

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

PERIODO FEBRERO / DICIEMBRE DE 2.003

Jueces: José Antonio Martinelli
Ricardo Silvio Favarotto
Esteban Ignacio Viñas

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

INDICE DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES.

J.A.: Juicio Abreviado

J.O.: Juicio Oral

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

H.C.: Hábeas Corpus

C.: Causa

R.: Registro

I.: Interlocutoria

S.: Sobreseimiento

S.U.: Sentencia Unificatoria

INDICE GENERAL.

INDICE DE ABREVIATURAS MAS FRECUENTES. 2

INDICE GENERAL. 3

ABUSO SEXUAL. 13

Concurso real de abusos sexuales a distintas víctimas. 13

Identidad del sujeto pasivo para configurar delitos continuados. 13

Lesiones leves agravadas por el vínculo y abuso sexual. Independencia de ambos ilícitos. 13

Prueba de la materialidad ilícita y de la autoría. 13

Ultraactividad de la ley penal más benigna. 14

ACCION PENAL PUBLICA. 14

Ejercicio y titularidad. 14

AGRAVANTES. 14

Asalto a choferes de servicios públicos. 14

Calidad de agente municipal del encausado. Abuso en el ejercicio de sus funciones. 15

Condición sexual, edad y estado de las víctimas. Parentesco o situación análoga. 15

Modalidad y medios empleados en la comisión del ilícito. 16

Pluralidad de sujetos activos. Intervención de menores. Nocturnidad. Extensión del daño.

Condenas anteriores. 17

Recaída delictiva. 17

Uso de arma de fuego. 17

ASOCIACION ILICITA. 18

Extremos que deben acreditarse para la tipificación del ilícito. 18

Participación del receptor de bienes producto de delitos cometidos por la asociación ilícita. 18

ATENUANTES. 19

Buena conducta anterior del imputado. Arrepentimiento. Enfermedad. Recupero de la “res furtiva”. 19

Ebriedad parcial. Ingesta de sustancias psicoactivas. Rasgos de personalidad psicopática. Escasas expectativas vitales. 19

AUTORIA, COAUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL. 20

Autoría mediata y dominio del hecho. 20

Doctrina del dominio funcional del hecho. 20

Grados de participación: primaria y secundaria. 22

Limitaciones fijadas en el art. 47, CP. Su alcance. 24

BENEFICIO DE LA DUDA. 25

Aplicación. 25

CHANTAJE. 26

Diferencias con el delito de extorsión (CP, 168, 1ª parte). 26

COERCION PERSONAL. 26

Justificación de la medida. 27

CONTROL DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL. 27

Declaración de inconstitucionalidad. 27

CUASIFLAGRANCIA. 29

Concepto. 29

DEFRAUDACIONES ESPECIALES. 30

Administración fraudulenta (CP, 173 inc. 7º) y apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º). Conceptos.

Diferencias. 30

Apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º). 31

Desbaratamiento de derechos acordados (CP, 173 inc. 11º). 31

Diferencias entre la defraudación por apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º) y la estafa (CP, 172). 32

Interversión del título. Elemento típico de la defraudación por apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º). 33

EMOCION VIOLENTA. 35

Exigencias para la configuración del tipo atenuado. Inaplicación al caso. 35

ENCUBRIMIENTO. 37

Presupuestos típicos. 37

Ultraactividad de la ley penal más benigna. 37

ERROR. 38

De prohibición. 38

De tipo. 39

ESTAFA. 39

Presupuestos típicos. 39

EXCARCELACION. 40

Improcedencia. 40

EXCEPCIONES. 40

De falta de acción. 40

FORMAS PROCESALES. 41

Función. 41

GARANTIAS CONSTITUCIONALES. 41

Presunción de inocencia. Fuente normativa. Aplicación. 41

HABEAS CORPUS. 41

Agravamiento arbitrario de las condiciones de detención. 41

HOMICIDIO. 42

Prueba de la tipicidad objetiva y subjetiva. Conducta posterior al hecho. Arrepentimiento activo.
42

HOMICIDIOS CALIFICADOS. 42

Homicidio "criminis causae" (CP, 80 inc. 7º). Divergencias entre el homicidio tentado (y agravado) y las lesiones corporales (CP, 89/91). 42

Inaplicación de la agravante del art. 80 inc. 8º CP. 44

HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASION DE ROBO. 44

Diferencias con el homicidio "criminis causae" (CP, 80 inc. 7º). 44

Presupuestos. Consumación. Portación de arma y empleo para dar lugar al homicidio. 45

HURTOS AGRAVADOS. 48

Con uso de de ganzúa, llave falsa, etc. (CP, 163 inc. 3º). 48

De vehículo dejado en la vía pública (CP, 163 inc. 6º). 49

Inaplicación del hurto calamitoso (CP, 163 inc. 2º). 49

IMPUTADO. 50

Analogía con el denunciado. 50

INIMPUTABILIDAD. 50

Estados ebriosos e inconsciencia. 50

Psicosis delirante. 51

JUICIO ABREVIADO. 52

Cambio parcial de la calificación. 52

Inadmisibilidad. Criterios generales y casos particulares. 53

Límite en la aplicación del monto de la pena. 55

Necesariedad de acreditar aquellos extremos que deben reunirse a fin de tornar viable la solución alternativa del juicio abreviado. 55

LEGITIMA DEFENSA. 56

Bienes jurídicos defendibles. 56

Legítima defensa respecto de una legítima defensa de terceros. 56

Legítima defensa y exceso. 56

LESIONES GRAVES. 57

Diferencias con el delito de homicidio en grado de tentativa (CP, 42 y 79). 57

Fallecimiento posterior de la víctima. 57

MORIGERACION DE LA PRISION PREVENTIVA. 58

Procedencia. 58

NULIDADES. 59

Afectación del derecho de defensa en juicio, por la omisión del deber de informar la existencia de esenciales pruebas de cargo, antes del inicio de la audiencia del art. 308 del CPP. 59

Anulación del testimonio del imputado y de su madre. 60

Excepción a la regla de exclusión probatoria. Doctrina del 'purged taint'. 61

Indefensión ante la denunciada divergencia entre el nombre jurídico del delito y la individualización numérica de la disposición que lo describe y reprime en el Código Penal. 62

Indefensión frente a la necesidad de contar con una defensa técnica efectiva. 63

Obligación de notificar los peritajes. Sanciones a su incumplimiento. 64

OBJETO PROCESAL. 65

Intangibilidad. 65

OMISION DEL FISCAL DE EVACUAR LAS CITAS VERTIDAS POR EL IMPUTADO. 65

Consecuencias. 66

PECULADO DE SERVICIOS. 66

Atipicidad. 66

Presupuestos típicos. 66

Tipicidad de las conductas en juzgamiento. 67

PENA. 68

Determinación, fundamento y finalidad. 68

PORTACION DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL CONDICIONAL. 69

Atipicidad. 69

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. 69

Aplicación. 69

RECLUSION ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO DEL ART. 52 DEL C.P. 70

Constitucionalidad. 70

Falta de petición del Fiscal para la aplicación del instituto. 73

Inconstitucionalidad. 73

RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS DUBITATIVO. 75

Ineficacia. 75

RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO DE ALBUMES. 76

REINCIDENCIA. 77

Real. Necesidad del cumplimiento total o parcial de pena de prisión. 77

RESPONSABILIDAD PENAL. 77

Diferencias con la responsabilidad administrativa. 77

ROBO. 78

Absorción del delito de lesiones leves (CP, 89). 78

Absorción del delito de privación de la libertad agravada (CP, 142, inc. 1º). 78

Consumación. 78

Diferencias con el hurto (CP, 162). 79

ROBOS AGRAVADOS. 80

Con armas (CP, 166 inc. 2º). Fundamento. Tesis objetiva y subjetiva. 80

Con armas impropias (CP, 166 inc. 2º). 82

Concurrencia de agravantes: con arma (CP, 166 inc. 2º) y en lugar poblado y en banda (CP, 167 inc. 2º). 83

Con perforación o fractura de pared, cerco, etc., de lugar habitado (CP, 167 inc. 3º). 84

En banda (CP, 167 inc. 2º). 85

Robo con armas (CP, 166 inc. 2º) y tenencia o portación ilegítima de armas (CP, 189 bis).

Concurso. 85

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA. 85

Constitucionalidad de las normas que requieren la conformidad del Ministerio Público Fiscal. 85

Funcionarios y empleados públicos. Alcance de la interdicción del art. 76 bis, 7º párrafo CP. 87

Improcedencia. Casos. 88

Oposición del Ministerio Público Fiscal. 89

Reparación del daño causado, en la medida de lo posible. 93

TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA Y MUNICIONES DE GUERRA. 93

Concurso entre la tenencia de arma y la munición de guerra. 93

Munición de uso prohibido. Clasificación. 94

Tenencia compartida. 94

Tipicidad objetiva. Diferencias con la portación. 94

TENTATIVA. 95

El dolo de la tentativa. 95

TESTIMONIOS. 96

Eficacia probatoria de la declaración de la víctima o de sus parientes. 96

Testigo único. 97

Testimonio infantil. 97

Valor acreditativo. 99

TIPO PENAL. 100

Función. 100

UNIFICACION DE PENAS Y SENTENCIAS. 100

Cuestiones competenciales. Jurisdicción ordinaria o federal. Diversidad de reglas para la unificación de penas. 100

*Procedencia. Unidad de la reacción penal. Intangibilidad de la cosa juzgado material.
Revocación de la reincidencia. 101*

VIOLACION. 104

En concurso real con privación ilegal de la libertad agravada (CP, 142 inc. 1º). 104

ABUSO SEXUAL.

Concurso real de abusos sexuales a distintas víctimas.

“...Antes de ahora tuve oportunidad de resolver que ‘...en la especie, la pluralidad de víctimas duplica el delito de abuso sexual con sus agravatorios aditamentos, de manera que las sucesivas copulaciones anales de las que fueran objeto las menores, de siete y cuatro años de edad, por parte de quien convivía con ellas ejerciendo su guarda, concurren materialmente entre sí, en los términos del art. 55 del Código Penal...’ (cfr. mi voto en la causa nº 869, ‘Cáceres, Mario Horacio’, sent. del 03/06/02, R. 114/02)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.418, “González, Oscar Alfredo s/ abuso sexual agravado por el vínculo reiterado y lesiones leves agravadas por el vínculo reiteradas”, [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 009/03).

Identidad del sujeto pasivo para configurar delitos continuados.

“...Cualquiera sea la tesis (es decir, la concepción ‘amplia’ que sustentan Núñez, Fontán Bailestra y Creus, o el criterio ‘restrictivo’ que auspicia Bacigalupo, entre otros) a la que se adhiera en la materia, ‘existe acuerdo generalizado en los casos en que los distintos hechos atentan o lesionan ‘bienes jurídicos altamente personales’, debido a que por el carácter de éstos, se requiere la identidad del sujeto pasivo, caso contrario, estaríamos frente a un concurso real y no un delito continuado’ (cfr. Vocos, María Teresa en ‘Delito Continuado’, capítulo incluido en la obra ‘Temas de Derecho Penal’, edit. Advocatus, Córdoba, 1.999, pág. 82)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.418, “González, Oscar Alfredo s/ abuso sexual agravado por el vínculo reiterado y lesiones leves agravadas por el vínculo reiteradas”, [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 009/03).

“...No creo que la unidad del sujeto pasivo (o identidad del titular del bien jurídico, como la denomina Eugenio Raúl Zaffaroni en su ‘Manual’, 5ª edic., pág. 624) pueda ser considerada, sin excepciones, como un elemento esencial para configurar delitos continuados. Sí lo es, en cambio, cuando se trata de bienes eminentemente personales o personalísimos o, mejor aún, ‘en los casos en que el tipo implica una injerencia en la persona misma del titular y no sólo en sus derechos’ (cfr. Zaffaroni, en la obra y página citadas); entonces, quien somete a diversos tocamientos y otros actos libidinosos a tres niños, tal se acreditara en el segmento respectivo del veredicto, comete otros tantos delitos contra la integridad sexual de los menores...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.418, “González, Oscar Alfredo s/ abuso sexual agravado por el vínculo reiterado y lesiones leves agravadas por el vínculo reiteradas”, [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 009/03).

Lesiones leves agravadas por el vínculo y abuso sexual. Independencia de ambos ilícitos.

