate: “...que desde fecha no precisa hasta el día 29 de julio de 2010, un grupo integrado por al menos siete personas de sexo masculino componían una asociación criminal destinada a cometer ilícitos, teniendo como escenario esta ciudad. Como resultado de esa ilegal actividad, el día 29 de julio de 2010, a las 11.30 horas aproximadamente, en la intersección formada por las calles 36 y 21 de esta ciudad, al menos dos personas de sexo masculino que se desplazaban en una motocicleta Yamaha YBR 125, se apoderaron de la suma de pesos 13.000 y de dólares estadounidenses 10.000 que Carolina Rosana Píparo –que cursaba un embarazo a término y por ello notorio– había extraído momentos antes de la Sucursal 019 del Banco Santander Río emplazada en la unión de la avenida 7 y la calle 42 de La Plata. La víctima había sido sindicada por un tercer sujeto que se encontraba en el interior de aquella entidad bancaria junto a una cuarta persona que simuló efectuar una operación monetaria, con el cometido concreto de observar la extracción de dinero de eventuales clientes. En estas circunstancias temporales y espaciales, uno de los sujetos –con la intervención funcional de otras de igual sexo, miembros de la empresa criminal– abordó el auto Volkswagen Pointer color gris que conducía Carolina Píparo cuando detuvo su marcha, le exigió la suma extraída del banco, requerimiento que la víctima cumplió. Pero pese a ello, el sujeto –que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

además tenía un arma de fuego en su mano-, sacó por la fuerza a Carolina mediante tirones de cabello y empujones, la arrojó al piso y golpeó, tras lo cual, manteniendo el objeto del botín en su poder y la nula resistencia ofrecida por la víctima –en franca situación de minusvalía e indefensión frente al inocultable y conocido estado de gravidez– intentó, obrando sobre seguro, darle muerte profiriéndole (sic) un disparo a corta distancia con el arma que portaba (con la que previamente le había golpeado en su cabeza produciendo cortes en superficie) y empleando munición prohibida de punta hueca, que impactó en el mentón. Tal finalidad no fue consumada por razones ajenas a sus voluntades, sin perjuicio de que Carolina fue sometida a múltiples y complejas intervenciones quirúrgicas, permaneciendo con riesgo de muerte durante más de un mes y con secuelas físicas y psicológicas hasta nuestros días. Además, como directa consecuencia de las lesiones causadas, I. –nacido el mismo día de los hechos por medio de cesárea– falleció el 5 de agosto del mismo año, producto de las gravísimas injurias originadas por el ataque armado...” (fs. 1101 vta. del principal).

A fs. 4126 vta. el Particular Damnificado ratifica esa calificación tras hacer una descripción del hecho –mutatis mutandi– similar a la del acusador público.

Al comenzar este voto he transcripto la descripción que del hecho a que aludieran ambos acusadores hiciera el a quo a fs. 4181 vta. del principal y se advierte cómo –tal como lo denuncia el Dr. Ritter- se omite toda referencia al contenido subjetivo de la acción de quien disparara contra Carolina Píparo.

Esto significa que –aún cuando los acusadores acudieron a los incisos segundo y sexto del artículo 80 C.P. para encuadrar los más graves resultados de la acción juzgada- el a quo ha afirmado que lo probado ha sido un concurso de dos homicidios criminis causae a que alude el inciso séptimo de ese mismo dispositivo, tentado respecto de la madre y consumado respecto del hijo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En efecto, en la sentencia, se afirma (fs. 4265 del ppal.):“Sabido es que la figura del artículo 80 inciso 7° del Código Penal requiere un nexo entre el homicidio y la otra figura delictiva, en el caso Robo calificado por el empleo de armas. Para la concurrencia de la agravante en cuestión no se requiere una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, decisión que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho. En el aspecto subjetivo se requiere que la finalidad externa del homicidio aparezca representada como un medio en la ejecución del mismo tal como la doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconoce. Del hecho tenido por probado se evidencia en la conciencia de sus autores la existencia de la conexión final con el ilícito contra la propiedad. Me aparto de la calificación del representante de la vindicta pública y del Particular Damnificado. Ello en nada afecta el principio de congruencia (art. 18 CN), por cuanto resulta aceptado por la doctrina y jurisprudencialmente mayoritaria que ...corresponde a los jueces calificar jurídicamente las circunstancias con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida. El latinazgo en cuestión ‘iura novit curia’, es en realidad un deber funcional del juez, por ser específico de la función jurisdiccional que desempeña, implica el deber de aplicar exclusivamente el derecho vigente, al caso sometido a decisión, calificando autónomamente a la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen. Consecuentemente, es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso... ...A mayor abundamiento señalo que todos los imputados resultaron oídos en la audiencia normada por el artículo 308 del CPP por la figura típica en la que he subsumido los hechos.” (el destacado es de este votante).

Esto significa lisa y llanamente que el a quo, de su cosecha, habría mutado no sólo la plataforma fáctica que formulara la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

acusación sino –además– la recepción legal de la misma y lo habría hecho apelando a esa máxima de la que deduce que puede hacerlo.

Creo necesario señalar cuál es el sentido que asigno a la voz “congruencia” y cuál el que –a mi juicio- expresa el adagio “iura novit curia”.

Tuve oportunidad de decir en causa n° 184 en la que laudé por su violación, cuáles son las notas distintivas del principio de congruencia: “El hecho por el que se somete a proceso a una persona -bajo sanción de nulidad- debe serle informado "detalladamente" junto con las pruebas que obran en su contra (art. 312); si la parte acusadora decidiera llevarlo a juicio, su requisitoria -también bajo sanción de nulidad- debe contener entre otras cosas "una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal." (art. 335); para aventar inconvenientes diversos pero -fundamentalmente- para brindar transparencia al debate existe la audiencia preliminar del art. 338 donde -entre otras cosas- las partes necesarias ofrecen las pruebas de que pretendan valerse en el debate. Va de suyo que si la Defensa está condicionada por la Acusación, la prueba ofrecida se refiere -naturalmente- al hecho intimado.

En línea con todos estos dispositivos, el art. 354 establece que las partes expresarán cuál será la tesis a acreditar. Es obvio que el contradictorio se integra por una tesis (del requirente o acusador) y una antítesis (del requerido o imputado y su representante).

El art. 357 establece que "sintetizados los argumentos de la acusación y defensa..." debe recibirse la prueba.

Hasta allí no existe duda de que hay una absoluta identidad (son los mismos) los hechos intimados y aquellos sobre los que versa la defensa.

Sin embargo puede ocurrir que "en el curso del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido o



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación". La manda expresa para el caso está contenida en el art. 359 que permite al Sr. Fiscal "ampliar la acusación".

Allí lo que es una facultad del acusador genera el deber del Presidente del Tribunal quien -bajo sanción de nulidad- debe explicar al imputado "los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen, informándole asimismo de los derechos constitucionales que le asisten". Frente a esta contingencia "el Defensor puede pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa". Si se usara de este derecho, se suspenderá el debate por el tiempo que -prudencialmente- demande la ampliación. Solo en esas condiciones "el hecho nuevo que integre el delito, o la circunstancia agravante sobre que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y en el juicio".

Terminado el debate, la deliberación consistirá primeramente en "la existencia del hecho en su exteriorización material". Naturalmente ese "hecho" o bien es el originalmente intimado o -tras el procedimiento de ampliación reseñado- es uno nuevo.

A ese art. 359 remite el art. 374 cuando admite que el Tribunal pueda advertir que resulta del debate "que el hecho es distinto del enumerado en la acusación". Si mediare acuerdo entre las partes, ese dispositivo -art. 359- señala el camino pero si no media acuerdo, el fallo debe limitarse a los "hechos contenidos en la acusación" pudiendo remitir los antecedentes para su investigación.

Finalmente el rito expresa el concepto de congruencia al establecer -en ese contexto- que "al dictar el pronunciamiento el tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación o sus ampliaciones".

Resulta claro que por acusación ha de entenderse el requerimiento fiscal. Ello resulta de la lectura de las disposiciones aludidas, expresamente de los arts. 335 y 359.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Debo recordar, para sustento de esta postura que del primero citado resulta que la requisitoria de que habla, debe contener - entre otros elementos- "los fundamentos de la acusación; y la calificación legal", y que el segundo establece, también con meridiana claridad, que "si en el curso del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, pero vinculadas al delito que las motiva, el Fiscal podrá ampliar la acusación". Es evidente que en ambos casos las normas se refieren a la acusación como un elemento previo al debate.

Es evidente también que el quinto párrafo del art. 374 ya citado habla de que no mediando acuerdo respecto de ese "hecho diverso" entre las partes, la sentencia debe limitarse a "los hechos contenidos en la acusación sin perjuicio de remitir los antecedentes al Agente Fiscal en turno para investigar las nuevas circunstancias resultantes del debate".

El sexto párrafo nuevamente aclara que el pronunciamiento "no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación o sus ampliaciones": va de suyo que las ampliaciones que contempla son necesariamente posteriores a la acusación (dispénsese la obviedad) necesariamente previa.

Por lo demás, no cabe sostener cuál haya sido el espíritu del legislador o los antecedentes tenidos en cuenta para la elaboración de las normas respectivas sino cuál es su texto y entendimiento semántico, progresivo, sistemático y hermenéutico.

La explicación que da la Cámara a su resolución, claramente encontrada con las normas reseñadas, resulta inatinerente. En efecto, que tras el debate se alegue de bien probado por las partes y estas formulen sus pedidos no permite tener a ese acto final para la parte por el que fije los hechos sobre los que versa. Nótese que recién allí el Fiscal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

solicita pena y que -como lo reconoce la Cámara- hasta allí cabe la posibilidad de la acusadora de desistir de su requerimiento.

Pero reitero que no es el nombre de un acto el que determina que se garantice efectivamente la congruencia. Como se ha señalado en el recorrido de las normas citadas, el anoticiamiento de los hechos por los que deberá responder el imputado comienza en el informe del art. 312 en el contexto de su declaración, verdadero acto de la defensa material. El requerimiento del art. 335 fija los hechos que han de llevarse al juicio (por los que ha debido ser intimado) y -si hubiera variaciones en las instancias posteriores- las únicas vías son la ampliación de la requisitoria en el modo indicado o la sujeción a los inicialmente traídos a juicio y la remisión de los nuevos al Ministerio Fiscal para su investigación. Todas estas disposiciones carecerían de sentido si -como ha ocurrido en el caso de autos- el Fiscal llegara al debate y no tuviera ninguna ligazón con los anteriores actos de anoticiamiento e intimación. Advierto en esta postura un quiebre con la lógica del proceso desde que le quita todo valor a los actos anteriores donde se ha indicado cuál es el motivo por el que se pretende la condena. Es necesario reiterar que la Defensa en Juicio -como Garantía Constitucional- está condicionada por la Acusación”.

Creo que –como en ese año precedente- mediaría en autos grosera violación del derecho de defensa si en la etapa de juicio (el a quo invoca diligencias de la etapa preparatoria como las calificaciones provisionales de las convocatorias del art. 308 C.P.P.) hubiera mutado no sólo la recepción jurídica, sino también, la concreta materialidad del hecho que formalizara la imputación.

Hasta aquí la caracterización que –a mi juicio– merece el principio de congruencia.

Resta ahora analizar la máxima en virtud de la cual el a quo se ha sentido eximido de sujetarse a aquel principio.

Debo decir que el adagio a que alude el a quo (“iura novit curia”) tiene un sentido absolutamente distinto al que se le asigna



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

en el fallo y que tributa en una lectura de la función judicial que la suponía derivada de la voluntad divina. El adagio, no voy a convocar a ningún prócer jurídico sino a la elemental Enciclopedia Jurídica Omeba, tiene su origen en una circunstancia completamente ajena al sentido que se le asigna y que más tendría que ver con un supuesto omnímodo poder de los jueces, entendidos éstos como delegados de la función judicial que recogiera el Libro de los Jueces de la Sagrada Biblia y que eligiera como paradigma a Salomón.

Los jueces somos hombres que cumplimos una función comunitaria de brindar el servicio de justicia que –básicamente– consiste en tratar de resolver los conflictos sociales. Trabajamos de jueces.

El adagio que para el a quo legitima tal mutación de la plataforma fáctica y –a fortiori– de la recepción jurídica, nació al calor de la practicidad de los romanos que – de ese modo – reclamaban de los particulares que se limitaran a expresar cuáles eran los hechos y no insumieran tiempo ellos (tiempo que también le ocupaban a él) en las previsiones jurídicas aplicables para resolver el conflicto que sometían a su pronunciamiento. Esto venía a cuento de que estos litigantes intentaban persuadir invocando anteriores resoluciones en casos parecidos (nunca existe uno igual) que es la faena de la jurisprudencia y trataban de señalar cómo el derecho los asistía.

Analizar lógicamente lo que acabo de decir es desnudar el claro contenido falaz de la jurisprudencia, puesto que se invocaban las resoluciones de otros conflictos para resolver este y es sabido –en nuestra ciencia como en muchas otras– que se habla de la existencia de una biblioteca de dos paredes llenas de ejemplares que dicen, los de la derecha y respecto del caso sub lite, A y los de la izquierda respecto del mismo caso, Z.

Y frente a esa confrontación de los particulares respecto de lo que habían dicho otros jueces, los que en el caso concreto



tenían que resolver, reconvenían a las partes a que se limitaran a explicar bien cuáles eran los hechos concretos en la discusión.

Explíquenme los hechos que del derecho yo me ocupó. Esta era la razón de ser de la máxima.

Era una convocatoria a la precisión de cuáles eran las características de los datos fácticos que el tema aportaba puesto que de cómo darles recepción jurídica era su problema funcional.

Nunca olvido cuando digo esto la figura del “iudex ad litem” de los romanos que contradice la naturaleza superior de los jueces y que demuestra su simple y extrema sabiduría en materia de resolución de los conflictos. En ellos he fincado además, el origen de los peritos que complementan al juez respecto de un saber que no administra. En efecto, juez podía ser cualquier persona con la nuda condición de que tuviera un saber que el juez investido como tal para tratar de resolver todos los conflictos no tuviera. Era un problema que tenía que ver con los conocimientos y no con una especial categoría o condición social o –peor aún– con una naturaleza superior.

Esa máxima no es un bill de indemnidad para que una persona que trabaja de juez diga lo que se le ocurra, mal que les pese a los que se consideren parte de una casta –a lo menos– cuasi divina que suponen que sí pueden decir lo que se les ocurra. Máxime cuando el proceso actual es adversarial o de partes, partes que llevan sus argumentos y los exponen frente a un tercero imparcial. Ese es el proceso dialéctico de tesis, antítesis y síntesis, toda vez que estas partes tratan de persuadirlo con sus respectivos argumentos acerca de las verdades de sus tesis, para procurar cada una que la síntesis –que expresa la sentencia– les resulte favorable. No es cierto que ese adagio libere a los jueces del cepo de lo intimado y levantado como acusación por la requirente.



He podido sostener antes de ahora que una mutación en la descripción del hecho que se imputa a un ciudadano –por pequeña que sea– puede comprometer su derecho de defensa. En el plenario que se dio este cuerpo y que me dejara en soledad respecto de la facultad de los jueces de arrogarse funciones de fiscales y entonces ultrapasarse la pena que este actor del proceso reclamara en concreto, denuncié que no era lo mismo una imputación de delito culposo que otra de delito doloso. Lo ocurrido –desde lo fáctico– era lo mismo en ambos casos. Pero en este estado del desarrollo de la dogmática, lo fáctico es una parte (la menos discutible por resultar explicable desde la nuda causalidad) de un acontecer y que la consideración subjetiva de cada uno de los supuestos podía ser absolutamente diferente y que –entonces– que se trate de la misma causalidad, no significa, a la hora de garantizar el derecho de defensa, que una ejercida respecto de un supuesto fuera razonablemente compatible con la de otro dogmáticamente harto diferente.

Es pedestre, en el estado actual del desarrollo dogmático de la ciencia penal, sostener que basta con no mutar la materialidad –entendiendo por tal la causalidad desplegada– para preservar la incolumidad de este precepto. Ello porque ese desarrollo dogmático puede ser sensiblemente diferente aún predicándose de una única causalidad y de tal suerte puede producirse la sorpresa de la que habla el Maestro Maier para anatematizar estos comportamientos judiciales.

Así, a la luz de lo dicho y lo argumentado por este recurrente, el delito por el que se condena a todos los imputados sería diferente de aquel por el que fueran acusados. En efecto, la alevosía, como la participación plural de autores difiere centralmente del delito de homicidio finalmente conexo y ello condiciona la defensa.

Cuando Mezger todavía no había indagado los elementos subjetivos del injusto, nuestro Codificador, Rodolfo Moreno (h) había redactado un artículo 80 que en sus incisos 2° y 3° contenía muchos



de los supuestos del vigente en un texto algo abigarrado (el inciso 1° era equivalente al vigente actualizado).

El inc. 2° decía “ al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos; 3° al que matare a otro para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible.” (“El Código Penal y sus antecedentes” Ed. Tomassi, Bs. As. 1923 T.III pág. 328).

Esto lo digo por la alusión que he hecho acerca del desarrollo dogmático que ha tenido desde entonces el problema de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo (o elementos subjetivos del injusto) y que justifican que sostenga que es diferente la plataforma fáctica base de la imputación fiscal y particular, su recepción jurídica y la plataforma que describiera el fallo y –consecuentemente– su calificación en el fallo.

El Dr. Ritter ha denunciado la violación al derecho de defensa porque - no habiendo mediado a su juicio acusación en el debate por el inciso 7° del art. 80 del C.P.– esa ha sido la figura en la que ha reparado el a quo para calificar la conducta de su defendido y de todos los demás.

Reitero que el a quo argumenta además de la facultad que le asignaría el adagio a que acude que –en la instancia de la primigenia intimación formulada a los encartados (verificada en los términos del art. 308 del rito)– esa había sido una de las figuras a que acudiera el mismo Fiscal que llegara al juicio.

Ello, al par que significa valorizar una intimación que no habría sido sostenida en lo sucesivo por los mismos acusadores en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

las instancias a que me he referido con directa atinencia a las normas que rigen el tema, no autorizaría a sostener que las defensas debieran haberla tenido en cuenta en el juicio.

Sin embargo, a poco que se repase el contenido del acta del debate, se advertirá que al tiempo de fijar las líneas de la acusación tanto pública como privada, se deja constancia de que “el doctor Romero expresa que intentará acreditar en el juicio con la prueba incorporada con más la que se habrá de recibir el hecho que fuera descrito en el punto II de la requisitoria de citación a juicio que luce a fs. 3323 y sgts. (correspondiente a la IPP 26.647/10) que reproduce en este acto... ...Se concede luego la palabra al representante del Particular Damnificado y el Dr. Fernando Burlando...” al describir el hecho en la parte pertinente al tópico en tratamiento afirma redondamente que: “...Estas dos personas que la abordan le sustraen el dinero y no contentos con ello la sacan del vehículo y la agreden en forma brutal con golpes de puño, pegándole con la culata del arma que portaban y para garantizarse el resultado le disparan a quemarropa.” (fs. 4014 vta. el destacado no está en el original).

Es en función de esta clara alusión de la acusación privada al delito previsto y penado por el inciso 7° del artículo 80 del Código Penal que creo que la violación incurrida por el a quo deviene formal y no cristaliza el daño concreto al sagrado derecho de defensa que denuncia la recurrente.

Entonces no es que los jueces puedan independizarse de los contenidos fácticos y formales de un hecho y de la recepción penal que de ellos haga la parte acusadora o que tengan la facultad de apartarse de los términos en que ésta lo formule sino que –en concreto– al momento de iniciarse el debate, por la voz del Particular Damnificado, todos los acusados y sus defensores técnicos tuvieron la noción clara de que la imputación encerraba un clásico elemento subjetivo del tipo en que finalmente recalara el a quo.



Creo que ha sido la señalada actividad del acusador privado la que redime el error del a quo e impide que prospere la denuncia de una tan grave violación constitucional.

Esto, que no me llevara a sustentarlo respecto de la inclusión de la figura en las primigenias intimaciones, si me impone aludir ahora a la responsabilidad por los propios actos.

Creo que no ha mediado respecto de las defensas materiales y técnicas (sobre todo para éstas) la sorpresa a que aludiera evocando a Maier.

Dicho lo precedente, me abocaré al tratamiento de los agravios enlistados en las tres cuestiones a que hiciera mención el Dr. Ritter.

El centro de la primera crítica se sustenta en que a estar a los dichos de Silva, el mismo sería ajeno al dolo de matar o siquiera de herir a persona alguna, dolo que le fuera asignado a Moreno y que –de tal suerte– llevaría a la afirmación de que su intervención sólo podría quedar captada en la participación secundaria en un robo en poblado y en banda.

En el punto la crítica de la defensa radica en que el fallo acude recurrentemente a lo que sería la falacia de generalización aún cuando en rigor lo que advierte es que -en materia de discriminar acciones más allá de los roles desplegados por los imputados– resulta impreciso.

Separo lo que son las acciones de lo que son los roles puesto que en rigor, si habré de mantener parte de la imputación del veredicto, es porque lo que caracteriza a la coautoría –que es la recepción jurídica que el a quo propone para todos los imputados- es la distribución de funciones conforme a un plan común.



Ello porque es inherente a este tipo de imputación la circunstancia de que el hecho se comparta entre todos los convocados conforme a los diferentes compromisos adquiridos al momento de convenir llevar adelante una empresa –cabe reiterar- en común.

Es esencial en el punto referenciar siempre el plan de los autores que –en buena parte de nuestros interrogantes– será el faro que ilumine una resolución razonable a la luz de la completividad legal como de su integridad lógica.

Esto, que en el contexto de un hecho como el de autos, inexorablemente comunica esos compromisos a todos los conjurados, ha sido la base de la alegación de esta defensa (como de otras) de que media el exceso de algunos respecto del plan inicial y común, en desmedro de los acotados compromisos de otros. Más claramente, se pretende que el “marcador” Silva sólo debe ser tenido por un partícipe cuyo aporte no hubiera comprometido la realización exitosa del plan común, tal la caracterización de la participación secundaria. En efecto, el recurso pone a Silva en ese carácter (de un partícipe secundario) porque su aporte no habría sido esencial para la consumación del hecho.

Advierto que en este recurso se introduce –como agravio trascendente– la cuestión de la diversa aportación que cada quien ha hecho al factum que se ha dado por probado y que se ha transcripto al inicio de este voto. La relevancia de la queja no es menor: si el compromiso de una persona se vincula con una acción menos lesiva que la que se atribuye al conjunto de los imputados, a estar a la letra del art. 47 del C.P., necesariamente habrá de limitarse su intervención a ese primigenio compromiso. Digo interviniente porque para discernir la participación en sentido lato, hay que hilar más fino.

Sin embargo, debo señalar en este primer abordaje, que por esa vía se pretende alterar la realidad de lo probado que –



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

acompañando al a quo– creo se trata de una acción concertada entre varias personas con asignación de funciones con finalidad delictiva, esto es, una única acción compartida. La crítica propone que se haga un análisis parcializado del todo que constituyó el hecho en examen.

Este pretendido desbrozamiento de la acción compleja en los límites de cada uno de los aportes es justamente el defecto que exhibiera la teoría formal objetiva respecto del criterio de determinación de la autoría. La crítica de que hablo es que –conforme a dicha teoría– cada autor lo era del verbo típico que ejecutaba, de modo que en el asalto a un banco quien intimidaba a los circunstantes realizaba una coacción, el que expoliaba las cajas realizaba hurtos y el campana prestaba un aporte secundario del mismo modo que el chofer. Es claro que así se “descomponía” (deconstruía) la realidad de lo acontecido.

Esa teoría fue justamente dejada de lado por esta razón puesto que –con error lógico– confundía al todo con sus partes y así desnaturalizaba el análisis de una única acción compleja y mediante esa vivisección del todo planificado, transformaba una única empresa en otras varias que –separadamente consideradas– carecían del sentido y dirección que en la realidad habían tenido y terminaba reconduciendo a una tipificación falsa.

En el paradigmático robo Rififi cada uno de los integrantes de la banda resultaba esencial para el todo y –como en ese mítico film de Dassin- en el contexto de esta modalidad delictiva tristemente célebre en nuestros días denominada “salidera bancaria”, cada interviniente cumple su compromiso. Ejecuta un instrumento como el todo que constituye una orquesta sinfónica en la que el sencillo triángulo acompaña, aún fugazmente, a los bronces, las cuerdas, los vientos y la percusión. Es claro que nada tiene que ver este conjunto que describo –una orquesta sinfónica- con el miserable y criminal propósito de los aquí juzgados, pero el patrón común es que se trata de conjuntos que conforman un todo y que –



separadamente considerados– carecen del sentido propio y la significación jurídica del caso y –lo que es más grave- cambian su naturaleza. Por eso el plan común caracteriza el hacer de los coautores. En ese conjunto todos ejecutan una parte del todo que no existe como tal sino en esa “conjunción” (valga la redundancia) que le da sentido: se trata de un hecho en común conforme a un plan común.

