



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

Reg. n° 557/2019

/n la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de mayo de 2019, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada oportunamente por los jueces Luis M. García, María Laura Garrigós de Rébori, y Horacio L. Días, y, en carácter de cuarta jueza convocada para resolver, la jueza Patricia M. Llerena, asistidos por el secretario actuante, resuelve el recurso de casación interpuesto a fs. 318/328 en esta causa n° **CCC 9557/2015/TO1/CNC1**, caratulada **“Badin, Maximiliano Carlos s/robo en tentativa”**, de la que **RESULTA:**

**I.-** Por decisión de 29 de octubre de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 condenó a Maximiliano Carlos Badin a una pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo, en grado de tentativa, en concurso real con homicidio *criminis causae*, en grado de tentativa (fs. 282).

Los fundamentos de la sentencia fueron redactados por pieza separada, según lo autoriza el art. 400 CPPN (cfr. fs. 283/315).

El tribunal dio por acreditado que “el día 19 de febrero del año 2015, alrededor de las 19:30 horas, en la intersección de las Avenidas La Plata y Asamblea de ésta ciudad, Maximiliano Carlos Badin, intentó sustraer el vehículo marca Renault Scenic dominio CRP-039, dentro del cual se encontraban los menores L.T.D., C.T.D. y B.B.C.D., para lo cual abordó y condujo el rodado en huida, trayecto durante el cual arrojó al menor B.B.C.D. por la ventanilla trasera derecha del vehículo en movimiento, ocasión en que la menor C.A.T.D. se arrojó del rodado en circulación”.

**II.-** Contra la sentencia de condena interpuso recurso de casación el entonces defensor de elección de Maximiliano Carlos Badin (fs. 318/328), que fue concedido (fs. 329/330), y mantenido (fs. 338).

El recurrente encauzó su presentación por vía de ambos incisos del art. 456 CPPN. Se agravó el defensor: a) de que el tribunal no

hubiese resuelto un incidente de nulidad promovido antes del juicio, y hubiese diferido su decisión al debate; b) del rechazo de esa nulidad en el juicio; c) de la determinación de los hechos en la sentencia y de la atribución de su autoría al imputado, alegando arbitrariedad; d) de que no se hubiese hecho lugar a su planteo de inimputabilidad a tenor del art. 34, primer párrafo, CP; y e) de la calificación jurídica del hecho a título de homicidio *criminis causae* en grado de tentativa.

En definitiva solicitó que se haga lugar a la nulidad planteada y se revoque la sentencia recurrida; subsidiariamente, se absuelva a Maximiliano Carlos Badin por aplicación del art. 3 CPPN; y en segundo subsidio que se modifique la calificación legal de los hechos atribuidos a su asistido por la de robo, en grado de tentativa, en concurso real con lesiones leves.

Dentro del plazo de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466 CPPN) el recurrente amplió los fundamentos agravios oportunamente interpuestos, haciendo hincapié en las alegadas deficiencias de su defensa técnica previa a la asunción de un abogado de su confianza, y en la arbitrariedad de la valoración probatoria del *a quo* (fs. 347/348).

**III.-** A la audiencia fijada a tenor del art. 468 CPPN (fs. 361), comparecieron en representación de Maximiliano Carlos Badin, sus abogados de confianza Dres. Ignacio Francisco De Franco y Alejandro González Nava, y en representación del Ministerio Público Fiscal, conforme lo establecido en la Resolución PGN N° 2638, de 28 de agosto de 2015, el Dr. Leonardo Filippini.

La defensa sostuvo los agravios del escrito de interposición del recurso, sin perjuicio de hacer mención particular de alguno de ellos. Solicitó que, en caso de que no se hiciese lugar a las nulidades introducidas, se revocara la sentencia, se modificase la calificación legal por la de robo, en grado de tentativa, en concurso real con lesiones leves, y se condenara a Maximiliano Carlos Badin al mínimo de la escala legal aplicable.

Por su parte el representante del Ministerio Público pidió se rechazasen los planteos nulificantes y los demás agravios sustantivos, y solicitó que se confirmara la decisión impugnada.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

Efectuada la deliberación no fue posible arribar a una mayoría y se decidió convocar a un cuarto juez de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del decreto 1285/58, los arts. 109 y 110 del Reglamento para la Justicia Nacional y el art. 36 inc. b) del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional (aplicable en función de la remisión dispuesta por el art. 57 del Reglamento de esta Cámara), resultando desinsaculada la jueza. Llerena. Las partes, debidamente notificadas de esa circunstancia, no formularon objeción alguna. Tampoco lo hicieron en relación con que los jueces María Laura Garrigós de Rébora y Luis M. García consignaron sus votos en Secretaría previo a hacerse efectiva la renuncia a sus cargos, de lo que también fueron debidamente notificadas (cfr. actas de fs. 362 y 363 y las notificaciones cursadas a fs. 366), En definitiva, el caso se resolvió como consta a continuación.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébora** dijo:

En tanto son diversas y variadas las críticas que expuso la defensa en el escrito de recurso, contra la sentencia que pone en crisis, he de abordar separadamente las cuestiones, respetando el orden en que han sido planteadas.

**1.a)** El primer cuestionamiento alude a la validez de las declaraciones que se recibieron en la etapa instructoria. Esta crítica recibió, a mi juicio, adecuada respuesta por parte del Tribunal en tanto esas probanzas que se pretenden anular no han sido incorporadas al debate, de tal suerte que no se ha verificado la situación que dio lugar a la doctrina que informa el fallo “*Benítez*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos 329:5556). En el mismo sentido, y sobre la misma cuestión tampoco corresponde atender al reclamo de inconstitucionalidad del art. 170 C.P.P.N., que no resulta de aplicación al caso.

**1.b)** La pretendida crítica a la gestión de quien asumiera la defensa del imputado en la etapa previa a la asunción de su actual representante, no puede atenderse desde que no supera el nivel de discordancia con la estrategia elegida y no expone concretamente cuál

sería el perjuicio concreto que significara una real afectación al derecho de defensa en juicio.

**1.c)** Tampoco se ha de receptar la nulidad planteada sobre la base de que quien asumiera el cargo de ejercer la defensa del imputado no reviste la condición de Defensor titular, sino que haya cumplido esas funciones circunstancialmente como defensor “ad hoc”. Es que tampoco a este caso logra el recurrente exponer en qué perjuicio efectivo se habría concretado la circunstancia de la que se queja, de tal forma que se viera afectado su derecho de defensa en juicio.

**2.a)** En cuanto a la crítica que se hace sobre la valoración de la prueba que hicieron los magistrados de juicio, debo decir que el mismo relato que se hace de todos y cada uno de los testimonios brindados en la audiencia, que también fueron referenciados en los alegatos de cada una de las partes, lo que se desprende del cuerpo de la decisión en cuestión, pone de resalto la concordancia de lo expresado por los declarantes, y esa concordancia que funda el hecho que el tribunal tuvo por acreditado, a su vez es el anclaje que torna verosímiles esos relatos y consecuentemente, razonable la apreciación que se hizo en la sentencia del valor probatorio de los mismos.

**3.a)** En el mismo sentido entiendo adecuada la conceptualización que se hace en la sentencia sobre la actividad desplegada por el imputado para descartar la hipótesis defensiva sobre la posible incapacidad de comprensión o dirección de sus acciones. Es claro que no se advierte, a partir de que el imputado estaba en condiciones de conducir un vehículo, ninguna incapacidad motriz producida por la ingesta de estupefacientes o alcohol. En cuanto a su capacidad para discernir la ilicitud de la conducta, también considero adecuada la interpretación que hiciera el tribunal *a quo*, en tanto la actividad desplegada para lograr que el vehículo que se pretendía sustraer quedara libre de ocupantes, pone en evidencia una elaboración intelectual incompatible con el pretendido grado de inimputabilidad que aduce la defensa.

**3.b)** Finalmente en cuanto a la crítica que se hace a la calificación escogida por los magistrados de juicio, debo decir que



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

comparto en este caso, la crítica que se formula sobre la carencia de elementos indubitables para acreditar los aspectos subjetivos del tipo en trato. Es que, a diferencia de lo asumido por el tribunal *a quo*, he de coincidir con la calificación expuesta por el acusador en el requerimiento de elevación a juicio, máxime si se considera que para el caso de asegurarse el resultado de la figura agravada, el imputado contaba con medios idóneos, tal el arma que exhibiera a sus víctimas. Mientras que el método empleado para liberarse de los ocupantes del vehículo, eventualmente podía resultar en la muerte de ambos menores, resultado que el imputado debió representarse como posible pese a lo cual persistió en la ejecución. Es justamente esta actitud lo que, a mi juicio, satisface los requerimientos típicos del art. 79 C.P. y excluye la pretensión de adjudicar al hecho en trato la voluntad directa de provocar inequívocamente la muerte, tal como lo requiere la calificación seleccionada en la sentencia en crisis.

Siendo ello así, entiendo que a este respecto corresponde hacer lugar al planteo casatorio de la defensa, y dado el cambio de escala penal aplicable, es del caso reenviar la causa para que el *a quo* establezca una sanción acorde a esta calificación.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. Al emprender el examen de admisibilidad del recurso de casación de fs. 318/328 observo que el escrito de interposición trae motivos de agravio de diferente naturaleza y consistencia que requieren de un abordaje particularizado.

**1.1.** Antes de la realización del juicio el defensor de elección que había asumido su ministerio después del emplazamiento de citación a juicio (confr. fs. 196 y 246) había promovido la nulidad de todo lo actuado desde la declaración indagatoria de su asistido argumentando indefensión del imputado durante la etapa de instrucción e instado la suspensión del debate (confr. 257/258). La jueza que presidía había diferido su tratamiento para el debate (fs. 259). Argumenta el recurrente que “la interposición del incidente de nulidad [quince días antes del inicio del debate] debió haber suspendido el curso del proceso” pues “si la nulidad prospera[se] en la instancia revisora, lo cierto es que el debate

llevado a cabo es nulo también, al igual que la sentencia dictada y, por otra parte, V.E. no podrá entender en el próximo debate a llevarse a cabo”.

El motivo está manifiestamente infundado, y no satisface mínimamente las exigencias del art. 463 CPPN. En primer lugar, porque no contiene ninguna argumentación razonada que permita comprender cuál habría sido la inobservancia procesal en que habría incurrido la Presidenta del Tribunal Oral al diferir la decisión al momento del debate. Además, porque consumado el diferimiento, y decidida la cuestión en el juicio (confr. fs. 270 vta.), si hubiese un gravamen no sería ya atribuible al diferimiento sino a la decisión sobre la sustancia del planto de nulidad. De modo que tampoco se fundamenta -con arreglo al art. 432 CPPN-, por qué razón estaría habilitada esta Cámara a revisar de modo autónomo el diferimiento mismo.

**1.2.** El recurrente también se agravia del rechazo de la nulidad sustentada en que hasta la asunción de la defensa por los defensores de elección (fs. 243 y 246), la asistencia del imputado había estado a cargo de un defensor *ad hoc*, que no era el Defensor Público designado según la ley 24.496.

El Tribunal Oral había rechazado esa instancia de nulidad señalando que “el Defensor General de la Nación se encuentra facultado para la designación de defensores "Ad hoc" o interinos de acuerdo al procedimiento establecido por el artículo 11 de la ley 24.946 -reglamentaria del art. 120 de la Constitución Nacional-.” A continuación expuso que no se había encontrado estado de indefensión y que “no interesa el carácter del Defensor (particular, oficial, "Ad hoc", interino) sino que el imputado vea plenamente satisfecho su derecho constitucional de debida defensa en juicio, ejercicio que en el caso se verifica plenamente”, sin que se advierta perjuicio alguno a su respecto.

Sostiene la defensa que no estaban dados en la especie los supuestos para el reemplazo por un defensor *ad hoc* argumentando que “el entonces art. 11 de la ley 24946, hoy reemplazado por el art. 51 de la vigente ley 27149, se refiere al régimen de subrogancias, y para eso debe acreditarse la imposibilidad del Titular de la Defensoría Oficial que le fue



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

asignada, todo lo cual NO ocurrió en estos obrados”. Afirma que “el art. 42 inc. b) de la ley 27149 claramente establece que la defensa debe iniciarse desde que la persona está detenida”, agregando que “como esta ley entró en vigencia con posterioridad pero beneficia al imputado, debe aplicarse en el presente legajo y, consecuentemente, resulta NULO todo lo actuado en el "sub lite", pues como bien lo establece el art. 16 de esta ley, es deber esencial de la defensa técnica efectiva y adecuada, la que en la especie brilla por su ausencia”.

Entiendo que el recurso es también inadmisibile en lo que concierne a este agravio. Pues el recurrente no demuestra que la alegada irregularidad del acto de la designación del defensor asignado por el Estado *per se* esté sancionada con nulidad. Pues si no está en tela de juicio la habilitación para ejercer la profesión de abogado, el marco administrativo que regula la organización de la defensa pública no involucra ninguna cuestión de las comprendidas en el art. 456 CPPN. En ese sentido la defensa no demuestra por qué razón ella estaría administrativamente mejor habilitada que el defensor *ad hoc* para garantizar la defensa en juicio del imputado. En todo caso, si lo que se plantea es una alegación de indefensión por negligencia o falta de diligencia del abogado defensor, la calificación de tal no depende de que se trate de un abogado provisto por el Estado o de uno de elección del imputado.

En esas condiciones, el recurso es también inadmisibile, y se torna inoficioso examinar si, como lo postula el recurrente, ha habido inobservancia de la ley que regía el caso, o si debía extraerse alguna consecuencia de la ley 27.149, promulgada el 17/06/2015, que la modificó con posterioridad a la asunción del cargo por el Defensor Público *ad hoc*.

**1.3.** La defensa también había planteado la nulidad de la declaración indagatoria prestada por el imputado en la etapa de instrucción, y de los actos consecuentes, alegando indefensión.

El *a quo* había rechazado la instancia de nulidad señalando que “[e]n orden a la nulidad del ofrecimiento de prueba de la Defensa, por omisión, surge de la causa que a fs. 210 el Sr. Defensor Oficial Dr.

Lucas Tassara, a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales n°9 formuló en legal tiempo y forma ofrecimiento de prueba en los términos del art. 354 del C.P.P.N.”.

Rechazó también la existencia de indefensión, distinguiéndola de la crítica sobre la diferencia de criterio de la defensa anterior, en estos términos: “La diferencia de criterio que claramente expresa la actual defensa sobre los elementos probatorios cuya producción solicitó su predecesor, no pueden ser invocados como causa de agravio, máxime cuando se verifica el pleno ejercicio del derecho de defensa y la activa intervención de los Defensores que asistieron técnicamente al procesado”. A continuación sostuvo que “no se advierte en los actos cuestionados por la defensa, vicio alguno o inobservancia de las formalidades previstas para su realización, debiendo mencionarse que, a través del avance del proceso, la defensa tuvo oportunidad de acceder a lo actuado y tomar cabal conocimiento de las diligencias y actos procesales practicados, habiendo sido debidamente notificada de todas las cuestiones que hacían a su interés, de manera tal que ninguna duda cabe en relación a que la defensa tuvo oportunidad de ejercer el efectivo control de lo actuado a ese ministerio, sin que haya formulado objeción alguna respecto de los actos por lo que ahora se manifiesta agraviada”.

En definitiva sostuvo un criterio restrictivo de la nulidad, como remedio de excepción, y señaló las consecuencias que acarrearía una nulidad sin demostración del perjuicio.