“...Las lesiones leves agravadas por el vínculo (CP, 92, en función de los arts. 89 y 80, inc. 1º), constituye un ilícito independiente, en los términos del art. 55 del CP, de los tres abusos sexuales simples agravados por el vínculo (CP, 119 ‘in fine’, con relación al penúltimo párrafo letra ‘b’), a los que aludiera en los párrafos precedentes...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.418, “González, Oscar Alfredo s/ abuso sexual agravado por el vínculo reiterado y lesiones leves agravadas por el vínculo reiteradas”, [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 009/03).

Prueba de la materialidad ilícita y de la autoría.

“...Considero que a partir de (y no sólo por) la constante imputación de la sujeto pasivo existen inferencias suficientes para tener por verídicos los manoseos ilícitos y, a la par, para sindicar como autor de los mismos al acusado. Eso último si se tiene en cuenta, además, el comprometedor indicio de oportunidad para delinquir, que es dable extraer de la probada circunstancia de que el abuelo de la menor era la persona (si no la única, al menos la) que en mejores condiciones estaba para consumir, a lo largo del

tiempo, los abusos sexuales del *'sub judice'*, habida cuenta que de acuerdo a lo que testificaran los padres de la víctima, ésta no salía de su hogar más que para ir al jardín de infantes o la casa de sus abuelos paternos (ubicada en la parte delantera del terreno), a la que concurría casi diariamente. Otro dato incriminatorio relevante fue el que aportara en la audiencia la psicóloga que, al visitar al causante y a su esposa, en el marco de la tarea terapéutica que tenía a su cargo (*'id est'*, desprovista de cualquier propósito persecutorio), y al reemplazar en el diálogo con ellos la inquietante expresión *'abuso sexual'* por la de *'tocamientos incorrectos'*, percibió, tras la inicial negativa de la pareja, el pleno reconocimiento del causante que entre palabras y gestos le admitió (de modo inequívoco, al decir de la experimentada profesional municipal) que él le había hecho caricias en lugares íntimos a su nieta..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.252, "Cano, Pedro s/ abuso sexual agravado por el vínculo y en forma continuada", [J.O.], sent. del 08/07/03, R. 335/03).

Ultraactividad de la ley penal más benigna.

"...El injusto del *'sub judice'* deberá calificarse como abuso deshonesto, en los términos del art. 127 del CP (texto de la ley 11.179), ultraactivamente aplicable al caso en virtud de lo previsto en el art. 2° de ese catálogo punitivo (es decir, con prescindencia del vigente art. 119, 1er. párrafo, según ley 25.087; B.O. 14/05/99)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 957, "Vargas, Elías René s/ abuso deshonesto", [J.A.], sent. del 08/07/03, R. 174/03).

ACCION PENAL PUBLICA.

Ejercicio y titularidad.

"...Ya es criterio afianzado de este Tribunal que *'...con el nuevo ordenamiento ritual de la Provincia de Buenos Aires el Ministerio Público Fiscal resulta ser el titular, exclusivo, del ejercicio de la acción penal pública (CPP, 6; t. o. ley 12.059), lo que responde al principio acusatorio según el cual 'ne procedat iudex sine actione', bifurcando la jurisdicción de la acusación. En el ejercicio de su función el representante del interés social entendió en el curso del debate oral, que no encontraba ningún mérito probatorio para reprocharle a la enjuiciada alguna complicidad criminal en el delito contra la propiedad que se le endilgara... Esa postura del Sr. Fiscal de Juicio, cualquiera sea la convicción personal de los jueces, impone el deber de absolver a la procesada, ante el expreso desistimiento del órgano requirente, por así disponerlo el párrafo final del art. 368 del CPP'* (causa n° 31, *'Jurado, Mónica Haydée'*, sent. del 17/06/99, R. 028/99; causa n° 477, *'Longhi, Miguel Angel'*, sent. del 16/04/01, R. 053/01; e/o). Esta interpretación se ensambla, asimismo, con la tendencia al principio acusatorio que se impuso para los procesos penales bonaerenses desde de la sanción de la ley n° 11.922, con el consiguiente abandono del carácter inquisitivo que impregnaba buena parte de la legislación derogada (sobre todo al sumario, en la versión de las leyes 3.589 y 10.358), y que suponía una sensible debilitación de la imparcialidad del juzgador, unipersonal o colegial, por lo que ahora queda claro que el ejercicio de la propia atribución de castigar los delitos mediante sentencia (*'ius puniendi'*), está condicionado al ejercicio de una facultad o derecho distinto, atribuido a otro ente oficial: el Ministerio Público Fiscal..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Dominella, causa n° 1.503, "Graneros, Carlos Abel s/ vejaciones y lesiones leves", [J.A.], sent. del 15/04/03, R. 059/03).

AGRAVANTES.

Asalto a choferes de servicios públicos.

“...Es agravante el modo comisivo, considerando el particular estado de desamparo y desprotección en el que deben trabajar los choferes del servicio público de transporte urbano de pasajeros, toda vez que los microómnibus (al igual que taxis y remises), como regla, no pueden negarse a permitir el ascenso de personas, y en tanto se trata de situaciones favorecedoras de los ataques a la propiedad...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.605, “Gómez, Ramón Antonio s/ tentativa de robo” [J.A.], sent. del 28/04/03, R. 072/03).

Calidad de agente municipal del encausado. Abuso en el ejercicio de sus funciones.

“...Sólo configuran agravantes la condición de agente municipal del acusado y el haber procedido, en el caso, con abuso en el ejercicio de ese empleo público, situación que deberá traducirse -en su momento- en la imposición de la misma penalidad neutralizante convenida por las partes; es decir, en el *‘mínimo de la inhabilitación especial, aunque esta última sanción de alcance parcial, o sea, impidiéndole al reo que su quehacer laboral se desarrolle en la vía pública, y consintiendo en que lo haga en tareas administrativas de oficina, dentro del ámbito de la propia repartición municipal donde se desempeñen’*...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Dominella, causa n° 1.503, “Graneros, Carlos Abel s/ vejaciones y lesiones leves”, [J.A.], sent. del 15/04/03, R. 059/03).

Condición sexual, edad y estado de las víctimas. Parentesco o situación análoga.

“...Son severizantes el sexo de las dos víctimas, la avanzada edad (72 años) de la primera de ellas, y, en fin, la nocturnidad de los sucesos criminosos que se le endilgan al causante de autos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.688, “Martínez, Gustavo Alberto s/ tentativa de robo y tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 14/05/03, R. 088/03).

“...Son agravantes para los dos enjuiciados, y respecto del primer ilícito de la causa, el sexo de la víctima. También lo es para coencausado, la modalidad comisiva del otro hecho delictivo, donde hubo un despliegue por demás agresivo contra una mujer embarazada y su hijo de escasos tres años de edad, a quienes los sujetos activos (entre ellos, el aludido) golpearon, ataron y amordazaron. Últimamente, computo como tal para el imputado, la nocturnidad y la pluralidad de intervinientes, en la facción del último de los injustos del *‘sub lite’*...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.626, “Gurmandi, Matías Maximiliano y otro s/ tentativa de robo, robo agravado, etc.”, [J.A.], sent. del 14/07/03, R. 180/03).

“...Valoro como pautas aumentativas de la culpabilidad del acusado por los injustos del proceso: *i.)* el género sexual de la víctima; *ii.)* su indefensión al hallarse en una zona desolada y dentro de un automóvil (es decir, con escasas o nulas posibilidades de resistir el ataque armado del que fuera objeto); *iii.)* lo inesperado de la agresión, como lo demuestra la circunstancia de que los autores de la necropsia descartaron que haya existido lucha previa; y *iv.)* la relación preexistente entre la mujer y el homicida, a quien ella llegó a socorrer (según lo reconociera éste) al sufrir un accidente cerebro vascular, derivándolo a un nosocomio privado donde quedó internado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...La nocturnidad en que se perpetraran los ilícitos inculcados al encausado, el vínculo que lo unía con una de las víctimas, el sexo de las mismas y el antecedente condenatorio firme que registra en su prontuario, son pautas que las voy a tener presentes en el carácter indicado...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.652, “Ramos, Horacio Guillermo s/ lesiones leves, amenazas calificadas, etc.”, [J.A.], sent. del 10/09/03, R. 228/03).

“...Computo en tal carácter el género sexual de la víctima y su relación cuasimatrimonial con el victimario...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 2.011, “Villanueva, Federico Saúl s/ tentativa de robo y lesiones leves”, [J.A.], sent. del 15/12/03, R. 340/03).

“...También es agravante la conducta posteriormente asumida por los procesados; me refiero al reparto del botín en dos de los hechos de autos, y al intento autoexculpatorio, ensayado en el curso del debate, con derivación de sus propias responsabilidades hacia los hermanos menores de los coimputados...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.250, “Espinoza, Miguel Angel s/ robo doblemente agravado, etc.”, [J.O.], sent. del 13/05/03, R. 087/03).

Modalidad y medios empleados en la comisión del ilícito.

“...Valoro como agravante la modalidad comisiva del segundo hecho, atento la violencia desplegada y, particularmente, por la circunstancia de haberse utilizado, al menos, un arma de fuego de mayor poder vulnerante que otros instrumentos que podrían haber servido a los mismos fines intimidatorios y que encuadran en las mismas condiciones objetivas requeridas por el tipo de la conducta ilícita juzgada. Así lo viene sosteniendo este Tribunal, desde la causa n° 24, ‘Salazar, Carlos Alberto’, sent. del 25/02/99 al adscribir -por convicción, no por deber-, a la inveterada y constante interpretación de la Suprema Corte de Buenos Aires, que computa como tales a las armas de fuego porque ‘...*tienen un mayor poder vulnerante que otras que también satisfecerían la exigencia del tipo legal, por lo que constituye agravante la mayor peligrosidad evidenciada mediante su uso, sin que ello importe una doble valoración de esa circunstancia...*’ (P.36.212; P.37.104, A y S 1.987-I-228; P 38.608, ‘Guisamburu, Roberto Guillermo’, P. 52.202, ‘Díaz, Carlos Alberto’, del 12/12/95; e/o), o bien, simplemente porque ‘*constituye agravante la mayor peligrosidad evidenciada mediante el uso de armas de fuego*’ (P.38.369, ‘Bermúdez, Héctor Luis’, del 25/04/89; P. 52.074, ‘Lobo, Marcelo Alberto’, del 25/04/95; e/o). Así también computo la condena penal anterior del causante...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.596, “López Díaz, Mario Esteban s/ tentativa de robo agravado por el uso de arma y encubrimiento, [J.A.], sent. del 29/04/03, R. 079/03).

“...Resultan agravantes para el encausado, las siguientes: a) el uso de armas de fuego, cuando podría haber utilizado otros instrumentos intimidatorios de menor peligrosidad, que también satisficieran el tipo legal. b) La modalidad de ambos hechos, en cuanto demostraron una temeridad y despliegue de violencia inusitadas, poniendo en riesgo la vida e integridad física de más de una persona y c) la extensión del perjuicio ocasionado a las víctimas...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado, etc.”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Son severizantes las circunstancias que se desprenden de la particular modalidad comisiva del ilícito en juzgamiento; a saber: *i.)* la pluralidad de sujetos activos (entre ellos, un menor de edad); *ii.)* el sexo de las víctimas; *iii.)* el empleo de un objeto que a los ojos del atemorizado trío de mujeres semejaba ser un arma de fuego de puño; *iv.)* el rol preponderante que le cupo al encartado en la ejecución del suceso criminoso; y *v.)* el ulterior encierro al que sometieron a las damnificadas, situación rayana con alguno de los tipos penales que protegen la libertad individual...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.600, “Espinoza, Marcos Nahuel s/ robo agravado por uso de arma”, [J.A.], sent. del 30/05/03, R. 120/03).

“...Constituyen agravantes a tener en cuenta para la graduación punitiva: *a.)* la modalidad del hecho, en cuanto a la cantidad de disparos efectuados contra la víctima en plena vía pública, con riesgo posible a terceros; *b.)* la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima por el peligro de vida corrido; y *c.)* el tipo de arma de fuego y munición utilizadas, de mayor poder vulnerante que otros con los que podría haber obtenido el mismo resultado...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.341, “Benítez, Cristian René s/ tentativa de homicidio, etc.”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 134/03).

Pluralidad de sujetos activos. Intervención de menores. Nocturnidad. Extensión del daño. Condenas anteriores.