Esto no es extensión de poder punitivo sino conceptualización lógica de la significación jurídica de una conducta compleja que –para allegar los fines que se han propuesto quienes la pergeñaran– reclama diversas conductas que deben ejecutarse en forma conjunta y coordinada, aún secuencial, por varias personas que desempeñan papeles diferentes pero congruentes entre sí y direccionados a la obtención del fin, el fin único en común. Sostener lo contrario sería pretender –atentando contra la completividad lógica- que una parte hace el todo.

Esto, en abstracto.

En el caso de Silva se afirma que sólo habría señalado a la víctima.

Aún cuando fuera cierto que se hubiera limitado a esa faena -marcar a las víctimas– ese tramo de la maniobra delictiva es el primero de los actos que en mi sentir constituyen el principio de la ejecución del plan común de hacerse del dinero que las mismas terminaban de extraer de la entidad bancaria. Ese plan común, como se ha dicho, exige –por la naturaleza de la acción programada– la intervención de distintas personas con acciones concurrentes.

Empero, disiento con la recurrente en la pretensión de devaluar ese aporte particular que a los ojos de este votante es tan central como trágico porque consiste ni más ni menos que en elegir a la víctima que –conforme a lo previsto por el grupo y según se señalará–



puede terminar muerta, lo que es tanto como centrar el alvéolo cargado en la ruleta rusa.

El rol desempeñado por Silva es el de aquel que, animado por un dolo alternativo respecto de quién será objeto de la sustracción, selecciona al sujeto pasivo en función de la suma de la que se haya hecho en la entidad bancaria. De allí lo de alternativo: se propone poner en marcha una compleja operación de varias fases como personas a cargo de cada una de ellas respecto de un sujeto en principio indeterminado y que sólo a raíz de que será elegido por este coautor es, a partir de ese instante, la víctima. En ello, como se ha de sostener, poco importa su condición de mujer, de mujer gestante a término y de mujer sólo acompañada por otra mujer mayor. Esto, como se señalará, es revelador de un monto mayor de reproche que justamente se refiere sólo a Silva que es quien determina el quién.

He aludido a la naturaleza de la acción planeada porque lo demás es fruto –justamente– de la naturaleza de las cosas (der Natur der Sache decía Welzel).

Este precedente me lleva a afirmar el consecuente de que no conozco que maniobras del tipo de las investigadas consistan en lograr persuadir suave y pacíficamente a la víctima de la conveniencia de entregar el botín. Va de suyo que Silva sabía que los ejecutores apelarían a cualquier medio –cuanto menos– al uso de un arma para obtener ese botín, dado que el éxito de la maniobra total dependía también sustancialmente de ese momento del iter criminis finalmente consumatorio. Más claramente: el sentido del señalamiento o la marcación se consagra con la efectiva realización de la expoliación que se había propuesto el conjunto respecto de la persona señalada por quien la “marcara”. Esta última acción completaría el plan común.



Así como no desprecio el rol del quien “marca” a la víctima, tampoco lo hago –con más razón- del que sería el último eslabón de la cadena, aquel que tiene sobre sí la carga de que todo lo previo, previsto y ejecutado, se vuelva vano o exitoso. Y ello, valga la redundancia, a condición en que tampoco se haya equivocado el que seleccionó a la víctima.

En innumerables precedentes me he referido a la extensión del dolo de aquellos que emprenden una acción en la que aunque sea uno solo de ellos cuenta con un arma (este dato es inescindible de la modalidad de la aquí juzgada) dato que se comunica a todos los intervinientes y los pone a cargo de los eventuales resultados dañosos que por el empleo de ese artefacto puedan derivarse para la víctima o terceros.

Por cierto que ese compromiso común reconoce un umbral y que –cada uno de los intervinientes– queda como mínimo vinculado a ese umbral. Ese umbral está signado por los aspectos cognoscitivo y conativo del dolo y –eventualmente– por los elementos subjetivos distintos de éste que capta jurídico penalmente la conducta de cada uno de los autores.

El “apoyo” de un punquista no puede ignorar que éste lleva un “cutter” y que –llegado el caso– lo usará para desembarazarse de un perseguidor pertinaz con los imaginables resultados que de dicho uso podrían derivarse. Este será el umbral que comparten ambos.

Esto respecto de los alcances del tipo subjetivo (dolo y eventualmente elementos subjetivos distintos de éste) en punto al conocimiento de los elementos del tipo objetivo sistemático y el querer el resultado buscado guiado por esos mismos conocimientos efectivos.

Puede darse el caso a que alude el Sr. Defensor cuando ese umbral común es superado inopinadamente por alguno de los conjurados, caso en el que media la norma del art. 47 del C.P. ya aludido



que pone razonabilidad a toda imputación limitándola al alcance de sus compromisos. Pero ello debe resultar de lo probado y ser coherente con lo que constituye la naturaleza de las cosas.

Cabe ahora reflexionar respecto de qué figura mejor contiene los hechos que se han juzgado en la sentencia en revisión.

El a quo ha administrado generosamente el delito de homicidio finalmente conexo y lo ha hecho respecto de la conducta que afectara a la víctima en grado de conato –Carolina Píparo– como a la criatura que por entonces ésta llevaba en su vientre, en este caso como delito consumado.

Sostuve en un año precedente –causa n° 1.900– que “...Estas figuras agravadas del homicidio han sido siempre razonablemente administradas para evitar su uso en situaciones que distan un campo de las que imaginara el legislador.

Lo central en el caso es que se trata –la del inciso 7 del art. 80– de un homicidio agravado por la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo que –en el caso– constituye la ultraintención de “matar para o por”. O sea que la finalidad que anima la conducta es básicamente la de un homicidio.

Esto es una verdad de Perogrullo pero –sin embargo– ha llevado a confusión al a quo.

En efecto, siempre que se trata de una de las figuras del art. 80 del Código Penal, resulta claro que se trata de una conducta animada del clásico “animus necandi” que –por decirlo de algún modo– se adorna con otro aditamento: se mata a un ascendiente, descendiente o cónyuge, se mata en forma aleve, se mata mediante procedimiento insidioso, por precio o promesa remuneratoria, por placer, odio, por medio capaz de crear un peligro común, con el concurso



premeditado de dos o más personas y –finalmente– con el plus de intención aludido (Por entonces la piqueta del panpenalismo no había multiplicado los supuestos de esta norma).

No es posible referir a una persona una conducta sin relacionar –con sustento en los datos contingentes de la causa– su finalidad central.

Y en el caso, como resulta de la causa y –especialmente– de los hechos anterior y posterior al que en el fallo se designa II y que es el que terminara con la muerte de A, los imputados desarrollaron un raid delictivo con la modalidad del asalto, robo armado, con todo lo que ello implica.

La subjetividad de quien concurre a un robo armado, importa un grado mayor de reproche por los mayores daños que pueden derivarse de esa situación que –como resulta claro– aumenta el poder ofensivo del autor.

Esa circunstancia puede desencadenar la figura del art. 165 del Código Penal puesto que –en la dinámica propia de un hecho así planeado (ir a robar con un arma)– es posible (y de hecho desafortunadamente ocurre con frecuencia) que se cause una muerte.

Cuando en el precedente “Méndez” aludí a que la secuencia lógica importaba que el legislador resolvía un concurso de un robo con un homicidio (art. 165 C.P.), luego lo hacía para resolver un concurso de un robo con las lesiones graves o gravísimas (art. 166 inc. 1 C.P.) y seguidamente resolvía el concurso base de los anteriores, el robo con armas (art. 166 inc. 2 C.P.), detallé que allí se observa claramente cómo –en el iter de un robo agravado por emprenderlo armado– pueden provocarse tanto lesiones graves o gravísimas (obviamente ambas dolosas) cuanto un homicidio (igualmente doloso).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Entre otras tantas referencias como fueran hechas en esa causa n° 29, se resaltaba cómo –siguiendo la lógica de todos los núcleos típicos– el legislador resolvía esos casos de concurso imaginando la afectación decreciente del bien jurídico vida o integridad física.

Soy de la idea que la trajinada figura del art. 165 C.P., a la que esta Sala (en la integración original) ha delimitado en el precedente aludido, hubiera tenido mejor andanza si –como en el caso del art. 166 inc. 1 C.P.- se hubiera aclarado que el homicidio sobreviene como producto de “las violencias ejercidas para realizar el robo”.

En la causa –como se deja dicho– nada autoriza a suponer que los autores procuraban un homicidio como motor principal de su conducta sino que –en cambio– afrontaron un robo armados (como el hecho anterior y el posterior a que alude el fallo) y que –en el que nos ocupa– emplearon el arma con el resultado conocido. Esa subitaneidad propia de los arrestos choca frontalmente con la figura del homicidio criminis causa en la que lo central es que se mata con una ultraintención también delictiva. Allí la muerte es deliberada, pensada, sopesada, en aras del clásico delito incompleto en dos actos que constituye la especie de ese elemento subjetivo distinto del dolo”.

En el contexto de aquella causa no era del caso afirmar –no había sucedido así– que la decisión de matar para consumir el delito (lo que importa el ingreso a la nómina del homicidio criminis causae) puede generarse espontáneamente y en forma súbita, sin que se reclame preordenación alguna. Lo trascendente en cada caso es cuál es el propósito central del autor, que –en ocasiones– tras pretender hacerse del botín, para concretarlo, decide matar a la víctima. Allí ha trocado el designio menos lesivo por otro alternativo y posible y entonces el hecho se tratará indudablemente de un homicidio finalmente conexo. Este dato subjetivo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

puede estar comunitarizado ab initio con todos o algunos de los demás intervinientes.

Tal parece haber sido el acuerdo en el caso: razonablemente puede sostenerse que en este tipo de delitos, todos los conjurados descuenten la posibilidad de que el desapoderamiento se habrá de producir a cualquier costo. Volveré sobre el punto en lo que se relaciona con esto de esperar la consumación a cualquier costo.

Tal mi modo de ver la violencia armada en los delitos contra la propiedad.

En lo que estimo una grave contradicción del fallo y aún cuando resulta inmodificable por no estar sometido al juicio de este cuerpo por haber llegado firme a esta instancia, la votante del primer lugar acude a una estructura dogmática debida a Roxin sólo predicable de la organización del estado, una terrorista u otra criminal. Sin embargo, aún cuando se refiere a este último tipo de organizaciones cuando alude al presente caso, ha declarado la ausencia de los elementos propios de la asociación ilícita (produjo veredicto absolutorio) respecto de todos los complotados. Sabido es que este autor considera que la teoría del dominio del hecho es sólo uno de los criterios de determinación de la autoría dolosa y que – además – acude a los que originariamente denominara “delitos de deber”, tal como lo recuerda Jakobs en el artículo que se cita más abajo (pág. 88).

Sostuve en la causa n° 46.129: “Es que no es novedad que el nudo criterio del dominio del hecho como único apropiado para la determinación de la autoría dolosa, exhibe incongruencias y asimetrías que lo han hecho vulnerable a la crítica desde hace muchos años.

Es clara mi oposición al paradigma que esboza Günther Jakobs en su construcción general que se explica a partir de la función que asigna a la pena como la legitimación de la existencia de un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

derecho penal del enemigo y que presume una cosmovisión por entero diversa de la que ha construido Zaffaroni desde su fundamentación antropológica. Pero es justamente este Maestro quien ha acudido a algunas de las construcciones de aquel autor para resolver cuestiones dogmáticas que –en aquel sistema– tienen resultados devastadores.

Este autor que sucediera a Welzel en la Universidad de Bonn, en un antiguo trabajo (“Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia el ocaso del dominio del hecho” traducido por Manuel Cancio Meliá publicado por la UNL y editado por Rubinzal–Culzoni) la emprende contra este criterio de determinación de la autoría dolosa.

Así repasa los que fueran los conceptos de sus formuladores primigenios comenzando naturalmente por Welzel, siguiendo por Gallas y terminando por Maurach y su actualizador Gössel.

Destaca luego las enseñanzas de Roxin que –sin negar la validez de este criterio– comenzó por reconocer (como lo he anticipado) lo que denominó los “delitos de deber”. Considera a los delitos de propia mano como una sub categoría de esos delitos de deber y los define diciendo que “son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación –cuyo autor no queda caracterizado por el dominio-, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada –en la medida en que pueda evitar la realización del tipo-, siempre responde como autor. Mencionaré como ejemplo la administración desleal por parte de los padres del patrimonio de sus hijos que les ha sido confiado: serán autores de la administración desleal cuando se apropien ellos mismos de manera no permitida de la fortuna de sus hijos, cuando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

animen a su amigo a llevar a cabo la apropiación o cuando no hagan nada a pesar de observar que el amigo se apropia del patrimonio sua sponte...
...Por lo tanto, el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de mano propia...) y sin eludir el problema que esa afirmación plantea respecto de los delitos de omisión, formula una tesis que expresa diciendo “que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad (agrego que no la calidad) de una intervención delictiva.” (op. cit. págs. 88 y siguientes).

Respecto de los que Jakobs aludiera como “delitos especiales” como de los delitos de deber (bien que con referencia al Derecho penal de los negocios), puede leerse una sintética pero contundente exposición acerca del contenido de la voz y de la evolución de los mismos a partir de lo que eran los delitos militares y de funcionarios hasta su consideración actual en “Autoría y participación en delitos de infracción de deber” de Silvina Bacigalupo (Ed. Marcial Pons, Madrid 2007). Lo central de este aporte es cómo destaca la incidencia que este criterio de determinación de la autoría condiciona y modifica (o reclama una modificación) del criterio de accesoriedad en la participación en los delitos de esta naturaleza a la luz de la incapacidad que exhibe el criterio del dominio del hecho cuando se lo entiende único.”.

No puedo dejar de decir que fruto de consideraciones como las formuladas, en el Anteproyecto de Código Penal que se ha difundido recientemente y que ha sido más políticamente criticado que jurídicamente analizado, se habla de la necesidad de abandonar el tema de la accesoriedad limitada por las innumerables inconsecuencias a que conduce (ver comentario de los autores al art. 9 del Anteproyecto).

Esto anticipa que creo que –en principio– la figura que mejor contiene estos eventos en que se produzca un homicidio en el curso de un robo, es la de tan mala andanza como la del art. 165 C.P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Empero, contingentemente, puede el mismo significar un homicidio “*criminis causae*” para alguno o para todos los intervinientes. Pero –claro está– ello sólo conforme resulte de lo probado en el *hic et nunc*.

En este tipo de imputación, esta figura genérica (y compleja) puede degradarse según el caso conforme a las normas del art. 47 C.P. al que he aludido (v. gr. supuesto de error respecto de la concurrencia de un arma) o calificarse agravándose para otros en los términos del aludido art. 80 inc. 7° del mismo texto de fondo.

Creo que en el caso contingente, el umbral de que he hablado ha importado para todos la nuda aceptación de que –para consumir el desapoderamiento– el último eslabón de la cadena podía y debía usar el arma que portaba y –desde luego– todos esperaban que la maniobra resultara exitosa lo que –en el caso, reitero– importaba hasta producir la muerte del sujeto pasivo que –en dato también de conocimiento de todos– era una mujer que se encontraba ostensiblemente embarazada. Esta es la primera anotación en punto a lo que anticipara respecto de una empresa a cumplir “a cualquier costo”.

La pretensión de aventar el testimonio de la maniobra “*circense*” que describe el Dr. Ritter, es que –con error– el a quo ha presumido que debía ubicar a Silva también cerca del lugar de la consumación del robo, cuando –como se advierte– ello no es necesario.

Un elemento que autoriza esa afirmación es que –por las características del hecho preordenado– el éxito de la empresa descansaba en la efectividad de ese último eslabón de la cadena que es el concreto ejecutor del apoderamiento que corona el hecho y que es en el que el conjunto confiaba en que sería eficaz en su propósito.

Ese propósito, que es el de hacerse a toda costa del botín, debe en los hechos estar garantizado por el perfil del ejecutor para lo que el mismo dispone de los medios apropiados para hacerlo efectivo, que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

–en el desarrollo que vengo haciendo– es la logística de la identificación y seguimiento de la víctima, el traslado en un medio rápido y versátil a cargo de otro conjurado y –sobre todo– el que dotado de un arma que el conjunto sabe que existe y avala –a cualquier costo– habrá de perpetrar la última escena del plan, la exitosa obtención del fin.

No puede pretenderse que se exhiba una filmación donde todos los conjurados repasan sus papeles y el ejecutor exhibe el arma y muestra su carga y hace unos disparos en un polígono portátil para que todos comprueben que funciona. Aquí es donde actúa (y no en los espurios álbumes así denominados) la noción de *modus operandi*: las características de la acción propuesta necesariamente imponen garantizar todas las contingencias que no sólo tienen que ver con el desapoderamiento sino también con una segura huída, aún a despecho de una eventual acción policial.

Por eso es la referencia de la defensa al “arrebato”, que se trata de una modalidad diferente, más vinculada a la etimología del término que la designa.

En la sub lite no depende todo del éxito que se tenga en arrebatar el bolso o el celular sino que –una salidera bancaria– presume la certeza de la consecución de una suma importante de dinero (de allí la trascendencia del acto del que marca, que no sólo marca a la víctima sino que delimita el comienzo de ejecución de la maniobra), monto que justifique la intervención conjunta de muchas personas con una logística importante de transporte, comunicaciones y cobertura.

No trepido en sostener que ese acto constituye el principio de la ejecución puesto que a la luz del plan, la selección de la presa cristaliza su objeto o sujeto pasivo, con todo lo que ello significa y condiciona y desencadena las sucesivas intervenciones de los responsables de las siguientes fases.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Pero –además– aludo al sentido lógico del todo. Una maniobra tiene comienzo de ejecución cuando –conforme al plan– el bien jurídico a afectar comienza a ponerse en crisis. Etimológicamente, la crisis tiene que ver según la Real Academia Española, en las más de sus acepciones con un cambio brusco, una mutación importante, un momento decisivo y eso ha ocurrido –para la vida, la propiedad, la salud de los elegidos- en el preciso momento en que Silva sindicó a Carolina Píparo y a su madre como a quienes debe seguirse, abordarse, expoliarse y –eventualmente– neutralizarse aún a costa de la vida de una o ambas. Y atento a lo dicho respecto de la condición de gestante, aún a costa de la viabilidad del hijo que la primera llevara en sus entrañas.

No advierto por qué, atento a lo dicho, pueda afirmarse que ese acto pueda corresponder a un aporte secundario y prescindible. La modalidad del hecho hace que haya sido ese acto el que –reitero– hace que todos los demás mortales salgan de la mira de la asociación ilícita que la ha elegido. Realizada esa sindicación ya ningún otro puede ser objeto de esa maniobra que puede importar hasta la pérdida de la vida (a salvo un error que la funesta precisión de los actores de ésta evitó) y –habida cuenta esa trascendente entidad que le asigno– no advierto tampoco por qué deba beneficiarse a su factor con una depreciación de su intervención como lo pide la defensa. Ni la lógica ni la letra de la ley del art. 45 del Código Penal lo autorizan.

Por lo demás, si –en tren de hipótesis– se dispusiera de un trabajo de inteligencia que denotara esta actividad y revelara el sentido de esta primigenia intervención, ninguna duda abrigo que Silva podría haber sido detenido como autor de tentativa para paralizar así el iter ya en curso.

Otro tanto ocurre con los demás tramos del acto complejo y agrego que así como lo destaco en el primer momento, lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

destaco en el último. Este acto, en el plan común, es el que da sentido a todos los demás si se torna exitoso o eficaz.

Es razonable suponer que ese capítulo del plan sea confiado para ser ejecutado por uno al que no le tiemble el pulso si tiene que matar a la víctima para dar sentido a todos los otros aportes que esperan y confían en que el suyo sea fructífero.

En ese conocimiento estaba –también contingentemente y como se ha adelantado en las transcripciones de los hechos– que la víctima señalada estaba ostensiblemente embarazada. Esto también ponía a cargo de todos los jurados los eventuales resultados que involucraran a la criatura que la víctima elegida llevaba en su seno.

Tal parece ser lo que ha ocurrido en autos.

Es que como lo voy dejando dicho, todo juicio de tipicidad necesariamente depende del factor contingente y exige la referencia de los datos objetivos de lo probado como de los datos subjetivos también acreditados conforme a derecho.

En el hecho que se ha dado por acreditado, adelanto que esa imputación agravada del homicidio por resultar criminis causa, en grado de conato para la mujer aludida, la creo válida respecto de todos los imputados. En la modalidad del hecho planeado, ese dato integra –aún eventualmente – la congerie de resultados posibles (y evitables para pretenderse ajeno a ellos). Me remito a lo dicho respecto de la congruencia.

De este modo me aparto de las afirmaciones del Profesor Donna (“Derecho Penal Parte Especial” Ed. Rubinzal Culzoni Bs. As. 1999, T.I pág. 50) que afirma que sólo puede mediar dolo directo en el supuesto en trato. En efecto, si tal como se ha desarrollado hasta aquí, el conjunto acepta la eventual necesidad de matar para conseguir el resultado, esa fatal eventualidad se incorpora al umbral de que he hablado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Con lo dicho he dado respuesta a los dos primeros interrogantes que planteara esta defensa.

Resta darla respecto a qué encuadramiento típico cabe formular en punto a la conducta de quien efectuara el disparo que hiriera gravemente a Carolina Píparo, aspecto que –con ser un tópico en principio ajeno a la intervención de su defendido atento a lo que acabo de decir y como habré de explicarlo- termina repercutiendo en la situación de todos los demás imputados.

En primer lugar, y creo que se deduce de lo ya afirmado, Moreno, en el curso de una acción de robo armado, para consumir el apoderamiento (“para garantizarse el resultado” dijo el Dr. Burlando al inicio del debate) disparó con un arma de fuego contra el sujeto pasivo del mismo –mujer ostensiblemente embarazada– con el indudable ánimo de quitarle la vida, lo que se sigue sin esfuerzo atento a la dirección del disparo, disparo hecho a quemarropa a zonas vitales de la víctima. Esto que digo resulta hartó probado en el juicio conforme lo explicaran todos los médicos que fueran convocados.

El conato de homicidio *criminis causae* surge diáfano en su modalidad directa para Moreno cuanto para su compañero a cargo del vehículo que los llevaba a ambos. López estaba al tanto de todas las circunstancias del tipo sistemático del robo armado de que participaba y con ellos el resto por las razones expresadas.

En el momento de afrontar Moreno el desapoderamiento, su cómplice no sólo aceptó la posibilidad de que el uso del arma derivara en un homicidio (como he señalado que con desgraciada frecuencia ocurre) sino que –consciente de que para perpetrarlo su consorte disparó a quemarropa sobre la infortunada víctima mujer con un evidente embarazo- continuó su desempeño del rol prometido aceptando de tal suerte su nueva recepción penal, hasta allí sólo incorporada como una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

eventualidad. Respecto de los demás, esa aceptación del resultado eventual (que no motivó la negativa a participar del hecho), extiende esa negra capa bajo la forma del dolo eventual.

El punto en que centralmente discrepo con el a quo es respecto de qué calificación corresponde atribuir a la conducta de Moreno en tanto –fruto de las heridas provocadas a la madre– la criatura que se encontraba en su vientre sufrió graves consecuencias de aquellas y tuvo que ser sacado del mismo mediante una cesárea, para fallecer una semana después del hecho.

En lo dicho está insito el problema que plantean varios recursos: el sujeto pasivo del homicidio es necesariamente una persona que ya ha nacido. O lo que es lo mismo, la protección de la vida a partir de la figura del homicidio sólo se puede predicar de una persona que ha nacido con vida.

Hasta ese momento del nacimiento, la protección de la vida la provee la figura del aborto que penaliza la muerte del feto.

No cabe la menor duda respecto de que esa protección de la vida sobreviene con la concepción en el seno materno puesto que no otra cosa dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos que integra el bloque federal en el art. 4 apartado 1, cuando señala que “ toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”.

El punto de inflexión respecto del bien jurídico, como se señala, es el momento del nacimiento.

Toda conducta que tenga por sujeto pasivo al feto o nasciturus no puede constituir un homicidio que –por definición– sólo afecta a personas que hayan nacido.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

El problema que advierto en el fallo en crisis es que se predica la comisión de un homicidio respecto de una persona que -al momento de sufrir su madre el disparo que la lesionara gravemente, lesiones que fueran la causa directa de las injurias gravísimas que determinarían a la postre su muerte- aún no había nacido y anidaba en el seno de su madre.

Reitero que a estar a la profusa prueba médica producida, fueron las lesiones a la madre (a la que impiadosamente el imputado mencionado le descerrajara un disparo a quemarropa que no afectó directamente al feto sino por un mecanismo reflejo de protección a la integridad del soma de la mamá), las que produjeron deterioros tan insolubles en el organismo del feto que desencadenaron la muerte de aquel cuando ya había sido extraído del lacerado cuerpo de la madre con la finalidad de salvar también su vida, varios días después de estos infaustos acontecimientos.

Desde la perspectiva de la conducta de quien dispara, tanto este hecho de disparar cuanto la producción de las lesiones que se provocaran en el feto y condicionaran su inevitable muerte por mecanismos de defensa fisiológicos de la mujer encinta, se perpetraron respecto de un feto. Más claramente: los sujetos pasivos de la acción de Moreno ha sido -en los hechos- una mujer encinta y el feto anidado en la misma.