En su impugnación la actual defensa presenta de un modo desordenado y promiscuo argumentaciones de distinta naturaleza para promover la nulidad genérica del procedimiento en la etapa de instrucción. Así, en el mismo apartado se refiere a la indefensión de su asistido por haber sido representado por un defensor *ad hoc*, a la existencia de un estado de indefensión por causa de un ineficaz ejercicio de la defensa, y a la nulidad de las declaraciones testificales recibidas en la instrucción sin control de la defensa, así como la nulidad de la sentencia por la incorporación de dos declaraciones testificales -de entre aquéllas- que fueron incorporadas al juicio.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

Adujo que “para que haya imputación desde el derecho procesal constitucional, es necesario que el imputado conozca de qué se lo acusa y sea asesorado en ese acto sobre la posición a adoptar, con un Defensor que examine las actuaciones desde su inicio y vaya ejerciendo el debido control sobre los actos procesales que se efectúan en el ánimo de desvirtuar cualquier prueba de cargo y ofrecer, a la luz del principio de la carga dinámica de la prueba, elementos probatorios que mejor custodien los derechos del imputado”.

Adujo que en este proceso “el Instructor fue colectando medios de prueba que finalmente se incorporaron al debate y que no fueron analizados ni antes ni después de colectarse, por el letrado Defensor, por lo que Badin estuvo huérfano de la protección que el Estado debe brindarle al imputado. Si el Defensor Oficial fue anoticiado de la existencia de la imputación de Badin, nada hizo. En consecuencia, Badin nunca fue defendido”.

Alegó la inexistencia de ninguna estrategia de defensa desde que “el Sr. Defensor Oficial NO se entrevistó con el imputado, no ofreció prueba y solicitó una instrucción suplementaria para la cual era necesario contar con material orgánico que estaba destruido conforme las constancias de la causa”.

La falta de orden y nitidez de la impugnación pone en crisis ya, por sí misma, la admisibilidad del recurso por falta de fundamentación del gravamen (arts. 432 y 463 CPPN).

A ello se suman otras consideraciones que sellan la admisibilidad.

En lo que se refiere a la efectiva asistencia de la defensa en la indagatoria, tan pronto se examina su documentación en el acta respectiva (fs. 57/58 vta.) se constata que el defensor *ad hoc* estuvo presente en el acto, que nada de lo allí asentado pudiese permitir poner en duda que el imputado no hubiese sido informado de modo suficiente de la naturaleza de la imputación, ni que no hubiese podido comprenderla. Se constata, también, que el imputado efectivamente respondió a la imputación afirmando no recordar nada porque “estaba bajo los efectos de la pastilla”, de modo que no realizó ninguna admisión

del hecho ni ninguna declaración perjudicial. En cualquier caso, si el imputado tenía otras cosas para declarar en su favor, el art. 378 CPPN le ofrecía la oportunidad de ser oído directamente en la audiencia de juicio, con la asistencia y asesoramiento del nuevo defensor de su elección. De hecho, en el debate oral Maximiliano Carlos Badin ejerció el derecho de ser oído y prestó una extensa declaración con la asistencia de su nuevo defensor (confr. acta del debate, fs. 271 vta./272 vta.), y ninguna declaración anterior fue incorporada por lectura. El recurrente no ha fundado a los fines de la admisibilidad cuál sería la real sustancia del gravamen que invoca pero que no caracteriza concretamente.

En otro orden, el recurso de casación tampoco refuta adecuadamente la decisión recurrida en cuanto rechazó la nulidad general por alegada indefensión. El Tribunal Oral había señalado que “no se advierte que Badin se haya encontrado en estado de indefensión durante el trámite de este proceso, por el contrario, surge de la causa que el imputado mantuvo entrevista con Dr. Walker en forma previa a prestar declaración indagatoria, el letrado estuvo presente durante la declaración indagatoria y oportunamente, interpuso recurso de apelación contra el auto de procesamiento dictado respecto de su asistido”. Observo que, en rigor, bajo la alegación de indefensión lo que se disputa es la estrategia de defensa de la Defensa Pública. El hecho de ejercer o no ciertas facultades que la ley concede no evidencia *per se* ni negligencia, ni abandono de la defensa. En todo caso, en vistas de que es al acusador a quien incumbe la carga de la prueba de la acusación, la abstención de ejercer ciertas facultades antes del juicio no equivale a indefensión. En la impugnación de la recurrente subyace una concepción que estima que la estrategia mejor debió ser otra que la seguida por su predecesor, y al mismo tiempo un error conceptual de identificar abstención del ejercicio de facultades con indefensión, porque esa abstención puede ser, según los casos y según el criterio de un defensor en particular la mejor estrategia, materia sobre la cual los tribunales no pueden juzgar.

He tenido oportunidad de pronunciarme al respecto con anterioridad en esta Cámara en el caso “*Villalba, Carlos Alberto s/robo*” (causa n° 54.805/2013/TO1/CNC1-CNC3, rta. 13/06/2016, reg. n°



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TOI/CNCI

448/2016), donde sostuve que cuando se alega indefensión o abandono de la defensa debe obrarse con suma prudencia. No debe verse una actitud negligente en cada caso en que un observador externo hubiese tomado un curso de acción diferente al del abogado defensor, pues ello es contrario a la idea de garantizar que el abogado estructure su estrategia de defensa de la manera más libre posible. Sólo si una falencia del abogado aparece manifiesta y de modo craso, corresponde que los jueces aseguren mediante medidas positivas el derecho a una defensa adecuada (confr. SOYER, comentario al art. 6 CEDH, en PETITTI, Luis Edmond / DECAUX, Emmanuel / IMBERT, Pierre Henri,, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme – Commentaire article par article*, 2ª. Edic. Economica, París, 1999, p. 275).

A este respecto, se impone reconocer la delicada tensión entre la independencia de criterio y actuación del abogado, y el deber del Estado de proveer medios para una defensa adecuada, incluso mediante medidas positivas.

En sus dos Comentarios Generales al art. 14 del PIDCP el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en favor de respetar como regla la libertad de criterio de la defensa. En el Comentario General n° 13 había expresado que “[l]os abogados deberían estar en condiciones de aconsejar y representar a sus clientes de acuerdo con su juicio y sus estándares profesionales establecidos sin restricción alguna, influencias, presiones o interferencia indebida de cualquier ángulo” (confr. OG n° 13, § 9, cit. según Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, doc. UN HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I). Y en el Comentario General n° 32, que sustituyó al anterior, ha declarado que “[e]l Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia” (confr. OG n° 32, § 32, *ibídem*). En su función de emitir observaciones sobre comunicaciones individuales el Comité ha rechazado con cautela las tendencias a identificar el no ejercicio de una

facultad con arreglo a la discreción de su juicio profesional y los casos de verdadera negligencia o abandono de la defensa (véase p. ej. Com. 210/1986, “Pratt, Earl & Morgan v. Jamaica”, §§ 7.2 y 13.2; Com. 536/1993, “Francis P. Perera v. Australia”, §§ 2 y 5.3; Com. 707/1996, “Patrick Taylor v. Jamaica”, § 6.3).

Un abordaje análogo ha seguido la Comisión IDH en su jurisprudencia en la que destacó la falta de queja oportuna de los imputados en el sentido de que su representación legal fuese de alguna manera insuficiente durante el juicio, o durante la apelación ni resultaba claro que una negligencia debiese haber sido advertida como manifiesta (*vide* en particular informe 41/2000, “McKenzie y otros v. Jamaica”, § 301; informe 49/2001, “Lamey, Leroy y otros v. Jamaica”, §§ 216/217).

Argumenté que, en segundo orden, es pertinente evocar la sentencia de la Corte Suprema en el caso “*Bermúdez, Fabián*” (causa B.405, L° XLII, sent. de 14/10/2010), en el que ha hecho suyos los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal. Allí éste había recordado la jurisprudencia según la cual, en materia criminal, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir la negligencia del defensor para asegurar la realidad sustancial de la defensa en juicio (con cita de Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 310:1934; 311:2502; 315:2984; 319:192; 320:150 y 854; y 321:2489), advirtiendo que las diferencias de criterio entre los sucesivos defensores permitan sostener la existencia de indefensión. A este respecto evocó el voto disidente del caso de Fallos: 324:3632 (“*Pancia, Marcelo Néstor*”), en el que se había señalado que se deben analizar “la totalidad de las circunstancias” del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas” pues “el acto u omisión de un defensor que... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro”. Se exponía allí que “un desacierto en la estrategia de la defensa, un



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal” (con cita del voto de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert, consid. 7).

Por cierto, la garantía de independencia de criterio del defensor en punto a cómo llevar adelante la defensa, impide que los tribunales se adentren a examinar cuál de entre dos estrategias de defensores sucesivos sería la mejor, y su jurisdicción de garantía se ciñe a constatar que el imputado no quede de modo sustancial en indefensión.

Observo, también, que parte de la censura del recurrente se apoya en una afirmación que está contradicha por las constancias del caso, pues acusa al anterior defensor de no haber ofrecido prueba, lo que no consulta el ofrecimiento de prueba presentado por la Defensa Pública que ha sido agregado a fs. 210.

A ello se suma que el recurrente no ha explicado de manera concreta de qué medio de defensa se habría visto privado su asistido por causa de una actuación anterior del defensor que pueda considerarse lo ponía en indefensión, pues no identifica que no hubiese podido hacer alegaciones en su defensa en el juicio, o que se hubiese visto privado de producir alguna medida de prueba que tampoco indica. No basta a ese fin alegar que la indefensión se configura por el hecho de que la actual defensa considerase que debió haberse hecho un ofrecimiento distinto del efectivamente presentó, porque aquí, nuevamente, rige la regla del respeto a un criterio técnico discrecional del defensor habilitado, que no implica por regla, ninguna indefensión.

Concluyo así que también en relación a este motivo de agravio el recurso es inadmisibles por falta de fundamentación.

**1.4.** Al comienzo del debate, en la oportunidad reglada por el art. 376 CPPN, la defensa había articulado de modo general la nulidad

de las declaraciones testificales recibidas durante la instrucción, argumentando falta de control adecuado por parte de la defensa anterior (confr. acta del debate, fs. 268 vta./269).

La articulación fue rechazada por el tribunal, en consonancia con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, que respondió que “las declaraciones testimoniales prestadas en sede instructoria [...] corresponden a los dichos brindados en aquella etapa por las personas que han sido convocadas a prestar declaración en la audiencia de debate, oportunidad en la que la defensa puede ejercer el debido control sobre la prueba de que se trata”. Señaló el *a quo* que la defensa alegaba un “agravio hipotético”, pues el tribunal no había ordenado la introducción por lectura de ningún acta de declaración testifical de las recibidas en la instrucción, ni había formulado ningún juicio sobre su valor probatorio (fs. 292).

Rechazó, asimismo, que fuera de aplicación la doctrina del caso de Fallos: 329:5556 (“*Benítez, Anibal Leonel*”), “toda vez que en aquel supuesto el Tribunal de juicio decidió incorporar por lectura las declaraciones prestadas durante la etapa de instrucción de aquellos testigos que no concurrieron a debate, no obstante la expresa oposición de la defensa y que luego redundó en prueba de cargo dirimente en la que fundó la sentencia condenatoria”. Y señaló que la totalidad de los testigos que habían prestado declaración durante la etapa de instrucción habían sido citados al debate y que “los testimonios que corresponde tener en cuenta son aquellos prestados durante el juicio oral y público, sin perjuicio, de los planteos que pueda formular la defensa ante la eventualidad de que se solicite la incorporación por lectura de alguna prueba testimonial, siendo entonces y no ahora, cuando podrá sentar su postura e introducir las cuestiones que hagan al ejercicio de su ministerio”.

En el recurso de casación adujo el recurrente que el “Tribunal de Juicio ha incurrido en serios yerros de interpretación de la norma procesal y del concepto de "daño" en materia de nulidades en el proceso penal” en razón de que “se incorporaron por lectura las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 20/21 y 24/vta., más allá de la



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TOI/CNCI

conformidad que en ese momento la Defensa prestó, lo cierto es que [las] declaraciones tomadas en la etapa de instrucción se utilizaron como prueba de cargo en contra de [su] asistido”.

Arguyó que “[s]e tiende a hacer un distingo entre lo acontecido en la etapa de instrucción y lo discutido en el debate, asignándole valor probatorio a aquello que claramente aparezca en el debate. Ese pensamiento es erróneo y conduce a interpretaciones de la norma adjetiva que resultan incompatibles con el derecho procesal constitucional”.

Alegó que el tribunal *a quo* “ha confundido el norte al sostener que el incidentista introduce agravio hipotético, pues la realidad es que la falta de defensa es fatal y fulmina con la nulidad de todo lo actuado [...] Badin no tuvo estrategias de defensa, pues no tuvo defensa; cuando se elaboró alguna estrategia de defensa, lo hizo quien no estaba habilitado por la ley para cumplir con ese cometido [...]”.

La defensa falla en demostrar la existencia de alguna inobservancia de la ley sustantiva fulminada con nulidad, y por ende no satisface, a los fines de la admisibilidad, las exigencias del art. 463.

Observo, en primer lugar, que en el debate, en la audiencia de 26 de octubre de 2015, el actuario había puesto en conocimiento que con “relación a la testigo Ariana Soledad Acevedo, informa la Seccional 10ª que se encuentra uso de licencia por maternidad y Claudia Frías está en uso de licencia anual ordinaria”. Observo, también, que después de que hubieron declarado los primeros ocho testigos el Fiscal General había expresado que desistiría de la comparecencia de Ariana Soledad Acevedo y de Claudia Frías y había solicitado en sustitución la lectura de las declaraciones prestadas por ellos en sede policial y documentadas en las actas de fs. 20/21 y 24/vta. El tribunal sustanció el pedido y la defensa de Maximiliano Carlos Badin había dado su conformidad, por lo que el tribunal *a quo* hizo lugar (acta del debate, fs. 276). La situación está expresamente contemplada en el art. 391, inc. 1, CPPN, por lo que falla la defensa en demostrar cuál habría sido la infracción a la ley procesal.

No puede quejarse la defensa de no haber podido interrogar a las testigos Ariana Soledad Acevedo y Claudia Frías si

consintió con la incorporación por lectura de sus declaraciones previas y no insistió en su convocatoria al debate.

A mayor abundamiento observo que, en rigor, la defensa ni siquiera demuestra si el *a quo* le ha asignado algún peso dirimente a esas declaraciones para fundar la condena del acusado.

En lo demás, su queja de que el *a quo* habría hecho un distingo entre los actos de la etapa de instrucción y los del debate, asignándole erróneamente valor probatorio sólo a aquello que claramente aparezca en el debate, está absolutamente insustanciada con arreglo a la ley y al “derecho procesal constitucional” que declama, pero cuyos principios no atina siquiera a proponer de un modo razonado.

Por ello el recurso es en punto a este motivo de agravio manifiestamente inadmisibile.

**1.5.** El recurrente presenta diversas cuestiones en punto a la determinación de los hechos y su atribución al acusado, que si bien no caen de modo estricto entre los motivos de casación del art. 456 CPPN; empero, tratándose del recurso contra la sentencia de condena, la revisión de la sentencia procede con el alcance de la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión, por otra parte, quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

También impugna la defensa la sentencia en cuanto el *a quo* declaró inaplicable el art. 34, inc. 1, CP, rechazando que el imputado hubiese obrado en estado de inimputabilidad. Los argumentos de la defensa no conciernen a la interpretación de la ley sustantiva, sino a las argumentaciones fácticas del *a quo*, sobre cuya base rechazó que estuviere satisfecho alguno de los dos supuestos de hecho de la inimputabilidad.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

De modo que la impugnación debe ser también emprendida a la luz del estándar sentando en el caso “*Casal, Matías Eduardo*”, antes citado.