“...Son agravantes no sólo la nocturnidad del primero los emprendimientos ilícitos en juzgamiento, sino también la pluralidad de los sujetos activos en ambos (incluyendo -en el segundo de los injustos de la causa- a dos menores de edad, situaciones favorecedoras de los ataques a la propiedad...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.484, “Guerrero, Cristian Sebastián s/ robo agravado automotor dejado en vía pública, etc.” [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 028/03).

Recaída delictiva.

“...Es agravante esta recaída de los reos en actividades ilícitas, en tanto demuestra que de poco o nada les han servido esas advertencias previas a penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento, que ahora lo transforma en (o ratifica en su condición de) reincidente (CP, 50), según el caso. En efecto, esas circunstancias permiten formularles a los aludidos un mayor reproche de culpabilidad, pues quien mejor conoce las consecuencias jurídicas de sus actos, por haberlas sufrido con antelación en virtud de otros que son afines, está en mejores condiciones para decidir ajustar sus actitudes futuras a las exigencias del orden jurídico. No se trata aquí de recriminarles por hechos pretéritos por los que los expedientados purgaron (total o parcialmente) sus penas, sino de examinar si, conforme a sus experiencias personales, estaban en mejores posibilidades que otros para reconocer las prohibiciones y mandatos del derecho penal, así como la naturaleza incisiva de sus consecuencias para los bienes jurídicos del infractor, y a pesar de lo cual no se esforzaron lo bastante para motivarse en las normas aplicables al caso...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.849, “Davies Alvarez, Milton Edri y otro s/ tentativa de robo calificado por uso de arma, etc.” [J.A.], sent. del 12/12/03, R. 341/03).

Uso de arma de fuego.

“...En cuanto a la posible aplicación, como agravante genérica, del art. 41 bis del CP (t.o. ley 25.297, B.O.N. del 22/09/00), sin perjuicio que no ha sido peticionada por el representante del Ministerio Público Fiscal, cabe consignar que ella no es receptada, para casos como el juzgado, por este cuero colegiado, atento que ‘...la violencia o intimidación a la que se alude en la norma citada, ya se encuentra incluida en el tipo penal respectivo del código de fondo.’ (cfr. causa n° 859, ‘Molinas, Oscar Angel’, sent. del 14/11/01, R. 226/01). Además, según lo conceptúa Alexis Leonel Simaz, ‘la agravante no resulta aplicable a los casos en que el tipo penal contenga la circunstancia mencionada en ella, ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, ello en el sentido de arma, sea cual fuere’ (cfr. ‘Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino - agravación genérica, o no tanto, por el empleo de armas de fuego’)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.456, “Gardé, Raúl Javier s/ robo agravado por uso de arma, etc.” [J.A.], sent. del 05/02/03, R. 005/03).

“...Con relación a la posible aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, teniendo presente que según la pericia balística el revólver secuestrado en autos, no podría ser utilizado como arma de fuego sin la ayuda de otros instrumentos, me eximo de hacer otras consideraciones...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.836, “Gatica, Eric Maximiliano s/ robo calificado por uso de armas”, [J.A.], sent. del 24/10/03, R. 281/03).

“...Sostengo, una vez más, la consolidada opinión de este Tribunal en el sentido que: ‘...No corresponderá acoplar al ilícito de autos (robo calificado por el uso de arma) la actual agravante genérica objetiva porque, como lo expusiera acertadamente Daniel A. Raizman, al comentar el fallo de la Sala 1ª de la C.N.C.P., en el caso ‘Molina, Mariano Andrés’, sent. del 16/05/02, ‘frente a interpretaciones posibles

que -en definitiva- proponen respuestas que importan un mayor o menor espacio de libertad, este pronunciamiento, que optó por la tésis más racional (luego, menos represiva), resulta una positiva señal frente a la imprescindible labor interpretativa que debe campear toda actividad jurisdiccional, cuando la producción legislativa se manifiesta en consonancia con las necesidades mediáticas electoralistas, con presidencia de la necesaria y responsable definición de los límites de los derechos del ciudadano' (cfr. '¿Es posible agravar dos veces un delito por el empleo de un arma? A propósito del art. 41 bis CPen.', publ. en 'J.A.' 2.002-III, fascículo n° 12, del 18/09/02, págs. 51/2)... Conforme lo ha venido sosteniendo este Tribunal en situaciones análogas a la de autos, a partir de la causa n° 910, 'Giles, Luis Antonio', sent. del 08/04/02, y conforme lo resolviera -con mayor autoridad científica y jurisdiccional- la Cámara Nacional de Casación Penal (no sólo en el fallo comentado de la Sala 1ª, sino también por su Sala 2ª en la causa 'Garay, Marcos J.', sent. del 10/06/02), la agravante contenida en el art. 41 bis Cód. Penal, en la forma en que fue redactada por la ley 25.297 no es aplicable a los delitos que se encuentran agravados por el uso de armas, pues están comprendidos en tal concepto...' (causa n° 1.409, 'Cachaza, Marcelo Alberto', sent. del 23/12/02, R. 292/02)... (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.250, "Espinoza, Miguel Angel s/ robo doblemente agravado, tentativa de doble homicidio agravado, etc.", [J.O.], sent. del 13/05/03, R. 087/03).

"...En cuanto a la aplicación al caso de la agravante genérica del art. 41 bis del CP (introducido por ley 25.297; B.O., del 22/09/00), reitero precedentes del Tribunal que señalan que la misma 'se encuentra incluida en el tipo penal del artículo 79 del Código de fondo (y en este caso respecto de la agravante del robo del art. 166 2º y el 165, o de las lesiones del art. 90) y su aplicación comportaría una agravación violatoria de la 'prohibición de doble desvalorización que, derivada de la lógica jurídica y expresión del ne bis in ídem establece que si la circunstancia forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, no puede ser considerada entre los criterios que incrementa la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha' (v. Slokar, Alejandro en 'Código Penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial', bajo la dirección de Baigún-Zaffaroni, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.002, tomo 2, pág. 95)... Así, en causa n° 727, 'Salinas, Ramón Alejandro' (sent. del 17/09/02, R. 188/02)... (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

ASOCIACION ILICITA.

Extremos que deben acreditarse para la tipificación del ilícito.

"...Respecto de la posible atribución de esta conducta ilícita criminal, a meros partícipes de delitos cometidos por la organización y al tipo de actividades que deben cumplirse para ser considerado parte de la misma, entiendo con Sebastián Soler (cfr. 'Derecho Penal Argentino', Edit. La Ley Bs. As. 1.946, tomo IV, págs. 641/5), que se trata de una figura mediata, secundaria o complementaria, '...no se trata de castigar la participación en un delito, sino la participación a una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos...' (pág. 641), agregando en cuanto a los delitos que se planean, que la ley requiere esencialmente un acuerdo criminal (finalidad genéricamente delictuosa y objetivable) sobre hechos que vayan a ser ejecutados o tentados (pág. 645), con grado de durabilidad (permanencia en el tiempo para sus integrantes)... (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.113, "Amoresano, Rubén Alberto s/ asociación ilícita, estafas reiteradas, etc.", [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 014/03).

Participación del receptor de bienes producto de delitos cometidos por la asociación ilícita.

“...Particularmente, respecto del receptor de bienes producto de delitos cometidos por la asociación ilícita, Carlos Creus (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 107/8), opina que en general no podría integrarla, salvo que, como en éste caso, *‘...su intervención haya sido pactada expresa o implícitamente, en orden a la pluralidad de delitos que es el objetivo de la asociación (por ej.: el receptor que se pone de acuerdo con los asociados, para recibir todo lo que produzcan sus actividades delictivas, prácticamente se convierte en asociado, con una tarea determinada dentro de la estructura organizativa’...*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.113, “Amoresano, Rubén Alberto s/ asociación ilícita, estafas reiteradas, etc.”, [J.A.], sent. del 11/02/03, R. 014/03).

ATENUANTES.

Buena conducta anterior del imputado. Arrepentimiento. Enfermedad. Recupero de la “res furtiva”.

“...Constituyen mitigantes para la individualización sancionatoria: *i.)* la buena conducta precedente del causante, que extraigo del favorable informe de concepto social, así como de la inexistencia de condenas penales anteriores; *ii.)* la confesión y el arrepentimiento que exteriorizara de su obrar delictivo; *iii.)* los delicados problemas de salud que lo aquejan; y *iv.)* el rápido recupero del automóvil que sustrajera en el segundo de los ilícitos que se le enrostran...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

Ebriedad parcial. Ingesta de sustancias psicoactivas. Rasgos de personalidad psicopática. Escasas expectativas vitales.

“...Valoro, asimismo, como morigerantes sus características de personalidad, en la que prevalecen los rasgos psicopáticos y una arraigada drogadependencia (según el dictamen psicológico, ampliado durante el juicio oral), en tanto lo hacen menos permeable a dejarse motivar por los mandatos y las prohibiciones normativas, reduciendo su capacidad personal de responsabilidad ético-social; las escasas expectativas vitales del enjuiciado, añoso enfermo del síndrome de inmunodeficiencia adquirida; y la leve a moderada alcoholización que tenía al tiempo de cometer el ilícito, puesto que (sin estar ebrio, ni mucho menos) una testigo, al menos, dijo que lo vio con una lata de cerveza...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...También voy a valorar como tal, la ligera alcoholización del imputado al tiempo de consumir el ataque armado a la víctima...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.341, “Benítez, Cristian René s/ tentativa de homicidio, etc.”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 134/03).

“...Valoro como aminorantes no sólo la ausencia de condenas penales anteriores, sino también la drogadependencia de larga data que padece el enjuiciado, según resulta de los varios dictámenes producidos en autos, toda vez que -como lo viene señalando este Tribunal, en casos análogos- *‘ese malsano hábito por las sustancias psicoactivas reduce su capacidad intelectual y volitiva, aún sin llegar a inimputabilizarlo, porque ‘no puede refutarse, con seriedad, que las drogas destruyen las neuronas mermando las posibilidades de libertad y de opción, atributos inconmensurables de la persona humana’ (cfr. Kent, Jorge en ‘Derecho de la ejecución penal’, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1.996, pág. 31)...’* (causa n° 686, *‘Ramírez Rossi, Cristian Mauricio’*, sent. del 10/09/01, R. 173/01; e/o), y, por último, los auspiciosos informes técnicos sobre la evolución del tratamiento al que está siendo sometido...” (Del voto del Dr. Fava-

rotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.828, “Vázquez, Gonzalo Alberto s/ robo y robo”, [J.A.], sent. del 25/09/03, R. 243/03).

“...Son enervantes, para ambos encausados: los marcados déficits de personalidad que presentan los causantes y que fueron detectados por los especialistas forenses en psicología y psiquiatría, en tanto reducen la capacidad de motivabilidad y autodeterminación de los aludidos; y la parcial alcoholización que padecieran al consumir (si no todos, al menos) la mayoría de los ilícitos de autos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.437, “Contreras, Víctor Sergio s/ daño, exhibiciones obscenas, robo agravado, etc.”, [J.A.], sent. del 02/12/03, R. 325/03).

AUTORIA, COAUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL.

Autoría mediata y dominio del hecho.

“...Veo dificultoso, técnicamente, aceptar que los acusados pudieran haber tenido el dominio del hecho (como autoría mediata) respecto de los escritos presentados por los abogados del ente, atento que, de acuerdo a esa teoría, se exige en el sujeto a quien se pretende atribuir tal señorío sobre la acción típica, el poder revocatorio del acto o lo que Günther Jakobs llama ‘*deber de evitación*’ (cfr. ‘*La imputación objetiva en derecho penal*’, trad. de Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, ed. Ad-hoc, Bs. As. 1.996, pág. 77). Así explica este autor alemán que en toda participación ‘...para quien realiza una aportación debe existir un deber derivado de la injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado que del hecho se deriva...’, añadiendo luego que ‘...existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar, velar por el comportamiento de quien actúa a continuación...’ (aquí, avisando a su marido, la futura víctima, de lo que podría sucederle)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

“...Sobre los escritos judiciales aludidos, los únicos que tenían poder revocatorio, a mi juicio eran los abogados que los redactaron, firmaron y presentaron, debiendo tenerse presente que la Abogacía es una profesión liberal en la que la independencia de criterio técnico del letrado respecto de la petición del cliente es esencial (¿es el abogado un seguidor ciego de los designios de su cliente o un profesional independiente?, ¿tiene el cliente el control de tal aspecto puramente técnico del trabajo del letrado?). Es decir que, en definitiva, tales presentaciones forman parte de una estrategia técnica propia de los abogados, que idearon el escrito aludido, lo que no advierto con la certeza que se requiere en esta sede, que pueda serle atribuido indudablemente, a una orden o mandato -no surge como prestación exigida en el contrato que los vincula- de los integrantes del directorio de la empresa pública. La virtualidad que la defensa de la empresa, pudiera implicar también la defensa de sus Directores no juzgo que pueda ser, por sí misma e indudablemente, reprochable e ineludiblemente vinculada a la actitud dolosa requerida en la figura del art. 261 2° párrafo del CP, cuando la presentación se realiza antes que el Agente Fiscal hubiere decidido disponer la vinculación procesal de los imputados en la IPP en trámite...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

Doctrina del dominio funcional del hecho.