La causalidad desatada con el disparo ha llevado inexorablemente a la muerte del niño pero ello ha ocurrido cuando -compensada razonablemente la vitalidad de la madre- los galenos producen la cesárea y extraen y reaniman al recién nacido -que presentara cianosis y paro cardiorrespiratorio- provocando vitalidad propia que se mantuvo, con graves deficiencias y a favor de cuidados más que intensivos, por espacio de una semana.



Varias son las cuestiones que me genera el análisis de la sentencia en recurso cuando trata de explicar –a mi modo de ver sin éxito– no sólo que se trate de un homicidio el delito que damnificara al niño sino que esta imputación se extienda a todos los complotados del modo como lo ha afirmado, máxime cuando lo ha sido en los términos del inciso 7° del art. 80 del Código Penal.

El niño que falleciera, lo reitero, al momento de la agresión, no podía ser sujeto pasivo de un homicidio sino de un aborto. En este punto, el umbral a que me he referido, no podía sino ser el de ésta figura para todos los complotados.

Un recorrido por algunos de los autores más citados de Parte Especial para arrojar luz sobre el tópico me lleva a recalar en una de las primeras ediciones de Carlos Creus (Ed. Astrea Bs.As. 1983, T. I pág. 10).

Por entonces (1983) estaba vigente la figura del infanticidio y el análisis dogmático de esa figura intermedia entre las entidades “feto” y “niño nacido” permitía diferenciar el sujeto pasivo de ambos delitos de aborto y homicidio al introducir la noción de “durante el nacimiento” que determinaba el momento consumativo del primero de los delitos aludidos. En efecto, siendo que el infanticidio era una figura calificada atenuada del homicidio, el primer momento de aparición del sujeto pasivo de este homicidio especial se verificaba en ese espacio temporal en que comenzaba la separación del hijo del cuerpo de la madre.

Esta noción de “momento del nacimiento” alimentó las tesis que partían de la idea de la separación completa como la contraria que sólo exigía el comienzo del parto y que situaba esos extremos en el inicio de los dolores del parto natural o el inicio de los procedimientos de inducción del parto o de extracción quirúrgica del feto.



La reflexión de Creus era correcta cuando en tren de resolver la imprecisión que tales extremos planteaban apelaba a la conveniencia de situar la distinción desde el momento en que el autor podía “actuar autónomamente sobre el cuerpo de la víctima sin operar sobre el de la madre” (el destacado no está en el original).

Esta propuesta –que no tuvo recepción legal– expresa sin embargo el centro de la cuestión: “una vez que la persona ha comenzado a nacer ya puede ser sujeto pasivo de homicidio, sin que interesen... ..sus demás condiciones, ni su configuración de acuerdo con la normalidad humana, ni sus posibilidades ulteriores de vida.”.

Esta noción central de la autonomía estaba también formulada en forma harto gráfica desde otra perspectiva científica por dos autores ingleses en un añoso trabajo de pedagogía en el que hicieran una prieta descripción del punto de inflexión entre ambas entidades. Decían estos expertos L. Joseph Stone y Joseph Church en “Childhood and adolescence. A Psychology of the Grownig Person” que aquí se tradujera por Daniel Wagner y de titulara “El feto y el recién nacido” (Ediciones Horme, S.A.E. 3° edición Ed. Paidós Bs. As. 1980) “Un momento después de haber emergido del cuerpo de la madre, el bebé recién nacido (neonato) se encuentra suspendido de sus talones por las manos levantadas del médico, drenando por su nariz y boca unas gotas de fluido. Una rápida palmada en las nalgas y se oye un fino y agudo quejido. El grito del nacimiento señala la primera respiración del bebé y sirve como límite entre el anterior medio acuoso y la existencia parásita y su nuevo status como organismo separado que respira. Todavía lo liga a su madre el cordón umbilical, pero éste ha cesado de funcionar como línea vital y será pronto anudado y cortado, operación que no es dolorosa...”.(op. cit. pág. 7)

Volviendo a la reseña de los expertos en el Libro Segundo del Código Penal, Creus, en la edición de 2010 de idéntica editorial (Astrea) realizada junto a Jorge Eduardo Boumpadre se hizo cargo de la



derogación del infanticidio no obstante lo cual mantuvo su postura original (T.I. pág. 11).

Este catedrático –Boumpadre– en su “Manual de derecho penal Parte especial” (Ed. Astrea Bs. As. 2013) corrige esa posición afirmando que “el comienzo del nacimiento se produce en el preciso momento en que comienza el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, configurando este instante el límite mínimo en que tiene inicio la vida humana independiente, mientras que el límite superior queda fijado en el momento de la separación total del cuerpo de la madre, con independencia de cualquier otra exigencia ulterior, por ejemplo, que se produzca el corte del cordón umbilical o de que se constaten otros signos vitales. Es recién a partir de este momento en que el ser humano tiene vida independiente, con total autonomía respecto de su madre. Por lo tanto, dicho momento marca con mayor nitidez la línea divisoria entre el aborto y el homicidio. La muerte del niño en el instante en que se produce el nacimiento, el que se da –insistimos– con la completa separación del claustro materno, configurará un homicidio.” (op. cit. pág. 22).

Va de suyo que este aserto conjuga con la circunstancia de que en ese momento se afecte causalmente la vida del niño recién nacido.

De los clásicos, el más respetado por este votante no sólo por sus condiciones de jurista sino por su compromiso democrático y su testimonio del mismo, Ricardo Núñez había dicho en su consular Tratado (Ed. Lerner, Córdoba T.III volumen I, pág. 23) “sujeto pasivo del homicidio es el hombre. Un ser tiene este carácter a los fines del homicidio, desde que, en el momento fisiológicamente oportuno de la gestación o en el momento artificial médicamente determinado, comienza a nacer con vida de una mujer, pues de acuerdo con la delimitación que surge del artículo 81, inciso 2°, el aniquilamiento del ser, anterior a ese momento, constituye un aborto. El proceso del parto de la mujer delimita en sus términos a-quo y ad-quem la



duración del nacimiento. Este se inicia con el comienzo natural o artificial y oportuno de la expulsión del niño del seno materno. Cuando sólo se dice que el nacimiento comienza con los dolores del parto se atiende al parto natural y se prescinde del artificial. Este puede adelantar el proceso natural y excluir sus dolores.”.

A su tiempo, al definir al derogado delito de infanticidio decía de las condiciones de la víctima (op. cit. pág. 124) “debe ser un ser humano que por lo menos haya comenzado a nacer en período oportuno, vale decir, que por un proceso natural o artificialmente provocado, haya comenzado a salir normalmente del seno materno (parto natural y parto provocado). En el tramo anterior, el ser humano es un feto y no una persona naciente, y sólo puede ser objeto de un aborto...”.

Nada aporta a lo dicho Sebastián Soler quien –en contra de lo afirmado respecto del maestro Núñez– resultó funcional a cuanto dictadura cívico militar le requirió sus servicios.

Esta glosa a que acudo viene a cuento de que –a estar a la materialidad dada por probada– es claro que la agresión que soportó Carolina Píparo, que cursaba un embarazo a término, la tuvo a ella por sujeto pasivo en tanto que el hijo que llevaba en las entrañas –para la ley penal– era un feto. De lo dicho se sigue que –a estar a todos los autores mencionados– sólo podía ser sujeto pasivo del delito de aborto y nunca de homicidio puesto que en esa condición de persona por nacer no ha podido ser sujeto pasivo de homicidio.

Esta afirmación obliga a confrontar con los argumentos de los jueces que afirmaron lo contrario.

Debo decir que el fallo, a la hora de fundar la calificación de los hechos, incurre en saltos lógicos que suprimen partes de los razonamientos que serían necesarios para arribar a las conclusiones a que llega, cosa que dificulta ostensiblemente el análisis. Más claramente,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

sigue de afirmaciones hechas a propósito de la explicación de las cuestiones fácticas, otras que no se corresponden con el antecedente. Más claro aún: el fallo omite el desarrollo de por qué una agresión llevada a cabo contra una mujer embarazada puede derivar en homicidio del feto así como por qué puede extenderse el dolo específico del homicidio criminis causae indistintamente a todos los imputados más allá del alcance de sus aportes y –lo que es central– con completo olvido de desarrollar cómo se prueba el elemento subjetivo distinto del dolo que caracteriza a esa figura para todos los imputados a propósito de la muerte del niño.

Pero esto que digo sería argumento autoritario si no lo explico.

Ya he afirmado que una empresa de robo armado acepta entre sus contingencias posibles y las extiende a sus coautores el eventual resultado del uso del arma portada. Esto, si se hubiera producido un homicidio como consecuencia de ese uso, hubiera llevado la imputación – en el más leve de los casos– a la figura del homicidio en ocasión de robo y – en el más grave– a la del homicidio finalmente conexo.

Empero este homicidio sólo puede predicarse de uno causado a una persona nacida, tal como ha quedado expresado al repasar los textos de los autores más significativos en materia de parte especial.

Entonces, ¿cómo es que el fallo afirma que la muerte de quien a la postre fuera I. B. es un homicidio cuando las violencias que soportara su madre y que causaran esa muerte, fueron provocadas cuando todavía se encontraba en su seno?

Acuerdo con la sentenciante del primer lugar (lo he afirmado reiteradamente) que el embarazo de la madre era ostensible y por todos los imputados conocido. El embarazo a término de una mujer no sólo se evidencia por el volumen de su cuerpo sino –entre otras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

características indiscutibles y que constituyen saber vulgar— por las dificultades de su marcha.

También acuerdo con los jueces a quo que el dolo reclama conocimiento efectivo de los elementos del tipo objetivo sistemático.

Pero el fallo no alude al aspecto conativo del dolo, el problema del querer. El conocimiento es previo y condiciona al querer por aquello de que no es posible querer lo que no se conoce. Por eso se ha dicho que dolo es el querer del resultado típico guiado por el conocimiento efectivo, actual o actualizable de los elementos del tipo objetivo. Debo saber qué hago y debo querer hacer ese hacer. Y todo ello en forma efectiva, sea que esté focalizado en la conciencia o que sólo pueda evocarlo en cualquier momento por tratarse de un conocimiento incorporado que circunstancialmente no está “en pantalla”.

Este problema a que me refiero, los que suscribieran el fallo intentan resolverlo diciendo: “Por lo reseñado se evidencia en el “animus” de los encartados la existencia de la conexión final en su aspecto subjetivo, entre la muerte y el ilícito contra la propiedad, requerido por la figura invocada, puesto que se dio muerte a I. y se intentó matar a Carolina para consumar el otro delito.”. Y más adelante: “concluyo entonces que no hay espacio para la duda respecto a que el homicidio y la tentativa se produjeron con la finalidad de cegar y eliminar la nula resistencia que podía ofrecer Carolina frente al accionar temerario de sus agresores, acreditándose sin hesitación la ultrafinalidad de matar para consumar el desapoderamiento que alcanza a todos los coautores.”.

Todo querer -he dicho- importa un conocer y –en el caso– lo que se quiso ha sido robar una suma de dinero aún a costa de la muerte de su dueña que estaba embarazada.

Seguir de ello que también se quiso la muerte del feto es un contenido concreto y razonablemente autorizado por el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

precedente: disparo a quemarropa contra una mujer ostensiblemente embarazada, ergo, acepto que ese disparo pueda no sólo afectar a la mujer sino también al hijo que lleva en su vientre.

Allí hay sólo dos sujetos pasivos posibles de serlo de un disparo: la madre y el feto. En contra de lo dicho y de los principios jurídicos de lesividad y legalidad, el fallo da por supuesto que este dato de realidad puede trocar y donde estaba Carolina Píparo como único sujeto pasivo de homicidio, pone también al entonces feto en esa condición de persona nacida y con vida independiente.

Digo lesividad y legalidad puesto que por imperio de la norma constitucional del art. 19 y el principio de reserva, sólo puede resultar típico un comportamiento lesivo de bienes jurídicos ajenos, y también de legalidad (del art. 18 de la misma Carta Magna) puesto que si es cierto que se acude a la máxima de la necesidad de la ley previa, ello es así por el carácter condicionante de la norma penal y por la necesidad de que funcione ese mecanismo acuñado por el derecho penal liberal de que sólo si la conozco puedo y debo hacerme cargo de la amenaza penal prometida para la conducta que desempeño y que resulta contraria a aquella. En ese discurso, su conocimiento me permite motivar mi conducta en el derecho y evitar la infracción. Es obvio que ese conocimiento, como lo he señalado en el caso contingente, se vincula al umbral que administrara el grupo.

Más allá de sus orígenes remotos, fue Anselm Ritter von Feuerbach quien la reactualizó y este autor era el que hablaba de la “intimidación psicológica para la evitación delictiva” (prevención general negativa) por lo que afirmaba que era menester saber –antes del hecho– de qué amenaza tenía que hacerse cargo el autor. Mucho más allá de toda discusión relacionada con las teorías legitimantes de la pena, las Convenciones y el derecho penal de acto de la Constitución Nacional (predicable también de las dos normas mencionadas) sustentan la prevención especial positiva y –en ese marco– la ley previa tiene la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

virtualidad de permitir el reproche a cuento de que se sabe qué se ha hecho y cómo se amenaza penalmente lo hecho y que –por tanto– se ha podido motivar su conducta en el derecho y hacer una cosa diferente.

Todo esto –que resulta conocimiento elemental para quienes hacemos faena penal– limita en forma legal y lógica el alcance de la conducta de Moreno que sólo pudo saber que disparaba contra una persona del sexo femenino embarazada a término y que de su acción podían seguirse –en el peor de los supuestos– la muerte de ambos, madre y criatura en su seno, lo que naturalmente impide referir dos homicidios como conductas amenazadas sino un homicidio (que a Dios gracias quedó en conato) y un aborto doloso sin consentimiento de la mujer que se consumó con la muerte del niño, aún cuando para entonces ya había sido separado de su madre.

La mayor ponderación legal penal del bien jurídico vida independiente no ha sido un contenido del conocimiento del autor (no ha podido serlo) ni los jueces han probado que esto haya sido del modo en que lo afirman.

En efecto, el único argumento del fallo sobre el punto tiene base en la causalidad desatada a partir del disparo que lesionara gravemente a Carolina Píparo y que se tradujera –en forma casi inmediata– en daños irreversibles en el soma del niño por nacer.

Esa imputación sólo causal tributa –a mi modo de ver– en la añosa como desacreditada teoría del “versari in re illicita” y de tal suerte se alza contra el principio de culpabilidad.

El punto es que la nuda afirmación de que se ha producido el homicidio finalmente conexo con otro delito, además de no explicar por qué se califica la muerte del niño, no autoriza –a fortiori– a seguir de ello una pareja imputación a todos los conjurados puesto que ello sólo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

podría ocurrir con fundamento, reitero, en la responsabilidad objetiva expresada en el “versari in re illicita”.

Debo transcribir nuevamente la parte del fallo en la que creo que radica el error fundado en esa añeja modalidad de imputación.

Dijo la Jueza del primer voto: “concluyo entonces que no hay espacio para la duda respecto a que el homicidio y la tentativa se produjeron con la finalidad de cegar y eliminar la nula resistencia que podía ofrecer Carolina frente al accionar temerario de sus agresores, acreditándose sin hesitación la ultrafinalidad de matar para consumir el desapoderamiento que alcanza a todos los coautores.”.

Destaco que en la economía del fallo, en este párrafo, se sintetiza la unificación de las conductas que habrían importado homicidio tentado y consumado ambos “*criminis causae*” y esa unificación resulta relevada causalmente con la afirmación de que “se produjeron con la finalidad...” (el destacado me pertenece). Esta proteica consideración del injusto es propia de esa antigua fórmula de imputación.

Modernamente buena parte de sus contenidos deben analizarse en el contexto de la tipicidad subjetiva y aún en la objetiva, por las razones que habremos de desarrollar prietamente.

De la vastedad de los temas que pueden derivarse de esta teoría, creo necesario destacar aquí el punto de partida histórico de la misma.

Esto porque la mayoría de las instituciones de la dogmática penal reconoce antecedentes más o menos remotos que permiten ahondar en su naturaleza y explicar la razón de ser de las mismas, su genealogía.



Debo anticipar entonces que en la dinámica que genera la pulsión por la consagración del Estado de Derecho, es tarea necesaria la reducción de los espacios de la teoría del “versari in re illicita” por importar esta estructura una cruda expresión de la responsabilidad objetiva, completamente refractaria, como se sabe, al principio de culpabilidad por el acto.

En las antípodas de esta lucha, dos son las modernas expresiones del “versari in re illicita” en la doctrina y en la recepción jurisprudencial de la misma: los llamados delitos calificados por el resultado y los estados de inculpabilidad provocados por el propio agente que es la base de la denominada “actio libera in cause”.

Como bien describe Santiago Mir Puig al prologar la obra que su discípula Dra. Joshi Jubert dedica a esta última teoría que expresa esa responsabilidad objetiva (alic), en la misma se pueden distinguir dos momentos:

- a) la provocación de una situación defectuosa (por defecto de imputabilidad o de otro requisito del delito), el tiempo 1, y
- b) el ataque a un bien jurídico bajo ese estado defectuoso o tiempo 2, que no resulta suficiente para la imputación jurídico penal.

Como resulta de lo dicho, la alic consiste en una estructura de imputación.

Las diversas tomas de posición respecto de esta estructura, reconocen que el problema central al que atiende históricamente esta teoría es el de la ebriedad y de los hechos típicos causados en ese estado y –en trazos muy generales– puede afirmarse –en este primer abordaje– que existen tres posturas:

- a) la impunidad de los mismos,



- b) el castigo del acto de embriagarse y
- c) imputar el hecho cometido en estado de inimputabilidad.

Un indiscutible punto de partida en esta búsqueda es la obra del Jesuita Julián Pereda de mediados del siglo pasado (“El “Versari in re Illicita” en la Doctrina y en el Código Penal solución suareciana”, Instituto Editorial Reus, San Sebastián, Preciados, 23 y 6, 1948).

Es claro que el objeto de la obra de Pereda no es el de determinar el origen de la alic sino que la dedica a intentar demostrar que ni el Derecho Canónico ni sus glosadores reconocían o autorizaban la responsabilidad objetiva y que su concreta existencia en la Edad Media y justamente al calor de esa legislación, se debió a la fuerte influencia del derecho germano en la aplicación efectiva del poder de penar y –en último análisis- a la opinión de algunos de estos glosadores que –como trata de demostrarlo con numerosas citas– de algún modo habrían desfigurado las disposiciones canónicas originales.

Tras una primera afirmación en ese sentido (el Derecho Canónico no aceptaba la responsabilidad objetiva), aborda directamente la teoría del “versari in re illicita”.

Esta obra permite –desde el comienzo– señalar que como acabamos de decir respecto de la alic, el aspecto central de la problemática que plantea el “versari in re illicita” es la presencia de un acto precedente y uno subsecuente y de la vinculación entre estos extremos de la relación en aras de determinar si el segundo le es referible al autor, conforme al modo de aparición del primero.

Es claro que ambos actos importan un operar de la persona en forma concreta, aún considerada sólo causalmente.



Las primeras referencias a la teoría del “versari in re illicita” se encuentran en la Gran Moral de Aristóteles a propósito de una situación como la descrita en la que existe un acto precedente imputable y otro subsecuente en que el autor no administra ya su libertad.

Sostiene el Estagirita en el Libro Primero, capítulo XXXI “de la Justicia” (yerra la Dra. Joshi Jubert al reiterar la cita de Díaz Palos del año 1965 que la ubica en un capítulo inexistente –tiene 32- I, 34) “siempre que por ignorancia se cometa algún delito, no se hace voluntariamente..., a no ser que el que lo cometa sea causa de la ignorancia..., como sucede con los ebrios, los cuales si hacen daños causan injuria, pues ellos fueron causa de la ignorancia”.

En este párrafo puede encontrarse la raíz de la denominación de esta estructura de imputación toda vez que si bien el autor ya no era libre en el hecho, lo había sido en la causa.

La Dra. Joshi Jubert afirma que en la Grecia de entonces, por la denominada Ley de Pitaco, el ebrio debía responder por ambos hechos, citando para hacer esa afirmación a Díaz Palos.

Sin embargo si uno recurre a la fuente verdadera advierte que ello no era así.

En el Libro Segundo de su Política (IX. “Consideraciones acerca de varios legisladores”), Aristóteles analiza la producción de muchos legisladores y –entonces– refiriéndose antes que a Pitaco a Platón, destaca que habría sido el que primero habría legislado contra la embriaguez y también establecido una norma que concedía la presidencia de los banquetes a las personas sobrias. Menciona luego a Dracón al que anatematiza diciendo que sus leyes no tenían nada de particular ni memorable sino por su vigor excesivo y la gravedad de las penas y luego sí menciona a Pitaco de quien dice que “ la disposición peculiar de él, es la de castigar con doble pena las faltas cometidas durante



la embriaguez. Como los delitos son más frecuentes en este estado que el de sano juicio, consultó en esto más la utilidad general de la represión que la indulgencia a que es acreedor un hombre ebrio.” (“Aristóteles Obras Completas” Trad. de Patricio de Azcárate, Ed. Bibliográfica Omeba. Bs. As. 1967 T. I. pág. 591).

En el esfuerzo por separar el Derecho Canónico de la responsabilidad objetiva, Pereda analiza casi la totalidad de los cuerpos normativos de ese cuño acudiendo en ocasiones a la Biblia.

Estos códigos, como el Decreto de Graciano, las Decretales de Bonifacio VIII o las Clementinas eran recopilaciones de un extremo casuismo y –en general– se referían a los clérigos y sacerdotes.

Allí, en una clara demostración de lo que por siglos significó la confusión de Moral y Derecho, de reato y pecado, la pena en rigor era penitencia.

Así, en una parte del trabajo éste Sacerdote Jesuita explica que para incurrir en alguna "irregularidad" (entendida ésta como impedimento de recibir las Ordenes Sagradas e indirectamente el ejercicio de las recibidas) bastaba un defecto (ajeno al caso, como la demencia, la calidad de hijo ilegítimo o alguna deformidad que se enfrentaba con la dignidad y funciones que los clérigos tenían) o un delito.

En este último caso, siguiendo a Santo Tomás afirmaba que para incurrir en alguna irregularidad ex delito se requería (y aún requiere en el Derecho Canónico actual) alguna voluntariedad. Suarez decía “sin voluntad no hay acto humano”.

Alfonso de Castro (trad. Sánchez Gallego, Murcia 1933) omite los índices y torna inasible esta obra que sería la primera en considerar –en el siglo 16- que tampoco incurriría en irregularidad aunque por su culpa hubiera caído en amnesia o se ocupara en algo ilícito, mientras



no haya sido con previsión o preordenado al delito, señalando Pereda que de Castro aplicó esas consideraciones al ebrio.

En este marco bastaría la voluntad indirecta mientras fuera verdadera voluntad, afirmándose que “quien pone la causa pone también el efecto” bien que haciéndolo “a ciencia y conciencia de que se puede ser causa de ese efecto”.

Habría entonces que atender a dos relaciones diversas que están en el “versari”:

a) la causalidad, relación objetiva entre el acto ilícito puesto y el resultado criminal acaecido y

b) la voluntariedad relativa a este resultado.

El primer punto había que evaluarlo en abstracto puesto que – en concreto - el resultado ya estaba producido, era un dato de realidad.

Esta primera premisa está vinculada a la objetiva dominabilidad física del acontecer que se pretende atribuir al autor “consideradas las cosas en sí mismas” dice Pereda.

Al revisar las normas a las que globalmente me he referido, especialmente las Decretales de Gregorio Nono, Pereda ha referido el caso del Capítulo 23 denominado “Joanes Sacerdos” en el que se afirmara que nadie debe responder por lo fortuito pues no se puede prever “si contra voluntad acaece cuando obraba lícitamente” a raíz de que un sacerdote al tocar la campana se le desprende el badajo y mata a un niño.

Este razonamiento, construido a contrario importa afirmar la responsabilidad aún de lo que no se puede prever “si contra voluntad acaece cuando obraba ilícitamente”. Es la actuación ilegal la que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

pone a cargo de su autor cualquier resultado causal aún no previsible. Este es el nudo gordiano de la imputación por el *versari in re illicita*.

Si el monje llamaba a maitines estaba realizando una conducta lícita, en tanto que si inopinadamente hacía sonar la campana sin motivo, era un comportamiento no permitido que lo hacía responsable de ese resultado, en ambos casos imprevisto.

Entonces, volviendo a aquello de analizar las cosas consideradas en sí mismas, ninguna relación existe entre tocar campanas y matar a otro.

Si no se le ha podido ocurrir que de tocar campanas pueda resultar la muerte de otro, no ha habido voluntad alguna.

Ahora, volviendo al desarrollo de la obra que comento, si existe una probabilidad, entonces podría haber un fundamento de voluntad y –por esa vía– responsabilidad si no se ha tratado de salir de esa probabilidad de peligro evitándolo con toda la diligencia debida. Por ello, si se ha obrado con la diligencia debida se habrá evitado la voluntariedad y todo fundamento de la punibilidad.