**1.6.** Finalmente, en subsidio, la defensa disputa la calificación jurídica aplicada en el caso, y discute que los hechos probados puedan ser calificados como homicidio *criminis causae* en grado de tentativa. Pide en definitiva, en subsidio, que el hecho sea calificado como robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves, y que se reduzca la pena al mínimo de la escala legal aplicable.

A los fines de la admisibilidad el motivo de agravio está suficientemente fundado y cae, por lo demás, en el art. 456, inc. 1, CPPN.

Abordaré pues los motivos de agravio que entiendo admisibles en el orden antes propuesto.

**2.** En la sentencia el tribunal oral dio por probado que “el día 19 de febrero del año 2015, alrededor de las 19:30 horas, en la intersección de las Avenidas La Plata y Asamblea de ésta ciudad, Maximiliano Carlos Badin, intentó sustraer el vehículo marca Renault Scenic dominio CRP-039, dentro del cual se encontraban los menores L.T.D., C.T.D. y B.B.C.D., para lo cual abordó y condujo el rodado en huida, trayecto durante el cual arrojó al menor B.B.C.D. por la ventanilla trasera derecha del vehículo en movimiento, ocasión en que la menor C.A.T.D. se arrojó del rodado en circulación”.

Al valorar la prueba el *a quo* relevó, entre otros elementos probatorios, las declaraciones dadas efectuadas en el debate.

Expuso el tribunal *a quo* que “[l]os testimonios vertidos en debate permiten tener por acreditados los hechos desde dos perspectivas, es decir, lo ocurrido en el interior del vehículo, que es la narración que efectúa [C.A.T.D.] y también [L.T.D.] a través de lo que posteriormente le contó a sus padres y lo acaecido mientras tanto, detalle que efectúan con sus relatos los testigos Carbajal, Doval, Reyes y Souto”.

Tuvo por acreditado que “inmediatamente después de que Doval y Carbajal descendieran del rodado, el imputado Maximiliano Carlos Badin abordó el vehículo y se colocó en el asiento correspondiente al conductor, lo que ocurrió tan rápido que las niñas no

tuvieron tiempo material de accionar el seguro de cierre de las puertas”. Sobre la base de la declaración de la niña C. tuvo por cierto que el imputado, una vez en el interior del rodado le exigió en reiteradas ocasiones le exigió a C. que se arrojase del auto, y agregó tomó nota de que la niña declaró que “ella le pedía que pare para poder bajar porque no lo haría con el rodado en movimiento”.

También tomó nota del relato de la niña en cuanto sostuvo que forcejeó con el hombre, “que lo tomó de la cara y éste le quitaba las manos y luego quitó el cinturón de seguridad de la silla de su hermano y lo levantó, oportunidad en la que el procesado soltó el volante, giró su torso hacia atrás, tomó al niño y lo arrojó a la vía pública por el hueco de la ventanilla trasera derecha, ante ello C. decidió tirarse del auto para ir tras su hermano, abrió la puerta por la que Badin tiró al niño e intentó saltar, pero al pasar sobre la silla de su hermano se trabó una de sus piernas por lo que quedó colgando del auto, hasta que finalmente pudo soltarse y cayó al asfalto”.

Confrontó el *a quo* el relato de la niña con los testigos Reyes y Carbajal, que declararon haber observado esta secuencia, “quienes relataron cómo el conductor forcejeaba con C., luego tomó al niño y lo tiró a la vía pública”. En la confrontación el *a quo* también tomó nota de la declaración del testigo Souto “quien remarcó que caminaba por el lugar y se quedó mirando el vehículo porque le llamó la atención que éste circulara a alta velocidad y, mientras lo miraba vio caer una niña por la puerta derecha trasera del auto y allí advirtió que en el asfalto había otro menor”.

También tomó en consideración la declaración prestada en el debate por Federico Reyes, motociclista que había colaborado con el dueño del vehículo sustraído en la persecución del auto, quien manifestó que “pasó en rojo por la calle Vernet y al pasar Senillosa se ve como una nena y nene salen por la puerta de atrás sin detener la marcha y la camioneta sigue”, explicando que “los menores salen despedidos por la puerta trasera derecha, primero el nene y luego la nena. En ese momento no frené a ver la situación de la nena y después de que la camioneta chocó y se detuvo al conductor, volví a ver la nena y el nene”.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

En la sentencia se relevó también que el testigo había declarado que siguió con el padre hasta el momento del impacto de la camioneta, que la camioneta perdió el control y luego impactó contra un container y luego siguió chocando otros autos. Relevó que el testigo afirmó que “cuando quedó chocado sin poder avanzar y el que robó se quiere escapar, yo logro reducirlo con el dueño de la camioneta. Se bajó por la puerta del acompañante porque yo estaba de frente a la puerta del conductor”. También dio valor a su declaración en punto a que “[l]a persona detenida decía que él no había robado la camioneta y decía que había sido otro que se tiró. No existe esa posibilidad porque yo lo seguí todo el tiempo y no vi que nadie más cayera, solo los chicos” y que “[l]a camioneta iba a una velocidad de moderada a acelerada”.

La declaración de Juan Pablo Souto también fue valorada por el *a quo*, en cuanto había afirmado que “iba a buscar a sus hijas y ve a una camioneta Scenic que pasó a gran velocidad, me llamó la atención, no iba a menos de 60 ó 70 km, me la quedé mirando y veo que la camioneta disminuye la velocidad y de la puerta trasera del acompañante veo que cae un nene chiquito y otra nena de unos 12 años”, aunque luego aclaró que “[s]e abrió la puerta trasera del acompañante y veo a la nena que impacta contra el asfalto, recién ahí vi que había otro nene tirado, no sé cómo salió el nene”. Tomó nota de que el testigo dijo haber asistido a los niños hasta que llegó el SAME y que la niña le pedía que le avisase al padre que estaba a la vuelta, y de que el testigo explicó que la camioneta perdió la dirección y chocó, y que fue a avisarle al padre “y ahí veo que el imputado estaba esposado en el piso”. Relevó el *a quo* que el testigo había declarado que “El nene lloraba y tenía un moretón en la cabeza. La nena estaba medio llorando, raspada y estaba preocupada por su hermano. La nena se tiró para salvar a su hermanito que cayó cuando abrió la puerta el sujeto”. También relevó el *a quo* de esa declaración que el testigo dijo haber visto “que la camioneta la conducía un sujeto masculino” y que “no había nadie como acompañante en la parte delantera”.

En la sentencia se tuvo también en consideración lo declarado Gabriel Eduardo Carbajal, padre de los tres niños que iban en

el auto, que manifestó haber descendido de su vehículo junto a su esposa para dirigirse a una panadería sita en Av. La Plata y Garay, cuando “aparece mi hija L. y me dice nos están robando el auto y se llevan a C. y B. arriba, salgo corriendo y veo que arranca el auto”, ocasión en la que un motociclista le ofreció subirse para perseguirlo. Relevó de su relato que declaró que “[e]l auto dobla en la siguiente avenida, ancha, antes de Carrefour. Veo que el auto no frena y está zigzaguendo de un lado para otro. Por la ventanilla de atrás veo que la persona no tomaba el volante, estaba dado vuelta tratando de sacar al nene más chico y forcejeando con la más grande. Mi hijo menor tenía cinturón de seguridad. Cuando lo sacó, tira el bebé y va a parar contra un corsa gris que estaba estacionado”. Relevó que según dijo el testigo “el auto en todo momento nunca frenó. Dobló en la calle Doblás como venía y se le rompe el tren delantero o la dirección y empieza a golpearse auto por auto, incluso un volquete y queda incrustado en un 405”.

Tomó el tribunal nota también de que el testigo expuso que el imputado “[h]abló conmigo y me dijo que había otras personas con él, que él no fue, que los otros se tiraron del auto. No tuvo ningún momento de humanidad”. Y también de que después del hecho habló con su hija C. que le dijo que habían pensado que el hombre se equivocó de auto, que “abrió la puerta y se sentó y cuando ella le iba a decir que se equivocó este hombre se dio vuelta y les dijo quédense quietos o les pego un tiro”. Se relevó en la sentencia que el testigo fue asertivo en cuando dijo: “[y]o lo vi al sujeto conduciendo el vehículo. Había una sola persona, el detenido. No tenía el cinturón de seguridad puesto”, y continuó diciendo que “[c]uando terminó de romper el último auto, este Sr. me habló. Estaba dentro, salió por la puerta del acompañante, porque del otro lado estaba el chico de la moto. Vino un patrullero y le cruzó el auto. Yo lo vi en todo momento solo”, y que “[e]n todo momento actuó solo, pasó del conductor a salir por el otro lado”.

Explicó que “[e]l zigzag que yo dije fue cuando dobló y al volante nadie lo conducía, porque peleaba con mi nena más grande y también trataba de sacar al bebé. El sujeto desenganchó el cinturón de seguridad del asientito. El asientito estaba en el medio”; también relevó



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

que dijo que “Yo alcancé a verlo por la ventanilla baja. Le dimos alcance rápido, nos pusimos del lado del conductor. Yo podía ver quién manejaba” y que en la audiencia señaló al imputado”.

También relevó el *a quo* la declaración de Silvia Iliana Doval, conductora del auto y madre de los niños, quien manifestó que se dirigía junto a su marido a una panadería y que habían terminado de entrar y “cuando me doy vuelta viene mi hija de 12 años y me dice nos robaron el auto con C. y el bebe”, ocasión en la que su marido subió a una moto que ofreció ayuda, mientras la gente llamaba al servicio telefónico de emergencias.

Declaró que su hija L.T.D. le había contado que “se subió este hombre al auto y pensaron que se había equivocado pero el sujeto les dijo que se queden quietos que les pegaba un tiro a los tres. Estaban los tres adentro del auto”, y que “C. me dijo que cuando doblaron por Vernet, ella peleaba con él porque le decía que se tiren y ella quería que pare el auto para bajarse, le pegaba. El seguía, ella desprendió al bebé de la sillita”, agregando que “[l]a ventanilla estaba abierta de ese lado y él lo tiró por [ahí]”. También tomó nota de que la mujer relató que “[c]uando [C.A.T.D.] ve que tira al nene se quiere tirar también para agarrar su hermano y se queda atrapada con la rodilla izquierda y la arrastra y después cayó, se raspó la rodilla y lo agarró al nene que pegó la cabeza con un auto”.

Relevó finalmente que la testigo declaró que su hija C. tenía lesionada la rodilla izquierda, se raspó y se le hicieron hematomas, y que el niño tenía un hematoma en la frente y la cabeza, y estuvo 24 horas en el hospital, en observación en el servicio de terapia intensiva.

En la sentencia se tomó nota, en último término, de la declaración testifical de C.A.T.D., en cuanto relató que eran aproximadamente las 19 horas, y mientras sus padres fueron a la panadería, y ella y sus hermanos L.T.D. y B.B.C.D. permanecían en el automóvil, “viene el imputado y dice bájense porque les pego un tiro, se bajó mi hermana y arrancó el auto y decía que nos bajemos, yo le decía que frene el auto para bajar”. El *a quo* relevó que la niña declaró que “[l]o desaté a mi hermano de la sillita y en eso se dio vuelta, lo agarra y lo tira

por la ventana y yo me tiro también para agarrarlo, le pude agarrar la mano pero se me escapó”, y que sobre esto explicó que “[a] mi hermanito lo agarró de la cintura y lo tira y yo trato de bajar y quedo enganchada. El bebé pegó la cara contra la calle. Mi hermanito tenía la cara toda lastimada y en la frente un chichón enorme”, que ella forcejeó con el hombre, le agarraba la cara y él le sacaba la mano”.

**2.1.** El recurrente disputa la determinación de los hechos, en particular en cuanto en la sentencia se ha tenido por cierto que el acusado Maximiliano Carlos Badin fue quien los ejecutó, y a que fue éste quien arrojó por la ventanilla trasera izquierda al niño B.B.C.D., con el auto en movimiento.

**2.1.a.** Arguyó el defensor en su recurso de casación que “no tenemos ninguna prueba que acredite” que su asistido fue quien ingresó al vehículo con tres menores en el interior, a quienes “dijo que no hablaran o les pegaba un tiro y luego les dio la orden de descender”. Sostuvo que no se entiende “cuál fue el camino racional que siguió el Tribunal para identificar al sujeto que subió al auto con Badin [... ya que] tenemos solamente la posibilidad de relacionar a Badin con la persona que subió al auto sólo con el testimonio de C.”. Sin embargo, remarca que en el debate “la joven testigo habla del "imputado" y no tuvo la chance de identificarlo porque por pedido del Sr. Fiscal General Badin fue sacado de la sala”.

Observo que el agravio de la defensa carece de base objetiva. Si bien se mira, en la conformación de su convicción el tribunal ha confrontado múltiples declaraciones testificales, sin dejar lugar a ninguna duda razonable sobre la identidad de la persona que abordó el auto y se lo llevó con los niños dentro del habitáculo. Tal como lo señaló el *a quo* en la sentencia impugnada, de una lectura razonable del testimonio de C.A.T.D. se desprende con suma claridad que la persona que subió al auto era una sola y no varias, que la niña habló en tercera persona del singular, así cuando dice “...viene el imputado...”, “... decía que nos bajemos...”, “...se dio vuelta, lo agarra y lo tira por la ventana...”, “...El sigue... Estuvimos como tres cuerdas con él en movimiento...”, “...lo agarró de la cintura y lo tira...”, “Yo forcejee con



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

el imputado le agarraba la cara y él me sacaba la mano”. También tuvo en consideración el *a quo* para dar por acreditado que fue Maximiliano Carlos Badin quien sustrajo el vehículo y arrojó al menor B. afuera del mismo, el testimonio de Federico Reyes en cuanto afirmó que “[l]a persona detenida decía que él no había robado la camioneta y decía que había sido otro que se tiró. No existe esa posibilidad porque yo lo seguí todo el tiempo y no vi que nadie más cayera, solo los chicos”. También relevó el *a quo* lo expuesto por Juan Pablo Souto que afirmó que “[v]i que la camioneta la conducía un sujeto masculino. No había nadie como acompañante en la parte delantera”. Y también tomó nota de que el padre de los niños, Gabriel Eduardo Carbajal, había declarado que “[p]or la ventanilla de atrás veo que la persona no tomaba el volante, estaba dado vuelta tratando de sacar al nene más chico y forcejeando con la más grande”, y agregó que “[y]o lo vi al sujeto conduciendo el vehículo. Había una sola persona, el detenido, aclarando que la persona que les intentó sustraer el vehículo “salió por la puerta del acompañante, porque del otro lado estaba el chico de la moto [... e]n todo momento actuó solo, pasó del conductor a salir por el otro lado”. Y finalmente destacó que el testigo había afirmado que en la persecución con la moto “[l]e dimos alcance rápido, nos pusimos del lado del conductor. Yo podía ver quién manejaba” y que en la audiencia había señalado al imputado.