“...Tal como lo he sostenido en la causa n° 819, ‘*Baldi, Héctor Manuel*’ (sent. de este Tribunal, de fecha 15/07/02), sería aquí aplicable la doctrina del dominio funcional del hecho, la que constituye una derivación de la teoría del dominio del hecho, procedente del derecho penal alemán (particularmente de su mentor Claus Roxin, en su magistral obra sobre ‘*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*’, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 6ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1.998), y receptada desde hace tiempo en nuestra doctrina y jurisprudencia, en forma casi

unánime (ver Eugenio Raúl Zaffaroni, en *'Tratado de Derecho Penal'*, tomo IV, pág. 305; Edgardo Alberto Donna en *'Autoría y Participación Criminal'*, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1.998, págs. 9/10 y 20/2; Marcelo Sancinetti en *'Ilícito personal y participación'*, edit. Ad-hoc, 1.997, Cap. II págs. 78/9; Creus Carlos, en *'Derecho Penal. Parte General'*, volumen 1, 3ra. edición, edit. Astrea, pág. 397/8; Jorge de la Rúa, en *'Código Penal Argentino. Parte General'*, 3ª edición, edit. Depalma pág. 855; Cám. Crim. y Corr. San Isidro, Sala I, *'Potzkai G.'* 12/08/1.993, La Ley Buenos Aires 1.994-744; S.C.B.A., *'Argañaraz, Casas y Peralta'*, citado por Jorge de la Rúa, op. cit.; Cám. Nac. Crim. Corr., en el caso *'Schocklender'* del 07/04/86, en *Doctrina Penal* 1.986, pág. 111, entre muchos otros). De acuerdo a esta doctrina y, según explicara José Cerezo Mir (cfr. *'Derecho Penal. Parte General'*, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, Madrid 1.997, pág. 136), *'...autor es quien tiene el dominio finalista del hecho, es decir, aquella persona de la que depende que el delito se cometa o no y la forma de su comisión...'* (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

"...El *'dominio funcional del hecho'* se da cuando estamos ante una actuación plural de varios individuos, en la que intervienen en función de un acuerdo previo para llevar adelante el delito, y la división de funciones durante su ejecución (cfr. Roxin, op. cit., págs. 306 y sgtes.). Este supuesto es el que Hans Welzel llama, asimismo, el dominio del hecho compartido por varias personas, sosteniendo que en estos casos *'...coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello, toma parte en la ejecución del delito... el coautor ha de ser coportador del dominio final del hecho.... cada coautor ha de ser subjetivamente coportador de la decisión común del hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda cuando es coposeedor de la decisión común al hecho. El 'minus' de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito'* (cfr. *'Derecho Penal Alemán'*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª edición, Edic. Jurídica Chile, Santiago 1.970, págs. 154, 158 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

"...En el mismo sentido opina Enrique Bacigalupo (cfr. *'Lineamientos de la teoría del delito'*, edit. Hammurabi, pág. 95), quien afirma que *'...el que ha tenido el dominio del hecho en el sentido de haber tenido su manejo y haberlo llevado a la consumación o en dirección a ella, será autor...'* Agregando que el *'dominio del hecho'* se puede presentar bajo la forma del *'dominio funcional del hecho'*, que consiste en *'...compartir el dominio funcionalmente con otro u otros, casos de coautoría...'* (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

"...En la jurisprudencia vernácula se ha admitido la autoría funcional o conjunta, cuando los agentes actúan dolosamente en virtud de un acuerdo previo y con reparto de funciones durante la ejecución del hecho delictivo, surgiendo el ilícito como la obra única de varios autores, pese a la segmentación que se ve en su fase ejecutiva (cfr. Cám. Nac. Casación Penal, Sala II, *'Chavarría, Hugo'* del 12/12/95; Trib. Superior de Córdoba, *'Schepke de Casas'*, del 05/12/88; Cám. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala I, *'Palazzo, B.J.'* 1.984, y muchos otros fallos citados por el Dr. Gustavo E. Aboso en su artículo intitulado *'La problemática del concurso de personas en el delito y la teoría del dominio del hecho -a propósito del denominado caso Cabezas-'*, publicado en la revista *'La Ley Buenos Aires'*, Año 7 núm. 2 marzo del 2.000, pág.118, nota n° 5)... (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto,

causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

"...Así también, se ha resuelto que '*...la intervención del campana en cualquier robo, importa tomar parte en su ejecución, en los términos contenidos en el art. 45, ya que con su presencia en el lugar del hecho revela una activa y simultánea participación en la ejecución del delito, dividiéndose las tareas para el cumplimiento del plan...*' (Cám. Nac. Crim. y Corr. Sala VI, 25 de octubre de 1.989, Bol. Jurisp. Cám. Crim. Corr. Cap. Federal, ídem Sala IV. 23-6-1992 en J.A. 1.993-IV p. 173)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

"...Roxin lo llama '*el señor del hecho en su concreta manifestación... no coaccionado e imputable...*' (op. cit., pág. 79), distinguiendo diferentes formas de dominio del hecho; a saber: I) *El dominio de la acción*: que como figura central y, de acuerdo a una concepción natural de la vida y la valoración del legislador, es el arquetipo del autor personal y directo, el que ejecuta el comportamiento descrito en la norma legal, lo que coincide con la teoría formal objetiva de la autoría que expusieron Edmundo Mezger y Sebastián Soler (ver '*Derecho Penal Argentino*', edit. Tea, Bs. As. 1.988, tomo II, pág. 244). II) *El dominio de la voluntad*: posición en la que se explica la autoría mediata y en la que se encuentran aquellos supuestos en los que el autor se vale de un tercero, quien obra coaccionado, dentro de una estructura de poder subordinado o por error. Este criterio ha generado dudas en nuestra doctrina, al igual que en el extranjero en cuanto a si el autor inmediato obra dolosamente, llevando a autores como Hans Welzel a sostener que se trata de un dominio inferior o subordinado. Es ilustrativo al respecto el fallo de la CSJN en el caso de las Juntas Militares (Fallos, 309:2 y 311:175). III) Finalmente, tenemos el caso del *dominio funcional del hecho*, el cual se da cuando estamos ante una actuación plural de varios individuos, en la que intervienen en función de un acuerdo previo para llevar adelante el delito, y la división de funciones durante su ejecución (Roxin, op. cit., págs. 306 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

"...Welzel concluye que nada impide considerar como coautor a quien realiza sólo actos preparatorios, pero es portador de la decisión común del hecho, en la medida que sabe que ese aporte es determinante para la realización del ilícito (op. cit., pág. 159)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

"...Por su parte, Günther Jakobs (en '*Derecho Penal. Parte General*', trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, edit. Marcial Pons, Madrid 1.995, pág. 747), sostiene que '*...la coautoría exige la existencia de un plan o acuerdo común, la distribución de las aportaciones necesarias para la ejecución del hecho, sin ser requisito primordial que dicho aporte se materialice durante la fase de ejecución del delito...*'" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

Grados de participación: primaria y secundaria.

"...Así se ha resuelto que '*...la diferencia en los distintos grados de complicidad debe decidirse según las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto, para lograr la ejecución del delito prescindiendo de la colaboración ajena...*' (conf. C.N.Crim. Corr. Cap. Fed. Sala I, 14-12-1993, LL 1.994-D, p. 410)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, "Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma", [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

“...En la doctrina y jurisprudencia que, desde hace mucho tiempo y en forma prácticamente unánime, se ha asignado al *‘campana’* el rol jurídico-penal de partícipe primario (CP, 45), pudiendo citarse, sólo a modo de ejemplo: Sebastián Soler (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, edit. Tea, 2.000 Tomo II págs. 288/9 y 320/1), sostiene que para distinguir entre la participación primaria y secundaria, el criterio es el de la naturaleza del aporte, no su oportunidad y será primario cuando su aporte sea imprescindible según un juicio hipotético de eliminación, pero basado en la posibilidad que el autor tenía en concreto, para cometerlo...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, “Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma”, [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

“...Ricardo C. Núñez (cfr. *‘Derecho Penal Argentino. Parte General’*, edit. Bibliográfica Argentina, Tomo II, págs. 292/293) explica que el criterio para determinar la participación que corresponde a la complicidad primaria es *‘...el de valor del aporte... se trata de un criterio fundado en la eficiencia del auxilio o cooperación en la estructura concreta del delito cometido. Esta eficiencia existe siempre que la supresión del aporte se traduzca en una variación en la ejecución del delito... no es preciso para alcanzar la categoría de necesario, que el aporte se traduzca en una contribución a la materialidad del delito... sino que bastan... actos aseguradores de la consumación del hecho verbi gracia, según sucede con el aporte del campana que en el caso concreto constituya una seguridad determinante para los ejecutores’...*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, “Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma”, [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

“...Jorge de la Rúa (cfr. *‘Código Penal Argentino. Parte General’*, 2ª edición, editorial Depalma, pág. 830) explica que a criterio de la Corte Nacional y la Suprema Corte de Justicia Provincial, cuando hay *‘...confabulación, esto es los casos de acuerdo expreso y previo... no importa el grado de intervención de cada uno de los sujetos, correspondiendo a cada uno la pena del delito. La regla es válida en la medida que se formule en relación a la autoría y la participación necesaria (CP, 45)...’* (con citas de C.S.J.N. 20/11/25, J.A., 18-410, ídem J.A. 23-623; S.C.B.A. *‘Argañaraz, Casas y Peralta’*, IV, 249 y ssgtes.), *‘...son coautores cuando en virtud de u acuerdo todos cooperan...’* (pág. 854, n° 178). Asimismo ese autor cita en la página 867 numerosos casos jurisprudenciales en los que se ha considerado cómplice primario *‘...al que aporta datos necesarios para cometer el delito... o entregador.... al que participa en planes... y aporta... ayuda posterior sin intervenir en la ejecución... al que efectúa vigilancia cuando ésta es condición del delito’...*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 1.443, “Ullúa, Angel Osvaldo s/ robo agravado por uso de arma”, [J.A.], sent. del 27/02/03, R. 023/03).

“...Sostengo que el imputado estuvo a la espera de sus tres compinches, a bordo del auto para proporcionarles un medio veloz y seguro para huir del lugar del asalto, pero esa actuación no la estimo como primordial, necesaria en grado sumo, ni puedo asegurar que sin ella el hecho delictivo no hubiera podido perpetrarse (CP, 45 *‘a contrario’*), como podría haber sido por ejemplo, el típico caso de un *‘campana’...*” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“...Este Tribunal ya ha sentenciado, en varias ocasiones anteriores, que *‘respecto de la participación que en el mismo tuvo el causante, considero que no puede ser reputada esencial, toda vez que no actuó como el vigía (‘campana’, en el argot) que está atento a los movimientos desde el exterior y controla los accesos al lugar donde se consuma el delito, sino que se ubicó a la vuelta del negocio, limitándose a alejar de ese sitio a los asaltantes después de que éstos salieran a la carrera del local’* (causa n° 323, *‘Silvestri, Ernesto Fidel’*, sent. del 30/06/00, R. 103/00; causa n° 586, *‘Indragoli, Martín Ezequiel’*, sent. del 28/11/00, R. 221/00; causa n° 691, *‘Huespe, Roque Miguel’*, sent. del 19/03/01, R. 030/01; causa n° 656, *‘Ibáñez, Luis Alberto’*, sent. del 11/05/01, R. 082/01; y causa n° 756, *‘Di Palma, Facundo’*, sent. del 17/07/01, R. 136/01)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

Limitaciones fijadas en el art. 47, CP. Su alcance.