Analiza luego el pensamiento de Suárez que niega rotundamente que la legislación canónica haya tenido como norma el “*versari in re illicita*” y sobre las bases recién expuestas, agrega que no cualquier falta de diligencia implicaría irregularidad sino las que –en su léxico y contexto– importe pecado grave, supuestos que sólo admitiría en los casos precisos definidos por el Derecho, porque la ley puede y habría querido hacerlo.

Pereda agrega que no habría diferencia en quien obrara lícita o ilícitamente puesto que lo central sería la diligencia puesta para evitar el resultado previsible, con lo que pretende confirmar la ajenidad de esta teoría al Derecho Canónico.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Se aplica luego a determinar en qué consistiría la noción de lo voluntario, comenzando por la distinción entre voluntad y deseo, en rigor, lo voluntarium de volitum, voluntad que libertad, voluntad que espontaneidad (que también la tienen los animales) que rectamente sería lo instintivo y mucho más modernamente la denominada inteligencia emocional (una capacidad de respuesta por sobre la función del juicio crítico y a favor de la “recopilación” de experiencias que terminarían condicionando una respuesta inmediata).

Voluntario, desde ese prisma sólo sería lo ex intellectuali cognitione.

Acude luego a Santo Tomás para separar lo que – en Fray Angélico– sería el querer directo (que podría corresponderse con la noción actual de tipo activo) del indirecto, (concepto compatible con la estructura típica omisiva).

Para el querer indirecto reclama que la persona sea la que está a cargo de la actividad, que pueda y deba hacerlo (el caso del piloto de la nave). Se refiere allí a la Cuestión VI de la Prima Secundae del “Tratado de los actos humanos”, Artículo III “De si puede haber voluntario sin acto” de la Suma Teológica (Ed. Club de Lectores, nueva versión sobre el texto latino comentada por Ismael Quiles S.J., Bs. As. 1945 T.V. pág 121 y siguientes).

Es en la cuestión 77 de la Prima Secundae, del mismo Tratado de su Suma Teológica donde explica que “una cosa puede ser voluntaria o secundum se, en si misma cuando la voluntad va directamente a ello o secundum suam causam cuando la voluntad se dirige directamente a la causa, no al efecto, y pone como ejemplo el que se embriaga pues se le imputa como voluntario lo que en la embriaguez ejecuta.”.



Destaco que la versión de Pereda no identifica la edición de la “Summa” pero en la que he tenido a la vista y que acabo de citar dice textualmente: “Debe decirse que un acto malo en su género se excusa totalmente de pecado, sólo cuando se hace del todo involuntario. Por consiguiente, si la pasión es tal que hace totalmente involuntario el acto siguiente, excusa totalmente de pecado, y de lo contrario no. Acerca de esto, parece deben considerarse dos cosas: 1°, que algo puede ser voluntario en sí mismo, como cuando la voluntad es llevada directamente al mismo; o en su causa, cuando la voluntad es llevada a la causa, y no al efecto, como se ve en el que voluntariamente se embriaga, porque por esto mismo se le imputa como voluntario lo que comete por la embriaguez; 2°, que algo se dice voluntario directa o indirectamente: directamente aquello a que la voluntad es llevada, e indirectamente aquello que la voluntad puede prohibir, mas no prohíbe. Y en cuanto a esto debemos distinguir: porque la pasión algunas veces es tan fuerte, que priva totalmente del uso de la razón, como se ve en los que deliran a causa del amor o de la ira; y entonces, si tal pasión desde el principio fuere voluntaria, se imputa el acto a pecado porque es voluntario en su causa, como también se ha dicho de la embriaguez; pero, si la causa no es voluntaria, sino natural, por ejemplo, cuando uno por enfermedad o por otra causa semejante cae en tal pasión, que le quita totalmente el uso de la razón, el acto resulta enteramente involuntario, y por consiguiente se excusa totalmente de pecado...” (op.cit. T.VII volumen II, pág. 110).

Para determinar uno de los aspectos centrales del tema acude a una polémica contemporánea a la obra (1932) en la que se condenó una histerectomía hecha a una mujer encinta por el aborto que esa práctica implicaba.

No se podía usar la teoría denominada del doble efecto (un efecto considerado malo en atención al fin buscado no resulta reprochable) de un efecto malo permitido en atención al bueno querido puesto



que aún cuando la vida de la madre era efecto buenísimo, no podía aceptarse que lo fuera mediante el aborto que –de ningún modo– resultaba permitido y que –en la economía del argumento tomista- implicaría reconocer que el fin justifica los medios, lo que es reconocidamente contrario a la moral.

Un canonista llamado Vermeersch terció entre dos prominentes médicos que expresaban los extremos diciendo que –en realidad– si bien es cierto que el feto muere al extirparse el útero canceroso, sólo se va tras la salud de la madre y no existe otro medio que no sea la operación para ello, y esa operación no persigue el ataque al feto, que sería aborto: la salud de la madre no se logra mediante el aborto puesto que lo mismo se haría la operación si no contuviera el útero el fruto de la concepción, por lo que la muerte del feto se consideró “per accidens”, meramente permitido.

Zaffaroni, Alagia y Slokar agregan a estas fuentes las modernizaciones del lombrosianismo y el neidealismo de Rocco que tuvo recepción jurisprudencial casi uniforme hasta los años sesenta del pasado siglo en la alic.

Actualmente es bajo la capa de alguna de las versiones de la autoría mediata que se pretende la legitimación de la institución.

Es el argumento mecánico.

El problema central de la teoría es la necesaria admisión de que hay un desplazamiento en el momento de la imputación al del primer acto voluntario.

Esta larga parrafada viene a cuento de la imputación de homicidio calificado agravado en los términos del art. 80 inc.7°



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

C.P., respecto del por nacer que llevaba en sus entrañas Carolina Píparo al momento del hecho.

En efecto, el fallo ha supuesto que por la sola concurrencia en una empresa de robo que se lleva a cabo con armas aptas para disparar, producido un intento de homicidio criminis causae por uno de los autores respecto de la madre encinta, ese acto evidentemente ilícito y dirigido contra la mujer que por entonces llevara al nasciturus en su seno, autoriza extender esa imputación de homicidio igualmente agravado a la muerte del hijo al que se ha extraído del vientre de la madre una vez compensada esta y que se produce una semana después fruto de las irreversibles injurias que sufriera cuando era una persona por nacer.

El paralelismo que advierto es que –como en la alic y por obra del “versari”– se modifica la realidad de lo ocurrido y se amplifica la imputación perjudicando al imputado por la mutación que –en más– ha sufrido el bien jurídico en base a la nuda relación causal.

En efecto, por obra de esa causalidad descripta, el bien jurídico vida ha sido revalorizado pasando de ser la protección a la vida del feto al bien jurídico más trascendente para el sistema penal argentino como es la vida del nacido a la que –en la más grave afectación posible- se lo lesiona con la voluntad de hacerlo.

Esa creencia del a quo que acepta que puede replicarse parejamente a todos los imputados la muerte del niño a título de homicidio calificado en esos términos pero consumado, importa alterar la realidad de lo ocurrido y presumir en todos ellos -además de la existencia de ese plus de intención de que he hablado en tan añoso precedente con relación a la agresión a la madre- que la misma subjetividad excedente existió respecto del hijo que, al tiempo del hecho, era un nasciturus.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Esto genera –en mi modesto modo de ver las cosas– dos problemas insolubles dentro de los parámetros de la participación criminal en sentido lato.

En efecto, ello ocurre cuando en el marco del juicio de tipicidad en todos sus capítulos, debemos ocuparnos primero en la comprobación de la existencia de correspondencia entre lo querido y conocido y de tal suerte aceptado y lo realmente acontecido; y en segundo lugar, considerar el modo en que se integran los aspectos subjetivo y objetivo en el caso contingente. Como en la alic, la preordenación importaba la consolidación del aspecto subjetivo que –aún cuando ya no mediaba base para una imputación legal (por ausencia de conducta o imputabilidad– la consideraba consolidación del aspecto objetivo. El hecho, en el básico caso de la ebriedad preordenada, comenzaba en forma indeterminable al tiempo de la primera de las copas de alcohol que el autor tomaba y terminaba cuando, ya ebrio de toda ebriedad, perpetraba un hecho delictivo. Omito todas las críticas que han demostrado la falsedad de este aserto porque con conocer la matriz del razonamiento se explica la crítica que formulo al fallo.

Esto de afirmar la concurrencia del elemento subjetivo distinto del dolo que reclama la figura, no puede seguirse sólo del resultado causal acaecido sin considerar el dato subjetivo de cada uno de los intervinientes, salvo que se acuda al mecanismo que he descripto al criticar la teoría del “versari in re illicita”.

Como se ha señalado reiteradamente, el contenido de conocimiento de los imputados era que la víctima elegida cursaba un ostensible embarazo, dato perceptible por cualquier persona.

Ese conocimiento –razonablemente– se ha debido asociar al desinterés de los conjurados (desde quien la seleccionara como víctima) a llevar adelante el hecho no obstante esa especial circunstancia y –por las mismas vías por las que se comunicara el delito



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

criminis causae– debió preverse aún eventualmente la muerte del niño que anidaba en el seno materno, hecho subsumible sólo en el delito de aborto.

Lejos estoy de suponer que se la seleccionó por su condición de embarazada (tal parecería ser un argumento de la defensa de Silva para avalar una supuesta intención de facilitarle la tarea al ejecutor de la fase final del apoderamiento) sino –antes bien y como lo adelantara al repasar el modus operandi de la maniobra afrontada por el grupo– el criterio de selección pasó por la suma de dinero y la especie del mismo que aquella retirara, que es lo que caracteriza este modus operandi.

Esto, a la luz de la doctrina consultada, no pudo sino ser un querer eventual extendido a la muerte del feto, dolo propio del aborto y no del homicidio. O lo que es lo mismo, en la economía del fallo, el querer de Moreno abarcó –irrazonablemente en mi modo de exponer las cosas- la eventualidad del alumbramiento con vida del por nacer y su posterior muerte, fruto de su acción que –como resulta de todo lo dicho– se agotó con la producción del disparo.

Es para mí de toda claridad que ese dato es –más allá de la tipificación que finalmente se proponga– un inexcusable reflejo del mayor grado de reproche asignable a los imputados que se desentendieron de la evidente circunstancia de que la acción violenta se dirigía a una mujer embarazada y que esa violencia descargada sobre la madre necesariamente debía repercutir sobre el feto.

Es también claro para mí que existe una indudable causalidad entre la conducta de Moreno y la muerte del niño pero desde la recepción penal de la misma (la causalidad), advierto que median problemas insalvables para su imputación, a lo menos a título de homicidio.

El fallo, en la sentencia, por la voz del médico que realizara la autopsia, ha dejado dicho que: “...si bien I. no padeció en forma directa ningún traumatismo, resulta indispensable para el mantenimiento de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

la vitalidad fetal, la homeostasis en cuanto al flujo uteroplacentario. La lesión padecida por la madre ocasionó en ella un cuadro de hipertensión con posterior hipotensión sostenida e hipoxemia por el compromiso ventilatorio, que llevaron al compromiso vital fetal. El mecanismo fisiopatológico anóxico sobre el feto, produce injuria sobre todos los órganos... ..el mecanismo final de muerte resulta de la incapacidad de órganos y sistemas de mantener la homeostasis o equilibrio necesarios –fallo multisistémico-, en la cual la injuria hipóxica padecida por los distintos órganos no permite que los mismos puedan cumplir con su función para la vida” (el destacado está en el fallo original a fs. 4269 del principal).

He dejado para este momento la glosa de otro prominente autor de Parte Especial a quien ya he aludido respecto de la figura del inciso 7° del art. 80 del C.P.

Citando a Bustos, el Profesor Donna afirma: “con lo cual el aborto no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de vida intrauterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior por falta de condiciones de viabilidad.”(op. cit. T.I. pág. 68).

Mucho más allá del inexorable juicio del forense ¿qué posibilidad de conocimiento tenían los autores acerca de esa característica de la función de la naturaleza que –frente al riesgo concreto de vida de la madre encinta– dedica todo el caudal sanguíneo a asistirle y –por decirlo de un modo lego– desabastece al feto?

Siempre he despreciado lo que constituye el conocimiento del juez como fuente de fundamento de un fallo puesto que esos contenidos son –a todo evento- una adquisición personal ajena a las del caso que le exige advertir si esos mismos contenidos han sido desarrollados y operan también en ese mismo caso e ingresaron al proceso



por un medio probatorio legal (entre los primeros fallos el numerado 750 del año 2000).

Pero no puedo despreciar el desconocimiento del juez. Y hablo en primera persona cuando acepto que me era hasta aquí desconocida esa elección que la naturaleza ha hecho –en su funcionalidad– de la necesidad de preservar a la madre aún en desmedro de su hijo que – en ese contexto– resulta una víscera que es desatendida por privilegiar la salud y la vida de aquella.

Pero el caso es que si el dolo es el querer el resultado guiado por el conocimiento de los elementos del tipo sistemático, no puedo aceptar que ese mecanismo tan preciso, haya sido parte del conocimiento efectivo actual o actualizable que el dolo esencialmente reclama respecto de todos los imputados.

Ese querer pudo hacerse cargo, en el más amplio de los supuestos, de la muerte del feto anidado en el vientre de la madre.

El fallo ha recorrido expresamente los aportes de todos los médicos convocados a la atención del cuadro crítico que generara la acción de Moreno y sus consortes del modo que acepta su recepción penal. Todos ellos han coincidido en la inviabilidad que ese emergente presentaba. En el shock room se decidió el abordaje de tan grave caso y es de destacar (lo hace la Dra. Hoerr) que –a juicio de algún colega- sólo la intervención de una destacadísima médica del hospital a que fuera derivada Carolina Píparo, hizo que sobreviviera la madre y que –a continuación de esa primera intervención salvadora– obraran los que se ocuparon de dar vida a I. B.

Este punto central en lo probado ha sido recogido por todas las defensas que –fundándose en que la grave injuria que sufriera la madre– privó del aporte sanguíneo vital para el feto y que esa afectación lo ha sido cuando el por nacer revestía esa condición.



Reitero que la única figura que contiene lo ocurrido es la del aborto puesto que –aún cuando la muerte se produce cuando el niño tenía vida independiente– los médicos han sido concretos en señalar que las lesiones sufridas en el seno materno más tarde o más temprano hubieran llevado a la muerte del mismo. En esto han coincidido todos los recurrentes de la defensa y creo que resulta ilevantable la crítica a la tipificación que el a quo ha hecho de la muerte del niño puesto que –como resulta de lo probado– especialmente de la prueba pericial médica, la suerte del infante estaba inexorablemente echada a partir del sufrimiento fetal soportado en el seno materno por las razones que prietamente he transcripto más atrás.

Mucho más allá de lo dicho respecto a que han sido todos los defensores los que abogaran por esa mutación, circunstancia que obliga a sostener que nada perjudica a esas partes esa nueva consideración, desde la óptica de la necesaria congruencia entre lo intimado y lo resuelto en sentencia respecto del hecho probado, la afectación de la vida de un por nacer tiene recepción legal en el mismo Capítulo I de los delitos contra la vida (donde se encuentra la previsión de los homicidios simple y calificados agravados y atenuados) en lo que representa un gradiente de previsiones respecto del mismo bien jurídico vida.

No ha mediado acuerdo entre los quejosos respecto de cuál es la norma represiva del aborto que cabe excogitar.

Señalo que no puede sino ser el aborto doloso sin consentimiento de la madre previsto y penado por el inciso 1° del art. 85 del C.P.

Se ha intentado radicar la conducta de Moreno, que por lo antedicho se extiende a todos los conjurados, en el aborto preterintencional.

No comparto esa tesis puesto que ese delito recoge, como dato esencial del tipo subjetivo que el autor de la conducta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

haya desplegado su agresión a la madre “sin haber tenido el propósito de causarlo” (al aborto).

Cuando se ha afirmado que esa previsión se trata de una figura preterintencional, cabe discernir cuál puede ser el parámetro que permita afirmar que tal ha sido el aspecto subjetivo y que consiste en el dolo de lesionar a la madre cuando el embarazo haya sido “notorio”. No se puede sostener razonablemente que –dadas las circunstancias fácticas que se han dado por probadas– la eventualidad de la afectación mortal del feto no ha quedado incluida, aún en el marco del dolo eventual, en el querer de los coautores.

Para sustentar esta afirmación cabe una interpretación progresiva a partir de lo que es la figura del homicidio preterintencional que habla de que “el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.”. Eso, al par de ser una clara referencia a que no se ha querido la muerte de la persona, lo es también a la entidad letal del medio que –como se detalla– “no debía razonablemente ocasionar la muerte”.

Aún cuando ese dato típico no está reproducido en el tipo del art. 87 C.P., va de suyo que para que el mismo opere, debe darse una pareja circunstancia objetiva puesto que –de lo contrario– la utilización de un medio capaz de matar al feto aventaría su aplicación por la incongruencia que resultaría de sostener que es posible no querer matar al feto y aplicar a la madre una violencia capaz de producir ese resultado.

Más claramente, si se dispara a quemarropa a una madre ostensiblemente embarazada y se lo hace de modo sesgado a zonas vitales y en dirección de arriba hacia abajo a su cara de modo que también se interesará el tórax, ha sido un alea -que no puede operar a favor del autor- que el proyectil no haya interesado en forma directa al feto.

En cualquier lugar, no se puede predicar que no se haya querido afectar también la vida del por nacer. Otra vez, se trata de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

un acto de entidad capaz de matar a ambos de primer intento y –sin embargo– esa necesaria percepción, afirmada por lo notorio del embarazo, no ha llevado a ese conjurado a evitar la creación de ese peligro cierto de vida tanto para la madre cuanto para el hijo que llevara en sus entrañas.

Esto resulta del análisis de las figuras penales pero –además– y lo que es definitivo, la asunción de la realización de la conducta desplegada necesariamente abarcó la finalidad conjunta de que se diera la muerte de ambos. Si ello es así, por el principio de legalidad penal, la tipificación de la conducta –criminalización primaria, como se anticipara– estuvo amenazada por la concurrencia de las figuras del homicidio respecto de la madre como la muerte del feto que sólo acepta la recepción penal del aborto.

A propósito de las figuras preterintencionales, Zaffaroni, Alagia y Slokar, en su obra consular (“Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Bs. As. 2000) dicen que: “es regla básica que en ninguna hipótesis puede admitirse una pena más grave en razón de un resultado que no haya sido causado por dolo o culpa, porque violaría el principio de culpabilidad, consagrando una inadmisibles responsabilidad objetiva.” (op. cit. pág. 539).

En los hechos ha habido una acción potencialmente mortal tanto respecto de la madre cuanto del hijo en gestación.

Mucho más allá de la ignorancia de las razones médicas que afectaron definitivamente la viabilidad del feto (a las que ya me he referido), y que se produjeron cuando éste todavía tenía esa entidad tal como ha sido demostrado, las contingencias posteriores, el intento desesperado de los galenos de salvar ambas vidas, no puede extender los efectos ya operados en el feto y que fueran causa eficiente de su muerte aún



mediando la sobrevida de una semana en las condiciones en que la misma se desarrolló.

Más claramente: ninguna conducta puede asignarse a los imputados como lesiva de la vida de la creatura a partir del momento en que el niño fuera extraído por cesárea del cuerpo de la madre. Esto es lo que –en el fallo– importa el absurdo de extender la conducta lesiva a un momento posterior cuando el niño ya nacido fuera objeto de los complejos y denodados esfuerzos por apartar de él el sino ya inexorablemente marcado por las injurias que sufriera en el vientre de la madre. Es en este punto donde el fallo acude a la nuda explicación causal de esa extensión con olvido de que –para entonces– ningún acto de los imputados victimizó al niño. Es aquí donde reedito lo dicho respecto de la responsabilidad objetiva y el “versari in re illicita” que larvadamente se esconde en el razonamiento del a quo del que me aparto.

La protección legal del niño en el vientre la da la figura del aborto y no la del homicidio y –de tal suerte– el dolo eventual que no dudo en asignar al comportamiento de Moreno respecto de la vida del feto, se perfecciona con la muerte, final desafortunadamente inexorable a estar a la pericial médica, aún cuando ello ocurriera días después cuando ya separado de su madre, los esfuerzos médicos no pudieron revertir los daños que el feto sufriera en el seno materno.

Estimo atinente a lo que vengo diciendo colacionar otra vez a estos autores en la misma obra citada cuando recuerdan que “el dolo es un concepto jurídico construido para reducir el ejercicio del poder punitivo como pauta de imputación subjetiva, excluyendo toda forma de responsabilidad objetiva o versari in re illicita. Conforme a la tesis de que en la falsa suposición de atenuantes el dolo es el del tipo básico, se imputarían subjetivamente al agente las circunstancias del tipo básico no queridas por éste... ..y, por lo tanto, se caería en responsabilidad objetiva respecto de éstas. El dolo así entendido resultaría disfuncional para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

la reducción subjetiva de la imputación y, por ende, sería un concepto jurídico mal elaborado. Ante esta conclusión, se impone considerar las reglas sobre errores en estos tipos conforme a la idea funcional del dolo y no por efecto de un juego deductivo dependiente de la mera formulación legal de los tipos, frecuentemente considerados calificados o atenuados, conforme a criterios arbitrarios del legislador o a los discutibles de los intérpretes. Para ello es menester independizar las reglas de estos criterios arbitrarios o dudosos y establecer una base más cierta, conforme a la cual, en cualquier caso de escalas penales alteradas en razón de mayor o menor contenido injusto de una acción típica, el dolo como concepto destinado a eliminar la responsabilidad objetiva: (a) en ningún caso puede alterar los límites señalados por la imputación objetiva y fundar una imputación subjetiva correspondiente a un injusto mayor (así, tanto en la falsa suposición de agravantes como en la ignorancia de atenuantes); (b) ni tampoco pueden imputarse subjetivamente elementos objetivos que funden un mayor injusto cuando sean desconocidos por el agente (así en la ignorancia de agravantes como en la falsa suposición de atenuantes)” (op. cit. pág. 516).

Esto lo digo porque resulta arbitrario sostener que el dolo del autor abarcaba la circunstancia de que –la muerte al recién nacido– (dato ajeno al conocimiento de todos los autores) trocaba gravemente la imputación al tornarse aplicable el delito de homicidio. Reitero que el aborto comparte el Título y el Capítulo de los delitos contra la vida y constituye una figura atenuada de las que causan la muerte de una persona (en el caso por nacer) del modo como se ha indicado.

Si he aludido al conocimiento de los cursos de causalidad desencadenados por el disparo hecho a la madre respecto del feto, ha sido por la necesidad de desbrozar los entresijos de lo ocurrido que es sobre lo que debe versar este acto de revisión, pero ello no compromete los contenidos del elemento subjetivo de la acción de Moreno puesto que –el conocimiento vulgar respecto del tema– necesariamente permite inferir que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

una tan grave lesión como la inferida a la madre, necesariamente afectará la vida del hijo, no obstante –reitero– cuando se desconozcan los mecanismos fisiológicos concretos -y por cierto complejos- que terminan determinando la muerte del niño.

Con esto he dado respuesta al tercer interrogante que formulara el Dr. Ritter en su recurso: Moreno ha tentado un homicidio finalmente conexo con el robo agravado por el uso de arma que perpetraran en concurso ideal con el de aborto doloso sin el consentimiento de la madre en los términos del artículo 80 inc. 7° en grado de conato conforme a la letra del artículo 42 y el artículo 85 inc. 1°, ambos tipos concurriendo de modo ideal como lo dice el artículo 54, todos del Código Penal. Esto que digo no excluye en el caso el robo con armas que fuera la base del umbral a que he aludido; el homicidio *criminis causae* tentado lo fue –a estar a lo probado– cuando Moreno ya detentaba el dinero sustraído. Es entonces citable el art. 55 del C.P. que rige el concurso real.

Sostiene Donna (op.cit. pág.50) “La agravante es subjetiva, de modo que no es necesario ni siquiera la tentativa del otro delito, salvo en la gravedad de conexidad impulsiva y en la de asegurar la impunidad después de otro delito. Si se realiza el otro delito existirá concurso real, ya que no hay duda que son dos acciones distintas que realizan tipos penales distintos.”. Ha quedado suficientemente claro cómo entiendo separadas ambas ilicitudes sólo concurrentes en la consideración eventual.

Esta controversia ha sido resuelta por el suscripto integrando la Sala III conforme a las características de cada caso, por aquello que se destaca en el punto relativo a la conexidad de este inciso del art. 80 C.P. con otras figuras del “Código Penal de la Nación comentado y anotado” que dirigiera el Dr. Andrés José D’Alessio (Ed. “La Ley” Bs. As. Noviembre de 2009 T. II Pág.28) donde se afirma que:”Cuando el delito conexo con el homicidio se ejecuta se dará entre el tipo del art. 80, inc.7°, y



aquel, un concurso que, según el caso –y los criterios que se sigan-, puede ser de carácter real o ideal.”.