El *a quo* ha construido su convicción sobre la identidad del ladrón con arreglo a la sana crítica de las declaraciones testificales apuntadas, sin margen para ninguna duda razonable. La defensa pretende instalar la duda en una hipótesis de identificación y aprehensión errónea de la que no ofrece indicio ninguno, ni tiene siquiera una mínima base en alguna alegación del imputado que, por toda defensa, y con el asesoramiento de su asistencia letrada, ha declarado no recordar nada de lo sucedido por haberse encontrado en estado de intoxicación.

Este aspecto de la impugnación no puede ser de recibo.

**2.1.b.** En otro orden ha planteado la defensa de Maximiliano Carlos Badin que no se ha establecido fuera de toda duda que el ladrón que se apoderó del control del automóvil hubiese arrojado al niño B.C. por la ventanilla con el auto en movimiento, y propuesto la

hipótesis de que fue su hermana C. la que en su desesperación habría abierto la puerta trasera, lo habría arrojado, y se habría arrojado tras él.

Según arguye, el único testigo objetivo alejado de la confusión y del trauma, es Souto, pues tanto Carbajal como Reyes y C. fueron agentes que participaron del hecho traumático y muy probablemente su apreciación tiene la confusión de la dificultad que atravesaban.

Destacó que el testigo Reyes dijo haber visto “cómo salen despedido[s] *por la puerta trasera derecha*, primero el nene y después la nena”, que Carbajal dijo “que la puerta trasera derecha quedó entre abierta cuando salió L. [*por C.A.T.D.*], que se abrió y que el nene salió por la puerta y después L. [*por C.A.T.D.*]”. Toma nota de que tanto Reyes como Carbajal dicen que ven esto en la persecución, pero señala que Souto dice que C.T.D. le dice que el padre estaba a la vuelta, de donde concluye que “no hay duda de que los niños salieron del auto después que el auto dobló, por lo que Reyes y Carbajal no tenían el campo visual adecuado para ver la circunstancia que describieron”.

A modo de conclusión argumentó la defensa que “por aplicación de principios de física, debemos descartar los dichos de Reyes y Carbajal en ese sentido, pues del relato objetivo firme y conciso de Souto, surge una contradicción que impide darle valor convictivo a los dichos de Reyes y Carbajal. Lo propio ocurre con los dichos de C., ya que si efectivamente B. hubiese sido arrojado por la ventanilla y ella lo hubiese intentado agarrar del brazo y se le hubiese zafado y al mismo tiempo ella abría la puerta para tirarse para asistir a su hermano, lo cierto es que necesariamente la suerte de B. hubiera sido otra”. Agrega argumentalmente que “las lesiones que B. tuvo en su soma son coincidentes con el relato de Souto y no con el de C., Carbajal y Reyes. Si el auto del que fueron expulsados hubiera estado con una aceleración de 60/70 km. por hora, la consecuencia traumática en los cuerpos de los menores nunca podría ser la que fue, por aplicación de principios físicos en materia de aceleración y la fuerza gravitacional”. Finalmente pide que se tome nota de que “Carbajal, aun sin tener el campo visual necesario para justificar científicamente sus dichos, dice que su hijo B. golpeó su





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

cabeza con un paragolpes de plástico, pero C. sostiene que su hermano se golpeó contra el piso, extremo que C. sólo pudo ver si el auto disminuyó su velocidad para que ambos pudieran salir del mismo”.

Observo, en primer lugar, que el recurso de casación no contiene una crítica de lo que sobre el punto había establecido la sentencia a la luz de las declaraciones que en ella se valoraron, sino, en verdad, constituye un alegato sobre las declaraciones recibidas en la audiencia. Con ello pierde el norte, porque no se trata aquí de un juicio sobre lo que los testigos -que esta Cámara no ha oído en condiciones de inmediación- sino de un juicio sobre la sentencia, a fin de establecer si en ella se han observado las reglas de la sana crítica con ajuste a la lógica y el arreglo a la experiencia.

Dicho esto, observo que el único relato directo de lo que pudo haber sucedido dentro del automóvil es el de la niña C.A.T.D., relato sobre el que el recurrente no ofrece ninguna apreciación crítica, y se ciñe a afirmar que los hechos pudieron haber sido de un modo distinto al modo en que la niña declaró sucedieron, lo que implica establecer su mendacidad, o al menos dudas sobre su veracidad apoyadas en algún indicio objetivo que la defensa no ofrece.

Ha dicho el *a quo* en la sentencia que la niña “dio un detalle exhaustivo de la ubicación que cada uno llevaba dentro del auto, antes y después de la intervención de Badín [...] Describió el estado de las ventanillas de atrás -la izquierda abierta hasta la mitad y la derecha totalmente baja-, fue precisa al describir cómo Badín tomó a B. de sus manos y lo tiró por la ventanilla trasera derecha, incluso manifestó que pudo tomarle la mano pero no consiguió retenerlo”.

Ha tomado nota también de las alegaciones de la defensa sobre la existencia de ciertas diferencias en las declaraciones de los testigos, que había calificado de contradictorias, y en particular ha contestado que “la perspectiva que tenían Reyes y Carbajal desde la moto, esto es desde la parte trasera izquierda, impedía ver claramente si Badín arrojó al niño a través de la ventana o la puerta, por lo que la contradicción que aduce la defensa entre los dichos de estos testigos y C. no es más que el producto de la confusión derivada no sólo del ángulo

de observación, sino también del nerviosismo de la situación y la actividad que estaban desarrollando, no debe olvidarse que Reyes conducía una moto en velocidad, por lo que no puede pretenderse que además pudiera prestar exhaustiva atención a lo que ocurría dentro del vehículo, cuya observación sólo era posible a través del espacio de las ventanillas bajas”. También observó más adelante el *a quo* que “[...] Durante la huida, el imputado condujo el rodado a una velocidad aproximada de 50 km/h y, tal como señal[aron] C.T.D. y Carbajal, a fin de arrojar a B. por la ventanilla, Badín soltó el volante y giró su torso hacia atrás, lo que provocó que el rodado -sin guía- circule haciendo zigzag. Esta circunstancia la describe Carbajal, quien pudo ver que Badín soltó el volante, así también lo señala Reyes que observó el zigzag, sin perjuicio de desconocer las razones por las que se produjo”.

Al realizar el escrutinio de los fundamentos de la sentencia en este punto, no encuentro motivo alguno para aceptar que el tribunal oral se hubiese apartado de las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia, tan pronto se toma nota de las declaraciones de los Juan Pablo Souto, Federico Reyes, Gabriel Eduardo Carbajal y C.A.T.D., que han concordado en que, con el vehículo en movimiento, observaron que los dos niños salían de su interior por el sector de la puerta trasera derecha, especificando C.A.T.D. -la única testigo que se encontraba en el interior del rodado- que su hermano de un año y medio de edad había sido arrojado por la ventanilla por la persona que intentaba sustraer el automóvil de sus padres. Así lo recoge la sentencia impugnada y no se advierte arbitrariedad ni error de apreciación en su razonamiento.

Después de proponer que era materialmente imposible que el imputado arrojase al niño por la ventanilla, afirma la defensa la hipótesis de que la niña “quiere hacer creer lo que sucedió” y arguye que “algo sucedió dentro del auto en la desesperación de C. que motivó que por salvar a su hermano, abriera la puerta y arrojara primero a uno y luego a ella misma, y que ahí fue cuando se le zafó la mano y fue cuando se le quedó atorada la pierna y siendo que pudo zafarlo únicamente porque el auto disminuyó la velocidad”. La defensa afirma la hipótesis, sobre la base de conjeturas sobre la factibilidad de que las cosas hubiesen



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

ocurrido como relató la niña, y sugiere su mendacidad, pero sus conjeturas -como toda conjetura- no demuestran que la niña sea mendaz, sino simplemente que la defensa prefiere una hipótesis distinta. En otros términos, no dan indicio objetivo de que la niña ha mentado, sino que sugiere la mendacidad porque en su imaginación es posible que las cosas hubiesen sido distintas.

Todas las demás argumentaciones de la defensa en punto a que si el niño hubiese sido efectivamente arrojado por la ventanilla habría resultado más seriamente lesionado, o las concernientes a la mayor o menor inmediatez entre el momento en que Federico Reyes y Gabriel Eduardo Carbajal dijeron haber visto caer a los niños del auto y el momento en que la niña C. pidió a Juan Pablo Souto que anoticiara a su padre que se encontraba a la vuelta, se apoyan en especulaciones fácticas que no tienen, la primera, un sustento científico, y la segunda sólo un sustento especulativo contra fáctico que presupone que los testigos Reyes y Carbajal hubiesen mentado al decir que vieron lo que no habrían podido ver de ningún modo.

A ello se suma que la defensa omite tomar nota de que la niña C.A.T.D. había explicado que después de que el conductor tomara a su hermano y lo arrojara por la ventana, y que ella se lanzara hacia afuera, “[é]l [por el conductor] sigue y lo veo a mi papá con la moto y veo como dobló”, lo que, confrontado con lo declarado por Juan Pablo Souto en punto a que “la nena me pedía que le avise al padre que estaba a la vuelta”, lejos de establecer una duda, permite explicar que, fue porque la niña observó a su padre en la moto persiguiendo al vehículo sustraído que pudo saber que éste se encontraba a la vuelta y pedirle a Juan Pablo Souto que se dirigiera allí.

La defensa se queja de defecto de consideración de la declaración de Juan Pablo Souto en punto a la estimación de que la camioneta “pasó a gran velocidad [...] no iba a menos de 60 ó 70 km” y que vio que “la camioneta disminuyó la velocidad y de la puerta trasera del acompañante [...] cae un nene chiquito y otra nena de unos 12 años”. Por lo que diré más adelante sobre la calificación jurídica del hecho, abordar esta queja es inoficioso.

Concluyo así que no basta con la alegación de la imposibilidad fáctica de que la niña C. hubiese podido intentar tomar de la mano a su hermano menor y luego arrojarse por la puerta, y contraponerla con la imaginativa hipótesis de que ella misma hubiese arrojado a su hermano hacia el exterior del vehículo en movimiento, de la que no hay ningún indicio objetivo ni tal relato aparece contradicho por el imputado que ha dicho no recordar nada de lo que sucedió aquel día.

Tal como he tenido oportunidad de manifestar en esta Sala en “*Cordero, Facundo Ernesto Nabuel s/robo con armas*” (causa n° CCC 31287/2014/TO1/CNC1, rta. 30/10/2015, reg. n° 605/2015) la duda que se alega sólo es una duda *razonable* cuando se sustenta en la insuficiencia de los indicios sobre los que se construye la hipótesis acusatoria, lo que presupone la identificación de elementos objetivos que los neutralizan y excluyen, y permiten construir una hipótesis de hecho distinta. Por cierto, una mente imaginativa encontrará siempre hipótesis de duda. Empero, el principio *in dubio pro reo* no consiste simplemente en la formulación puramente intelectual de otras hipótesis teóricamente posibles, diferentes a las de la acusación, sino en la comprobación de que el acervo de elementos de prueba disponible admite la formulación de más de una hipótesis, y que el examen crítico de ella no permite descartar alguna de ellas, lo que conduce a no poder afirmar la de la acusación más allá de toda duda razonable. Porque desde el punto de vista sistemático, y del discurso, siempre es imaginable la posibilidad de proponer hipótesis alternativas, en otros términos, toda pretensión acusatoria es siempre susceptible de ser puesta en duda. De lo que se trata es de que la duda alegada debe encontrar sustento objetivo en el material probatorio, y no constituye el enunciado de un mero ejercicio dialéctico. Por eso el principio de inocencia cae cuando se afirma una hipótesis *más allá de toda duda razonable*.

Tanto la certeza como la duda deben ser *razonadas*, y deben ser razonadas a la luz de los elementos de convicción o indicios que han sido puestos a disposición del juez o tribunal de forma regular. De modo que, si al impugnar las determinaciones de hecho de la sentencia, la



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TOI/CNCI

defensa alega una duda razonable sobre cómo acaecieron los hechos, tiene la carga de destruir la construcción hecha a partir del acto complejo de valoración de esos indicios, identificando otros indicios y demostrando por qué éstos los neutralizan y excluyen, y cómo permiten construir una hipótesis de hecho distinta de la afirmada en la sentencia.

3. En el debate la defensa había alegado que Maximiliano Carlos Badin había obrado en estado de inimputabilidad por haber consumido alcohol y drogas que le impidieron comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones y pretendía la aplicación del art. 34, inc. 1, CP.

En la sentencia contestó el tribunal que “el descargo vertido por Badin, en cuanto a su falta de memoria producto de una intoxicación por ingesta de alcohol, estupefacientes varios y psicotrópicos, en nada modifica las conclusiones a las que es posible arribar teniendo en cuenta la prueba producida”.

Argumentó que “[...] todos los testigos que tuvieron contacto o pudieron ver al procesado, en forma coincidente negaron haber observado algún síntoma o circunstancias de anormalidad en su estado”.

Tomó nota el tribunal *a quo* de lo dicho por el imputado en su declaración indagatoria en punto a que “desde aproximadamente las 3:30 hs. hasta pasado el mediodía del día 19 de febrero de 2015, consumió bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes tales como cocaína, marihuana y pasta base así como también psicotrópicos -Rivotril y otro cuyo nombre comercial desconoce-, en una cantidad que tampoco puede precisar”. Tomó también nota de su alegación de que por la ingesta estaba en un grado de intoxicación que le impedía recordar qué a había sucedido en el tiempo comprendido entre el mediodía del día 19 de febrero de 2015 hasta la mañana del día 20 de febrero de 2015 en que lo despertaron para efectuar la extracción de sangre y orina, y de que afirmó que su último recuerdo era que, al notar que su amigo José no regresaba de comprar alcohol, decidió empezar a caminar sin rumbo determinado.

El *a quo* hizo suyos los argumentos del representante del Ministerio Público, en cuanto había alegado que las acciones desplegadas por el acusado desde que ingresó al rodado que intentó sustraer hasta luego de ser detenido no eran compatibles con el argumento defensivo, por cuanto éste estuvo en condiciones de accionar todos los mecanismos necesarios para poner en marcha y conducir el vehículo a una velocidad alta y continua, así como también pudo elaborar y argumentar una versión de los hechos desinclinante al manifestar que otro sujeto era quien había sustraído el vehículo y se había dado a la fuga e incluso aportar en detalle todos sus datos personales al personal policial que labró el acta de detención y notificación de derechos. Declaró el tribunal que coincidía con esa alegación, y relevó que “[d]e los dichos de los testigos Reyes, Carbajal y Toledo Carbajal se desprende claramente que el procesado en su huida condujo el rodado en forma recta y a una velocidad sostenida, salvo en un tramo en que el rodado circuló en zigzag, lo que ocurrió precisamente en el momento en que Badin soltó el volante y giró su torso hacia la parte trasera del vehículo para tomar al niño B. y arrojarlo por la ventanilla”. Según apreció, “este andar errático observado por los testigos no es consecuencia de la falta de control [...] sobre el rodado, como argumenta la defensa, sino que forma parte de lo ocurrido en un momento específico del “*iter criminis*”, Badin debió dejar el volante porque necesitaba sus dos manos para tomar al niño y deshacerse de él”.

Continuó argumentando que “las acciones y conexiones psíquicas y físicas que resultan necesarias para poner en marcha y conducir un vehículo automotor, [...] constituye una tarea compleja, es necesario desplegar motricidad fina y efectuar movimientos coordinados y simultáneos, todo lo que Badin hizo hasta que se activó el sistema de corte de suministro de nafta y se produjo la rotura del sistema de dirección, lo que le impidió continuar la marcha pese a sus infructuosos intentos de reanudarla”.