“...Comparto la doctrina nacional que, como regla general, ha entendido que el art. 47 del CP sólo es aplicable a los partícipes primario o secundario y, excepcionalmente, a los coautores funcionales; éstos en tanto no sean coejecutores del verbo típico, o sea, cuando se altera el delito que se propusieron al decidir su actuación. En cambio, no se aplica a los coautores propiamente dichos. Así lo sostienen Ricardo Núñez (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, edit. Lerner, tomo II, pág. 303) y Jorge de la Rúa (cfr. *‘Código Penal Argentino. Parte General’*, 2ª edición, edit. Depalma, pág. 845, n° 151), entre otros. En ese mismo sentido, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V, de Cap. Fed. (fallo del 16/03/87, J.A. 1.988-III, pág. 40), ha resuelto que *‘...en nada empece a la configuración del robo agravado por la utilización de arma de fuego para los tres coautores procesados, el que uno sólo de ellos la esgrimiera. Es indiscutible, por la correcta y clara redacción del art. 47, que la exclusión del hecho más grave en el dolo de un participante es procedente sólo para los acusados de mera complicidad y no para los coautores...’* (del mismo modo lo resolvió el Superior Tribunal de Córdoba, sent. del 17/03/72, publ. en J.A. 15-1972, pág. 642). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha resuelto que *‘...quienes toman parte en la ejecución de un hecho delictuoso en virtud de un acuerdo previo y en acción conjunta, responden como autores sin consideración a la medida en que cada uno haya actuado, excepto los casos previstos en los arts. 47 y 48 del CP...’* (SCBA., Ac. 29.578, sent. del 19/05/81). Esta postura me lleva ya a desechar el planteo de la defensa...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 24003).

“...Pero además, si aceptáramos que el art. 47 del CP puede aplicarse a algunos supuestos de coautoría, en resguardo el principio según el cual *‘...la autoría y responsabilidad deben juzgarse en cada hecho en particular, porque no hay delincuencia indeterminada, sino hechos concretos... tampoco hay culpabilidad indeterminada...’* (SCBA, sent. 21/04/98, ‘C., J. F. s/ violación y corrupción’), corresponderá, entonces, adentrarnos a la actuación concreta del coautor que juzgamos y, en base a ello, también concluiré que el art. 47 del CP no puede utilizarse en beneficio del causante de autos. Para hacer tal valoración acudo a la teoría del dominio del hecho, a la que adscribo sin reservas porque me parece la más adecuada para explicar los problemas específicos de la autoría del injusto penal, y a la vez por ser la doctrina ampliamente dominante en la materia, tanto en la dogmática alemana (cfr. Claus Roxin, en *‘Autoría y dominio del hecho en derecho penal’*, traducc. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 6ª edic., edit. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1.998; Hans Welzel, en *‘Derecho Penal Alemán’*, traducc. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª edic., Edit. Jurídica Chile, Santiago 1.970, págs. 154, 158 y sgtes.; y Günther Jakobs, en *‘Derecho Penal. Parte General’*, traducc. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, edit. Marcial Pons, Madrid 1.995, pág. 747), como en la española (cfr. José Cerezo Mir, en *‘Derecho Penal. Parte General’*, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, Madrid 1.997, pág. 136; y Enrique Bacigalupo, en *‘Lineamientos de la teoría del delito’*, edit. Hammurabi, pág. 95), y hasta en la vernácula (cfr. Eugenio R. Zaffaroni, en *‘Tratado de Derecho Penal’*, tomo IV, pág. 305; Edgardo A. Donna, en *‘Autoría y Participación Criminal’*, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1.998; Marcelo Sancinetti, en *‘Ilícito personal y participación’*, edit. Ad-hoc, 1.997, Cap. II págs. 78/9; Creus Carlos, en *‘Derecho Penal. Parte General’*, volumen 1, 3ra. edic., edit. Astrea, pág. 397/8; y Jorge de la Rúa, en *‘Código Penal Argentino. Parte General’*, 3ª edic., edit. Depalma, pág. 855)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

“...Dentro de esa posición, se considera dueño del hecho ilícito no sólo quien ejerce su señorío durante su inicio y hasta su consumación, sino también quien conserva en todo el tiempo de su producción un poder revocatorio del acto o de evitación del delito. Así, explica Jakobs que *‘...para quien realiza una aportación debe existir un deber derivado de la injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado que del hecho se deriva...’*, aña-

diendo luego que *'...existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación...'* (cfr. *'La imputación objetiva en derecho penal'*, traducc. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, edit. Ad-hoc, Bs. As. 1.996, pág. 77). Esto significa que sólo puede ser coautor aquella persona que tiene, con relación al suceso ilícito cuya ejecución ha comenzado o se está consumando, el poder de detenerlo o impulsarlo, lo que asimismo comprende la facultad de desistir de su intervención, dejando voluntariamente de hacerlo..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.291, "Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

"...Aplicando esa doctrina al caso particular, observo -de acuerdo a la propia versión del procesado de autos- que más allá de si es verdad o no que él desconocía, previamente al hecho, que su compinche tenía una arma en su poder (un palo como el que describió también lo es, tal como lo pusiera de relieve el Dr. Martinelli en su voto), es evidente que cuando el nombrado extrajo, ya dentro del taxi, el arma y la usó en forma amenazante contra el taxista, el acusado no lo frenó, ni le recriminó que se hubiere excedido en el plan común (*'robar de palabra'*, según dijera), tampoco desistió de su accionar (por ejemplo, bajándose del automóvil ya detenido), sino que, peor aún, continuó delinquiendo y se apoderó ilegítimamente, por propia mano, del monedero, del celular y de las llaves del auto de la víctima. Esa continuidad en el obrar ilícito, ahora plenamente advertido por el aquí enjuiciado, lo hace plenamente titular del hecho juzgado a título de coautor y en el mismo nivel de atribución dominial del *'factum'* que su compañero en el delito..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.291, "Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil", [J.O.], sent. del 22/09/03, R.240/03).

BENEFICIO DE LA DUDA.

Aplicación.

"...Respecto del hecho materia específica de requerimiento, calificado como constitutivo del delito previsto en el art. 261 2° párrafo del CP, en base a las pruebas producidas durante el transcurso de la intensa jornada laboral que insumió la celebración de la audiencia del debate oral y público, sumado a las piezas del ciclo instructorio incorporadas por lectura por pedido de una o de ambas partes (en aquél caso, con plena conformidad de la contraria), no he podido superar un estado convictivo de duda, en cuanto a que sea realmente típico, a la luz de aquella figura penal (CN, 18 y 19; C. Pcial., 25 y 26). Ello implica para mí, que no puedo juzgar indudablemente que los hechos que se hayan probados en el juicio, reúnan los elementos objetivos (conducta descrita por la ley) y subjetivos (dominio de aquella y especial actitud intencional) del tipo penal aludido, por lo que no me es posible conformar el juicio de certeza que requieren la Constitución y la ley, para arribar a un juicio de reproche penal, debiendo, por imperio de lo normado en el art. 1° del CPP, concluir con una decisión absolutoria...." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.270, "Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos", [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

"...En este sentido, hago respetuosamente mías las consideraciones vertidas por la ex integrante de este Tribunal, Dra. Graciela Arrola de Galandrini, vertidas en su voto en la causa n° 643, *'Malvica, Salvador Venerando'* (sent. del 07/11/01, R. 223/01), en el que señaló con claridad que *'...para poder condenar en materia penal el Juez debe estar 'convencido', es decir, encontrarse dentro del campo de la 'lógica de la certeza'. Y es por ello, que resulta importante diferenciar nítidamente los distintos estadios del convencimiento humano, o sea, el juicio de 'certeza negativa', de la 'simple probabilidad', y de la 'absoluta certidumbre' (conf. CSJN, S. 232 XXII, 1/12/88, 'Scalzone s/ robo', en ED 23/6/89, M 705 XXI 7/6/88 en ED 4/11/88; CN Casación Penal, Sala I, 25/11/97 en 'G.J.G s/ rec. casación', en ED 10/9/98, e/o; ver Tribunal Oral en lo Criminal de Mar del Plata, votos Dra. Graciela Arrola de Galandrini en las causas n° 258, 'Suranitti, Marcelo Fabián', sent. del 10/07/00, R. 111; n° 275, 'Martín, Nicolás', sent. del*

06/10/00, R. 178; e/o)... *'El juzgador debe tener la "firme convicción de estar en posesión de la verdad..." (cfr. Cafferata Nores, José I. en "La prueba en el proceso penal", edit. Depalma 1.998, 3ª edición, págs. 8 y 14)... 'Certeza', según la Real Academia Española, es 'conocimiento seguro y claro de alguna cosa', 'firme adhesión de la mente a algo concebible, sin temor de errar'. Y en igual sentido 'evidencia' es 'certeza clara, manifiesta y tan perceptible, que nadie puede racionalmente dudar de ella... certidumbre de una cosa de modo que el sentir o juzgar lo contrario sea tenido por temeridad' (ver 'Diccionario de la Lengua Española', 21ª edición, Madrid 1.992, págs. 466 y 927)... Por el contrario, para ese mismo jerarquizado organismo español, 'duda' es 'suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones', mientras que 'probabilidad' es 'verosimilitud... que puede suceder' (cfr. 'Diccionario...', op. cit., págs. 780 y 1.670)... En forma concordante, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires entiende que '...existiendo sólo cierto grado de probabilidad sobre los temas esenciales a decidir, corresponde estar a lo más favorable al procesado...' (SCBA., P. 35.272, e/o)'..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.270, "Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos", [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).*

"...Durante toda la audiencia del debate, primero, en la deliberación y estudio del presente caso después, he tenido -sin lograr superarlo- la sensación que a los imputados se los ha traído a juicio, tanto por hechos diversos al propuesto como plataforma fáctica del requerimiento fiscal (CP, 248 y 260, en lugar del 261 2º párrafo), como en relación a hechos que podrían inculparse a terceros (CP, 293, 271, 174 inc. 5º, etc.). Pero más allá de ello, estoy convencido que en relación al injusto concreto que es materia de decisión de este Tribunal, no sólo es dudosa su objetivación típica, sino que también es insuficiente la prueba invocada por la fiscalía para probar que los imputados hayan tenido su dominio y, más aún, que pudieran haber obrado con el dolo directo que requiere el art. 261 2º párrafo del código de fondo..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.270, "Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos", [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

CHANTAJE.

Diferencias con el delito de extorsión (CP, 168, 1ª parte).

"...El injusto de la causa deberá tipificarse como chantaje en grado de tentativa (CP, 42 y 169). Ello así, toda vez que *'la acción típica del chantaje (art. 169, Cód. Penal), coincide con la de la extorsión, siendo el medio comisivo el único elemento diferenciador de ambas figuras, pues en el primero la intimidación debe desplegarse mediante la específica amenaza de formular imputaciones contra el honor o revelar secretos. En el chantaje, para la ley, no es relevante que las imputaciones contra el honor con que se amenaza sean verdaderas o falsas, siempre que sean suficientemente aptas para perjudicar la estima o crédito público de la víctima'* (T.O.C. nº 14 de la Cap. Fed., sent. del 05/09/97; publ. en 'E.D.' tomo 183, pág. 703). Ergo, entre esos comportamientos típicos existe una relación de género a especie, al punto que no faltan autores -por ejemplo, Laura T. A. Damianovich de Cerredo- que al referirse al chantaje lo hace bajo el nombre de *'extorsión mediante amenazas al honor o violación de secretos'* (cfr. *'Delitos contra la propiedad'*, edit. Universidad, 3ª edición, Bs. As. 2.000, pág. 176); siendo evidente (y, además, favorable a la situación jurídica de la imputada) que en el caso de autos la descripción del suceso criminoso se compadece mejor de las especificidades características del chantaje (CP, 169), que de las genéricas de la extorsión (CP, 168, 1ª parte)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.850, "Kordich, Vanesa Lucía s/ tentativa de extorsión", [J.A.], sent. del 20/08/03, R. 206/03).

COERCION PERSONAL.

Justificación de la medida.