Sobre el punto traigo otra vez al ruedo a Zaffaroni, Alagia y Slokar que –en la obra citada- a propósito de la determinación de la unidad de conducta en razonamiento aquí relevante “a contrario”, afirman: “cuando la realización de un segundo tipo aparece como elemento subjetivo del primero, ello indica que el tipo desvalora una conducta unitariamente dirigida a consumir ambos, en que el primer acto no pasa de ser una etapa previa del segundo. Esta consideración unitaria impide la escisión en dos conductas y, también impide su consideración como dos delitos en el supuesto en que el segundo tipo se realice efectivamente.” (pág. 823).

Estos autores han caracterizado al delito del art. 80 inc. 7° del C.P. como delito incompleto en dos actos, en los que “la conducta típica es el medio para la realización de una segunda acción del autor (como el homicidio para facilitar otro delito...” (op. cit. pág.519).

Despejado el problema de la recepción penal de las conductas en trato, debo afrontar los demás agravios de las partes.

El recurso que hasta aquí vengo tratando critica el modo por el que el fallo habría probado el itinerario que –tras señalar a las víctimas– habría desarrollado su representado.

El aludido Silva hizo un relato completo y coherente de su desempeño en el rol que se le había asignado y que es al que me he estado refiriendo. Realmente, en el fallo no se sigue de ese aserto ninguna consecuencia que varíe la situación de Silva por lo que el agravio en rigor no es tal. En nada incide en la economía del fallo respecto de la imputación seguida contra el nombrado qué haya hecho después de señalar a las víctimas. Esto por lo que he sostenido respecto de la empresa en común.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Destaco que –repasada la declaración de Silva (que obra entre las fs. 1690 y 1698 del principal con una foliatura que altera su orden)– se sigue de lo que digo que su intervención se limitó al señalamiento. Descreo que no haya percibido que Carolina Píparo estuviera embarazada puesto que todos los testigos evaluados dijeron lo contrario. Pero además, reitero que lo que caracteriza a una señora en ese estado no es sólo su volumen físico sino la particularidad de sus dificultades de marcha que son un dato de la realidad ineludiblemente conocido por el común de la gente. Es claro que –de ese infértil modo– ha pretendido mutilar su aspecto cognoscitivo del dolo que –en todo lo demás– ha aceptado sin remilgos. Me remito a lo dicho al respecto. Es más, acepto que no se haya probado acabadamente (creo que no ocurrió) que Silva haya seguido a los ejecutores y a algún otro conjurado pero eso no quita ni pone rey respecto de lo que he afirmado al comienzo de este voto.

Por lo demás, no advierto por qué el fallo se ha preocupado de afirmar que Silva siguió a los cómplices al lugar de la interceptación cuando en la dinámica probada de los hechos, estos constituyeron un continuo a cargo de diversas células del conjunto en que cada una centró sus esfuerzos en cumplir con el rol asignado. Con esto contesto todos los desarrollos que la aplicada defensa dedica a destruir la afirmación del fallo que –en realidad, lo reitero– no quita ni pone rey.

En el mismo sentido el recurso analiza el testimonio de José Ignacio Watilyk y concluye en la inverosimilitud de sus dichos o –a lo menos– que se pueda referir a Silva. Destaco que lleva razón al describir como imposible (o circense) la maniobra que habría percibido del salto de una persona que desde una moto en movimiento accede a la camioneta de su representado por la puerta trasera, todo esto en movimiento y acojo el agravio que postula la exclusión de ese testimonio entre la prueba de cargo que se opone a Silva.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Respecto de la cita de Roxin ya me he expresado y –comparto con el recurrente– que no se advierte que la jueza votante administre razonablemente el sistema que desarrolla ese autor que – amén de referirse a un sistema de comprensión de una legislación diferente– no es el creador ni el mejor ni el único exponente de la teoría del dominio del hecho. Bien hace el Dr. Ritter en señalar esto que digo puesto que parecería que –para dar solidez a un fallo– se hace necesario invocar algún autor de nota aún cuando sus razonamientos no conjuguen con la ley local y aún cuando se prescindiera de la aplicación completa del sistema que ese autor proponga.

Creo que el Dr. Ritter se ha engolfado en demostrar no ya la incursión en una falacia ad hominem a propósito de su supuesta omisión de convocar peritos al debate sino en este punto una clara falacia de autoridad cuando el fallo supone que tiene razón en sus afirmaciones porque Roxin lo dice.

Acoto sobreabundando que no es necesario traer al ruedo a autores diversos para probar la razonabilidad de los silogismos a que acuda un fallo para legitimar la solución a que arribe; sólo se reclama sujeción a la ley y a la lógica. Justamente el autor que cita el distinguido defensor (Irving Copy) expone como falacia de autoridad clásica a la jurisprudencia por la pretensión de que se dé la razón a alguien en un caso en trato porque un tribunal dijo algo parecido a lo que planteó en otro caso que tuvo por afín al presente, en desmedro de hacer en el caso concreto aplicación razonada de los principios lógicos para sustentarlo. Por eso lo de las generalizaciones (otra falacia) y la imprecisión de que hablara al comienzo de este voto.

Pero esto que digo también alcanza a la crítica que formula el Sr. Defensor a la administración que ha hecho el a quo de los conceptos que atribuyera a ese autor alemán por las mismas razones que expongo respecto del fallo. Más claramente: Roxin no ha demostrado que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Silva no haya intervenido del modo como lo vengo afirmando con sustento en autores de la dogmática nacional. Un fallo y sus revisiones no puede ser una esgrima de preciosismos académicos, sólo debe traducir razonablemente cómo entiende acreditado o no un hecho, con qué alcances y a quién lo refiere y por qué.

Para terciar en el punto y atento a que son sus enseñanzas las que guían este voto, acudo al Maestro Zaffaroni que –en el año 2000 y con el inapreciable aporte de los Profesores Alagia y Slokar– diera un salto cualitativo enorme en la construcción de una dogmática sustentada en la ley penal argentina y que resiste los estándares de convencionalidad y constitucionalidad.

Dicen estos autores: “Otra forma de la coautoría, con problemas por completo diferentes de la simultánea, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea, que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del pragma, sino que éste se produce por la caracterizada por el dominio funcional del hecho. Este concepto demanda una base legal, porque de lo contrario puede parecer violatorio de la legalidad que quien no realiza más que una parte del acto típico sea considerado autor, aunque ello no supone que se trate de una mera creación del legislador, dado el claro límite óntico que respeta esta forma de autoría. La base legal está establecida en el artículo 45, cuando dispone que son coautores los que toman parte en la ejecución del hecho, siendo tarea de la doctrina precisar el alcance de este concepto. 3. La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles, y la acentuación de uno en detrimento de otro no es más que una recaída en alguna de las teorías tradicionales, como sucede en algunas posiciones para las que basta con que el coautor se ajuste al hecho



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

del ejecutor, en tanto que otros objetan con razón que renunciar a una división consciente de la tarea importa violar la prohibición de analogía. La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad, pero ello no puede identificarse con cualquier acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice). Así, vuelve a aparecer el problema central de la autoría, esto es, determinar si la decisión común es una fórmula hueca que encubre el animus autoris de la teoría subjetiva, a lo que el criterio subjetivo responderá afirmativamente. Pero como la teoría final objetiva parte de la contribución al hecho como tal, es decir, de la clase de correalización de la conducta, será determinante averiguar si ha tomado parte en el dominio del acto, por lo que el punto central pasa por el segundo requerimiento, que es la realización común del hecho. Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es menester investigar en cada caso si la contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o caiga. Esto significa que no puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al plan del hecho: será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor. De este modo pueden resolverse casos dudosos, como el del chofer del robo y el campana, quienes conforme al plan concreto del robo podrán ser cómplices o instigadores. Respecto del llamado entregador que proporcione datos indispensables y del organizador, de haberse limitado a esos roles, serán cómplices primarios, pues la ley argentina los excluye de la autoría por no tomar parte en la ejecución. 4. Con lo dicho, la coautoría funcional registra una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común, lo que impide asimilar la coautoría funcional con la autoría mediata, aunque



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

ésta puede asumir esa forma. Consecuencia directa de este principio es que en la coautoría no se alteran las reglas generales del error, pues ninguno de los autores es instrumento, sino que todos son ejecutores. De igual modo, como la coautoría parte del reconocimiento de límites ónticos a la construcción jurídica, no se trata de la mera realización de un tipo sino de un hecho, pudiendo encuadrar la conducta de los diferentes coautores en distintos tipos, lo que también puede dar lugar a que la conducta de un sujeto, que considerada aisladamente estaría justificada, analizada como parte de una empresa común permanezca antijurídica. 5. La coincidencia entre los varios autores no se impone desde el principio mismo de la realización típica (complot) sino que puede tener lugar durante el hecho y aún después de la realización parcial del tipo por el otro, lo que da lugar a la llamada autoría sucesiva. En tal caso el problema radica en saber si se le puede imputar al sujeto la parte del hecho ya cumplida. Aún cuando se trate de una misma tipicidad siempre habrá una distinta magnitud del injusto. Puede suceder que el hecho se encuentre consumado pero que aún no se haya agotado su ejecución, supuesto en que la doctrina admite la posibilidad de coautoría. Tratándose del supuesto en que la parte ya ejecutada contiene circunstancias típicas de mayor gravedad, la doctrina se inclina a admitir la imputación en tanto fueran conocidas.” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, op.cit. pág. 752 y siguientes, el destacado no está en el original).

Claro como el agua clara.

Pero si de citar teutones se tratara, colaciono a Hans-Heinrich Jescheck que en su “Tratado de Derecho Penal Parte General” (Cuarta Edición, trad. Manzanares Samaniego Ed. Comares Granada 1993) decía a propósito de la teoría del dominio del hecho: “...b) El segundo grupo de casos se refiere a la cooperación de varios en la coautoría. En primer lugar, aquí todos los intervinientes deben compartir la decisión conjunta de realizar el hecho, porque sólo de esta guisa pueden participar en el ejercicio del dominio del hecho. Además, cada uno ha de



aportar objetivamente una contribución al hecho que, por su importancia, resulte cualificada para el resultado y vaya, en todo caso, más allá de una mera acción preparatoria. Sin embargo, cabe que, atendiendo a la 'división de papeles' más apropiada al fin propuesto, ocurra en la coautoría que también una contribución al hecho que no entre formalmente en el marco de la acción típica resulte suficiente para castigar por autoría. Basta con que se trate de una parte necesaria de la ejecución del plan global dentro de una razonable 'división del trabajo' (dominio funcional del hecho)...” (op. cit. pág. 594).

Con todo lo dicho hasta aquí tampoco es posible acompañar al quejoso que –como se señalara al principio de este voto– pretende que el rol que desempeñara su representado es cuasi banal. También se afirmó allí que con la identificación del blanco –en el necesario análisis del hic et nunc– comienza la maniobra en la modalidad sub lite. La pretensión del distinguido Defensor, reitero, transita por la tesis formal objetiva de la autoría claramente superada por los desarrollos posteriores que la demostraran falsa.

Todo lo dicho hasta aquí, conduce al extrañamiento del caso sub lite de aquellos sancionados con penas perpetuas y –por esa razón– tornan abstractos todos los agravios que se dirigen a criticar el fallo por acudir a las mismas.

Esto cierra el capítulo más crítico del fallo y habilita a analizar los demás agravios arrimados por los quejosos.

Creo que corresponde –ya en otro orden de cosas– apreciar las atenuantes que propusiera la defensa de Silva y que no tuvieran recepción en el fallo. En tal sentido, a la carencia de antecedentes debe sumarse la historia de vida del aludido que lo hace más vulnerable a la potencia punitiva del estado con sustento en el informe respectivo de fs. 4008/ 9 del principal y las dificultades de subsistencia que alegara el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

encartado. Es claro que la necesidad no autoriza en todos los casos la realización de conductas típicas sino sólo cuando ésta puede ser encuadrada en alguno de los permisos expuestos de la ley pero, aún cuando no se pueda adecuar a ninguno de ellos, no menos clara es la letra de la ley que impone considerar, entre los motivos que hayan llevado a la persona a la realización del delito, la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio y el de los suyos. Esta es la letra textual del artículo 41 del Código Penal cuando ordena, a la hora de mensurar la pena, tener en cuenta los motivos que hubiera tenido el autor para cometer el delito, y cabe enfatizar que el transcripto está destacado por el adverbio “especialmente”.

No comparto que su rol haya sido menor y en el punto me remito a lo dicho más atrás.

Acepto también que el tipo de proyectil utilizado no puede ponerse en la cuenta de agravantes de la conducta de Silva aún cuando he dado por cierto que sabía de la existencia de un arma. Tampoco en la de los demás, excepto claro está en la del propio Moreno que fuera quien aportara el arma.

Respecto del imputado recién aludido, Carlos Fabián Moreno, la primera queja de la Sra. Defensora Oficial Dra. María Esther Vigorelli está relacionada con la alegada ilegalidad de la diligencia de allanamiento y secuestro que es el primer acto en esta investigación.

La foja número 1 del primer cuerpo de este dilatado proceso reproduce un mensaje por el que el servicio de urgencias del 911 comunica a la DDI de esta Ciudad de La Plata, que alguien que no se dio a conocer “aporta datos sobre los asaltantes de una chica embarazada, fue hoy a la mañana en el barrio de La Loma de La Plata. Viven en calle 21 y 90, uno tiene una camioneta Gol bordo rural con vidrios negros, se llama Juan y el otro es Luciano tiene una moto IVR roja, ojos verdes. Hace poco que viven ahí, son de Berisso.”.



Analizado ese texto en el contexto, coincido con el a quo en que la investigación había comenzado de oficio por las características del hecho y si –en ese marco y tal como lo han afirmado los jefes policiales que intervinieran en la misma desde el inicio– se recibe una información por medio de un llamado anónimo que –a simple vista– parece verosímil por su contenido, la presencia del Juez de Garantías y el Fiscal (mucho más allá de la percepción que el suscripto tenga respecto del rol que la ley formal asigna a este Magistrado que –en mi sentir- debe actuar “a demanda” del acusador) avienta toda ilegalidad presunta.

Esto que digo del rol del Juez de Garantías es porque la tésis de su inserción en la ingeniería institucional del sistema procesal vigente pretendió alejarlo del directo compromiso con la investigación que signaba la función del viejo Juez de Primera Instancia a cuyo cargo quedaba “la instrucción del sumario”.

Se pretende que no exista ningún compromiso con las diligencias dispuestas para el éxito de la investigación sino sólo la magna función de verificar que todas y cada una de aquellas que fueran dispuestas por el investigador natural, el Ministerio Público Fiscal, se condigan con la convencionalidad y constitucionalidad que deben regir el Estado Convencional y Constitucional de Derecho. Si cabe la figura, veo a este Juez como el más imperiosamente necesitado de ser el más imparcial de los terceros imparciales.

Volviendo al caso, la propia recurrente al alegar de bien probado afirma la innecesariedad de la orden si se encuentra presente el Juez, aún cuando sostuviera que no medió fundamento para tal intervención.

Si se quiere, creo –en virtud de lo dicho- que se peca de exceso cuando en vez de emitir una orden, se constituye el Juez de Garantías en el sitio, pero en tal caso –y naturalmente siempre que no se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

afectaren otras garantías constitucionales– no se podrá decir que ésta circunstancia se trate de una violación de la intimidad de la morada de la que se denuncia operada.

La crítica no se hace cargo de que esa “llamada anónima” –como lo dice el a quo- no ha sido una “denuncia anónima” a la que se refiriera el Profesor Hendler, sino una información de alguien cercano a los autores que prefirió preservar su identidad pero no aceptó callar datos que podían encaminar la investigación de un hecho que ya era público y que se había iniciado de oficio por las graves características contingentes.

Naturalmente se entiende el embate de la defensa pero en ello no cuenta con la premura que caracteriza (o debería caracterizar) los primeros movimientos de la investigación criminal. Por ello es que no creo que haya mediado violación legal alguna a propósito de lo denunciado.

No es posible juzgar la legitimidad de un procedimiento por sus efectos, pero a estar al resultado de la diligencia, esa llamada, como fuera evaluada por las autoridades que la recibieran, era certera. Este razonamiento parece contradictorio pero no lo es. El detalle está en la evaluación del tenor incriminante de una llamada anónima hecha a un servicio en que el ciudadano puede no identificarse y en el compromiso de las autoridades correspondientes en verificar esa orientación anónima.

No creo que en cualquier caso tanto el Fiscal en turno como el Juez de Garantías correspondiente vayan siguiendo pistas inciertas respecto de todos los hechos en que les toque intervenir sino – antes bien– advierto que se trató de un llamado con datos tales que generaron en los investigadores la convicción de que no se trataba de una pista falsa y cuya virtualidad fue constatada con anterioridad a la irrupción en el domicilio por las personas aludidas, esto es, fue corroborada antes de desencadenar esas intervenciones.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En todo caso, advierto que no se ha contestado al a quo que sostuvo lo dicho y distinguió claramente este aporte de lo que sería provocar la acción de investigación criminal del Estado en forma anónima.

Tampoco se ha hecho cargo la recurrente de los argumentos por los que el a quo expuso por qué no se ha violado garantía alguna respecto de la moradora de la vivienda allanada en primer lugar a quien –a estar a las constancias del acta de fs. 2/6- se le habrían comunicado los extremos de los artículos 1° y 60 del rito.

En efecto, la crítica se limita a reiterar argumentos ya contestados y a los que no contradice de modo novedoso y –a fortiori– eficaz.

Dice luego de la inconstitucionalidad del art. 294 inc. 8vo. 2° párrafo del ritual.

Sostuve en causa n° 12.289 frente a un parejo argumento: “Respecto del primer planteo destaco que la respuesta del a quo a otro planteo que – idéntico – fuera hecho en la instancia anterior no es para nada despreciable. Este aserto, además de demostrar que el recurrente no se hace cargo de los argumentos del fallo, anticipa que no comparto las críticas que formula.

De todo lo sostenido en el fallo debe destacarse aquí que ha mediado pronunciamiento de los organismos especialmente establecidos para la preservación de las garantías constitucionales en el incidente de nulidad respectivo, ambos en el sentido de no acoger esa sanción para la pieza mencionada.

Ello – que formalmente asegura que ha mediado profundo análisis por la jurisdicción de garantías en dos instancias que se pronunciaron ambas por la legitimidad del acto – no asegura que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

materialmente ello haya acontecido. Esto que digo es sin menoscabo alguno de la actividad de esos organismos. Pero el caso es que este Tribunal no puede desoír una crítica al fallo sólo porque el tema haya sido abordado y decidido por instancias anteriores, no sin grave mengua de la nueva dimensión que debe tener esta Casación a la luz de la señera jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación expuesta en el fallo “Casal”.

El centro de la cuestión radica en por qué ha llegado a juicio ese acta sin observaciones de quien ahora se agravia encaminadas a lograr su exclusión ante los jueces del juicio. Estimo que ha sido para mantener viva la original postura de que en la misma se ha perpetrado una grosera violación constitucional que inficiona todo el procedimiento. Esa ínsita gravedad la proclamo desde mi desempeño como Defensor de Pobres y Ausentes y la sostuve y sostengo en mis posteriores funciones judiciales con cita del magnífico fallo del Maestro Ricardo Nuñez como integrante de la Sala Penal del Superior Tribunal de Córdoba publicado en el Boletín Judicial de La Docta en el Tomo II Volumen 9, de octubre de 1958 donde – para ser escritas en letras de molde en la conciencia constitucional de todos cuantos trabajamos en la judicatura – sostuvo en causa “López “ : “ Queda muy claro, por consiguiente, que las condenas dictadas contra los tres acusados encuentran su punto de apoyo principal, en las versiones confesorias de los investigadores policiales, logradas, según ellos, a través de interrogatorios directos y formales de los detenidos. Esas confesiones, por lo general, le dan sentido y fuerza a las demás evidencias que la sentencia hace valer para declarar la responsabilidad de los condenados. De tal manera, la Cámara a quo ha fundado su sentencia de un modo ilegal, según lo resuelto por esta Sala en el caso “Montiel, Estanislao “, el 25 de abril ppdo. (B.J.C. II- 6, julio 958. 479).

En el caso Montiel la Sala desarrolló con amplitud las razones que abonan la ilegalidad de las condenas fundadas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

como la de autos, y a esas razones me remito. Pero conviene, dado la persistencia de algunos tribunales de juicio en tan peligrosa práctica, que subraya que cuando la ley procesal le ha concedido al imputado el inestimable resguardo de ser formalmente indagado sólo por el Juez de Instrucción (arts. 243 y sgts.), no ha querido asegurarle únicamente que, como relato directo y personal de su posición en la causa, sólo podrán ser llevadas al proceso sus manifestaciones ante ese magistrado. Esto no importaría para el imputado una garantía, sino una formalidad insustancial y, por ello, innecesaria. El art. 243 tiene el claro objetivo de poner al imputado al resguardo precisamente, de una prevención policial promovida y presidida, en lo que a la dirección de la imputación se refiere, sólo por los cargos e indicios de su propia confesión.

Para excluir esta fuente de tanta arbitrariedad y error, y para llevar a la práctica sin hipocresías el principio superior de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, no se puede interpretar la ley procesal en el sentido de que sólo le niega validez a la documentación formal de los resultados de los actos sustancialmente indagatorios practicados por los oficiales de policía. Para no incurrir en una interpretación de este tipo y no destruir en su esencia la seguridad que implica que la ley le reserve al Juez el derecho de indagar con la amplitud que una confesión extrajudicial importa, es necesario admitir que aquí también rige, como respecto de las garantías lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de la Nación respecto de otras materias el principio de que lo que no se puede hacer directamente a causa de una prohibición legal, tampoco puede hacerse de manera indirecta (Fallos, t. 184, p. 280; t. 192, p. 350).

Si la ley veda documentar un acto formal de indagación y le niega validez como prueba legal para condenar al imputado que en él confesó su delito, también debe considerar ilegal que ese acto se introduzca como prueba de cargo de una forma indirecta y que ofrezca menos garantías que la documentación que prohíbe; resulta totalmente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

contradictorio que el policía que no puede documentar una confesión, a pesar del resguardo que implica para el imputado la posibilidad de signarla, puede relatar válidamente, según sus propios recuerdos y designios, ese acto de instrucción, para el cual no se exige siquiera, que se le haya proporcionado al prevenido la posibilidad de la asistencia de un defensor, que la ley exige como garantía de las indagatorias documentadas. Admitir que esto es legal, equivale a entregar, como en el anterior proceso escrito, secreto e inquisitorio, la suerte del imputado a las resultas de una instrucción judicial prescindente de las más mínimas seguridades en lo que a su defensa se refiere.

No puedo convencerme que la seguridad de la sociedad frente a la delincuencia, exija, como lo proclaman modernos Carpzovios, el sacrificio de una garantía que no es el fruto de una ostentación liberal, sino el resultado de siglos de crueles experiencias. Toda concesión a esa idea malsana, no sólo deshumaniza la instrucción, sino que detiene los esfuerzos para lograr una investigación policial técnica, lo que constituyó uno de los objetivos a conseguir con la instauración del Código de Procedimientos en vigor. Voto por lo tanto, afirmativamente la primera cuestión propuesta...”.

Como resulta del claro texto, esto de conceder algún valor a las manifestaciones de los imputados ante la policía, o – mejor – fuera del marco donde está prevista su declaración rodeada de todas las garantías propias del debido proceso legal, constitucional y convencional, no es un vicio nuevo.

El Tribunal a quo no ha cometido la tropelía de citar esa espuria pieza en el capítulo de la autoría y – en rigor – debió haberla eliminado del material que llegaba vívido al juicio.

En más de una ocasión se advierte que es la incapacidad de los funcionarios a cargo de la investigación que los lleva a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

usar estos ilegales atajos en la pretensión – por cierto propia del Santo Oficio – de que mediando confesión, el caso está resuelto.

No es así y en la investigación presente esto ha quedado de resalto por el modo en el que S. es vinculado a esta causa – que no es otra cosa que el singular testimonio de C.I. – y las prolijas y concienzudas peritaciones llevadas a cabo por la investigación científica”.

Con esto dejo absolutamente claro que soy sensible a los límites de la norma que se tacha de inconstitucional pero entiendo que en la sub lite no se han ultrapasado esos límites y –de tal suerte– una declaración de inoponibilidad de esas adquisiciones como la que se pide resultaría excediendo la razonabilidad.

Digo inoponibilidad porque ese es el menor efecto que se logra cuando se ha probado que se han obtenido presuntas afirmaciones de un imputado en un contexto diferente a aquel que el rito le ha destinado para que –en el más amplio marco de su ejercicio de los derechos constitucionales de que dispone- formule todas las manifestaciones que quiera hacer advertido de su derecho a callar sin que esa acción pueda ser considerada presunción en su contra. Naturalmente excluyo todo otro modo soterrado o coactivo, manifiestamente ilegal y claramente constitutivo de delito del funcionario por su redonda oposición a la garantía constitucional y convencional de que a nadie se ha de obligar a declarar contra sí mismo.