Dio, además, especial peso al descargo que Badin cuando los señores Reyes y Carbajal intentaban aprehenderlo, ocasión en la que - según estos declararon- les dijo “yo no robé el auto, fue otro que se



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

tiró”, y también añadió que los testigos Carbajal, Cañete, Reyes, Souto, Diego y Casco habían sido contestes en lo concerniente al estado que presentaba el aprehendido, que describieron un estado normal, sin particularidades.

A esto agregó el *a quo* que el estado de lucidez se corroboraba porque el imputado estuvo en condiciones de dar en forma precisa sus datos filiatorios al labrarse el acta de detención y notificación de derechos (fs. 25), aportando su nombre completo, número de DNI, nombre del padre, de la madre, edad, estado civil, ocupación, domicilio y número de teléfono, y confrontó que esa información resultó correcta.

Desde una consideración global de la dirección del hecho en la sentencia se apreció que “a temeraria huida que emprendió Badin, la decisión de deshacerse del menor B.C., las frases proferidas a C. dentro del auto y la versión exculpatoria brindada a quienes intentaban detenerlo, son muestra clara de la plena conciencia de su actuar disvalioso, del que en todo momento intentó quedar impune, primero huyendo a bordo del vehículo que intentó sustraer, luego arrojando a B. del auto para detener la persecución y por último, al verse acorralado, ensayando una defensa”.

Se concluyó así en la sentencia que “Maximiliano Carlos Badin pudo en todo momento comprender la criminalidad de sus actos y dirigir cada una de las acciones que aquí se tienen por acreditadas”, lo que excluía la aplicación del inciso 1º del artículo 34 del Código Penal.

En su recurso de casación, la defensa alegó que “[c]uando se le efectuó el primer examen médico legal [a su asistido], en la etapa de instrucción y sin participación de la defensa, se le extrajeron muestras de sangre y orina y con ligereza inadmisible desde la mirada científica, se concluyó que estaba lúcido y que tenía plena comprensión de los hechos. En ese mismo examen, la Policía Científica informa que no puede hacer estudios en sangre para determinar la ingesta de sustancias tóxicas por carecer de los elementos necesarios para ese fin. Con posterioridad, la Policía Federal Argentina informa sobre la destrucción de las muestras de orina y sangre y al efectuarse la instrucción suplementaria ordenada

por V.E., se advierte que en su orina aparecieron metabolitos, sin indicar si éstos eran activos o pasivos”.

Según argumenta la defensa “si los metabolitos eran activos nos hablaría de una posible encefalopatía que importa lesión en la corteza cerebral y consecuentemente, puede tener las ausencias que señaló el propio imputado y que se descartó porque no se hicieron los estudios pertinentes”. Propone que “la presencia de metabolitos nos marca la ingesta de sustancias tóxicas por un lapso superior a las 72 horas si son pasivos e inferior si son activos, pero no es exacto y depende de un montón de factores que no se ponderaron al momento de efectuar los análisis”. Sostiene que “los efectos de las sustancias tóxicas es la lenta anulación de los receptivos, por lo cual si Badin tiene gran parte de sus receptivos anulados, ello implica que va a precisar más cantidad de estupefacientes para poder estimularse y consecuentemente pueden aparecer estas lagunas en la memoria y esta inconsciencia del acto que se traducen en el no recordar, que es lo que le pasó”. Y remontando su queja a la actuación del defensor público en la instrucción arguye que “la estrategia hubiera sido hacerle análisis neurológicos para ver su corteza temporal y poder ver así el alcance temporal que puede tener en Badin la ingesta de estupefacientes mezclados con alcohol”. Acusa que “este análisis no se efectuó, por inoperancia e ineficacia del propio Estado Nacional, por lo que cabe en ese sentido beneficiar al imputado con la duda razonable sobre la capacidad jurídica que tenía al momento de la ocurrencia de los hechos que le fueron achacados”.

En el argumento de la defensa subyace una disociación entre la reconstrucción del estado clínico aparente del imputado al momento del hecho, y el valor que pretende dar a la declaración de éste en cuanto afirmó la ingesta de tóxicos y la incapacidad de recordar. Todos los argumentos de la defensa se centran en la alegada omisión de exámenes toxicológicos, pero ésta no se hace cargo de lo que viene en primer lugar: si algún signo o síntoma, en el momento de la detención permitía sospechar que el imputado tenía anulada su capacidad de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TOI/CNCI

comprender lo que hacía, o de dirigir sus acciones. A este respecto, no intenta ninguna refutación de los fundamentos de la sentencia.

Por lo demás, la detección de metabolitos de cocaína y de cafeína informada por el Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina (fs. 191), que es indicio de que en algún momento el imputado hubo consumido sustancias que tenían estos componentes, nada dice sobre los efectos que éstos pudieron haber tenido en la capacidad de comprensión o dirección de las acciones al momento del hecho, porque no hay ninguna información científica que determine los tiempos de metabolización, ni las cantidades residuales, ni la estimación del tiempo de la ingesta, ni -lo que sería dirimente una vez establecidos los puntos anteriores- si la ingesta de cocaína produce los efectos inhibitorios de las capacidades de comprensión y dirección comprendidos en el art. 34, inc. 1, CP.

Por lo demás, no hay comprobación objetiva alguna que confirme la alegación del imputado de haber ingerido alcohol, según el informe de la misma División Laboratorio Químico de la Policía Federal agregado a fs. 187.

Concluyo así que los argumentos que ha dado el tribunal *a quo* se apoyan en una reconstrucción del estado clínico del imputado al momento del hecho, que no aparece puesta en duda por ningún indicio contrario, de modo que la declaración de que al caso no era de aplicación el art. 34 CP aparece exenta de arbitrariedad.

4. Corresponde abordar ahora la defensa subsidiaria de errónea aplicación de la ley sustantiva.

En la sentencia se afirmó que el hecho probado era constitutivo de robo en grado de tentativa, en concurso real con homicidio *criminis causae* en grado de tentativa (arts. 42, 45, 55, 164 y 80, inc. 7, CP).

Viene impugnada por la defensa la calificación de homicidio tentado *criminis causae*, de modo que no está sujeta a revisión de esta Cámara la calificación a título de robo en grado de tentativa.

Se sostuvo en la sentencia que el art. 80, inc. 7, presupone una “conexión ideológica” con otro delito y se expuso que “una vez que

el imputado arrojó a B.C.D. a la vía pública a través de la ventanilla del vehículo y C. se tirara del rodado, todo ello con el vehículo en movimiento, resta establecer si estas acciones pueden estar ligadas en la forma requerida por el artículo en análisis -homicidio "criminis causae"- [...].”.

Así, argumentó que “frente al ataque proferido por el procesado a B.B.C.D. [...] la conexión ideológica a la que se hiciera referencia en los párrafos precedentes se advierte en forma clara”. Subrayó el *a quo* que “durante su huida, Badin transportaba a dos menores de los que claramente debía deshacerse, su intención primigenia fue apoderarse del rodado y éstos dos niños obstaculizaban sus planes, muestra de ello es que Carbajal emprendió la persecución del rodado porque sus hijos estaban allí, la prioridad del interés de preservar la integridad física de sus hijos por sobre el de recuperar su rodado es obvio y lo fue para el procesado”.

Destacó a continuación que “C. contó que en el trayecto forcejeó con el imputado y le insistió a viva voz que detenga el auto para bajarse con su hermano, puesto que no lo haría con el vehículo en movimiento, al mismo tiempo el imputado era perseguido por la moto en la que se desplazaba el padre de los menores, su situación era apremiante, debía hacer algo para que C. abandone el auto y dejen de perseguirlo, fue entonces cuando decidió deshacerse del niño, para lo cual lo arrojó a la vía pública a través de la ventanilla del vehículo *con evidente riesgo de vida*”.

A continuación recogió la tesis de la fiscalía que alegaba que “Maximiliano Carlos Badin se representó que al arrojar el niño tanto C. como sus perseguidores depondrían su actitud e irían tras el niño, así ocurrió con C. quien decidió arrojarse del auto en movimiento para alcanzar a su hermano, pero Reyes, al comando de la moto que lo seguía, continuó la marcha hasta darle alcance”. A partir de allí estimó que “el designio homicida estuvo presente, lo demuestra el *modo desaprensivo* en que Badin arrojó al niño hacia la vía pública con el vehículo circulando a una velocidad sostenida de al menos cincuenta kilómetros a la hora, con un evidente desprecio por la vida del menor que por su corta edad -un



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

año y once meses- no podía ejercer ninguna acción defensiva ni evitar el impacto que recibiría su cuerpo contra el pavimento, de hecho el menor golpeó con la cabeza contra el paragolpes plástico de un auto allí estacionado, lo que amortiguó la caída, de no haber sido así el choque habría sido contra el asfalto, con consecuencias potencialmente fatales”.

En cuanto a la conexión ideológica declaró el tribunal que “El fin tenido en miras por Badin al deshacerse del niño, fue claro: facilitar el desapoderamiento del auto y lograr la impunidad, objetivo casi exitoso de no ser porque en su temeraria huida perdió el control del rodado debido al mecanismo de corte de energía instalado en el auto y las roturas producidas en el sistema de dirección, lo que deriv[ó] en el posterior choque y detención del rodado en forma definitiva. En consecuencia puede concluirse que la conexión psicológica requerida por el tipo penal analizado ha sido satisfecha”.

Concluyó así que era aplicable el artículo 80, inc. 7, CP, afirmando que el imputado “ha actuado *con dolo directo de matar para lograr el desapoderamiento y procurar su impunidad*. B.B.C.D., C.A.T.D. y su padre en persecución, representaban para el imputado un escollo que debía eliminar y decidió hacerlo arrojando a B. del vehículo en movimiento, de ese modo la prioridad de la hermana y del padre del menor dejaría de ser impedir el robo para pasar a ser la vida del niño”.

La defensa de Maximiliano Carlos Badin había cuestionado que se hubiese probado que éste hubiese arrojado al niño. El motivo de agravio en este punto ha sido ya rechazado en el número anterior. Pero en subsidio ha argumentado que aquél “*nunca tuvo la intención de matar ni tampoco se le podría achacar el dolo eventual*, puesto que tal como el testigo Souto claramente lo señaló, el conductor del vehículo disminuyó la velocidad, con esto quiero decir, venía a una velocidad que por la aceleración llamó la atención de Souto, desaceleró y estando ambas criaturas afuera, volvió a acelerar”. Según argumenta, el hecho de que hubiese disminuido la velocidad [...] mostró el respeto que en la circunstancia que él atravesaba en su salud psíquica, pudo distinguir entre el valor de la vida de las criaturas”. Propone la defensa que “Desde lo objetivo, para cualquier observador de esa situación, la cuestión aparece

como cruel, inhumana, desaprensiva, pero [...] Badin jamás quiso lesionar a los menores ni mucho menos privarlos del derecho a la vida”.

**4.1.** En rigor, la impugnación de la defensa no se refiere a la aplicación por el *a quo* del art. 80, inc. 7, CP, sino directamente a discutir la concurrencia de dolo de homicidio. Todas sus argumentaciones se reconducen a su afirmación de que el imputado “*nunca tuvo la intención de matar ni tampoco se le podría achacar el dolo eventual*”.

Al emprender el examen de este motivo de agravio observo que en la sentencia se declara que el imputado “ha actuado *con dolo directo de matar para lograr el desapoderamiento y procurar su impunidad*”, sin embargo, esa afirmación aparece desprovista de una fundamentación razonada, porque confunde la finalidad de arrojar el niño del automóvil para consumar el hecho, o para procurar la impunidad, con el dolo de homicidio, que presupone algo más que arrojar al niño. En este punto, una lectura contextual de la sentencia ofrece un marco conceptual que no fundamenta un dolo directo de homicidio, sino, más probablemente un dolo eventual. Esta concepción transpira en la afirmación de que “*el designio homicida estuvo presente, lo demuestra el modo desaprensivo en que Badin arrojó al niño hacia la vía pública con el vehículo circulando a una velocidad sostenida de al menos cincuenta kilómetros a la hora, con un evidente desprecio por la vida del menor que por su corta edad [...] no podía ejercer ninguna acción defensiva ni evitar el impacto que recibiría su cuerpo contra el pavimento*”. Avanza a continuación en la hipótesis de que, de no haber golpeado el niño con la cabeza contra el paragolpes plástico de un auto allí estacionado, lo que amortiguó la caída, “el choque habría sido contra el asfalto, con consecuencias potencialmente fatales”.

Es de lamentar que la sentencia no ofrezca ningún fundamento mínimo de su concepción sobre el dolo y la atribución subjetiva del supuesto de hecho objetivo de homicidio.

Según han sido tenido por probados los hechos, al arrojar al niño desde un vehículo en movimiento hacia la calle, el imputado creó un serio peligro para la integridad física y la vida del niño, que pudo haber culminado en lesiones, como de hecho ocurrió, o en su muerte. Desde el punto de vista subjetivo le asigna la sentencia al acusado haber



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

obrado con un “designio homicida”, sin embargo, al momento de fundamentar esa afirmación, no se refiere ya a ninguna finalidad o deseo de matarlo, sino a que obró con un “evidente desprecio por la vida” del niño que por sus condiciones no estaba en situación de emprender ninguna medida defensiva. Sugiere además que el imputado era consciente de ese peligro de posible realización, si no hubiese sido porque en la dinámica de la caída chocó contra una parte plástica de otro automóvil. La argumentación se aproxima, más bien, a una concepción de dolo eventual.

No entiendo necesario emprender aquí un examen conceptual de los criterios para la atribución de un homicidio a título de dolo eventual, porque, tratándose de un hecho que ha quedado en grado de tentativa, la atribución de la tentativa de homicidio bajo la forma de dolo eventual queda excluida por razones puramente normativas.

El art. 42 CP sólo pena la tentativa cuando se obra con dolo directo o con dolo de consecuencias necesarias, y excluye de la punición a título de tentativa los casos en los que el agente obra con dolo eventual respecto de un hecho que no alcanza la consumación.

He advertido, antes de ahora, que el dolo no puede construirse sobre la base de modelos teóricos, sino con referencia a la ley que conmina a ciertos delitos como delitos dolosos. De modo que, la proposición académica, en principio coherente, según la cual no habría diferencia entre el dolo de la tentativa de homicidio y el dolo del delito de homicidio consumado, no puede servir como base de argumentación frente a disposiciones legales que restringen el dolo de la tentativa.

La pretensión académica de identidad del dolo del delito consumado y el dolo de la tentativa no consulta que el legislador tiene soberanía para reconocer esa identidad en las reglas sobre definición de la tentativa punible, o para restringir su punición sólo a los casos de dolo directo (véase mi voto en causa “*Vera Echeverría, José Luis*”, sent. de 11/05/2018, reg. n° 663/2018).

He rechazado entonces la tesis según la cual el dolo de la tentativa del art. 42 CP permite reconstruir de modo más general el dolo del delito consumado porque en rigor, desde un punto de vista lógico, la

definición del injusto de los delitos de resultado viene antes de la decisión legislativa de aplicar pena a la tentativa del delito que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Pues mientras que para la definición de los componentes del dolo que satisface el supuesto de hecho subjetivo de cada figura legal de delitos de resultado consumado no es necesaria la existencia de una regla sobre la punibilidad de la tentativa, la punibilidad de la tentativa no se infiere de modo general por referencia la existencia de tipos de resultado consumados, sino que depende, de modo dirimente, que el legislador defina la tentativa, y exprese en que casos y bajo qué condiciones un delito de resultado incompleto es punible a título de tentativa.