“...Con la debida consideración a los profesionales actuantes, se me ocurre un tanto baladí el cuestionamiento defensorista que ha dado lugar al interrogante que se me dejara planteado en esta primer cuestión liminar... El día 28 de febrero de 2.002, el magistrado actuante corrió vista al Agente Fiscal de intervención, en virtud de un informe del Actuario que daba cuenta que el causante se encontraba privado de su libertad en la Unidad Penal n° 15, a disposición de la Justicia de Garantías Deptal. (CPP, 134). Dicho funcionario del Ministerio Público evacuó la vista conferida, solicitando que se anote al aludido a disposición conjunta con el Tribunal entonces interviniente, lo cual fue receptado favorablemente por parte del organismo jurisdiccional precitado. Ahora bien, me pregunto: ¿qué disposición de orden constitucional fue afectada, violada o dejada de lado con las medidas judiciales que se cuestionan? Debo confesar que ninguna. Ello si se tiene en cuenta que la situación procesal precedente del causante así lo habilitaba, en razón de que por entonces éste ya había sido requerido a juicio por muy graves delitos criminales (CPP, 334/5), incompatibles, en principio, con el régimen de la libertad provisoria (CPP, 171), más aún si se tienen en cuenta los antecedentes condenatorios que pesan sobre su persona. Entiendo y muy bien, que las garantías que se dicen afectadas en su oportunidad tienden a satisfacer, por un lado, la publicidad de los actos de gobierno, postulado propio y elemental del sistema republicano y, por el otro, la efectividad de la defensa de los derechos, pero, reitero, en modo alguno se han vulnerado tan sagrados principios que puedan, en definitiva, conmovier a nuestro debido proceso (CN, 18)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“... Peco a veces por lo práctico, lo cual no significa en modo alguno que sea caprichoso o arbitrario. En este caso, con una persona sospechada de la comisión de un delito grave (CP, 166 inc. 2° y 167 inc. 2°), que, al propio tiempo, ya estaba privada de su libertad en otra causa, considero que elementales reglas de lógica y prudencia no sólo autorizaban, sino que aconsejaban la solicitud fiscalista que fue acogida favorablemente por el entonces organismo jurisdiccional interviniente. Así se desprende del texto expreso de la ley (CPP, 146, incs. 1° y 3° y 148, incs. 1°). Y todo esto que vengo manifestando tuvo eco, con posterioridad, en oportunidad de haberse pedido a favor del acusado la atenuación de la medida de coerción, solicitud que fuera rechazada por este Tribunal en el incidente respectivo, y que culminó con el auto firme de la Cámara de Apelaciones y Garantías, resoluciones a cuyos fundamentos me remito en aras del principio de economía procesal... Reitero, entonces, hasta lo actuado en ese momento, es decir con las evidencias colectadas hasta esa etapa, y encontrándose el encartado detenido a disposición de otro magistrado, se justificaba la prudente medida ordenada por el organismo jurisdiccional, todo ello con el objeto de poderse concretar los fines del proceso, y que el causante pudiera ejercitar todos los derechos que le correspondieran. Y así se hizo...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

CONTROL DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL.

Declaración de inconstitucionalidad.

“...No es lo mismo respetar las incumbencias que les son propias (y les fueran asignadas por el legislador constituyente) a los distintos departamentos o funciones en las que se escinde el poder estatal republicano, evitando un usurpador ‘gobierno de la magistratura’, que vedar a los jueces de un estado de derecho con control difuso de constitucionalidad, como el que impera en nuestro país, el examen acerca de la compatibilidad de las normas jurídico-penales (incluyendo la correspondencia de las magnitudes sancionatorias mínimas), respecto de las garantías que se consagran en la Ley Suprema, desde que esto último implicaría concebir una judicatura agnóstica o indiferente frente a posibles violaciones a esos principios fundamentales que disciplinan el ejercicio de la autoridad y la convivencia so-

cial...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Los actos de los poderes públicos deben quedar sometidos al contralor de legalidad constitucional a cargo de la magistratura (*‘a fortiori’*, mediando denuncia de parte interesada), y, en su caso, los jueces actuando al modo en que lo haría un legislador negativo con implícito poder de veto, debemos repeler aquellos que de manera ostensible infrinjan los constitucionalizados derechos esenciales. En particular, creo necesario advertir que además de la legalidad en sentido *‘formal-constitucional’* (legalidad lata o laxa, al decir de Ferrajoli), capaz de producir normas vigentes, pero inválidas (o ilegítimas) mientras no armonicen con aquellos derechos fundamentales, existe otra dimensión de la legalidad, a la que el autor consultado le une el apelativo de *‘estricta’*, y que también se podría designar como *‘material-constitucional’*, porque *‘a diferencia de los estados absolutos, donde los requisitos de la validez se refieren sólo a las formas de los actos y pueden por ello ser afirmados o negados a través de juicios de hecho, los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (...), así como la (verdad jurídica de los juicios de) validez de las leyes no es nunca decidible con certeza. Se comprende que siempre que los jueces sean llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes, resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa de las leyes vigentes, así como su naturaleza de ‘dogmas’ indiscutibles como objetos de explicación científica. Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar -y eventualmente censurar- las leyes ordinarias vigente’* (cfr. *‘Derecho y Razón’*, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 876)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, ‘Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma’, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Conforme explica el jusfilósofo italiano, *‘la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas... En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o precisamente porque son- poderes de mayoría’* (cfr. *‘Derechos y Garantías. La ley del más débil’*, edit. Trotta, Madrid 1.999, pág. 26)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Para formular este juicio acerca de la validez sustancial de la norma impugnada en el *‘sub discusio’* no es posible pasar por alto el criterio más bien restrictivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto sostiene que la declaración de inconstitucional de una disposición es un acto de suma gravedad institucional que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, si ello es posible sin violencia de los textos (CSJN, en L-268.XXII *‘Leiva c/ P. E. Pcia. Catamarca’*, sent. del 19/09/89, publ. en ‘Síntesis Jurisprudencial’ 19/03/90 n° 1885; P-199.XXIII, *‘Pupelis, María Cristina’*, sent. del 14/05/91, en Fallos: 314:424, publ. en ‘E.D.’, t. 145, pág. 777). Con esas necesarias aclaraciones y establecidos esos precisos límites respecto del irrenunciable deber judicial de ejercitar el control de constitucionalidad, entiendo que el piso de

la escala punitiva del art. 166 del Cód. Penal no se revela notoriamente irrazonable, tal como lo hiciera notar con todo acierto el concienzudo representante del Ministerio Público Fiscal, y por ende no hay motivos para proceder del modo auspiciado por la defensa; aún cuando de *'lege ferenda'* voy a acordar con los jueces necochenses (quienes, a su vez, coincidieron con Ferrajoli) en que *'al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo'* (cfr. *'Derecho y Razón'*, pág. 400)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Sucede que, según opino, en el robo cometido con el uso de arma del art. 166, inc. 2° del Cód. Penal se sanciona no sólo un efectivo y real ataque a la propiedad ajena (ya sea consumado o, al menos, tentado, aquí conforme los términos del art. 42 del CP), sino también un potencial -es decir, latente- atentado a la integridad física o a la vida del sujeto pasivo; allí reside, justamente, nuestra divergencia con la doctrina *'Manso, Miguel Feliciano'* (P. 59.812, sent. del 02/05/02), manteniendo invariable adhesión a la tesis objetiva sentada a partir del caso *'Garone, Jorge Horacio'* (P. 33.715, sent. del 04/06/85), ambas de la SCBA. Y siendo esa la inteligencia que debe atribuírsele a la norma agravatoria, mal puede reputarse irrazonable, exorbitante o desproporcionada que tenga previsto una escala punitiva severamente diferenciada del robo simple del art. 164 del CP, partiendo de una base que -para mi gusto- es alta (como lo es también la del art. 189 bis, 4° párrafo del CP, y la de tantos otros preceptos que no viene al caso ejemplificar), pero no por ello incompatible con los postulados cardinales de las fuentes jurídicas de superior jerarquía. Tras constatar que ni la legalidad formal, ni la sustancial, se hallan comprometidas, propicio el rechazo de la pretensión invalidante...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Ya he coincidido con lo señalado por el Dr. Favarotto al rechazar la inconstitucionalidad del tope mínimo del art. 166 inc. 2° del CP, tanto en lo relativo al irrenunciable deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, cuanto en la prudencia con que ello debe hacerse. Pero agregó a este respecto, que dicha virtud asegurará que el control aludido se haga estrictamente, cuando el conflicto entre ley inferior y Superior es evidente, y evitará también que en la actividad propia de interpretar y aplicar las leyes, se pretenda hacer Política Criminal, lo que entiendo no debe darse desde la función jurisdiccional, porque como parte de la Política General de Gobierno de un Estado, aquello es función de los otros dos poderes (CN, 1°)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

CUASIFLAGRANCIA.

Concepto.

“...De ese modo, los policías, lograron detectar y aprehender a la pareja de ladrones, detención que aparece legitimada en virtud de lo prescripto en los arts. 153, inc. 4° y 154 del CPP, es decir, en el marco de *'una forma análoga a la flagrancia verdadera y propia es la denominada cuasi-flagrancia, la cual no exige que la sorpresa del delincuente se produzca en el acto de perpetrar el delito, sino que admite que se verifique después del delito, con tal que sea en un tiempo inmediatamente sucesivo y con el concurso de ciertas condiciones de modo. Y precisamente cuando un individuo es sorprendido mientras, inmediatamente después del delito, es seguido por la fuerza pública, por el ofendido por el delito o por terceras personas; o bien con cosas o huellas que hagan presumir que ha cometido el delito poco antes...'* (cfr. Bricchetti, Giovanni en *'La evidencia en el derecho procesal penal'*, edit. EJE, Bs. As. 1.973, pág. 164)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.137,

“Ruiz, Walter Daniel s/ tentativa de robo calificado por el uso de arma”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 124/03).

“...Asimismo, tal como se protocolizara en el acta de procedimiento, ratificada por aquellos testimonios y por los de los policías, habiendo concurrido éstos al lugar del hecho, casi simultáneamente con el inicio de la fuga del malhechor, y anoticiados del mismo, así como de la descripción del sujeto activo y de la dirección en la que fugara, de acuerdo a los dichos de las víctimas, los preventores salieron en su búsqueda llevando consigo a F. G., quien a escasa distancia de su propiedad, divisó y sindicó a la misma persona que lo había intentado robar, portando idénticos elementos que había visto que tenía consigo antes y corriendo, procediendo los policías a reducirlo e identificarlo, resultando ser el acusado. Y allí se concretó su aprehensión, tanto como el secuestro de los objetos que portaba. Tal instrumento público, no objetado en su validez por la defensa (CC, 993), es demostrativo de una situación de *cuasi-flagrancia delictiva* (CPP, 154), por la que fuera legalmente aprehendido, siendo, además, suficiente para acreditar su intervención en el ilícito juzgado...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.839, “Yáñez, Claudio Ceferino s/ tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 28/10/03, R. 284/03).

DEFRAUDACIONES ESPECIALES.

Administración fraudulenta (CP, 173 inc. 7º) y apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º). Conceptos. Diferencias.

“...La singularidad del negocio jurídico que la víctima le encomendara al causante y que éste, abusando de la confianza dispensada y actuando en forma dolosa, transformó en perjuicio patrimonial para el librador del cartular, aleja su hipotético encuadre como administración infiel del art. 173, 7º CP, desde que, adhiriendo a Sebastián Soler, estimo que ‘...a diferencia del caso de la retención indebida, en éste no se toma en cuenta la individualidad de un objeto determinado, sino la relación administrativa global...’ (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, edit. Tea, Bs. As. 1.978, t. IV, § 120, pág. 389), y aun cuando en contra se inscribe Laura T. A. Damianovich de Cerredo, al indicar que ‘...se han formulado diversas distinciones entre la administración fraudulenta y la retención indebida... el mayor volumen de la relación mercantil que se debate en los casos de administración fraudulenta que pondera como distintivo Millán es una realidad ciertamente frecuente, pero no la consideramos decisiva para establecer una distinción de índole conceptual porque pueden darse casos de administración fraudulenta en que los volúmenes no sean tan grandes...’ (cfr. ‘Delitos contra la propiedad’, edit. Universidad, 3ª edición, Bs. As. 2.000, pág. 281)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Ferraris y Martinelli, causa n° 1.109, “Saralegui, Claudio Raúl s/ defraudación por retención indebida, estafa y administración fraudulenta”, [J.O.], sent. del 14/04/03, R. 057/03).