Dicho lo precedente, debo recordar que Stella Maris Grizia no resultó imputada tal como lo puso de resalto el a quo en el texto que la propia recurrente colaciona al recurso.

En punto a lo afirmado respecto de la ampliación de la acusación me remito a lo dicho respecto del principio de congruencia y a la calificación que he adelantado respecto de los hechos. Esto importa que en el debate se ventiló un acontecer en el que estaba atribuida ab initio la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

coautoría de todos los imputados y que –en consonancia con ese dato objetivo– he reiterado mi pensamiento en un fallo que la recurrente colaciona pero que entiendo que no resulta atinente a sus propósitos. Por lo demás, la finalidad del debate es justamente la de producir la prueba para determinar la existencia del hecho base de la acusación (pública o privada) y la intervención que pueda predicarse de los acusados en el mismo, lo que –en el caso– importó el descubrimiento de que el verdadero rol del imputado Moreno fue el de perfeccionar el apoderamiento y provocar los resultados de autos a que me he venido refiriendo.

Me remito también a lo dicho respecto de la alegada violación del principio de congruencia al mutar de inciso del art. 80 C.P. la subsunción del hecho y al denunciar la errada aplicación del que anida en el 7°, agravio que –ciertamente– considero enjugado por la actuación del Particular Damnificado al inicio del juicio del modo como lo he reseñado con anterioridad.

Cabe también desechar el agravio relativo al modo como –en la audiencia de debate– se produce la sindicación por parte de Carolina Píparo de su agresor. En efecto, esa adquisición probatoria del a quo que –inmediación mediante– laudó por la absoluta credibilidad de los asertos de la víctima, resulta irrevisable por este Cuerpo.

En efecto, si esa prestación se ha exhibido como completamente veraz, sostener lo contrario, si no se demuestra por qué ese aporte ha sido falso o errada la ponderación que del mismo ha hecho el a quo, importa nudo voluntarismo. En todo caso, es deber de quien lo controvierte demostrar ambas circunstancias.

Advierto que en el caso dicho aporte fue central para exonerar a una persona a la que se vinculó con el hecho desde el inicio de la investigación y que –a estar a las conclusiones de los jueces del juicio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

(que recogieran la propuesta de los acusadores)– nada tuvo que ver con el mismo.

Respecto de la recurrencia a la analogía in malam partem me remito a lo dicho en punto a la calificación propuesta.

En el recurso a favor de Carlos Jordán Juárez, el Dr. Antonio Francisco Pisano niega valor convictivo a toda la prueba que enarbola el fallo.

Si bien el primer elemento que enlista el a quo a su respecto en la cuestión segunda del veredicto es aisladamente irrelevante (las adquisiciones del sistema Vaic), no lo es en el conjunto que ha construido el mismo. Más claramente: al hartazgo hemos criticado el método de desbrozar un conjunto probatorio en sus partes con la pretensión de que ninguna de ellas indica a una persona. El caso es que cuando se compone prueba, es el sentido unívoco de los elementos que se enlistan el que torna a cada aporte probatorio tributario de un conjunto unívoco, en inequívoco elemento de cargo. Univocidad e inequívocidad signan así los elementos tradicionalmente asociados a la prueba presuncional que –partiendo de la comprobación de hechos ciertos, los indicios– permite seguir de cada uno de ellos un consecuente coherente y congruente que integra con los demás ese todo del que hablo.

Es claro que el perito se refiere a situaciones estándar en las que es posible que las líneas analizadas tengan más de un mes de existencia pero en el caso de autos –en el que la contratación inmediatamente anterior al hecho se yergue como otro elemento cargoso indiscutible– es claro que no se podrá hacer un análisis retrospectivo de ese rango temporal, pero el tratamiento del a quo de la versión del técnico es impecable.

En efecto, ese tratamiento a que aludo lo desarrolla el fallo a partir de la foja 4221 del principal y –en lo que se refiere



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

a Jordán– en la operatoria que se detalla a partir de la foja 4223 vta. y que omito transcribir en honor a la brevedad pero que sintetizo señalando que surge de uno de los aparatos secuestrados en el acto que inicia la causa un contacto “Gordo Carlos” que no es otro que Juárez. Así se busca cuáles contactos no eran de este medio y se colige razonablemente que éste imputado era quien usaba tanto el Nextel como el terminado en 4592 a nombre de Calvimonte. El perito habla de certeza. Y vaya si la hay cuando además de haber sido dados de alta dos días antes del hecho, tras el mismo dejan ambos de operar.

Los mensajes que lo vinculan directamente con el delito son harto claros en su valor incriminante (también a Luciano y a Juan).

Así se vincula a Silva y a Juárez como provenientes de la zona oeste, ambos portadores de otros tantos aparatos que el perito discrimina y que cruzan comunicaciones con los sindicatos como operados por Juan. Así es como confluyen todos esos aparatos el día del hecho en la zona de la entidad bancaria de referencia en esta causa y en horario en que comenzara el hecho (fs. 4226 del principal).

El seguimiento es exhaustivo y demuestra cómo, perpetrado el hecho, aquellos que venían de zona oeste inician el regreso a esa región y los de este medio a la propia. A fs. 4227 vta. se da cuenta de los numerosos contactos establecidos entre el aparato de Juárez y los demás conjurados, destacándose por su número los mantenidos con Calvimonte (36 el día del hecho) y sólo cinco con López que es con quien comparte la tarea del abordaje del sujeto pasivo. También entre Silva y Juárez el día del hecho – 21 - y el silencio de radio tras el mediodía del infausto hecho.

No puedo de tal suerte acompañar al Dr. Pisano en sus magras deducciones y sus críticas a las grietas del sistema de rastreo de comunicaciones que –por lo demás– es de público y notorio que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

constituye un fiable modo de ubicar a los usuarios en tiempo y espacio maniobra delictiva. Se pretende que porque haya salido antes que la víctima no puede vinculárselo con la empresa delictiva cuando justamente la labor es radiar la descripción de las personas y el vehículo en que se desplazan para asegurar el seguimiento de quienes van a abordarlas para desapoderarlas.

El veredicto enlista al testigo al que razonablemente no he seguido conforme lo propusiera el Dr. Ritter pero luego refiere justamente los dichos del representado de este Defensor que sindicó claramente a Juárez como eje de las comunicaciones del grupo lo que –como se adelantara– también resulta del sistema VAIC.

También vincula –computando comunicaciones mantenidas entre ellos- a Juárez con Silva y Calvimonte, miles en el primer caso y cientos en el segundo, bien que en un lapso de tiempo de varios meses.

No ha atacado el recurso la nutrida prueba que lo pone en situación de ser quien convocara a los intervinientes, especialmente Silva que dijo haber sido llamado por éste. Ya en los prolegómenos del hecho, ha sido López quien lo pone a cargo de los ajustes de logística.

Por lo demás, si los jueces de los hechos han laudado por la credibilidad de algunos testigos, no lo han hecho cuando este imputado hablara y se mostrara esquivo e impreciso en todas las que fueran sus explicaciones de los comportamientos que le fueran atribuidos. Este desenvolvimiento es necesariamente contrario a sus intereses puesto que – llamado a evacuar sus citas– fracasó estrepitosamente. Sin embargo proveyó el claro indicio de oportunidad y lo extendió generosamente a Silva y Calvimonte. El vigente sistema de libertad probatoria como la evidencia de que no se ha mancillado siquiera ninguna de las garantías del debido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

proceso respecto de ninguno de los individuos llevados a este juicio, ha hecho el resto.

No es del caso que uno sostenga que los declarantes se imputan recíprocamente y que ello no debe ser relevado en el análisis de la prueba de cargo. El caso es que –disponiendo del derecho de callar– algunos han preferido no utilizarlo y –en sus prestaciones– han demostrado los lazos que los unían aún cuando han pretendido que con significación menor o directamente irrelevante penalmente.

Es claro que ello no puede ser despreciado sin conceder que hacerlo sería propio de una candidez rayana con la estulticia en la evaluación de los relatos de encartados comprometidos en una maniobra compleja que ha sido descubierta en su totalidad.

Los elementos se entrecruzan y entonces es claro que Calvimonte pretende eludir la investigación fugando a Ciudadela donde es detenido y al que se le secuestra un celular y recortes periodísticos de la macabra acción que encararan.

Así el fallo cruza los dichos de Calvimonte con López quien claramente acepta que las acciones que aquel proponía y en las que –a lo menos en ésta– tomara parte, eran hechos realizados con armas. En esta parte me remito a lo dicho respecto del modus operandi así como del anodino comportamiento del a quo respecto de la imputación que los acusadores enarbolaban respecto de la asociación ilícita que –con argumentos que juzgo sólidos– predicaron del grupo juzgado.

La prueba en contra de López es también sólida en lo que se refiere no sólo al rol de conductor del ciclomotor donde se desplazara el ejecutor sino –sobre todo– a los momentos posteriores al hecho en que pretendiera eludir la investigación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Así llegan al fallo las llamadas de Calvimonte para que se desprendieran del ciclomotor y así es cómo se conocen los roles desarrollados tanto como la ajenidad de uno de los sindicatos desde el principio a quien se exonera de inmediato. También la estrecha relación de éste con Luciano López.

Este dato se consolida con la relación laboral de ambos en la marmolería de Berisso, lo que conjuga con el contenido del dato que anónimamente desencadena el primer allanamiento a que me he referido y que sindicaba a los dos condenados como nativos de esa Ciudad.

Este recorrido lo es por los principales vínculos probatorios que demuestran el concierto de todos los encartados y que –en el fallo– se reproducen en innumerables otras adquisiciones menores pero igualmente unívocas e inequívocas y que omito en honor de la brevedad cuanto por la manifiesta infertilidad de los modos por los que las defensas particulares han pretendido destruir el complejo probatorio que el fallo ha elaborado.

El Dr. Pisano también resiste el fallo en cuanto condena a Juárez por el hecho que damnificara a Beatriz Inés Espinoza. La crítica es insuficiente puesto que se limita a proponer un modo diverso de interpretación de lo ocurrido (que para colmo no es lo acreditado en autos por los jueces) sin demostrar dónde radican los errores lógicos o jurídicos del fallo.

Más claramente, dice que los testimonios de los esposos deben ser considerados uno sólo por la comunidad de intereses. A partir de este dato irrazonable (que dos testigos sean contestes en sus afirmaciones no los transforma en un solo testigo) pretende que no existe prueba ni de la materialidad ni de la autoría a despecho de la presencia de Juárez en el Banco del que extrajera la aludida la suma que le fuera sustraída y que –además– le fue reclamada en la exacta cantidad que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

pidiera en la entidad bancaria. Por lo demás, que para el a quo (como para los acusadores que lo consintieran) no medie prueba respecto de otros encartados que en el hecho fueran exonerados, no comunica a Juárez esa inconsistencia probatoria que –en rigor– es nudo voluntarismo del recurrente. Debe ratificarse la condena.

A la prueba de la intervención de López en el hecho me he referido con anterioridad. Cabe ahora abordar los elementos que arrima la crítica de su Defensora Particular Dra. Claudia Elizabet Fernández.

La aludida profesional reclama en primer lugar pena divisible sin argumentar respecto de la imputación que le fuera formulada al representado y sin controvertir la constitucionalidad de las penas perpetuas con la sola referencia a la existencia de atenuantes. Más allá de lo que habré de proponer respecto de las penas que se revisan en esta instancia (que a mi juicio deben ceder por mutar la tipicidad de las conductas analizadas y consecuentemente sus sanciones) el planteo exhibe notoria insuficiencia. En efecto, sin postular el cambio de la calificación que sostuviera el fallo por alguna razón, la única pena que el Código Penal contempla para esas figuras es la pena perpetua.

La alegación de que una escucha telefónica realizada previa intervención de la línea debe desecharse es idénticamente infértil y pedestre. Justamente esa decisión judicial brinda legal acceso al tráfico de comunicaciones de la línea intervenida.

La devastación que hace de su representado no se condice con el desempeño de la maniobra que el fallo le asigna y que – para nada– compromete áreas especiales de imputación ni conocimientos cualificados. Reclama se le asigne una imputabilidad disminuida en virtud de lo que señala sería escasa complejidad personal. Acepta que ya se ha pronunciado sobre el punto la Asesoría Pericial local. El razonamiento es



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

inatendible por infundado. Mucho más allá de que no se ha demostrado siquiera el menor compromiso de la posibilidad de comprensión de la criminalidad del imputado, todos superaron –además– el baremo de capacidad para estar en juicio.

Respecto de la imputación de aborto me remito a lo dicho.

También a lo resuelto al denegar la prueba que –por inopia– reclamara oportunamente.

La acreditación de la intervención de López no se abastece únicamente de los dichos de Leguizamón que sólo interactuó con Moreno. Respecto de todo lo que el fallo enlista y acabo de sintetizar, el recurso no dice nada. Es notoria su insuficiencia.

Como es sabido, el remedio de casación no sólo debe motivarse sino –además– fundarse, esto es, demostrar dónde radica el error lógico o legal del fallo, lo que en este recurso brilla por su ausencia. Me remito a lo dicho respecto de la calificación de la conducta de Moreno, en la que he tratado la de este imputado.

En punto al recurso a favor de Juan Manuel Calvimonte debo decir que en gran parte habré de remitirme a lo dicho. Ello porque el firmante –Dr. Oscar Horacio Casalla– remite sin hesitación a los recursos ya tratados de los defensores oficiales Vigorelli y Ritter.

Así alude al allanamiento, a la supuesta denuncia anónima, a la ajénidad del sistema de comprensión que propone el autor alemán Roxin y a la calificación de los hechos. Me remito a lo dicho en todos esos tópicos.

En relación al agravio por la aplicación de la calificante alevosía, y enterado en el acuerdo de lo expresado por el Dr. Carral, adhiero a su voto en lo pertinente por compartir sus fundamentos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Para finalizar mi sufragio, y en todo cuanto ha sido motivo de agravio entiendo que a partir de las consideraciones vertidas respecto de las calificaciones legales que corresponde asignar a los eventos delictivos en estudio y en función de las evaluaciones formuladas en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, resulta menester asumir en la especie competencia positiva por razones de economía procesal. Así, y haciendo lugar parcialmente a los recursos de casación traídos acogerlos con el alcance indicado, y en definitiva condenar a Carlos Fabián Moreno a la pena de veinticinco (25) años de prisión, accesorias legales y costas; a Miguel Ángel Silva a veintidós (22) años de prisión, accesorias legales y costas; a Juan Manuel Calvimonte a veintitrés (23) años de prisión, accesorias legales y costas; a Luciano Leonel Mario López a veintitrés (23) años de prisión, accesorias legales y costas, y a Carlos Jordán Juárez a veinticuatro (24) años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12, 19, 29 inciso 3º, 40, 41, 42, 44, 45, 54, 55, 80 inciso 7º, 85 in. 1º, 166 inciso 2º, párrafos segundo y tercero y 167 inciso 2º del Código Penal; 210, 373, 448, 450, 451, 454 y 459 del Código Procesal Penal) y a esta primera cuestión VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I. Siguiendo el orden de examen propuesto desde el voto que lidera el acuerdo, corresponde inicialmente el abordaje del agravio -común a muchas de las defensas- que embate contra la sentencia argumentando para ello la violación al principio de congruencia y consecuentemente la afectación a la garantía de la defensa material en juicio.

Los antecedentes vinculados a este agravio han sido suficientemente reseñados en el voto que precede. Ingresando en su examen adelanto que, por compartir en lo sustancial el razonamiento de mi distinguido colega de Sala, he de adherir a la propuesta de su rechazo,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

especialmente a partir de las consideraciones efectuadas en punto a la ausencia de afectación concreta al ejercicio de la defensa, aún cuando para la solución que habré de proponer -en punto a la significación jurídica de los sucesos- esta cuestión solo ha de tener incidencia respecto de la situación del imputado Moreno.

En pronunciamientos anteriores he tenido ocasión de abordar la correcta -a mi modo de ver- intelección que corresponde asignarle a las facultades del tribunal para “decir el derecho” sin afectar con ello la defensa en juicio ni los principios cardinales del sistema acusatorio. (Sala III, Causa 12.253 -Reg. Presid. 42.621- “Altamirano, Lucas Nicolás s/Recurso de Casación”).

En mi parecer, la libertad de la que goza el tribunal para decidir la significación jurídica de los hechos que dan sustento al veredicto condenatorio debe respetar la regla que se expresa como principio de correlación entre la acusación y el fallo en la medida en que resulta ser una manifestación de la garantía de defensa en juicio, dado que el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla de congruencia el ámbito máximo de decisión del fallo penal.

Desde ese andarivel, no puede pasarse por alto que la estrategia de la defensa debe quedar en posición de ejecutarse respecto de todos aquellos aspectos relevantes del hecho, muchos de los cuales sólo pueden individualizarse con referencia a la calificación jurídica. Esto lleva a la necesidad de reconsiderar la interpretación del objeto sobre el que debe recaer la congruencia y superar los límites de las posiciones doctrinarias que la han acotado a una versión estrictamente “fáctica”, debiendo conceder una interpretación a tono con la razonada por nuestro máximo intérprete constitucional en “Casal” pues, en rigor, el objeto procesal puede ser definido como un factum derivado de una correlación entre hecho



y derecho. (Fleming, Abel y López Viñals, Pablo; Garantías del Imputado, Rubinzal Culzoni, Editores, pág. 518. Sta Fe. 2007)

En palabras prestadas del Profesor Maier, se puede sostener que la congruencia exigida, para resguardar el contradictorio, impide introducir elementos nuevos sobre los cuales no haya podido defenderse el imputado, a quien se le debe garantizar la posibilidad de alegar y probar todo aquello por lo que antes no fue acusado y que determina su responsabilidad, toda vez que una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos. (Derecho Procesal Penal, T.I., pág.569)

Desde este enfoque, en lo que hace a decisiones que no comprometan la defensa en juicio, no observo un yerro en la calificación jurídica finalmente escogida por el tribunal de la audiencia si para ello se tiene en cuenta el sustrato fáctico de imputación, la naturaleza de las conductas reprochadas, los bienes jurídicos en los que se enmarcan las prohibiciones en juego y la equivalencia de la pena en expectativa para cada una de esas figuras.

En primer lugar, puede verse, tal como lo explica el doctor Sal Llangués, que el Tribunal ha quedado vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos. Esto tiene especial relevancia porque la subsunción típica finalmente recaída, más allá de las consideraciones del tribunal sobre los criterios de desplazamiento de otras figuras, contiene, en la estructura de su faz subjetiva, elementos distintos del dolo, que remiten en este caso a especiales elementos de la autoría, por cuanto no sólo es suficiente que el autor haya obrado con conocimiento de desplegar un actuar con riesgo letal sino que además su conducta haya sido dirigida hacia la concreción de una finalidad específica, que en el caso de la figura del art. 80 inc. 7 del C. Penal, viene dado por la circunstancia de que el homicidio es finalmente o causalmente conexo, conforme la descripción que se prevé en la prohibición citada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

El factum de imputación incluyó esta circunstancia desde el mismo inicio de la audiencia de debate, tal como puede leerse del acta que documenta los lineamientos de la acusación, especialmente la atribuida desde el particular damnificado.

En segundo lugar, no resulta un dato menor que la calificación jurídica finalmente recaída ha sido modulada sobre la base de la homogeneidad del bien jurídico atacado respecto de la significación jurídica pretendida desde la acusación. Señalo este particular, porque esto hace a una de las notas distintivas respecto de decisiones anteriores en las que he considerado una afectación del derecho de defensa, conforme los precedentes que señalan algunas de las presentaciones de los distinguidos defensores ante esta instancia, pero que no resultan de aplicación al caso bajo examen.

En tercer lugar, las diferentes figuras del art. 80 que puedan resultar del factum de la acusación, contienen una misma pena en expectativa, razón por la que tampoco se advierte perjuicio para la defensa en el tratamiento finalmente brindado por el tribunal de la instancia.

En conclusión, no puede afirmarse que la defensa se haya visto obligada a aventurar discusiones que no le fueran planteadas, ello ante la eventualidad de que el tribunal sentenciador decidiera apartarse hacia una calificación más gravosa, vale decir no ha sido emboscada en su tarea. Es que la necesaria correlación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras respecto de la decisión de veredicto y sentencia del tribunal de la audiencia implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una decisión congruente con dicha pretensión; lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal.



De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación, veredicto y sentencia, debe venir dado no sólo por la verificación de que los imputados han tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden.

Confrontando estas exigencias, tanto el veredicto como la sentencia han mantenido la identidad esencial de los hechos sobre los que recayera la acusación y una homogeneidad en la calificación jurídica, atribución de la que los acusados estuvieron impuestos e informados suficientemente de modo que han podido ejercer su defensa sin restricción alguna.

Por lo expuesto, reiterando mi adhesión a los fundamentos del doctor Sal Llargués sobre este tópico con más los agregados razonados, el motivo de agravio no progresa.

II. Continuando con el tratamiento de los agravios y siguiendo el orden abordado en primer término, corresponde ingresar en la puesta en crisis del rol atribuido en el veredicto a la conducta desplegada por el imputado Silva.

Tal como se identifica desde el primer voto, la defensa oficial de Silva parte en su fundamentación desde el reconocimiento que el propio imputado ha efectuado de su intervención en el hecho bajo examen, proponiendo -como solución aplicable- que el rol del nombrado sólo puede encuadrar en la participación secundaria en un robo en poblado y en banda.

A un lado la significación jurídica por la que, a mi entender corresponde atribuir responsabilidad a Silva, voy a coincidir con el voto del doctor Sal Llargués en que se verifica un supuesto de coautoría. La



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

intervención decisiva en la etapa de ejecución deja afuera toda posibilidad de encuadrar la intervención bajo la modalidad de complicidad.

El veredicto ha examinado con parejo detalle la conducta desplegada por cada uno de los intervinientes en el hecho, distinguiendo cuál ha sido su rol, la calidad de su contribución y especialmente la distribución de funciones que fueran previamente planificadas (Cfr. fs 4219/4221 del ppal, todo lo cual encuentra suficiente corroboración en el caudal probatorio disponible y no cuestionado).

En lo que respecta a Miguel Ángel Silva -apodado Pimienta- el veredicto lo ubica como quién "...selecciona a Carolina Píparo en momentos en que efectúa la extracción de dinero" (fs 4219vta). La defensa pretende que ese rol de "marcador" debe ser estimado como un aporte cuya naturaleza no hubiera comprometido la realización exitosa del plan común y desde ahí postula la participación secundaria.

Es cierto que la delimitación del rol de coautor ha derivado en posiciones encontradas en doctrina si se tiene en cuenta que a partir de reconocidos trabajos se ha sostenido que quien es co-titular de la decisión conjunta del hecho es coautor aun si su aporte es sólo de auxilio en la etapa preparatoria (Welzel, Bockelman); no obstante en mi parecer esta solución no resulta aplicable en el ordenamiento nacional desde que el art. 45 señala esta característica para aquellos que tomasen parte en la ejecución del hecho, por cuanto, en rigor, el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho, y el criterio en esos casos no puede depender de aspectos eminentemente subjetivos.(A un lado los supuestos de autoría mediata, que no son del caso)

El veredicto señala acertadamente la división de trabajo acontecida. La esencia de esa interacción delimita la coautoría únicamente si se da en el contorno de la fase ejecutiva.



Resulta crucial entonces explicar en este análisis las razones por las cuales, tanto Silva como los consortes de causa que han colaborado en la tarea de escoger la víctima y transmitir esa información esencial, ingresan en el hecho con un aporte que ha de considerarse ya como principio de ejecución del apoderamiento ilegítimo.

Tal como lo ha razonado el doctor Sal Llargués, importa en este caso reconstruir el plan concreto llevado adelante, entendiendo por tal el cómo de la realización típica.

En este sentido, más allá de las controvertidas discusiones acerca del linde entre actos preparatorios y principio de ejecución, entiendo que el segmento de realización, y con ello el ámbito de la posible coautoría, ha de extenderse más allá de la realización formal del tipo, a todas las modalidades de conducta que junto a ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable.

Para esto es necesario trabajar sobre la reconstrucción de lo acontecido en la realidad a partir de evaluar el sentido unitario del proceso que se ha dado en el caso concreto.

Esto no significa dejar librado a la arbitrariedad del juzgador la delimitación de la fase ejecutiva, porque hay un límite insoslayable que viene dado por la proximidad inmediata de lo simultáneo en sentido mensurable, una inmediatez que adquiere sentido a partir del examen integral de la acción.

Aquí cobra especial relevancia la acreditada planificación y actuación de los intervinientes en el hecho, corroborada con suficiente base probatoria en la descripción del veredicto. Coincido con el doctor Sal Llargués en que el único aspecto controvertido en relación a la conducta de Silva, en punto a si también estuvo en el escenario donde se desencadenó el apoderamiento y disparo del arma de fuego, no resulta dirimente porque la fase ejecutiva comienza antes, de modo que, duda



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

mediante en cuanto a lo consignado por el testimonio de Watylik, en nada cambia la fase en la cual intervino.