A la luz del art. 42 CP puede sostenerse que, por decisiones político criminales, el legislador sólo pune la tentativa, con una pena atenuada, cuando el agente obra “con el fin de cometer un delito determinado”, comienza su ejecución, y no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. En cambio, si lo consuma, no se requiere para la atribución a título doloso que hubiese obrado con la “finalidad” de cometerlo. Así como el legislador podría decidir no penar la tentativa de un delito doloso, puede elegir penarla sólo en caso de dolo directo.

Puesto que el legislador pudo haber optado entre distintas definiciones de tentativa, el art. 42 CP limita el campo de la punibilidad a ciertas condiciones, que excluye la punibilidad de la tentativa a título de dolo eventual.

La existencia de decisiones legislativas de distinto alcance en el derecho comparado confirma esta tesis. Así, el art. 16.1 del Código Penal español se define que “...Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor...”. En esta definición no hay un elemento volitivo sobre el resultado, sino sobre la acción que debería producir el resultado, lo que, en principio no excluye el dolo eventual.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

Más claro aún se presenta la respuesta en el § 22 del Código Penal alemán vigente, en el que se define la tentativa del siguiente modo “*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*” (“Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho da comienzo a la realización del supuesto de hecho del tipo”). En la ley alemana, que distingue entre crímenes (*Verbrechen*) y delitos (*Vergehen*), la punibilidad de la tentativa se rige por el § 23 (1) StGB, que declara que toda tentativa de los primeros es punible, en cambio si se trata de los segundos, éstos sólo serán punibles cuando la ley expresamente lo determine en cada caso; según el § 23 (2) la pena de la tentativa no difiere de la conminada para el delito consumado, pero “la tentativa puede ser penada de manera menos grave que el delito consumado”. Aquí tampoco hay una conexión volitiva con el resultado, sino voluntad de realización del supuesto de hecho del tipo, que no se confunde con voluntad del resultado. Por lo demás no toda tentativa es punible, sino los casos en los que el legislador ha decidido conminarla con pena; y finalmente, la pena disminuida de la tentativa no es la regla.

De una simple lectura comparativa entre aquellas disposiciones y el art. 42 CP, resulta que no hay un concepto natural, ni óntico de la tentativa, sino normativo, y la tentativa punible se define en el art. 42 del Código Penal argentino por el “fin de cometer un delito determinado”, que excluye del supuesto de punición los casos en los que el agente no persigue cometer un delito determinado, por ejemplo, el delito de homicidio.

Desde puntos intuitivo-valorativos la limitación de la punibilidad de la tentativa a los supuestos de delitos de resultado no consumados en los que el agente obra con dolo directo de consumación, o con dolo de consecuencias necesarias, puede dar lugar a críticas. Es probable que esta limitación no sea consecuente con ciertas valoraciones en una sociedad dada, sin embargo es riesgoso el recurso a “valoraciones sociales”, porque, más allá de la dificultad de establecer cuáles son los instrumentos para identificar con alguna seguridad esas valoraciones sociales, hay una diferencia institucional entre la valoración que subyace

a la decisión legislativa y las valoraciones que intuitivamente se adjudican al conjunto social. El legislador y no el hombre común tienen la autoridad y el cometido institucional de definir el campo de lo prohibido, establecer las penas, y los presupuestos y condiciones para su aplicación. Los hombres comunes en una sociedad determinada sólo expresan intereses y expectativas que pueden tener o no correlato en las decisiones del legislador. El principio de legalidad según se lo entiende en una sociedad democrática impide dar valor normativo a intereses y expectativas no contemplados en la ley. Los juristas, y en particular los jueces, tienen la responsabilidad de decidir un caso de manera técnicamente aceptable sobre la base de las disposiciones legales y no sobre la base de expectativas sociales que no fuesen pasibles de ser comprendidas racionalmente e identificadas en el marco de la ley. De modo que “la racionalidad del manejo jurídico-penal de la ley de ninguna manera puede ser equiparado al sentimiento jurídico manejado por una toma de posición del no jurista” (NAUCKE, Wolfgang, *Derecho Penal – Una introducción*, traducc. de la 11ª. edic. alemana, ed. Astrea, Buenos Aires 2006, ps. 4-5, nros. 9 y 11).

De modo que es irrelevante especular en punto a si la limitación que se infiere del art. 42 CP sería socialmente aceptada porque el ámbito de las expectativas sociales de represión se define en la ley y no en la opinión pública.

Probablemente la exclusión de la punición de la tentativa cuando se obra con dolo eventual, sin dolo directo de consumación, o sin dolo de consecuencias necesarias, produzca insatisfacción social, pero no es legítimo intentar evitar tal estado de insatisfacción recurriendo a la aplicación del art. 42 CP a un caso, por odioso que parezca, que no satisface el dolo directo de homicidio, o su variante de dolo de consecuencias necesarias.

Concluyo así que el *a quo* ha aplicado erróneamente el art. 42 en conexión con el art. 79 CP, al declarar que el hecho probado es punible a título de tentativa de homicidio. *A fortiori*, es también errónea la aplicación del art. 80, inc. 7, cuyo presupuesto es que el agente hubiese





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

cometido un homicidio consumado o un homicidio en grado de tentativa.

Entiendo por estas razones que la sentencia debe en este punto ser casada, según el art. 470 CPPN, declarando cuál es la ley aplicable.

**4.2.** En la sentencia se han tenido en cuenta informaciones sobre lesiones sufridas por los niños que iban en el automóvil.

El informe del Cuerpo Médico Forense respecto de C.A.T.D., agregado a fs. 139/141, constató la existencia de lesiones en el cuerpo de la niña, sin embargo, habida cuenta de la determinación del *a quo* en punto a que ésta se arrojó del vehículo en marcha, en un intento de ponerse a salvo, las lesiones no pueden ser objetivamente atribuidas al riesgo creado por el imputado al apoderarse del automóvil y emprender camino con la niña dentro de él. Los daños corporales no son la concreción del riesgo creado por el modo de ejecución del robo, sino el de la propia conducta de salvataje de la víctima.

Distinta es la situación en lo que concierne a los daños sufridos en el cuerpo y la salud por el niño B.B.C.D.. Aunque no consta que el niño hubiese sido examinado por el Cuerpo Médico Forense, de la historia clínica de la Clínica de los Virreyes surge de modo objetivo que el niño sufrió politraumatismos y que fue sometido a observación durante veinticuatro horas, y que se le realizaron diversos estudios de chequeo (fs. 97/100 y 144/159).

A falta de mayores presiones los politraumatismos han de ser tenidos como daños en el cuerpo y la salud no previstos en otra disposición legal (art. 89 CP). Se trata pues de lesiones que en este caso son objetivamente atribuibles a las violencias empleadas por el imputado en la ejecución del robo. En efecto, se ha tenido por probado en la sentencia que el imputado arrojó al niño porque era perseguido por varias personas, lo que conduce a la aplicación de la agravante del art. 92, primer supuesto, CP, en función del art. 80, inc. 7, CP. Pues no veo error en la conclusión del *a quo* que se ha convencido de que el arrojar al niño era un medio para facilitar el robo y para lograr la impunidad, finalidad

que en la impugnación subsidiaria de la defensa no ha sido por lo demás discutida (fs. 328).

A los fines de la atribución subjetiva de las lesiones consumadas, la tipicidad se satisface con el dolo eventual, en la medida en que el imputado con sus violencias creó un riesgo serio para la integridad corporal del niño al arrojarlo del automóvil en movimiento, riesgo cuya posible realización no podía escapar a su representación, representación que no lo inhibió de actuar, no obstante que no estaba en su dominio, al tiempo que lo arrojaba, evitar la concreción del daño corporal. Que éste resultase más o menos grave no dependía de alguna confianza razonable de evitación, sino del puro azar (cfr. Sala 1, causa n° 67.556/2013/TO1/CFC1-CNC1 “*Monteros, Guillermo Alfredo s/homicidio simple*”, rta. 27/09/2018, reg. n° 1197/2018; y causa n° 49.997/2013/TO1, “*Trasancos, Lucas Alberto s/homicidio culposo*”, rta. 29/11/2018, reg. n° 1540/2018).

El robo y las lesiones concurren de modo ideal en las circunstancias del caso, porque existe una unidad de hecho, caracterizada porque la acción de arrojar al niño a la vía pública durante la ejecución del robo no consumado, con la finalidad de facilitar el robo hace inescindibles las múltiples lesiones jurídicas. De otro lado, aunque es teóricamente posible que unas lesiones críminis causa constituyan un hecho independiente del robo -por ejemplo cuando se causan para lograr la impunidad largamente después de que se ha logrado la consumación o producido su frustración- en el presente caso la finalidad se presenta en la ejecución del robo y antes de su consumación o frustración. En estas circunstancias el robo tentado y las lesiones concurren de modo ideal.

Sólo resta señalar que, como tengo dicho antes de ahora, las lesiones producidas como resultado de las violencias en la ejecución de un robo son un resultado eventual, que no están comprendidas en el injusto del art. 164 CP, lo que excluye el concurso aparente y reclama la aplicación del art. 54 CP.

**5. Concluyo que: 1)** corresponde hacer lugar al recurso de casación de fs. 318/328, reformar el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 282, cuyos fundamentos obran a fs. 283/315, y declarar que el



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

hecho probado constituye robo en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones leves, agravadas éstas por haber sido cometidas en la ejecución del robo, para facilitarlos y para lograr la impunidad, atribuible a Maximiliano Carlos Badin a título de autor (arts. 42, 45, 54, 164, 89 y 92 CP, y art. 470 CPPN); **2)** rechazar el recurso de casación en lo demás; **3)** reenviar el caso para que, por otro tribunal, se dicte sentencia fijando la pena adecuada a la escala que corresponde a aquella calificación legal; **4)** declarar que se resuelve sin costas atento al resultado parcialmente exitoso obtenido por la defensa (arts. 530 y 531 CPPN).

Así voto.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

**I.** Que como bien se encuentra detallado en el punto II de las resultas, son cinco (5) en total los agravios que ha incoado el recurrente.

**II.** Antes de adentrarme en el tratamiento de tales agravios, considero importante recordar aquí ellos determinan el ámbito de intervención de esta cámara (cfr. el art. 445 del Código Procesal Penal de la Nación –CPPN– que consagra el principio dispositivo en materia recursiva y las explicaciones que he desarrollado en la causa n° CCC 39411/2010/TO1/CNC1, caratulada “Rolón Miguel Ángel s/ abuso sexual”, Registro n° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara), por lo que, en consecuencia, habrá que ajustarse a lo planteado y argumentado en ellos por el impugnante; sin perjuicio también de la posibilidad de aplicar el llamado *iura novit curia* que consagra el art. 401 del CPPN (*vid.* mi voto emitido el 30 de diciembre de 2016 en la causa n° 381/2010/1/CNC1, Reg. n° 1049/2016, como juez integrante de la Sala IIª de esta cámara)

**III.** Que en lo que hace específicamente a los dos primeros agravios articulados por la defensa del condenado Badin, todos ellos tendientes a obtener alguna clase de nulidad del presente proceso, por compartir los fundamentos expuestos por mi colega preopinante, Luis García, en el punto 1 de su respectivo voto, y toda vez que resultan ser concordantes también con los criterios que ya he fijado en materia de defensa en juicio (aspecto último en el cual se encuentran basados los

pedidos de nulidad) en el punto IV) del voto que emití el 13 de octubre de 2016 en la causa n° 72517/2013/T01/CNC1, caratulada “Monteros, Jonathan Maximiliano s/robo” (Registro n° 807/2016), como magistrado de la Sala 1ª de este tribunal, en las cuales los argumentos expuestos por el impugnante para fundar sus correspondientes pedidos de nulidad encuentran una respuesta, adhiero entonces a la solución propuesta por el nombrado magistrado en lo que hace específicamente a esta cuestión.

**IV.** Que luego, en lo relativo al tercer agravio articulado por el recurrente, mediante el cual se cuestiona la determinación de los hechos y de la autoría en la sentencia dictada por el tribunal de juicio, adhiero también en un todo a los argumentos brindados por el juez García en el punto 2 de su respectivo voto.

Ello, toda vez que “...en el caso «Rolón, Miguel Ángel s/abuso sexual» (causa n° CCC 39411/2010/TO1/2/CNC1 y registro número 996/2016 de la Sala IIIª de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, fechado el pasado 13 de diciembre de 2016) tuve oportunidad de explicar –cita mediante del epistemólogo Larry Laudan– que la duda razonable, es decir aquella que conduce a la absolución del acusado por aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*, no puede ser una mera duda posible; sino que, en realidad, no debe existir ninguna explicación alternativa plausible de los datos –o sea, internamente consistente, consistente con los hechos conocidos, no altamente inverosímil y que represente una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica; es decir, que no suponga violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco un comportamiento que sea completamente único y sin precedentes ni, finalmente, una cadena improbable de coincidencias– que, como tal, conduzca a afirmar la no responsabilidad penal del acusado. De este modo, una condena ha sido legítimamente dictada desde el punto de vista probatorio sólo si la hipótesis acusatoria ofrecida por el fiscal es plausible y no existe ninguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado” (causa n° CCC 44601/2010/T01/CNC1, caratulada “Rodríguez, Martín s/amenazas,



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

lesiones leves (art. 89)”, resuelta con fecha 14 de noviembre de 2017 y registrada bajo el número 1175/2017).

En consecuencia, es en virtud de tales razones que deberá también rechazarse este agravio.

V. Que de igual manera, y en los términos de lo ya establecido en el acápite tercero que conforma mi voto expedido en la causa n° CCC 47897/2012/TO1/CNC1, caratulada “Cardozo Ortega, Toribio Primitivo s/recurso de casación”, fechada el 6 de agosto de 2018 (Reg. n° 910/2018), por compartir nuevamente los motivos expuestos por mi colega Luis García en el punto 3 de su voto, corresponde asimismo rechazar el agravio incoado por el recurrente, relativo al no acogimiento por parte del *a quo* de su planteo de inimputabilidad.

VI. Que finalmente, en lo tocante a la calificación jurídica dada al hecho como homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, voy a apartarme de los criterios expuestos por mis colegas de sala preopinantes.

a) En efecto, si bien comparto lo expuesto por quien lidera el presente, en cuanto ha sintetizado correctamente los argumentos brindados por el impugnante en el último párrafo del punto 4 que integra su voto, lo que lleva al juez García a afirmar correctamente que todo el cuestionamiento de la defensa en este aspecto se reduce a discutir la concurrencia o no del dolo de homicidio (*vid.* el primer párrafo de su punto 4.1), lo cierto es que no comparto la solución allí expuesta por las razones que a continuación se indicarán.

b) Ello es así, porque a diferencia de lo sostenido por el nombrado, en mi opinión el tribunal de juicio no ha confundido “...la finalidad de arrojar el niño del automóvil para consumar el hecho, o para procurar la impunidad, con el dolo de homicidio...”. Es que, de la decisión aquí recurrida, no aprecio que su contexto ofrezca un marco conceptual que fundamente sólo un dolo eventual y no uno directo.