“...Ocurre que el precepto legal del art. 173, 2º CP, requiere que la defraudación recaiga sobre ‘dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble’, y es aquí donde puede plantearse cierto inconveniente a la hora de analizar de manera pormenorizada el suceso en particular, desde que hay desacuerdos en la doctrina en torno a determinar si las cosas muebles y fungibles pueden dar origen a la aplicación de aquel dispositivo, es decir, si constituye ‘*conditio sine qua non*’ que el sujeto obligado a restituir el dinero, etc., deba devolver la misma cosa o si es posible el reintegro de otra equivalente de la misma entidad, especie, cantidad y calidad. Y sobre este asunto voy a coincidir con José Licinio Scelzi (en su obra ‘Defraudación por retención indebida’, DIN editora, Bs. As. 1.993, págs. 53/4), quien apunta que ‘...se ha afirmado que las cosas fungibles no pueden resultar objeto material del delito, pues la figura demandaría que el bien cuya restitución se omite fraudulentamente deba ser el mismo bien oportunamente entregado con cargo de devolución. Entendemos que ese principio no es absolutamente exacto, toda vez que la exigencia de que la cosa restituible sea la misma que se confió originariamente al imputado sólo derivará del título o causa jurídica de la convención de que se trate, en la que esa estipulación hubiera sido ex-

presamente realizada. Y en abono de esta línea argumental, parécenos honesto rescatar que la calidad de fungible o no fungible de la cosa mueble ha sido ajena a la preocupación del codificador penal, según se colige de la cuidadosa lectura del art. 173, inc. 2º, del correspondiente digesto, donde sólo se destaca que el objeto material de la ilicitud ha de consistir en una cosa mueble, sin ningún otro aditamento ni restricción del tipo concebido por un importante sector de la doctrina...') Subraya ese autor, citado por la Fiscalía, que '...las cosas fungibles son susceptibles de materializar el objeto de la ilicitud, consumándose el delito cuando el agente no restituye a su debido tiempo una cantidad igual y de la misma calidad a la que se le hubiese confiado con esa condición'...' (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Ferraris y Martinelli, causa nº 1.109, "Saralegui, Claudio Raúl s/ defraudación por retención indebida, estafa y administración fraudulenta", [J.O.], sent. del 14/04/03, R. 057/03).

"...Ricardo C. Núñez, sintéticamente, expuso que '...la figura del inc. 2º (del art. 173, CP) presupone que el dador le ha entregado el bien al autor por un acto jurídico (título) que, como v. gr. lo hace el contrato de depósito, comisión o administración, obligaba al autor a entregar lo recibido a un tercero o a devolverlo al dador...' (cfr. 'Manual de Derecho Penal. Parte Especial', edit. Marcos Lerner, Cba. 1.988, pág. 248). Va de suyo entonces que si el causante, por sí o bien por un tercero que trabajaba para él, recibió el cheque de la víctima, con el exclusivo cargo de que el dinero percibido sea aplicado a saldar el crédito prendario, y así no lo hizo, a pesar de haberlo cobrado, y no obstante las plurales intimaciones que le fueran cursadas por cartas documentos, es notorio que 'animus domini' se apropió del mismo y quedó incurso en la citada tipicidad..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Ferraris y Martinelli, causa nº 1.109, "Saralegui, Claudio Raúl s/ defraudación por retención indebida, estafa y administración fraudulenta", [J.O.], sent. del 14/04/03, R. 057/03).

Apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º).

"...La doctrina nacional deja sentado que, de todos modos, en este delito -dada su actual redacción- no se requiere la producción del perjuicio definitivo de la privación de la propiedad. El daño económico puede resultar de la privación temporaria del dinero que pertenecía a las mandantes, como por la no restitución definitiva a su debido tiempo. Es más, la lesión patrimonial en esta figura no sólo comprende el valor de la cosa, sino también los supuestos de no entregar o no restituir, a su debido tiempo, la posesión de la cosa en sí misma (conf. Ricardo C. Núñez, en 'Tratado de Derecho Penal', edit. Lerner, t. V, pág. 381, Carlos Fontán Balestra, en 'Tratado de Derecho Penal', t. VI, p. 120, y Ernesto Ure, en 'El delito de apropiación indebida', pág. 135). En este caso particular, una vez que el causante fue intimado para que restituyera el ganado que la víctima le había entregado para invernada o engorde, debió cumplir tal intimación, salvo que pudiera ejercer un legítimo derecho sobre tales bienes semovientes. Lejos de cumplir con la restitución de los bienes ajenos (aún hoy pendiente) el acusado, valiéndose no ya de la fuerza ni de la violencia, sino del negocio jurídico previo (contrato de invernada que le otorgaba sobre ese ganado un legítimo, pero sólo muy transitorio poder de hecho), frente a aquella intimación pretendió intervertir el título en virtud del cual los tenía, alegando ahora en su favor, una falsa compraventa de la hacienda, terminando de construir así un claro acto defraudatorio (ver al respecto Sebastián Soler, en 'Derecho Penal Argentino', edit. Tea, Bs. As. 1978, tomo IV, nº 120, págs. 379 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 1.338, "Zmud, Jorge Alejandro s/ defraudación por retención indebida", [J.O.], sent. del 23/09/03, R. 241/03).

Desbaratamiento de derechos acordados (CP, 173 inc. 11º).

"...El ilícito materia de juzgamiento corresponderá ser calificado como defraudación por desbaratamiento de derechos acordados (CP, 173, inc. 11º). Al respecto, se ha resuelto que '...en el delito del inciso 11, luego de acordar a otro, con carácter oneroso, un derecho sobre un bien determinado, se consume un acto jurídico relacionado con dicho bien, o se lo remueve, retiene, oculta o daña, resultando que se tome incierto, imposible o litigioso...' (Cám. Nac. Crim. y Correcc. Sala IV, 07/02/97 en LL 1.997-D pág. 624)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 1.738,

“Flugel, Alberto Enrique s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados”, [J.A.], sent. del 10/07/03, R. 177/03).

“...Con relación a la naturaleza del bien o del derecho que se desbarata, cabe consignar que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha resuelto que ‘...ya que el legislador no ha efectuado distinción entre los derechos cuyo desbaratamiento se castiga por afectar la propiedad, este delito no tiene restringido el objeto de protección a cosas muebles o inmuebles, comprendiendo también la tutela de los créditos...’ (C.S.J.N., sent. del 28/09/89, publ. en L.L. 1.992-B-590)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.738, “Flugel, Alberto Enrique s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados”, [J.A.], sent. del 10/07/03, R. 177/03).

Diferencias entre la defraudación por apropiación indebida (CP, 173 inc. 2º) y la estafa (CP, 172).

“...Resta definir todavía si la conducta que se le reprocha en el veredicto debe ser categorizada como la defraudación por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2º), propuesta por la primer sufragante, o la estafa (CP, 172), que sugiere el segundo... La diferencia capital reside en el momento del inicio del obrar doloso, porque si éste es anterior a la efectiva entrega de la cosa y si la confianza de la que se abusa el timador ha sido generada artificialmente en el ánimo de la víctima, relajando sus naturales defensas a ser despojada, mediante engaños y maniobras que vician su voluntad (es decir, ‘ex ante’), trátase de un ardid y queda, así, configurada la estafa del art. 172 del CP... El delito no es otro que la defraudación por apropiación indebida del art. 173, inc. 2º del CP... De manera tal, ‘lo que distingue un tipo penal de otro es la determinación temporal del dolo, pues, mientras en la estafa, como todo ardid, aquél debe ser inicial y anterior al acto de disposición perjudicial, en la apropiación indebida la intención criminal se revela después de la entrega de la cosa. En otros términos, el abuso de confianza, en la estafa, actúa como un engaño que provoca el error del damnificado y lo induce a entregar la cosa; hay un vicio en la voluntad del tradente. En la apropiación indebida no hay error ni engaño y se abusa de la confianza depositada en el sujeto activo, quien ha hecho entrega de la cosa en virtud de un contrato no traslativo de dominio, cosa de la que se apropia el defraudador’ (cfr. ‘El ardid en la estafa’ de Víctor J. Irurzun y otros, edit. Lerner, Bs. As. 1.968, pág. 66)...’ (conforme mi voto en la causa n° 476 de este Tribunal, ‘Aguirre Horn, Mario Daniel’, sent. del 22/12/00, R. n° 234/00; publ. en la revista ‘La Ley Buenos Aires’, del mes de febrero de 2.002, año 9 n° 1, págs. 31/42, con comentario adverso de Santiago García Berro y Jorge Recalde intitulado ‘¿Defraudación, apropiación indebida o hurto?’)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

“...Cuando en el tipo del art. 173, inc. 2º del Código Penal se requiere que el dinero (efectos, etc.), haya sido dado en depósito, comisión, administración ‘u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver’, no se refiere, necesariamente, a uno de esos contratos en sentido específico, sino también a cualquier otro negocio jurídico, o simple convención de voluntades, como, por ejemplo, la que ha dado lugar a este proceso. Según lo sostiene Laura T. A. Damianovich de Cerredo, ‘cuando nos hemos referido a negocio jurídico no excluimos las situaciones fácticas, también transmisoras de custodia, sino que, antes bien, nos referimos a una relación absolutamente legítima en que se vinculó la víctima con una voluntad plena y válida, completamente alejada de la violencia que entraña el hurto, como de los vicios del consentimiento, propios de la extorsión y de la estafa porque no la ha impulsado la intimidación ni tampoco el engaño’ (cfr. en ‘Delitos contra la propiedad’, edit. Universidad, Buenos Aires 2.000, pág. 255)... Es por ello que la conducta desplegada por el enjuiciado, a mi parecer, antes que una defraudación por fraude (CP, 172), como lo proclamaran al unísono las partes acusadoras y lo acogiera el magistrado que me precede, constituye, cual fuera la postulación de la jueza de primer voto, una defraudación por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2º), lograda mediante abuso de confianza ‘ex post’ (no ‘ex ante’), situación que no necesita ardid, ni engaño, para que produzca el perjuicio patrimonial sancionado por la ley, sino el abuso de los poderes que el autor ejerció en virtud de un acto originariamente lícito

(idem)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

“...Así, en mi opinión, lo que decide definitivamente el desplazamiento de la figura especial de estafa hacia la defraudación por retención indebida, es la circunstancia material de haberse verificado una *‘interversión del título’* en virtud del cual el acusado recibió de la víctima la camioneta en cuestión. En efecto, tal lo señalado al tratar la cuestión primera del veredicto, el damnificado le entregó tal vehículo automotor, *‘en préstamo de uso para que diera unas vueltas’* (o lo que es lo mismo para probarlo, como sucede habitualmente en la compraventa de automotores). Esto constituyó, en el lenguaje de nuestra legislación civil, un comodato o empréstito gratuito uso (C.Civil, art. 2.255), por el cual, *‘...el comodante conserva la propiedad y posesión civil de la cosa. El comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso y no puede apropiarse de los frutos ni aumentos sobrevinientes de la cosa’* (CC, 2.265). Son claras las disposiciones siguientes del Código Civil (arts. 2.266, 2.268, 2.273, 2.274 y cctes.) en cuanto a las obligaciones del comodatario respecto del uso que le da a la cosa, el tiempo de su mera tenencia y el tiempo de su restitución (expreso si se lo estipuló o tácito de acuerdo al objeto y fin del préstamo), como finalmente en cuanto a las responsabilidades por obrar con abuso de confianza en la tenencia del bien o por su retención indebida, en cuya materia el mismo cuerpo normativo privado remite a las disposiciones del Código Penal (CC, 2.274, 2.278 y cctes.)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

“...En virtud de esa normativa del derecho privado, entiendo al haber recibido el causante el automotor en préstamo gratuito (y en confianza), para probarlo, nada más, al no devolverlo luego del tiempo razonable para *‘dar unas vueltas’* a fin de verificar su andar, cambió o intervirtió el título en virtud del cual le fuera entregado, defraudando criminalmente a su propietario por apropiación indebida (CP, 173, inc. 2°). Cabe agregar asimismo, que la doctrina nacional ha entendido que la actual redacción del art. 173 inc. 2° del Código Penal es una figura que alcanza a la apropiación en cuyo caso el delito se produce por la inversión subjetiva del título de la tenencia anterior del sujeto (conf. Rafael García Zavallá en *‘La negativa a restituir y apropiación indebida’*, publ. en La Ley 44-87)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

Interversión del título. Elemento típico de la defraudación por apropiación indebida (CP, 173 inc. 2°).