Puede verse entonces que desde que Silva selecciona a la Sra. Píparo en momentos en que efectuara la extracción del dinero en efectivo, el sujeto pasivo permanece siempre controlado en sus movimientos hasta que, conforme lo planificado, se concreta el apoderamiento ilegítimo. En ese devenir, van realizando sus contribuciones Carlos Jordán Juárez, reforzando la marcación; Juan Manuel Calvimonte como nexos con las personas que debían ejecutar el tramo final del plan (así bien lo explica el veredicto) a lo que agrego que era además quien daba las órdenes a aquellos que debían consumir el apoderamiento, indicando además las características físicas y del vehículo en el que se movilizaban las víctimas. (cfr. fs 4219vta; 4234, del ppal.)

Así, sin solución de continuidad, la Sra. Píparo y su madre, quien la acompañaba en la ocasión, fueron seguidas hasta su domicilio donde los dos individuos que se movilizaban en moto (Luciano López y Carlos Fabián Moreno) las abordaron.

Cómo se ve, la aportación de la “marcación” del sujeto pasivo en un contexto de inmediatez con la concreción del apoderamiento cambia el sentido de la conducta, cuya significación en caso de ausencia de esa proximidad encuadraría posiblemente en un contexto de participación, a mi modo de ver de naturaleza necesaria. (vgr. Aquél que proporciona un dato sobre el cobro futuro de una suma de dinero en determinado lugar)

El desarrollo integral de la acción, con plurales intervenciones, cada una de ellas conectadas en inmediatez y con aportes trascendentes en la división de trabajo, da sentido unitario a estas aportaciones que bien pueden considerarse imbricadas de tal manera que el abandono de cualquiera de ellas hubiera puesto en serio riesgo la



concreción del plan, ello a contrario de las consideraciones que el Señor Defensor esgrimiera para su punto de vista sobre la entidad del aporte de Silva.

Con ello concluyo que la proximidad con la realización típica del apoderamiento, de acuerdo al plan concreto concertado y llevado adelante, permiten fundamentar un sentido unitario e inescindible en relación a la acción que describe el verbo típico del apoderamiento y por tanto la intervención en la ejecución del hecho de todos y cada uno de los aquí imputados.

III. Sentado el rol de intervención de los encausados y continuando el mismo orden de tratamiento propiciado por mi colega de Sala, habré de ingresar en el examen respecto a la significación jurídica que corresponde asignar a los hechos probados conforme el grado de intervención de los imputados.

III. a. Para una mejor inteligencia de esta propuesta he de referirme inicialmente a aquello concerniente al conato de homicidio que damnificara a la Sra. Carolina Píparo, considerando a su vez que no se encuentra en discusión la acreditación material como la intervención de los imputados en el injusto que afectara la propiedad.

Partiendo en el examen de la consideración que la acción emprendida por el ejecutor del disparo de arma de fuego sobre la humanidad de Carolina Píparo se corresponde con una conducta que conlleva un riesgo propio de homicidio, por cuanto se ha acreditado que se descerrajó un tiro desde una distancia menor a cincuenta centímetros dirigido hacia el rostro de la víctima, siguiendo el proyectil una trayectoria que atravesó el mentón e ingresó en el hemitórax derecho lesionando la cavidad pulmonar y otros órganos, en tanto desde el plano subjetivo ese conocimiento se infiere a partir de las circunstancias mismas de la utilización del arma de fuego que se sabe cargada y apta para cumplir su finalidad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

La conducta del imputado Moreno, ejecutor del disparo, tal como es narrado en el veredicto y en línea con lo postulado desde la acusación, se da en el marco de la última fase de la trama planificada, esto es, tras abordar a las personas que llevaban consigo la suma de dinero momentos antes extraída de la entidad bancaria.

Sobre este punto acuerdo con el veredicto y sentencia de la instancia, ratificado en este aspecto por el voto que antecede, en cuanto a que la calificación jurídica que corresponde a la subsunción de este hecho debe ser estimada en la de la figura conocida en doctrina como “homicidio criminis causae”, en grado de tentativa por cuanto la víctima salvó su vida a partir de la exitosa intervención profesional, sin embargo, adelanto que en base a esa calificación debe responder sólo Moreno en carácter de autor.

La sentencia destaca la reconstrucción de lo acontecido en ese tramo del suceso, tras relevar los testimonios de Trebec, Muñoz, Centurelli, Nora Pacheco, Commetta, las placas fotográficas que ilustran los restos del trozo de correa y remaches de la cartera hallados en el lugar del hecho, también observados por testigos que así lo indicaron en oportunidad de la diligencia de reconstrucción practicada. (fs. 4266vta.)

En este sentido, coincido con el análisis del veredicto respecto a que quien tenía a su cargo este tramo final de lo planificado y debía consumar el apoderamiento se enfrentó con alguna complicación que decidió “resolver” efectuando un disparo con el arma que portaba como instrumento para ejercer violencia e intimidación.

Esa forma de resolver las dificultades en la consumación y asegurar así el resultado de la maniobra fue asumida por Moreno tras golpear varias veces con la empuñadura del arma sobre la cabeza a Carolina Píparo. La conexión final, como intención trascendente, se vincula con la necesidad de consumar y asegurar el resultado y va en una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

escalada de violencia sobre la víctima, inicialmente a través de los golpes con el arma y concluye con el disparo de arma de fuego para eliminar la nula resistencia que podía ofrecer la víctima y despejar el eventual entorpecimiento en la huida del escenario de los hechos que, tal como se señala en la sentencia, lo encontraba apremiado por la cantidad de personas que, a plena luz del día, se encontraban próximas y alertas a lo que acontecía.

En respuesta al agravio de la defensa de Moreno, en cuanto a las exigencias propias de la significación jurídica asignada a los hechos por los cuales fuera responsabilizado, vale aclarar que yerra en su argumentación al pretender asignar la interpretación por la que el homicidio agravado “*criminis causae*” requiere siempre en forma previa una preordenación o meditada reflexión. Por el contrario, la exigencia de la conducta incriminada se ciñe a que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, resultando que será suficiente una decisión, que puede darse incluso súbitamente, siempre que concurren los motivos antes señalados.

Hasta aquí coincido en la apreciación tanto con el tribunal de la audiencia como con el razonamiento que exhibe sobre el punto el voto del doctor Sal Llargués.

He de apartarme en la consideración de cómo debe ponderarse la relación de los otros sujetos que co-actuaron en el apoderamiento, debiendo establecerse, en mi entender, una diferenciación de éstos respecto de la situación de Moreno, al menos, en relación al supuesto agravado asignada a la tentativa de homicidio.

Si bien es cierto y comparto lo señalado desde el primer voto en punto a la acreditación de que todos los imputados conocían la circunstancia y características de una de las víctimas (embarazo muy notorio) ciertamente quien portaba el valor extraído, que por la forma en que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

se pudo reconstruir la planificación es razonable inferir el conocimiento de la utilización de un arma de fuego y de su capacidad letal, de lo que es dable colegir el conocimiento de que su utilización podría derivar en un homicidio, es tarea necesaria desentrañar el vínculo entre el fenómeno natural y el psíquico, aspecto que sí reclama el homicidio agravado por la causa.

Al respecto no observo, en la sentencia, el razonamiento que permita explicar, más allá de una desguarnecida apelación reiterada a la “coautoría”, de qué manera influyeron los otros sujetos actuantes en la decisión del ejecutor (Moreno), mucho más cuando esa decisión surgió de forma súbita a partir de las contingencias en la concreción del robo que se describen en el mismo veredicto.

Esto no significa que no sea posible una hipótesis de coautoría en la figura del art. 80 inc. 7 del C.P. para quienes no hayan ejecutado de propia mano el homicidio, en tanto es posible que esta decisión pueda ser prevista como necesaria a los fines de la comisión del delito conexo o en su caso, inclusive, ser asumida en el lugar de los hechos como una resolución conjunta.

La probada planificación para el apoderamiento, aun considerando la asunción eventual de un homicidio en razón del arma de fuego a utilizarse, no alcanza para tener por abastecido el dolo directo y la ultrafinalidad que da razón a la agravante del homicidio en los términos del art. 80 inc. 7 del C.P. y la sentencia se encuentra, en mi parecer, ausente de fundamentos en este punto respecto a quienes no estuvieron en el escenario de los hechos en el momento en que se desencadenó el tramo fáctico que derivó en la determinación de matar para asegurar el robo, decisión asumida exclusivamente por quien efectuó el disparo.

De cualquier modo, esto no implica que el resto de los imputados no deba responder por el conato de homicidio, sino que, el reproche a su respecto deberá ser reconducido a la figura del complejo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

normativo del art. 165, por ausencia de las notas subjetivas que se exigen para el homicidio agravado; no obstante, si el robo calificado ha sido consumado y el homicidio ha quedado en grado de tentativa, corresponderá la disolución de esta figura compleja.

La delimitación entre la aplicación de la figura del art. 165 y la que prevé el art. 80 inc. 7 en esta modalidad de casos como el que nos ocupa ha sido, y sigue siendo, altamente controvertida.

Es que en nuestra legislación la coexistencia de ambas figuras, de aparente superposición, reconoce orígenes distintos. La figura del homicidio en ocasión de robo del art. 165 registra su fuente en el Código Penal español de 1850, originalmente plasmada en el art. 425 inc. 1°, configurando luego la prohibición del art. 501 inc. 1 del mismo texto legal, en tanto la prohibición del art. 80 inc. 7 es una derivación del Código Penal Italiano de 1889 (art. 366). En cualquier caso, en las legislaciones que sirvieran como fuente de inspiración a la nuestra no han coexistido figuras de la naturaleza que se encuentran receptadas en el homicidio con motivo u ocasión de robo y el homicidio *criminis causae*. No obstante, apunta Simaz, en el viejo continente se verificaba que el Código Alemán de 1871, con sus sucesivas reformas, contemplaba la doble vía (§211 y §251), aunque en rigor, actualmente la figura del §251, robo con resultado muerte, requiere en su adecuación “temeridad” (imprudencia grave), tal como así lo aclara el profesor Sancinetti, con una previsión de sanción de hasta 15 años de prisión. (Los proyectos argentinos de 1891 y 1906 también establecían este sistema de distinción).

Esta aparente superposición entre los artículos 80 inciso 7° y 165 del Código de fondo, obliga a buscar una interpretación para que ambas reglas convivan en el mismo sistema normativo. Sabido es que el tipo penal del artículo 165, eslabona las conductas del robo y homicidio, resultado este último que puede producirse tanto al comienzo de la ejecución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

del robo, durante el decurso de la acción, o luego de cometido, para procurar la impunidad.

Vale decir que, en casos donde aparecen entrelazados el robo y el homicidio, la faz objetiva del delito puede resultar aparentemente típica con respecto a ambas figuras a la vez.

No obstante, no es posible considerar que el legislador ha superpuesto, en capítulos diferentes, dos tipos incriminatorios idénticos, pues ello supondría un absurdo jurídico. Por ende, las figuras de los artículos 80 inciso 7° y 165 deben responder a parámetros de protección predeterminados de modo tal que su aplicación resulte excluyente.

Ya desde que integrara la Sala III he coincidido en la interpretación que concluía en que la diferencia entre el homicidio en ocasión de robo y el homicidio "criminis causae" pasa (si las dos figuras poseen una materialidad objetiva prácticamente idéntica, si las dos son dolosas y en ambas gravita el "motivo" de la muerte) por la modalidad exclusiva de dolo directo a la par de la conexidad (final o causal) con el otro delito, exigencias propias y singulares del homicidio agravado por la causa del art. 80 inc. 7 (Sala III del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires -voto del doctor Violini en Causa N° 3.695 (Reg. de Presidencia N° 15.282- "Castro, Cristian Maximiliano s/ Rec. de Cas.", rta. el 30-12-2008; Causa N° 3.096 (Reg. de Presidencia N° 13.264) "Camacho, Diego s/ Rec. de Cas.", resuelta el 15 de septiembre de 2009; Causa N° 7.003 (Reg. de Presidencia N° 25.523) "Santillán, Sergio Adrián s/ Rec. de Cas.", resuelta el 5 de noviembre de 2009, entre otras).

A su vez este criterio ha sido el edificado desde la doctrina judicial de nuestro Superior Tribunal de provincia. Se ha señalado, en la causa P. 114.723, resuelta el 3 de octubre de 2012, a través del voto del doctor Soria, "es doctrina del tribunal que la estructura compleja del art. 165 del Código Penal, en lo que hace al resultado de muerte comprenda a más de las conductas generadoras de un riesgo concreto de muerte reconocido por el o los agentes (dolo) –como consecuencia del obrar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

individual o del quehacer común y siempre que por la carencia de la representación especial que reclama la figura del homicidio criminis causa no proceda privilegiar la aplicación del art. 80 inc. 7° del Código Penal, como en el caso se concluyó respecto del coprocesado V. -, también los riesgos más indeterminados en su configuración concreta pero que previsiblemente puedan llevar a ese resultado como consecuencia del robo violento emprendido con armas que se saben aptas y, además, en el caso en condiciones de ser disparadas y de alto poder ofensivo (conf. mi voto en P. 86.527, sent. de 14-XI-2007)".

En el precedente de cita, se cuestionaba la ausencia de acreditación del dolo directo y la ultrafinalidad de uno de los sujetos que había coactuado con el ejecutor del homicidio. A este respecto, luego de señalar la carencia de acreditación de tales extremos en relación a ese sujeto, se sostuvo: "Aun siendo el resultado mortal acaecido, en el contexto de la acción desplegada, uno previsible o "palpablemente esperable" como señala el sentenciante (fs. 2301 vta.), ello justifica su encuadre en la figura del robo con homicidio resultante –en tanto reclama al menos la producción imprudente del resultado mortal-, mas no en la del homicidio criminis causae –con mayor exigencia subjetiva: dolo y especial elemento subjetivo o ultrafinalidad".

Esta interpretación sigue la línea establecida en los precedentes P. 76.557, sent. del 30-III-2005; P. 68.561, sent. del 21-IX-2005; P. 102.106, sent. del 5-V-2010; entre otras, tal como así se señala desde el voto del doctor Negri.

Vuelvo entonces a la evaluación del encuadre jurídico que, respecto del hecho bajo análisis en este acápite, corresponde atribuir a Calvimonte, Silva, López y Jordán Juárez. En punto a ello, cabe destacar que -en el caso sub-examen- el homicidio ha quedado en grado de tentativa, a resultas de lo cual deviene inaplicable la figura del complejo normativo receptado por la norma del art.165 del digesto de fondo.



La disolución de este complejo normativo -dada la no concreción del resultado homicidio- lleva a renacer la concurrencia del robo (en este caso calificado en función de la figura del art.166 inc.2, segundo párrafo) y la conducta de homicidio simple en los términos del art. 79 del C. Penal. El primero de los ilícitos (robo) consumado y el segundo (homicidio) en grado de tentativa.

Resta entonces desentrañar cual es la modalidad concursal que resulta adecuada a las características del supuesto en trato. Si, como antes se anticipara, la figura del art. 165 del Código penal es de aquellas que se denomina “complejas” ya que amalgaman en un único tipo un supuesto de “concurso ideal”, que para este caso se da entre los delitos de robo con armas y homicidio, la no concreción de este último, por causa ajenas a la voluntad del autor, hace renacer el concurso ideal entre la tentativa de homicidio (art. 42 y 79) y el robo con armas de fuego consumado (art. 166 inc. 2 2do. párrafo).

Esta ha sido tradicionalmente la opinión de Rudolphi, seguida entre nosotros por Donna y Goerner, quienes sostienen “...En términos más sencillos de explicar, la única forma de respetar el principio de culpabilidad, consiste en que el resultado muerte aparezca unido al robo como parte de una acción primera y unido a la intención del autor, lo que lleva a aceptar que el art.165 ha contemplado un claro concurso ideal, de dos figuras dolosas...” (Cfr. “Una nueva aportación para la interpretación del art. 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad”, LL-1992-A-p.837).

Luego, por aplicación del plenario dictado por este Cuerpo en Causa N° 36.328 caratulada “Rodríguez, Fabián Andrés s/ Recurso de Casación”, resuelto el 19 de abril de 2013, al cual me remito en honor a la brevedad -y más allá de mi opinión en contrario-, corresponde la aplicación de la agravante del art. 41 bis en el supuesto de la tentativa de homicidio.



La sentencia sostiene que también concurren en el caso las exigencias objetivas y subjetivas del homicidio agravado por alevosía, figura que sostiene desplazada por las consecuencias del concurso aparente que se da respecto de la conducta prohibida por el art. 80 inc. 7, aplicando para ello el criterio de especialidad.

A un lado mi opinión respecto de la aplicación de este criterio de desplazamiento para el caso de estas figuras, la que me veo impedido de profundizar en función de la ausencia de recurso de la acusación y so riesgo de incurrir en una actividad prohibida por la reformatio in pejus, entiendo que la adecuación al homicidio agravado por alevosía es correcta respecto de Moreno, quien -recordemos- ha sido el ejecutor del disparo.

En cambio, esa situación no es predicable en relación al resto de los imputados, por análogas razones a las expuestas respecto del homicidio agravado por la causa. Es que también el supuesto de alevosía, conlleva un mayor contenido de antijuridicidad en función de la orientación de finalidades especiales. Así, pues, calificada doctrina sostiene que en el homicidio alevoso juega un papel importante, junto con la particular comisión externa del hecho, un favor subjetivo personal, debido a que no basta para que una acción sea alevosa, que el autor sólo conozca la situación, sino que en modo especial debe querer aprovecharla, lo que constituye un elemento subjetivo de lo injusto en la calificante (Creus, Carlos, "Derecho Penal Parte Especial", Ed. Astrea, 7ª edición).

Concluyo entonces en que dada la modalidad con la que fue asumido el riesgo de homicidio por parte de los coautores del robo, impide la posibilidad de atribución de una coautoría en el homicidio alevoso.

III.b

Corresponde ahora ingresar en el tratamiento del hecho que damnificara a I. B. También aquí he de disentir respetuosamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

con el razonamiento que con exhaustividad ha sido explicado en el primer voto.

En efecto, la sentencia puesta en crisis ha explicado adecuadamente las razones por las cuales este hecho debe considerarse un homicidio en perjuicio de I. B.

De la cita de normas de jerarquía fundacional, tanto del Bloque Constitucional Federal como de la Carta Magna provincial que efectúa la sentencia (fs. 4270vta/71) se desprende que el sentido primordial del derecho a la vida reside en impedir que el Estado mate seres humanos o legalice la muerte de éstos o de algún modo lo permita. De esta manera el Estado asume dos clases de deberes: el de “respetar las vidas humanas” y el de “proteger las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares”.

A partir de ello hay dos aspectos que ameritan tratamiento. El primero de ellos encuentra sentido en el examen del agravio que embate contra el nexo de imputación establecido entre el riesgo generado por el disparo de arma de fuego y la concreción en el resultado finalmente acaecido (muerte de I.).

Para ello es necesario reiterar algunas precisiones que surgen de las pruebas disponibles, analizadas con parejo detalle en el veredicto.

I. B. nació a las 12.40 del 29 de julio de 2010. Si bien nació sin signos vitales, por ausencia de respiración espontánea, las tareas de reanimación del equipo médico fueron exitosas y luego de unos minutos recuperó los latidos cardíacos. Así lo explicó durante la audiencia de debate la Dra. Graciela Badin, cirujana y emergentóloga del Hospital público Gonnet. En relación al bebé describió que era “de aspecto saludable, de peso 3,400 kilogramos. La gravedad de las lesiones infringidas a la madre fueron las que determinaron el pronóstico sobre la evolución del feto.” (fs. 4206)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En el desarrollo de su exposición explicó que la reanimación se hace siempre que no se encuentren signos vitales a menos que haya signos de muerte intraútero. En este sentido señaló expresamente que "...respondió a la reanimación y no había signos de muerte intraútero" (fs. Cit.).

Asimismo, el veredicto puso de resalto la conclusión de la profesional en cuanto a que "No hay dudas respecto del nexo entre las lesiones en hemitórax derecho de la madre y la evolución del feto, en base a su experiencia y en base a bibliografía internacional las lesiones de la madre fueron determinantes, comenzó a sufrir dentro del útero. Preguntada por la defensa si no resultaba aconsejable la práctica de una cesárea simultánea al ingreso de la madre, la respuesta categórica de la doctora fue: 'en ese caso, no tendríamos ni madre, ni feto. Intentar una extracción fetal sin compensar a la madre significa que ésta no llegue al quirófano'" (fs. 4206vta).

A su vez, María Rosa Toncich, Jefa de Terapia intensiva del Hospital Gonnet, afirmó durante el juicio que "...l. logró tener vida extrauterina", aclarando que nació un jueves y falleció al otro jueves casi a la misma hora (fs. 4208). Coincidió en la causa de muerte que vinculó a las injurias padecidas por la madre y al cuadro de hipoxia derivado de ello.

Por su parte, la doctora Ana María Ceccon, médica pediatra, jefe del servicio de neonatología explicó el procedimiento que corresponde seguir en casos de nacimientos con paro cardiorrespiratorio. Su explicación detalla cómo se siguieron cada uno de los pasos establecidos por protocolo hasta lograr la reanimación y como se estableció -en el caso concreto de l.- una rápida normalización de la frecuencia cardíaca denotando incluso una "coloración rosada muy buena". Coincidió con la versión de la Dra. Adelaida Soria -obstetra que efectuaba el seguimiento durante el embarazo de la Sra. Píparo- en que previo a la hipoxia producto de la lesión de la madre, no tenía ninguna lesión que hiciera pensar que iba a tener algún inconveniente. (fs. 4209vta/4210)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Finalmente, el médico con especialidad en neonatología Eduardo Jorge Brero, quien participara de la operación de autopsia junto con el doctor Rouax en razón de sus funciones en policía científica, explicó -en oportunidad de la vista de causa- los hallazgos constatados durante la diligencia. Coincidió con la opinión profesional del resto de los médicos en punto a la causa de la muerte, agregando en este caso los datos de constatación empírica que lo llevaron a deducir en ese sentido. Sintetizó que I. logró tener vida extrauterina, toda vez que tuvo actividad cardíaca propia, respiratoria y cerebral. (fs. 4211vta, el destacado es del original)

De entre los argumentos en los que se amparan los agravios respecto del nexo de imputación, prevalecen aquellos que consideran que "...el feto nació sin vida y que un curso salvador autónomo intervino en favor de la vida de éste, y el tratamiento médico indicado consistía en que, para intentar salvar al feto, había que hacerlo nacer artificialmente (vgr. practicar la cesárea). Luego, sin embargo, el ya nacido fallece a consecuencia de los riesgos que para su vida había introducido el autor del disparo contra su madre, es decir también contra él cuando aún era un feto. En definitiva: el curso lesivo que derivaba en el resultado de muerte intrauterina del feto, es interferido por un curso salvador que es el indicado pero no plenamente exitoso, que sólo obtiene diferir en el tiempo aquél resultado lesivo." (fs. 531 del legajo recursivo)

El señor Defensor Oficial ante esta instancia agrega en su argumentación, siguiendo la línea del defensor de grado, que en el caso se da una particularidad más puesto que el intento de salvación cambia una cualidad del sujeto pasivo, cambio que le convierte en titular de una vida extrauterina autónoma y, por ende, un sujeto pasivo del delito de homicidio. Señala la defensa a cargo del doctor José Hernández que, sin embargo aún falleciendo un individuo que cobró vida autónoma, ninguna conducta se dirigió contra la vida de esa persona con vida autónoma, sino que ello ocurrió antes y en tanto feto. (fs. op. cit.)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

El perspicaz cuestionamiento del señor defensor presenta las circunstancias a analizar intercalando, a mi modo de ver, cuestiones que hacen al tipo objetivo con circunstancias propias que deben ser analizadas en el aspecto subjetivo y por tanto ajenas al nexo de imputación.

Que el origen de la conducta se diera cuando I. era aún una persona por nacer no tiene relevancia a la hora de analizar si se generó un riesgo no autorizado y si ha sido ese riesgo el que se concretara en el resultado. En todo caso, ese aspecto ha de ser tratado el momento de analizar el conocimiento sobre los elementos del tipo objetivo.

En rigor, el disparo de arma de fuego dirigido con riesgo propio de homicidio hacia la persona de Carolina Píparo quien gestaba un embarazo a término, ha sido el riesgo prohibido que conforme las opiniones científicas, algunas de ellas antes reseñadas en tópicos anteriores y, en cualquier caso, reproducidas puntillosamente en el veredicto, fuera decisivo para poner en riesgo y causar potencialmente la muerte de Píparo y en consecuencia también trasladar ese riesgo generado hacia la persona por nacer.

Hay en la afirmación de la defensa un concepto erróneo. Se dice que el “feto nació sin vida” y esto es incorrecto. Al nacer I. no presentó signos vitales, situación que no es equiparable a la muerte, ya que las tareas de reanimación emprendidas no se hubieran realizado de haberse constatado muerte intrauterina. La doctora Badin fue clara y explícita al recordar, en coincidencia con otros profesionales, que no había signos de muerte intraútero (fs 4206)

Luego, la intervención de lo que la defensa denomina “curso salvador autónomo”, en referencia a la práctica médica que restableciera los signos vitales, no configura un factor de riesgo sino todo lo contrario, un componente dirigido a la preservación del bien jurídico.