Entiendo yo que ello surge por no tener en cuenta que ya en el acápite IV), intitulado “Valoración probatoria”, el *a quo* mismo señala que “[e]l **desprecio por la vida del niño de parte del imputado es evidente**, las probabilidades de que el resultado de su ataque no fuera

la muerte de B. eran mínimas. La posibilidad de sobrevida de un menor de menos de dos años, **arrojado a la vía pública desde un vehículo que circulaba a una velocidad de más de 50 km/h, sin ninguna posibilidad de defenderse del impacto seguro sobre su cuerpo** es ínfima y en este caso no se produjo el resultado muerte porque el golpe del niño en el pavimento fue amortiguado con el choque previo en el paragolpe plástico de un rodado. Debe tenerse en cuenta además, que B. dio con su cabeza contra dicho elemento, de haber ocurrido de ese modo en forma directa con la vía pública, estaríamos ante un escenario luctuoso. **A la luz de las pruebas analizadas luce evidente que Maximiliano Carlos Badin sabía lo que hacía en todo momento, tuvo intención** de apropiarse del vehículo propiedad de Doval y Carbajal y para ello lo abordó y lo condujo huyendo del lugar, tramo durante el cual **decidió arrojar a B.C.D. por la ventanilla del auto** a fin de procurar su impunidad” (cfr. las fs. 307/307vta.; la negrita y el subrayado son propios).

Dicho en otros términos: comparto lo afirmado por el tribunal de juicio, toda vez que no tengo la menor duda de que si una persona, tras haberse apoderado ilegítimamente de un vehículo automotor, y en su huida a una velocidad importante, decide arrojar a un bebe de un año y tres meses por la ventanilla de la puerta trasera del rodado, dicho sujeto actúa con dolo homicida; y esto queda en pie, aún con la eventual exposición desordenada en la que podría haber incurrido el *a quo* en su sentencia.

Por lo tanto, a quien actúa de esa manera cabe imputarle un comportamiento doloso respecto del valor vida del menor en cuestión, y si por razones del azar la víctima no pierde su vida, como afortunadamente ha ocurrido en este caso, cabe imputarle entonces una tentativa de homicidio, y no simplemente lesiones.

Ello, máxime si se tiene en cuenta además el ya mencionado principio dispositivo existente en materia recursiva y la escueta fundamentación brindada por el recurrente a este respecto; por cuanto, como bien detalló el colega García, ésa estuvo circunscripta a señalar que Badin nunca tuvo la intención de matar, ni siquiera a título de dolo



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

eventual, porque “...disminuyó la velocidad...” del automóvil que estaba conduciendo y que intentaba robar, cuyo monto fue fijado en la sentencia en torno a los 50 km/h y no fue cuestionado por el mismo impugnante.

c) Por lo demás, y sin perjuicio de que ya he explicado las razones por las cuales tengo para mí que la sentencia ha fundado correctamente la existencia en este caso de una conducta homicida a título de dolo directo, por cuanto destacó que el condenado Badin sabía y tuvo intención de todo lo que fue haciendo, considero importante destacar también que, de acuerdo a mi entendimiento, la regulación del derecho positivo vigente en materia de tentativa en modo alguno excluye al denominado dolo eventual.

Ello es así, toda vez que la expresión legal contenida en el art. 42 del Código Penal (CP), la cual dice “*el que con el fin de cometer un delito determinado...*”, se refiere a la especie de delito, y no a la forma de dolo. Esto es, lo determinado en la tentativa no es el fin, sino el delito; por ejemplo un robo, un homicidio, un encubrimiento, a los cuales el sujeto activo da inicio mediante actos ejecutivos (sea que lo haga con dolo eventual, sea que lo haga con dolo directo), y que no consuma por razones ajenas a su voluntad.

Por otra parte, y relacionado con esto último, en el dolo eventual lo eventual es el resultado y no el dolo; cuyo contenido material no difiere del dolo directo, siendo de caracterización esencialmente valorativa, puesto que el dolo es algo que se imputa a quien sabe lo que hace.

d) Finalmente, resta aclarar también que, más allá de que en realidad el recurrente –como ya se ha dicho– limitó su argumentación en lo que hace a este agravio a la inexistencia de un dolo homicida por parte de su asistido, aspecto que ya he descartado precedentemente, tampoco puedo adherir a la solución propuesta para este punto por la distinguida colega de sala, María Laura Garrigós de Rébori; por cuanto ella ha sostenido que como el método empleado por Badin para liberarse de los ocupantes del vehículo podía resultar eventualmente en la muerte de ambos menores y toda vez que el condenado contaba con medios

idóneos para asegurar el resultado exigido por la figura agravada (esto es: procurar la impunidad, conforme dice el inciso séptimo del art. 80 del CP), como era el arma que exhibió a sus víctimas, correspondía entonces aplicar el tipo penal del homicidio simple (cfr. el art. 79 de igual código normativo).

En efecto, más allá de que el *a quo* tuvo correctamente por probada la existencia de un dolo directo, extremo que el impugnante no alcanza a desvirtuar con su fundamentación, lo cierto es que de acuerdo al criterio asentado en los puntos e) y f) del acápite V) que integra mi voto emitido en la causa n° 45.877/2012/TO1/CNC1, caratulada “GUERRA, Sebastián Alejandro y otros s/ recurso de casación”, fechada el pasado 29 de noviembre de dos mil dieciocho, como juez integrante de la Sala 1ª de esta cámara de casación (Reg. n° 1563/2018), para aplicar las variantes tipificadas como agravantes en el mencionado inciso séptimo del art. 80 del CP debe acreditarse la existencia de una conexión ideológica entre el homicidio y, en este caso, el robo; sin que pueda deducirse, necesariamente de ello, y como requisito ineludible de esta figura el dolo directo. Extremo que, por lo demás, escapa al presente análisis; a la luz de lo antedicho respecto a la resolución aquí impugnada en lo relativo a la forma de dolo que se tuvo en ella por acreditada.

Y es que, sin perjuicio de ello, el *a quo* brinda razones más que suficientes como para tener por acreditada tal conexión ideológica, desde el momento en que correctamente resalta que los dos menores que llevaba en la parte trasera del automóvil que trataba de sustraer constituían un obstáculo para consumir dicho desapoderamiento; a la luz de la persecución que sufría por parte de uno de los damnificados y, sobre todo, si se tiene en cuenta que la menor de edad relató que forcejeó con el condenado y le insistió a viva voz que detuviera el auto para así poder bajarse ella junto a su hermano bebé, toda vez que no lo iba a hacer con el vehículo en movimiento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta tales explicaciones, y de conformidad con el criterio fijado en el antes citado precedente “Guerra”, no se advierten razones tampoco como para sostener que la figura agravada del mentado art. 80, inciso séptimo, del CP deba ser





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

descartada en este caso; en razón de la mera posibilidad que habría tenido el señor Badin de hacer uso del arma para procurar así su impunidad, tal y como lo remarca en su voto la jueza Garrigós de Rébori.

Ello, sin perjuicio de tener que señalar aquí que no surge de la sentencia recurrida que se haya acreditado durante el debate la existencia de un arma en poder del nombrado.

e) Es por todo ello, en consecuencia, que entiendo debe rechazarse también el presente agravio.

**VII.** Es en virtud entonces de las consideraciones expuestas a lo largo de mi voto que propongo al acuerdo rechazar en un todo el recurso de casación interpuesto por la defensa del condenado Badin a fs. 318/328; con costas, atento el resultado del presente trámite (cfr. los arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 –estos dos a *contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

La jueza **Patricia M. Llerena** dijo:

### **1. Antecedentes relevantes para la designación de un cuarto juez**

El día 10 de noviembre de 2016 se celebró la audiencia que prescribe el art. 468 del CPPN ante esta Sala, con los magistrados que entonces la conformaban (cfr. fs. 361). Con posterioridad a la deliberación que tuvo lugar, los jueces María Laura Garrigós de Rébori y Luis Mario García dejaron sus votos consignados en secretaría pues ambos renunciaron a sus cargos en el transcurso de 2018 (cfr., respectivamente, las constancias de fs. 362 -del 28 de marzo de 2018- y la de fs. 363 -del 3 de diciembre de 2018-).

Tras ello, el día 28 de diciembre de 2018, el juez Horacio Días también consignó su voto en Secretaría (cfr., al respecto, constancia de fs. 364). Allí se indicó que los magistrados intervinientes no habían podido arribar a una mayoría sobre la resolución a adoptar y se dispuso remitir la causa a la Oficina Judicial a fin de que ésta proceda a integrar la Sala con un cuarto juez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del decreto 1285/58, los arts. 109 y 110 del Reglamento para la Justicia Nacional y el art. 36 inc. b) del Reglamento para la Jurisdicción en lo

Criminal y Correccional (aplicable en función de la remisión dispuesta por el art. 57 del Reglamento de esta Cámara).

Luego, se efectuó un sorteo en Oficina Judicial en el que resulté desinsaculada para intervenir en la presente causa. Las partes fueron debidamente notificadas con fecha 4 de febrero del corriente año (cfr. fs. 366) y no formularon objeción alguna respecto de mi intervención (ni en virtud de los motivos previstos por el art. 55 CPPN – u otros análogos-, ni respecto del mecanismo escogido para dirimir el caso).

Así, el día 10 de febrero próximo pasado ha quedado consentida mi intervención en la presente y he recibido en la vocalía que tengo a cargo el expediente principal y los tres votos de mis colegas. También he podido ver el video de la audiencia oportunamente celebrada cuyo registro audiovisual obra en esta Cámara.

De este modo, pese a la imposibilidad de deliberar con dos de los colegas que ya se pronunciaron, en virtud de que el único aspecto a dirimir es harto acotado y depende de una apreciación técnica sobre la significación jurídica de determinada plataforma fáctica respecto de cuyo acaecimiento no hay controversia (conforme explico en extenso en el punto que sigue), me encuentro en condiciones de emitir mi voto.

## **2. Limitado alcance de mi intervención**

Contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N°16 de la Capital Federal, de fecha 26 de octubre de 2015, que dispuso condenar a Maximiliano Carlos Badin a la pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa en concurso real con homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, su defensa técnica interpuso un recurso de casación con múltiples agravios (cfr. fs.318/328).

Es de destacar que respecto de ese cúmulo de motivos de impugnación, los tres jueces que tomaron intervención en el recurso, han llegado a un acuerdo unánime respecto de la solución que debía darse a todos esos planteos, a excepción de una sola cuestión. Es ésta, en definitiva, la que suscitó la convocatoria de un cuarto magistrado y



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

respecto de la cual corresponderá que me expida.

En efecto, se ha descartado de modo unánime el primer cuestionamiento volcado en el recurso, el que alude a la validez de las declaraciones que se recibieron en la etapa instructoria.

También se ha descartado, por la totalidad de los colegas que intervinieron, el planteo de inconstitucionalidad del art. 170 CPPN.

Del mismo modo, se descartó en forma unánime el agravio relativo a la pretensa indefensión del condenado con base en la calidad de la actuación del letrado defensor que antecedió a la actual defensa.

La misma suerte –esto es, el rechazo unánime- corrió la nulidad planteada con motivo de que, en el caso, tuvo intervención un defensor *ad hoc* de la Defensoría General de la Nación.

La crítica del recurrente sobre la valoración de la prueba volcada en la sentencia también fue descartada en forma unánime.

Finalmente, también en forma unánime se desechó el agravio relativo a la presunta incapacidad del imputado para comprender o dirigir sus acciones.

En todos estos puntos, entonces, no estoy llamada a intervenir, pues han sido debidamente zanjados por mis colegas.

En cambio, no se ha logrado mayoría en torno a la solución que corresponde frente a la crítica de la calificación legal de uno de los hechos que fueron probados en juicio y que tuvieron lugar el 15 de febrero de 2015.

Sintéticamente, el hecho respecto del cual se han brindado diversas calificaciones como respuesta a los agravios del recurrente, consiste en arrojar al asfalto, desde un vehículo en movimiento –el vehículo que había sido sustraído momentos antes- al niño B.B.C.D. [quien estaba próximo a cumplir dos años de edad; su nacimiento data del 29 de marzo de 2013], momento en el que, además, CTD [de once años de edad] forcejeó con Badín, logró zafarse, y se arrojó de ese mismo vehículo en movimiento a la vía pública, lo que le ocasionó a esta última lastimaduras en las rodillas.

Respecto de la calificación que corresponde asignar a este hecho, mis colegas han tenido tres opiniones distintas.

El juez Luis García, acogió el agravio vinculado con la inexistencia de dolo de homicidio y, por ende, asignó razón a la defensa que postuló una errónea calificación legal del suceso descrito (como tentativa de homicidio *criminis causae*), y sostuvo que se trataba de lesiones que concurrían con el robo, pues en su inteligencia, cualquier delito que no sea consumado necesita, para ser penado, haber sido emprendido con dolo directo (según su interpretación de los términos “*con el fin de cometer un delito determinado*”, del art. 42 CP). Así las cosas, sostuvo que a su juicio, en el caso, esa especie de dolo no está acreditada y, por lo tanto, debía desecharse el uso de la figura de tentativa de homicidio agravado (80, inc. 7° CP) y, en su lugar, tipificarse la conducta bajo el tipo de lesiones (consumado) previsto en los arts. 89 y 92 CP.

La jueza María Laura Garrigós también sostuvo que correspondería hacer lugar al recurso en este punto, pero con una conclusión diferente a la del juez García. Sostuvo que a partir de los hechos comprobados no podía derivarse, de modo indubitable, el tipo subjetivo de la figura de homicidio *criminis causae*. No obstante, los motivos dados por esta jueza al resolver difieren de los del juez García y, en consecuencia, también difirió respecto de la significación jurídica del hecho que éste había postulado. En su lugar, coincidió con la calificación legal que había propiciado el Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio. En definitiva, sostuvo que el robo tentado concurría con el homicidio simple descrito en el art. 79 CP.

Finalmente, el juez Días votó por confirmar la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de recurso, incluso en cuanto calificó a los hechos objeto de la causa como constitutivos de robo en grado de tentativa en concurso real con homicidio *criminis causae* (art. 80, inc. 7° CP), también en grado de tentativa. Indicó que se tuvo por acreditada la conexión ideológica entre el homicidio tentado y el robo tentado. Sostuvo, al respecto, que la sentencia correctamente destacó que los dos menores que llevaba Badín en la parte trasera del automóvil que trataba de sustraer constituían un obstáculo para consumar dicho desapoderamiento, a la luz de la persecución que sufría por parte del padre de uno de ellos y del forcejeo al que lo sometía la niña.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

### 3. Qué resolución corresponde adoptar en el caso

#### 3.1. Sentencia del tribunal en este punto

Debe tenerse presente que, en este punto, la sentencia había indicado que: *“durante su huida, Badin transportaba a dos menores de los que claramente debía deshacerse, su intención primigenia fue apoderarse del rodado y éstos dos niños obstaculizaban sus planes, muestra de ello es que Carbajal emprendió la persecución del rodado porque sus hijos estaban allí, la prioridad del interés de preservar la integridad física de sus hijos por sobre el de recuperar su rodado es obvio y lo fue para el procesado”*.

Tuvo en cuenta, el tribunal que *“C. contó que en el trayecto forcejeó con el imputado y le insistió a viva voz que detenga el auto para bajarse con su hermano, puesto que no lo haría con el vehículo en movimiento, al mismo tiempo el imputado era perseguido por la moto en la que se desplazaba el padre de los menores, su situación era apremiante, debía hacer algo para que C. abandone el auto y dejen de perseguirlo, fue entonces cuando decidió deshacerse del niño, para lo cual lo arrojó a la vía pública a través de la ventanilla del vehículo con evidente riesgo de vida”*.