De este modo, desde el conocimiento científico aquí no hay dudas respecto a que ha sido el riesgo provocado por el disparo



el que, por descompensación de la madre, tuvo incidencia sobre la persona por nacer. Incluso se explicaron los mecanismos de incidencia y el impacto que lleva a un estado de hipoxia. No hay desproporción entre la lesión y las consecuencias ocasionadas, no hubo deficiencias congénitas que alteraran el curso causal y, en cualquier caso, el proceso que se inicia por los mecanismos fisiopatológicos en la madre que llevan a repercutir en sus efectos sobre la vitalidad fetal también se explican desde el riesgo generado por ese mismo curso causal, y la desviación que se argumenta como factor desencadenante de la “naturaleza” no es sino la consecuencia del peligro puesto en marcha por el curso causal seguido subsiguientemente al disparo.

No acuerdo en que aquí hay un problema de imputación causal. El proceso fisiológico por el cual a partir de una lesión externa (disparo de arma de fuego) el organismo de la madre se preserva en desmedro del feto no tiene mayor trascendencia si, una vez nacido, la muerte se produce como consecuencia de aquellas lesiones provocadas por la agresión. No hay diferencia alguna si se la compara con la hipotética situación en que la muerte de I. se hubiera desencadenado por las infecciones generadas como reacción de su organismo a las lesiones. Nadie dudaría en este caso en concluir en que en la muerte por infección también se realiza el peligro creado por el disparo de arma de fuego.

Es más, si en el curso de la práctica médica realizada sobre I., hubiese ocurrido algún error de *lex artis*, el resultado sigue estando en relación causal y también sigue siendo imputable al responsable del riesgo anterior en tanto la deficiencia del segundo actuante no haya sido drástica. (Sancinetti, Casos de Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, Editorial Hammurabi, pág. 56)

Jakobs ilustra con un claro ejemplo esta situación: “quien lesiona a otro, crea de modo planificable el riesgo que inevitablemente comporta un tratamiento médico y también forma parte de ese riesgo el que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Normalmente, sin embargo, nadie incluye en su planificación el que



se vayan a realizar diagnósticos totalmente disparatados; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tras adoptar medidas de precaución”. (La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, trad. Cancio Meliá, 1996, p-114 ss, esp. 116, citado por Sancinetti, Marcelo en ob. cit. Pág. 40)

A todo esto es importante agregar que nunca un curso “salvador” que sigue adecuadamente el protocolo médico puede transformarse en un co-factor de riesgo que deba ser evaluado en relación al resultado como parece pretenderlo la defensa.

La actuación médica que ahora parece ser cuestionada por exceso de celo y profesionalidad, como bien señala la Dra. Hoerr en la sentencia (fs. 4271) en respuesta al planteo de la Dra. Fernández, no ha hecho otra cosa que seguir los protocolos de la lex artis que se correspondían con el caso.

Es que, como bien señala Albin Eser, “si lo único determinante de la naturaleza humana es la vida físico-biológica, entonces la obligación de prolongar la vida se extiende tanto tiempo como exista una mínima chispa de aquélla” (Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal, Fundación Editorial de Belgrano, 1999, pág. 153).

Vale decir y ya cerrando el análisis del nexo de imputación, I. nació y vivió durante siete días. Falleció a consecuencia de las lesiones provocadas durante su vida intrauterina. La relación entre el riesgo prohibido del disparo y el resultado que luego desencadenara en su muerte se da en un marco de imputación sin desvíos esenciales.

Sentado lo anterior, corresponde ingresar entonces en el examen de la imputación subjetiva y la relación de los encausados con la realización de la conducta prohibida de homicidio.

Ya el voto del doctor Sal Llargués ha sido suficientemente gráfico respecto del cuadro fáctico sobre el que actuaron los imputados y cuáles fueron las circunstancias relevantes de las que tuvieron conocimiento.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Desde Silva, que ha sido la persona encargada de seleccionar a la víctima, hasta Moreno, quien tuviera a su cargo el último tramo del suceso de apoderamiento armado, todos y cada uno de los intervinientes que interactuaron tenían pleno conocimiento de que el sujeto pasivo se trataba de una mujer y que por las características no sólo físicas sino también las que eran perceptibles a partir de su desplazamiento, entre otras cuestiones, se encontraba en un estado de avanzado embarazo.

En el apartado anterior se ha examinado la relación de los imputados con el hecho que damnificara a la Sra. Carolina Píparo. La conducta desplegada por los imputados tuvo allí plurales consecuencias: conato de homicidio para la mujer y el homicidio de I.

El punto por el que se traza la fundamentación de los agravios, en relación a la imputación subjetiva y que recoge el doctor Sal Llargués dando progreso al cuestionamiento, es aquél que se cierne sobre la corroboración del conocimiento sobre el peligro que ha generado la acción y, en el caso de la muerte de I., se pretende acotada al delito de aborto en función del momento en el que se realizó la conducta.

No puedo acompañar este razonamiento propiciado por la respetable opinión de mi colega.

Si al analizar la adecuación al tipo objetivo hemos compartido con mi colega de Sala el razonamiento por el que ambos concluimos en que la acción del disparo ha sido una conducta generadora de un riesgo propio de homicidio (doloso), con la única disidencia en cuanto a la relación subjetiva de algunos de los imputados respecto del supuesto agravado de homicidio, entiendo que ese mismo conocimiento se extiende sobre la representación de que ese riesgo letal próximo puede alcanzar tanto a la mujer víctima como a la persona por nacer que llevaba en sus entrañas y, en caso de este último, el notorio y avanzado embarazo (vale recordar que era uno en término) no escapa a la representación de los autores quienes también habrán de responder por las consecuencias que, en relación causal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

con la conducta de origen, alcancen ya al nacido con vida configurando entonces una hipótesis de homicidio.

El conocimiento cierto, común a todos los imputados, respecto del riesgo que abarca la acción violenta de apoderamiento a partir de los medios utilizados, incluye las posibilidades de afectación de la persona en desarrollo como eventualmente del ser humano si aquél naciera con vida. Vale decir, deben cargar con las consecuencias de la conducta que razonablemente puedan considerarse incluidas en el riesgo próximo creado. El dolo se extiende tanto a la consecuencia principal de afectación (integridad física de Carolina Píparo) como a las secundarias (que incluyen alternativamente un aborto o un homicidio en caso que progrese al estado de vida extrauterina independiente y muera a raíz del daño que lo afectara).

Coincido en esto con el razonamiento que exhibe la sentencia del tribunal de la instancia, donde se trae a colación una cita de Silva Sánchez que me permito reproducir por su calidad didáctica: "...desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la conducta, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica. Si el riesgo asociado a una acción es, pese a su carácter prenatal, la muerte de la persona que llegue a nacer, y la muerte explica aquél riesgo, debe apreciarse un delito contra la vida humana independiente" (fs. 4271/72) ("La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción", en El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona 2001, pág. 761).

Es que, como bien se señala en la sentencia, esta materia controvertida surge al considerar que el tipo de homicidio requiere matar a otro de lo cual se sigue que no necesariamente excluye la muerte del ser humano cuando el ataque -que desencadenara luego el resultado fatal- aconteciera durante la etapa prenatal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

Se podrá decir que la exégesis propuesta es una visión ampliada de la prohibición de homicidio pero traspolando a otras situaciones –para intentar ser gráfico- no encuentro trasgresiones al principio de legalidad en la posibilidad de considerar a supuestos integrados por una acción prenatal y un resultado posnatal dentro del ámbito del homicidio. Piénsese en un ataque doloso suministrando dosis de veneno, que afecta también a la persona por nacer que ostenta un desarrollo que le permite ya estar en condiciones de tener vida extrauterina independiente (vgr. embarazo a término) recayendo las consecuencias letales y directas de la agresión tiempo después del nacimiento).

En esto no es un dato menor, a mi modo de ver, el conocimiento sobre el estado bien avanzado del embarazo que podía ser percibido por la configuración física de la madre e incluso la forma en que se desplazaba, lo que permite inferir a su vez una noción respecto a que cualquier afectación que pudiera dirigirse contra la madre también irrogaría consecuencias a la persona en desarrollo, de modo que “ex ante” era objetivamente previsible tanto la eventual afectación de la vida de la madre como de la vida intrauterina no pudiendo descartarse que por el grado de desarrollo pudiera alcanzar una vida independiente tras una expulsión del feto y, bajo esas circunstancias, padecer las consecuencias lesivas del riesgo propio de la acción prenatal.

Desde este enfoque, no sería lo mismo una conducta dirigida a una afectación prenatal de una persona por nacer con un desarrollo sumamente incompleto en tanto no es objetivamente previsible una vida externa independiente.

En este sentido, Roxin ha reflexionado sobre la oportuna necesidad de proteger al feto contra lesiones (es decir, contra un homicidio y lesiones causadas durante el embarazo y que continúen sus efectos con posterioridad al nacimiento) mediante amenaza de pena a terceras personas que se las causaran (“La protección de la vida humana



mediante el derecho penal”, en Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, editorial Marcial Pons, Tomo II, pág. 1200, año 2004).

Con esto concluyo que en el caso del hecho que damnificara a I. B., es constitutivo de homicidio.

De otro lado, y ahora ingresando en la calificación jurídica en la que debe subsumirse ese homicidio, entiendo que ha sido erróneamente aplicado el supuesto agravado del art. 80 inc. 7 del C. Penal.

En el caso, si la razón de la conexión final del homicidio ha estado en función de asegurar el resultado del delito conexo, entiendo que en ello no cobra significación la conducta también dirigida a la vida prenatal. A ello, debe adunarse que no hay conexión psicológica posible, ya por la propia modalidad de asunción de este homicidio, entre la ultrafinalidad de querer asegurar el resultado del delito y la vida intrauterina.

Es entonces, donde nuevamente las características de asunción subjetiva del resultado muerte de I. no permiten encuadrar la conducta en los parámetros del homicidio agravado por la causa, correspondiendo subsumir este hecho en la figura del homicidio con motivo u ocasión del robo, en los términos del art. 165, en la que todos los intervinientes han de responder en el carácter de coautores.

IV. En relación con el resto de los agravios que han sido motivo de tratamiento en el voto por el que se inicia el acuerdo es preciso realizar algunos distingos.

IV. a. Vinculado con la situación de Miguel Ángel Silva, coincido con el razonamiento del doctor Sal Llargués en cuanto corresponde atribuir la agravante valorada en función del tipo de munición disparada sólo respecto del sujeto que portaba el arma, es decir el co-encusado Moreno, por lo que respecto de Silva y del resto de los imputados, con la excepción marcada, procede su obliteración.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

De otro lado, y en relación a la estimación de la historia de vida de Silva y su proyección de mayor vulnerabilidad, si bien encuentro que hay información relevante al respecto, como bien señala el doctor Ritter, en mi parecer ello no conduce necesaria e inexorablemente a ser estimada como pauta diminuyente.

En efecto, la situación de necesidad o diversos apremios por los que atravesara Silva no pueden estar alejadas en su ponderación del grado de desvalor de hecho que le es atribuido en concreto y, en este sentido, el de Silva no es menor desde que él ha sido quien seleccionó a la víctima que también se encontraba en especial situación de indefensión y bajo las condiciones ya conocidas. La naturaleza del hecho, su grado de desvalor y la extensión del daño no guardan proporción con las necesidades que atravesaba el imputado Silva. En razón de ello, el agravio no progresa.

IV. b. En lo concerniente a la situación de Carlos Fabián Moreno coincido y hago propios los fundamentos del primer voto por los que se rechazan los agravios que embaten contra la diligencia de allanamiento y secuestro en los albores de la investigación.

En conexión con los motivos de casación introducidos por la defensa oficial de Moreno, que coinciden con anteriores ya tratados, tales como aquellos que cuestionan la aplicación del homicidio agravado por la causa y la violación al principio de congruencia, me remito al tratamiento brindado en los apartados I y II.

En relación a la puesta en crisis respecto al modo en que Carolina Píparo sindicó al imputado Moreno durante la audiencia de debate, me remito y hago propios los argumentos del voto del doctor Sal Llargués, postulando en idéntico sentido su rechazo.

En punto a la pretendida analogía in “malam partem” me remito al razonamiento volcado en el punto III del presente.



IV c. En cuanto a la situación del recurso introducido por el doctor Antonio Francisco Pisano, por la defensa de Carlos Jordán Juárez, y en lo concerniente a los aspectos no abarcados con antelación a cuyo tratamiento se ha abocado mi colega de Sala sobre el final de su voto, adhiero a sus fundamentos y por iguales motivos propicio su rechazo.

IV. d. En el mismo sentido indicado en el párrafo precedente he de pronunciarme en relación al resto de los agravios introducidos por la Dra. Claudia Fernández, en la defensa de Luciano Leonel Mario López, coincidiendo con el primer voto en el razonamiento, que hago propio, por el que se rechaza la cuestionada intervención de su asistido en el suceso por el que fuera responsabilizado así como también la atenuación de reproche por imputabilidad disminuida que debe ser desestimada.

En cuanto a la pretendida calificación de aborto respecto del deceso de I. B., el agravio no puede ser estimado por las razones que expusiera en el apartado III b.

IV. e. Finalmente, en lo que respecta al recurso deducido por la defensa de Juan Manuel Calvimonte, en tanto coincide con los puntos de agravio abordados al tratar recursos de los coimputados me remito a lo argumentado en los puntos I, II y III del presente.

V. En relación a la causa que remite al análisis del hecho individualizado como III, legajo 3930, por el que fuera responsabilizado Carlos Jordán Juárez, en carácter de coautor de los delitos de robo calificado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, hecho que damnificara a Beatriz Espinoza y Rodrigo Arribillaga, adhiero a los fundamentos que para su rechazo han sido razonados en el voto precedente.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

VI. En función de los argumentos antes expuestos, propongo al Acuerdo: Hacer lugar parcialmente, sin costas, a los recursos de casación deducidos, casar parcialmente la sentencia recurrida a nivel de la calificación legal, y en atención a las pautas de los arts. 40 y 41 del C. Penal y a las estimaciones tratadas en esta instancia, asumir competencia positiva a fin de no incurrir en dilaciones indebidas que debemos evitar (art. 15 Constitución Provincial) y condenar finalmente a Carlos Fabián Moreno a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como autor responsable del delito de homicidio agravado, en grado de tentativa en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con el de homicidio en ocasión de robo en grado de coautor (arts. 41 bis, 45, 54, 55, 80 inc. 7, 166 y 165 del Código Penal); a Miguel Ángel Silva a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego en concurso ideal con homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 41 bis, 45, 54, 165 y 166 inc. 2 del Código Penal); a Juan Manuel Calvimonte a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego en concurso ideal con homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 41 bis, 45, 54, 165 y 166 inc. 2 del Código Penal), manteniendo la declaración de reincidente (art. 50 del citado digesto); a Luciano Leonel Mario López a la pena de veintidós años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego en concurso ideal con homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 41 bis, 45, 54, 165 y 166 inc. 2 del Código Penal); a Carlos Jordán Juárez a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

de primera instancia, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego en concurso ideal con homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 41 bis, 45, 54, 165 y 166 inc. 2 del Código Penal) en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda (arts. 45 54, 55, 166 inc. 2do, último párrafo y 167 inc. 2 del Código Penal) causa individualizada con el legajo 3930; manteniendo intactas el resto de las declaraciones contenidas en la sentencia.

VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Convocado a votar en los puntos que han sido materia de disidencia en la presente, a los efectos de dotar al pronunciamiento de la mayoría exigida constitucionalmente (artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial), paso a expedirme en relación a cada uno de ellos.

Primero. En lo que atañe al hecho que damnificara a la señora Carolina Píparo, y existiendo mayoría respecto de que la conducta endilgada a Moreno debe calificarse en los términos de los artículos 42, 44 y 80 inciso 7º del Código Penal, habré de adherir al voto razonado del doctor Sal Llargués, en cuanto expone que tal calificación resulta extensible al resto de los consortes de causa, pues como lo explica, todos los coautores sabían y habían acordado la comisión de un robo con armas aptas, y habían aceptado la probabilidad de su uso, máxime teniendo en cuenta el día y hora en que se decidió cometer el hecho, por lo que ninguna duda cabe de la ultrafinalidad con que se efectuaron los disparos.



Segundo. En lo que atañe a la muerte del niño, en cambio, he de adherir, por sus fundamentos, al voto del doctor Carral, en cuanto considera que la misma configura el delito de homicidio en ocasión de robo.

Es que si en los casos en que el disparo efectuado contra una víctima no provoca una muerte inmediata, sino posterior, la verificación del correspondiente nexo de causalidad determina la mutación de la primitiva imputación por lesiones graves a la de homicidio, ello deja ver, en mi opinión, que la conducta no puede circunscribirse al mero momento del desarrollo de la acción, sino que debe abarcar las situaciones que son consecuencia directa de ella, aunque éstas se prolonguen en el tiempo.

Así las cosas, si bien el disparo que en definitiva puso en riesgo mortal al bebé se ejecutó cuando éste se encontraba en estado intrauterino, lo cierto es que existe una relación causal directa con el deceso, que en definitiva fue padecido por una persona ya nacida. La distinción, a mi modo de ver, y considerando el valor de la vida humana, resulta esencial, y me lleva a considerar que el hecho reprochado constituye, efectivamente, un homicidio, y con este agregado, adhiero al resto de las razones esgrimidas por el doctor Carral en este aspecto, para separarse del voto que abre el Acuerdo.

A partir de esta premisa, tengo en consideración que la muerte del niño no puede considerarse producto de ese especial elemento subjetivo referido a la consecución del fin propuesto, sino que fue el resultado de la violencia ejercida sobre su madre, y esta sutil distinción lleva a la conducta, tal como expone el doctor Carral, al molde de los artículos 41 bis y 165 del Código Penal.

Tercero. Comparto también con el doctor Carral que la pauta atenuante referida a la historia de vida de Silva no puede ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

atendida, pues como bien señala su voto, el daño causado no guarda relación con las necesidades que atravesaba, lo que importa decir que no observo cómo la necesidad de procurarse el sustento puede o podría determinar la comisión de un homicidio.

Cuarto. En función de lo expuesto, visto que en los restantes puntos de agravio que se reseñan media mayoría de opinión, y llamado a definir las sanciones aplicables, en función de lo dicho, estimo justo condenar a Carlos Fabián Moreno a veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia; a Miguel Ángel Silva a veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia; a Juan Manuel Calvimonte a veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, con declaración de reincidencia; a Luciano Leonel Mario López a veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, y a Carlos Jordán Juárez a veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, como coautores responsables de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo, añadiendo, en el caso de Jordán Juárez, también el hecho de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud no pudo acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, en concurso real, por el que mediara condena en el pronunciamiento impugnado (artículos 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41bis, 42, 44, 45, 50, 54, 55, 80 inciso 7°, 165, 166 inciso 2°, párrafos segundo y tercero y 167 inciso 2° del Código Penal; 210, 373, 448, 450, 451, 454, 460 y 459 del Código Procesal Penal) y a esta primera cuestión VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo:



Resta analizar el recurso traído por el Particular Damnificado frente a la exoneración de Augusto Alejandro Claramonte por el hecho principal en esta causa.

Lo primero que destaco es que los acusadores no han sido precisos, a estar a las constancias del acta de debate, en señalar cuál es el modo de participación del imputado en el hecho por el que se condenara a los demás encartados y que victimizara a Carolina Píparo y a quien fuera su hijo, I. B.

Es claro que –otra vez– aludo al término participación en el sentido lato de la denominación del Título VII del Libro Primero del Código Penal. Me he manifestado respecto a la noción de accesoriedad y a sus alcances y lo he hecho con remisión al análisis crítico de ese concepto. Pero lo que –a la luz del límite de resistencia semántico resulta indudable– es que la participación es un concepto referenciado que importa tomar parte en algo. En el caso es un evento doloso grandemente lesivo de bienes y personas y en la faena de determinar cómo se imbrica la acción de este imputado en el todo del que hemos venido hablando hasta aquí, los recurrentes nos han dejado librados a nuestra imaginación.

No es tal nuestro cometido. Si el fallo es errado en propiciar esa exoneración, es deber de quien la controvierta, explicar por qué el a quo se ha equivocado o ha aplicado mal la ley o los principios de la elaboración del pensamiento correcto.

Esto, en abstracto. Ahora, en concreto.

A estar a las constancias de autos, el mismo habría sido contactado por alguno de los autores de este hecho tras su comisión a los fines de procurar asistencia letrada. Esta aproximación lo ubica con una intervención concreta posterior al hecho. Esto, en la teoría de la participación, lo excluye como autor (todos los demás imputados han quedado así motejados en mi modesto sentir) y –eventualmente– lo podría



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

enfrentar a una eventual participación secundaria (si hubieran mediado promesas anteriores) o lo podría suponer incurso en el delito de encubrimiento.

Creo que subsiste la situación que oportunamente declarara la Cámara departamental respecto de la insuficiencia de los elementos que se esgrimieran en su contra y que son los mismos que fundan el recurso traído.

Aún cuando se conceda que mediaron comunicaciones anteriores (cuyo contenido se ignora por completo) la concreta vinculación del encartado Claramonte sobreviene después del hecho y –como lo anticipara– para obtener asistencia letrada, lo que –no podrá escapar al recurrente– es ni más ni menos que procurar ejercitar un derecho convencional constitucional que tiene toda persona imputada de un delito.

La queja es insuficiente porque no demuestra el error lógico o legal del a quo al apartar a este individuo de la imputación principal; de modo que a esta segunda cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Sal Llargués y a esta segunda cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Sal Llargués y a esta segunda cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la tercera cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

En virtud de todo lo dicho y a partir del resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes, es que corresponde: I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE, sin costas, a los recursos de casación deducidos por las defensas de los imputados y CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida; II.- CONDENAR finalmente a Carlos Fabián Moreno a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “criminis causa” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Miguel Ángel Silva a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “criminis causa” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Juan Manuel Calvimonte a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, con declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “criminis causa” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Luciano Leonel Mario López a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “criminis causa” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo y a Carlos Jordán Juárez a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “criminis causa” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo, los que concurren realmente a su vez con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud no pudo acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

concurso ideal; III.- RECHAZAR, con costas, el recurso de casación deducido por los apoderados del Particular Damnificado; IV.- DIFERIR la regulación de honorarios de los Dres. Claudia E. Fernández, Oscar Horacio Casalla, Antonio Francisco Pisano, Fernando Andrés Burlando, Gustavo Gabriel Galasso y Silvia Fabiana Petroff, por la labor desplegada en esta instancia, hasta tanto los mismos sean estipulados en origen; y V.- TENER PRESENTES las reservas del Caso Federal invocadas.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional; 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41bis, 42, 44, 45, 50, 54, 55, 80 inciso 7°, 165, 166 inciso 2°, párrafos segundo y tercero y 167 inciso 2° del Código Penal; 106, 201, 209, 210, 373, 448, 450, 451, 453, 454, 456, 459, 460, 530, 531, 534 y ccdtes. del Código Procesal Penal; 14 de la ley 48.

ASI LO VOTO.

A la tercera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Sal Llargués, por sus fundamentos.

ASI LO VOTO.

A la tercera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Sal Llargués, por sus fundamentos.

ASI LO VOTO.

Por lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente



SENTENCIA

I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE, sin costas, a los recursos de casación deducidos por las defensas de los imputados y CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida.

II.- CONDENAR finalmente a Carlos Fabián Moreno a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Miguel Ángel Silva a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Juan Manuel Calvimonte a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, con declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo; a Luciano Leonel Mario López a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo y a Carlos Jordán Juárez a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio calificado “*criminis causa*” en grado de tentativa, en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso ideal con homicidio en ocasión de robo, los que concurren realmente a su vez con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud no pudo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



CAUSA N° 60550
SILVA MIGUEL ANGEL S/RECURSO DE
CASACION Y SUS ACUMULADAS

acreditarse y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en concurso ideal.

III.- RECHAZAR, con costas, el recurso de casación deducido por los apoderados del Particular Damnificado.

IV.- DIFERIR la regulación de honorarios de los Dres. Claudia E. Fernández, Oscar Horacio Casalla, Antonio Francisco Pisano, Fernando Andrés Burlando, Gustavo Gabriel Galasso y Silvia Fabiana Petroff, por la labor desplegada en esta instancia, hasta tanto los mismos sean estipulados en origen.

V.- TENER PRESENTES las reservas del Caso Federal invocadas.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional; 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41bis, 42, 44, 45, 50, 54, 55, 80 inciso 7°, 165, 166 inciso 2°, párrafos segundo y tercero y 167 inciso 2° del Código Penal; 106, 201, 209, 210, 373, 448, 450, 451, 453, 454, 456, 459, 460, 530, 531, 534 y ccdtes. del Código Procesal Penal; 14 de la ley 48.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO: BENJAMIN R. SAL LLARGUES – DANIEL CARRAL – VICTOR HORACIO VIOLINI

Ante Mí: María Valeria Volponi