Con ello sostuvo que *“Maximiliano Carlos Badin se representó que al arrojar el niño tanto C. como sus perseguidores depondrían su actitud e irían tras el niño, así ocurrió con C. quien decidió arrojarse del auto en movimiento para alcanzar a su hermano, pero Reyes, al comando de la moto que lo seguía, continuó la marcha hasta darle alcance”*. A partir de allí estimó que *“el designio homicida estuvo presente, lo demuestra el modo desaprensivo en que Badin arrojó al niño hacia la vía pública con el vehículo circulando a una velocidad sostenida de al menos cincuenta kilómetros a la hora, con un evidente desprecio por la vida del menor que por su corta edad -un año y once meses- no podía ejercer ninguna acción defensiva ni evitar el impacto que recibiría su cuerpo contra el pavimento, de hecho el menor golpeó con la cabeza contra el paragolpes plástico de un auto allí estacionado, lo que amortiguó la caída, de no haber sido así el choque habría sido contra el asfalto, con consecuencias potencialmente fatales”*.

En cuanto a la conexión entre el robo y el homicidio declaró el tribunal que *“El fin tenido en miras por Badin al deshacerse del niño, fue claro: facilitar el desapoderamiento del auto y lograr la impunidad”*.

#### 3.2. El agravio de la defensa

Recuérdese que el agravio de la defensa en torno a la

calificación jurídica aplicada en el caso, consiste en discutir que los hechos probados puedan ser calificados como homicidio *criminis causae* en grado de tentativa. En definitiva requirió -en subsidio de los otros agravios descartados de modo unánime por mis colegas-, que el hecho sea calificado como robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves, y que se reduzca la pena al mínimo de la escala legal aplicable.

Sostuvo que su asistido *“nunca tuvo la intención de matar ni tampoco se le podría achacar el dolo eventual, puesto que tal como el testigo Souto claramente lo señaló, el conductor del vehículo disminuyó la velocidad [...] desaceleró y estando ambas criaturas afuera, volvió a acelerar”*.

Agregó que *“Desde lo objetivo, para cualquier observador de esa situación, la cuestión aparece como cruel, inhumana, desaprensiva, pero [...] Badin jamás quiso lesionar a los menores ni mucho menos privarlos del derecho a la vida”*.

En definitiva, concluyó que el condenado *“nunca tuvo la intención de matar ni tampoco se le podría achacar el dolo eventual”*.

### 3.3. Aclaración preliminar

Debo dejar aclarado, en primer término, que me pronuncié por la inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 80 inc. 7° CP, en cuanto prevé una pena de prisión perpetua, para el homicidio, cuando éste es perpetrado *únicamente* en procura de lograr la impunidad, pues ello viola el art. 19 de la CN.

En el precedente de esta Cámara **“Favorito”**<sup>1</sup>, tuve oportunidad de desarrollar en extenso la argumentación al respecto. Sostuve que resulta evidente que “asegurar la propia impunidad” no constituye por sí en nuestro sistema jurídico un comportamiento ilícito (lo contrario importaría una contradicción con la regla *“nemo tenetur seipsum proedere”*). En consecuencia únicamente es legítima la prohibición y sanción de la acción de homicidio, en tanto, la agravación de la pena prevista para esa conducta, es en el caso una respuesta fundada sólo en la valoración estatal de motivos del autor que están exentos de la autoridad de los magistrados (cfr. art. 19 CN).

---

<sup>1</sup> Cfr., Reg. n° 1569/2018, resuelto por esta Sala 1, con fecha 3 de diciembre de 2018.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNC1

Con citas de Ricardo Nuñez<sup>2</sup> desarrollé que *“lo que califica no es la materialización del fin delictivo que mueve al matador, sino el fin en sí mismo, como pura situación anímica de aquél. Lo que califica no es la violación de dos derechos (el de la vida y el lesionado por el otro delito), sino el mayor peligro y la mayor alarma que despierta el homicida que obra movido por tan reprochable finalidad. Por consiguiente, no es necesario siquiera que el otro delito se haya intentado o preparado”* y sobre esa base entendí que el agravante de buscar la propia impunidad, prevista en el inc. 7 del art. 80 CP, se sustenta en la particular finalidad perseguida por el autor al cometer el homicidio.

A este respecto, y sobre el principio *“cogitationis paenam nemo patitur”*, expuse que todos los habitantes pueden ser pasibles de una sanción penal, pero solo por sus decisiones de voluntad exteriorizadas. Así, el principio constitucional de acto determina un límite político básico a la actuación del poder estatal, al condicionarla normativamente en función del reconocimiento y respeto de la libertad individual, entendida como valor esencial de la persona, en tanto que ésta, para su realización, requiere la más tajante exclusión de cualquier clase de intromisión del Estado en relación con todo aquello que forma parte del fuero interno de cada individuo.

Di cuenta, además, que en la doctrina también se ha desarrollado que una agravación de este tipo, fundada en las tendencias internas que pudo tener el agente, no respeta un derecho penal de acto ni el art. 19 CN<sup>3</sup>. Desde mi punto de vista, la punición de estados de ánimo viola el art. 19 de la Carta Magna, porque rompe el principio de lesividad y aspira, ilegítimamente, imponer a través del derecho penal una opción moral a los ciudadanos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Nuñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 57.

<sup>3</sup> Magariño Mario, “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto”, una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional, Ad Hoc, 2008, p. 139.

<sup>4</sup> Por lo demás, destaqué que Luigi Ferrajoli señaló que “los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal.” [...] “Los fundamentos de este principio, también fruto de la elaboración ilustrada, son los mismos que encontramos como fundamento de la garantía de lesividad: el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre derecho y moral. Ante todo está el criterio de utilidad: sólo las acciones externas, y no los ‘actos internos’ afirman Pufendorf y Thomasius, pueden producir daños a terceros; los actos internos, esto es, los pensamientos y las intenciones, al igual que los ‘vicios’ y la ‘maldad de ánimo’, no son perjudiciales

Cuanto precede, bastaría para descartar la aplicación de la figura del homicidio *criminis causae*, aun sin entrar a considerar el tipo subjetivo, si esa figura hubiese sido impuesta, exclusivamente, por haberse imputado al condenado haberlo cometido para lograr su impunidad.

Sin embargo, tal como se desprende de modo claro de la sentencia, en el caso el *a-quo* consideró que la tentativa de homicidio tuvo por objeto tanto la intención de consumar el delito, como la de procurar la impunidad.

El primero de los fines que se le atribuyeron a la tentativa de homicidio por parte de los jueces del tribunal *a-quo* (“*para lograr el desapoderamiento*”), legitimaría la aplicación de esta figura (por supuesto, en tanto esté constatada tanto en su faz objetiva como subjetiva), sin que quepa, entonces, cuestionamiento a su constitucionalidad.

De hecho, en el voto del juez Días que postula la confirmación de la sentencia recurrida, tal como surge de la mención efectuada, se valoró que en el supuesto de autos se verificaba la conexión entre el robo tentado y la tentativa de homicidio para poder consumarlo, esto es, se sostuvo la pertinencia de confirmar la sentencia con base en el tramo de la figura agravada que resulta compatible con nuestra constitución.

Así las cosas, me abocaré, entonces, al agravio traído sobre el punto por parte de la defensa.

#### **3.4. Qué calificación legal cabe a la conducta comprobada**

Está fuera de discusión que corresponde confirmar la sentencia en cuanto tuvo por probado el hecho objeto de imputación – conforme fuera descrito precedentemente-, como así también que el imputado Badin obró con representación de lo que estaba ocurriendo, esto es que comprendía las acciones que realizó y que éstas fueron

---

para nadie y nadie está interesado en su punición ni se preocupa por vengarlos. Con este punto de partida, es necesaria una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso (o peligroso), cuyos elementos vendrán configurados por la dogmática del siglo XVIII como requisitos esenciales del denominado ‘elemento objetivo’ del delito. Esta relación está indisolublemente unida al principio de materialidad o de exterioridad de la acción, dado que sólo la acción externa está en condiciones de producir una modificación del mundo exterior calificable de lesión. La materialidad o exterioridad de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado”.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

voluntarias. Es que, como he advertido, estos extremos ya fueron zanjados de modo unánime por la totalidad de los jueces que intervinieron originariamente,

En definitiva, no es un extremo discutido que Badin *“arrojó al niño a la vía pública”* y que *“se representó que al arrojar al niño tanto C. como sus perseguidores depondrían su actitud e irían tras el niño, así ocurrió con C. quien decidió arrojarse del auto en movimiento”*, tal como lo consignó la sentencia ahora en estudio.

Resta decidir entonces, cuál es la significación jurídica que cabe asignar a estos hechos, partiendo de esa decisión de Badin, tomada con pleno conocimiento de aquello que hacía y de los riesgos inherentes a esa acción.

En este punto, entiendo acertada la conclusión a la que arribó el colega Días, cuando sostuvo: *“a quien actúa de esa manera cabe imputarle un comportamiento doloso respecto del valor vida del menor en cuestión, y si por razones del azar la víctima no pierde su vida, como afortunadamente ha ocurrido en este caso, cabe imputarle entonces una tentativa de homicidio, y no simplemente lesiones”*.

Téngase presente que el único argumento vertido por la defensa para cuestionar la tipicidad subjetiva radica en que el imputado *“disminuyó la velocidad”*. No obstante, la sentencia ha sido clara en que al momento de arrojar al niño el auto circulaba a una velocidad aproximada a los 50 km/h.

Ahora bien, aun cuando el imputado hubiese reducido la velocidad a la que circulaba antes de cometer la conducta aquí analizada, se advierte que la acción comprobada representa un riesgo cierto para la vida de la víctima –sobre todo de un niño tan pequeño– que permite afirmar que se encuentra objetivamente abarcada por el tipo penal de homicidio. A su vez, el pleno conocimiento de ello trae aparejado, por parte del imputado, dolo directo de homicidio, tal como lo consideró el tribunal –aunque sin mayor desarrollo sobre el punto–.

Al respecto, existen distintas posturas dogmáticas respecto

del dolo<sup>5</sup>. Se ha dicho que *“allí donde uno identifique un peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida, habrá dolo ya por el solo hecho de la representación; y, a la inversa, si el riesgo está por debajo de eso, no habrá dolo aunque el autor desee realmente que se produzca el resultado”*<sup>6</sup>.

Asimismo, con relación al riesgo normativamente relevante, se ha sostenido que *“el conocimiento ex ante del riesgo para un bien jurídico por parte del sujeto, siendo este riesgo concreto y penalmente relevante, justifica ya la imputación a título de dolo”*<sup>7</sup>.

Se dice también que *“[m]ás allá de la decisión de realizar un hecho a pesar de que se conocen los elementos objetivos que pertenecen al tipo, no es necesario acudir a un elemento volitivo para imputar un hecho a título de dolo”*<sup>8</sup>.

Las circunstancias que rodearon el suceso, implicaron que el peligro de causar la muerte a otro no era remoto, y Badin conocía este riesgo. Es que, es evidente, el autor obró con total conciencia de que su conducta conllevaba la probabilidad extremadamente alta de causar la muerte del niño y, no obstante ello, tuvo la voluntad de ejecutarla. El resultado no se consumó por una circunstancia fortuita –y afortunada–; no obstante lo cual, la experiencia común indica que, estadísticamente, es harto improbable que en las condiciones del caso, la acción desplegada no conlleve el resultado de muerte.

Por cierto, en nada obsta a la conclusión arribada el hecho de que en su esfera íntima el imputado pudiese haber deseado que aquel resultado no se concretara. Pues ello, conforme la nomenclatura mayoritariamente aceptada, solo obstaría a considerar que existió dolo directo de primer grado, más no que se verificó dolo directo de segundo grado.

Al respecto, comparto lo postulado por Roxin en cuanto a que: *“el dolo directo [...] en sentido estricto abarca las consecuencias o circunstancia cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con*

---

<sup>5</sup> Cfr., Sancinetti, Marcelo “Teoría del delito y desvalor de la acción” Editorial Hammurabi, 2º reimpresión, pag. 205 y ss., Buenos Aires, año 2005.

<sup>6</sup> Ob. cit, pág. 200.

<sup>7</sup> Cfr., María del Mar Díaz Pita “El dolo eventual”, Colección Autores de Derecho penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pág. 214/215

<sup>8</sup> Cfr., Feijóo Sánchez, Bernardo “El dolo eventual”, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, año 2002, pág. 26, citado por Mario Magariños “El límite entre el dolo y la imprudencia”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2010, pág. 23.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 9557/2015/TO1/CNCI

*seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente [...] las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias”<sup>9</sup>.*

Lo expuesto revela que el acotado agravio de la defensa, en este punto, carece de entidad para conmover la sentencia recurrida en el acápite objeto de mi intervención, pues se verificó dolo directo de homicidio. Por ello, a su vez, deviene absolutamente innecesario ingresar en la disquisición que, sobre el punto, introdujo el juez García relativa a la imposibilidad de sostener la existencia de tentativa con dolo eventual.

Por lo demás, la defensa nunca planteó que fuese errónea la conexión establecida por el tribunal de juicio entre esa conducta –arrojar al niño fuera del vehículo en movimiento- y el propósito de no frustrar la consumación del delito de robo.

La doctrina<sup>10</sup> ha desarrollado que en el inc. 7º del art. 80 CP se hallan dos figuras bastante diferentes de conexión, pues mientras toda la primera parte se refiere al homicidio cometido **para**, la parte final se refiere a un homicidio cometido **por**. Esto, impone distinguir una conexión final y una conexidad causal. No se trata aquí de agravar el homicidio por el hecho objetivo de su concurso con otra infracción. No basta el concurso: se precisa la conexión.

Lo que da el carácter específico al inc. 7º del art. 80 CP es precisamente el aspecto subjetivo de esa conexión, porque es inaplicable si en la conciencia del autor, en el momento del hecho, no estuvo presente positivamente el específico motivo de preparar, facilitar o consumir otro delito mediante el homicidio, o el despecho motivado por el fracaso criminal.

Lo expuesto en los párrafos anteriores me permite verificar que, desde un punto objetivo, se encuentran satisfechos los elementos típicos del homicidio calificado por el propósito (consumar otro delito), que encuentra subsunción típica en el tramo, a mi criterio, constitucionalmente válido del inciso 7º del art. 80 del CP.

Este propósito, no cuestionado por la defensa, es evidente,

<sup>9</sup> Cfr., Roxin, Claus “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Madrid, 1997, Ed. Civitas, pág. 423 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. D’Alessio, Divito “Código Penal de la Nación –Comentado y Anotad-”, Buenos Aires, 2009, Ed. La Ley, pág. 25 y ss.

también era conocido por el condenado, por lo que es correcto el juicio de subsunción efectuado por el tribunal *a quo*, en cuanto calificó a este hecho como tentativa de homicidio *criminis causae* para consumir el delito.

En definitiva, por todo lo expuesto, adhiero al voto del juez Días, y a la solución por él propuesta.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Maximiliano Carlos Badin a fs. 318/328; con costas, atento el resultado del presente trámite (cfr. los arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 –estos dos a *contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Se deja constancia que los jueces María Laura Garrigós de Rébora y Luis M. García participaron de la deliberación inicial y votaron en el sentido indicado, pero no suscriben la presente por haber renunciado a sus cargos con antelación a la firma de la presente.

PATRICIA M. LLERENA

HORACIO L. DÍAS

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ  
Secretario de Cámara