“...Justo Laje Anaya, en su obra *‘Comentarios al Código Penal. Parte Especial’* (edit. Depalma, 1.979, Volumen II pág. 122 y sgtes.) sostiene que en la apropiación *‘...la forma defraudatoria se traduce en el hecho que el autor se hace dueño de la cosa comportándose como dueño del bien que somete a su voluntad...el sujeto del delito hace suyo el objeto... intervierte el título o... se ha apropiado...’* (cita sus trabajos sobre la *‘apropiación indebida’*, en Cuadernos del Instituto de Derecho Penal n° 97, Córdoba 1.968, págs. 63 y sgtes.). Agrega que *‘...también resulta claro que si el acto de la apropiación no está vinculado a una objetividad demostrativa, al delito puede llegarse eventualmente por otra vía, no ya por haber procedido animus rem sibi habendi, sino simplemente por la omisión de entregar o restituir a su debido tiempo... el dinero... El delito se consuma cuando el autor se apropia, con independencia de que habiendo ya intervertido el título, luego entregue o restituya, incluso en tiempo oportuno...una conducta posterior que mostrara arrepentimiento sólo podría servir a los fines de la graduación de la pena...’*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

“...Juan H. Sproviero, en su obra *‘Delitos de Estafas y Otras Defraudaciones’* (edit. Abaco-Depalma, 1.998, Tomo 1 págs. 294/95), luego de señalar las ventajas de la doctrina italiana (de Giuseppe Maggiorre y Francesco Carrara) sobre la defraudación por apropiación, referida *‘...al uso de la cosa como determinante cosumativo de la apropiación... el uso como posibilidad redituable que rinde sus*

frutos en beneficio de quien ejercita el dominio, no obstante ser solamente poseedor... y al *'...provecho injusto que es el fin o estamento último del delito...'*, pasa a analizarlo a la luz del derecho penal argentino y argumenta que *'...la apropiación indebida del derecho italiano...se corresponde en teoría con la retención del inc. 2º del art. 173 del Código Penal Argentino...'*, concluyendo que *'...la retención es el remate de una actitud conducente al desapoderamiento o desconocimiento de titularidad en la persona que se constituye en sujeto pasivo del delito...'* (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, "Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.", [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

"...Carlos Creus (cfr. *'Derecho Penal. Parte Especial'*, edit. Astrea 4ª edición actualizada pág. 505 y sgtes.) al describir las acciones típicas que se encuentran comprendidas en dicha norma penal sostiene que *'...importan el abuso de poder que el agente ejerce en virtud de la entrega que se le ha hecho por el título creador de su obligación de entregarla o devolverla...'* Luego refiriéndose a la enunciación que antes tenía el art. 173 inc. 2 de CP (según t.o. leyes 17.567 y 21.338) del verbo *'apropiarse'*, sostiene que *'...el delito no había sido construido por la ley en función de la conducta de apropiarse... no bastaba para redondear la tipicidad la mera apropiación del objeto, hasta tanto no se diesen las conductas típicamente omisivas que requieren la actualidad de la obligación de entregar o devolver...'*, con lo cual el autor santafesino nos está indicando que el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver (que es la esencia de la acción penada por el tipo) puede tener su origen tanto en que el autor ha transferido la cosa a un tercero, que simplemente la retiene para sí sin variarla, o bien -finalmente- que la ha consumido, apropiándose de ella y sus frutos..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, "Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.", [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

"...Se ha resuelto que *'...el delito del art. 173 inc. 2º incluye tanto la defraudación por retención como la apropiación (Cám. Nac. Crim. y Correc. Cap. Fed. Sala IV, 11 de abril de 1989 La Ley 1991-B, p. 94)... si bien la acción de apropiación indebida no aparece expresamente invocada en el art. 173 inc. 2º, desde la sanción de la Ley 23.077, siempre se consideró insita en ella...'* (Cám. Nac. Crim. Correc. Sala IV 21-11-1989, *Boletín Juris.* 1.989 n° 4 p. 248; en igual sentido ver Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala Iª, causa 28.963, 'Campos María, Juan s/ estafa', sentencia del 27-2-1992, causa original 25.408 del ex Juzgado en lo Criminal n° 1, actual Juzgado de Transición n° 3). En igual sentido, en el derecho penal alemán, ver la obra de Karl Heins Gössel sobre *'El objeto de la apropiación punible y el menoscabo de los derechos del crédito'* (traducción de María del Rosario Picasso, en *Revista de Derecho Penal, Estafas y Otras Defraudaciones*, que dirige el Dr. Edgardo Alberto Donna, Edit. Rubinzal Culzoni, Año 2.000 n° 1, págs. 189/208, con referencias comparativas al derecho vernáculo). Sin perjuicio de ello también la doctrina nacional deja sentado que, de todos modos, en este delito -dada su actual redacción- no se requiere la producción del perjuicio definitivo de la privación de la propiedad. El perjuicio económico puede resultar de la privación temporaria del bien que pertenecía al comodante, como por la no restitución definitiva a su debido tiempo. Es más, el perjuicio en ésta figura, no sólo comprende el valor de la cosa, sino también los supuestos de no entregar o no restituir, a su debido tiempo, la posesión de la cosa en sí misma (conf. Ricardo C. Núñez en su *'Tratado de Derecho Penal'*, T. V pág. 381, Carlos Fontán Balestra en su *'Tratado de Derecho Penal'*, T. VI pág. 120, Ernesto Ure *'El delito de apropiación indebida'*, pág. 135)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, "Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.", [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

"...A los efectos penales, el tiempo que transcurrió desde que el causante recibió el auto, y se apropió del mismo abusando de la confianza en él depositada sin entregarlo al damnificado, implicó para éste un perjuicio real por la privación del uso del bien de su dominio y posesión. Sobre ello se ha resuelto que *'...no hace falta la intimación previa y mora para que se configure el delito de apropiación indebida, siendo suficiente el hecho de desviar lo apropiado del destino dado y en beneficio del autor...'* (conf. Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal Sala I, 17 de febrero de 1976 Rep. ED. t. 10, pág. 114). El acusado se valió de dicho contrato de comodato, el que le generaba un poder de hecho transito-

rio sobre el bien registrable recibido del sujeto pasivo, sin necesidad de despliegue ardidoso inicial (conf. sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Provincia como requisito innecesario para el delito del art. 173 inc. 2º del CP en causa P. 48.892, sent. del 31/05/1.983)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.214, “Esteban, Raúl y otro s/ robo agravado, estafa etc.”, [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 025/03).

EMOCION VIOLENTA.

Exigencias para la configuración del tipo atenuado. Inaplicación al caso.

“...La defensa petitionó que al declarar su comitente estuviesen en la sala los peritos oficiales en psicología y psiquiatría que lo examinaran en la instrucción suplementaria, a lo que accedió el Agente Fiscal. Sin embargo, luego de escuchar con atención el prolongado descargo material que (sin pretensión de exhaustividad, he reseñado *‘supra’*), los dos especialistas en salud mental, proporcionaron elementos científicos insoslayables para descartar, en el caso, la mentada hipótesis del homicidio emocional. Así la psicóloga forense, sostuvo la inexistencia de una conmoción emocional, intensa y perturbadora, donde, por lo general, se pierde la noción precisa de lo que se está haciendo y de lo que se ha hecho, en virtud del predominio de la emoción que hasta suele generar episodios amnésicos lacunares. Es por demás difícil, acotó, que quien actúa bajo ese estado pueda luego evocar y describir, como lo hiciera con nitidez el causante en la audiencia oral, las circunstancias concomitantes y posteriores a la agresión. Además, concluyó que un proceso acumulativo y de saturación, como el que él aludiera al escoger la alegoría del vaso que se desborda, no se compadece con una personalidad de base como la que presenta el acusado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...Por su parte, el psiquiatra tribunalicio, enfatizó que de las manifestaciones del imputado en el juicio pudo obtener material informativo e interpretativo muy amplio, en las tres dimensiones temporales; a saber, *en el antes*: el enjuiciado dijo haber tenido una relación afectiva y sentimental con la víctima que por sus características, y a criterio del médico, estuvo signada por la carencia de futuro, al punto que en la actualidad cada uno, por su lado, ya había recompuesto sus vínculos amorosos; *en el durante*: el causante relató un encuentro sexual ocasional, arriba del auto, gestado por el intacto poder de seducción que la víctima seguía ejerciendo en su persona (a pesar de haber sido muchas veces relegado por ella a un segundo plano, situación que ni era novedosa, ni él había dejado de aceptar durante algún tiempo), y que llegó a concluir en un orgasmo, no obstante las interrupciones de dos llamados telefónicos (que si bien lo fastidiaron, no le impidieron proseguir con el acto), desembocando en una disputa posterior de la que brindó detalles seguros, con lo que evidenció un estado cognitivo y volitivo normal, hasta describir la agresión letal sin alteraciones significativas, sin mayores exaltaciones emotivas, y sin fallas de los procesos intelectuales (atención, sensopercepción y memoria), salvo en cuestiones menores; y *en el después*: el acusado indicó que, arrepentido de su obra, quiso reanimarla, decidiendo y explicando a la perfección sus desplazamientos ulteriores, ejercitando el pensamiento y la acción sin mayores obstáculos. Como corolario de su comparecencia en el debate, el médico psiquiatra dictaminó que en la narración del enjuiciado no se advertía ningún elemento semiológico a nivel psíquico, demostrativo de una conmoción emocional que hubiera sido capaz de alterarlo, impulsándolo a realizar un acto fuera del control de su voluntad; con mayor razón todavía, al no tratarse del efecto de un shock o de una eclosión repentina y desordenada ante un estímulo desconocido, sino de un largo proceso de desgaste, como él mismo lo admitiera...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...No obstante esos reveses periciales, la defensa (partiendo de la propia caracterización que hiciera su pupilo, al descartar el paralelismo con la secuela que provoca un rayo), echó mano a la teoría de la *‘sumación de estímulos o alergia sensitiva’* (en el ejemplo dado en la audiencia, la gota que rebosa

el recipiente), admitida y desarrollada por el recordado Vicente P. Cabello, al explicar que *'las motivaciones que en el nivel biológico hemos llamado antígenos, inmunizan a ciertas personas y a otras les produce alergia. Una esposa alergizada a los vejámenes del marido puede reaccionar matándolo, sólo al impulso de una mínima agresión que para otro caso y otra persona sería un acontecimiento vano, desprovisto de trascendencia'* (cfr. *'Psiquiatría forense en el derecho penal'*, edit. Hammurabi, Bs. As., 2.000, tomo 2, pág. 59). Semejante construcción parecería tropezar -de partida, no más- con el criterio más bien opuesto del Tribunal de Casación Penal bonaerense, según el cual *'si no hubo una explosión por vivencia súbita, sino un proceso largo de desgaste (...), debe descartarse la aplicación de la figura atenuada del art. 81, inc. 1º, letra a), del Código Penal'* (Sala I, causa n° 86, *'Lombardo'*, sent. del 02/11/99), e incluso cuando se decidió que *'la aplicación de la ley no resulta errónea si se pretende una emoción privilegiante a partir de situaciones conocidas y que expresa o tácitamente se habrían consentido, tolerado o, al menos, sufrido sin que el estado emocional se hubiese producido, frente a lo cual no se advierte una situación de estímulo externo relevante que haya sido la causa motivadora de la emoción, la cual parece haber respondido más las condiciones de la personalidad del autor o a la falta de dominio de sus impulsos que la incidencia del temor que la víctima le producía'* (Sala II, sent. del 12/07/01, por unanimidad, a partir del voto del Dr. Celesia)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...Pues bien; en la especie, el mismísimo enjuiciado encargóse de desmerecer la hipótesis del shock o relámpago emocional (esta es, la única que recepta la jurisprudencia del órgano casacional provincial, al interpretar el alcance del primero de los ingredientes de la figura privilegiada, como se consignara *'supra'*), al optar por una -implícita, pero inequívoca- explicación a través del proceso de agotamiento, saturación o cansancio, que el defensor designó en su discurso de cierre, invocando a Cabello, como teoría de la *'sumación de estímulos o alergia sensitiva'*. Así restringido el *'thema decidendum'*, corresponde consignar ahora que sólo el causante hizo expresas referencias a las tribulaciones, al desprecio y al menoscabo a los que la víctima lo sometiera durante tanto tiempo (consentido por él, según expusiera), y a la triangulación amorosa que ella le habría sugerido, un rato antes de mantener trato sexual, para luego ultimarla de dos contundentes puñaladas. En cambio, gran cantidad de los testigos que desfilaron en el debate -aun cuando algunos desconocían aspectos relativos a su vida íntima, por el carácter reservado de la damnificada- desmintieron elíptica o directamente, según el caso, las afirmaciones del reo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...Ello sentado, para mí resulta decisiva la conjunta apreciación de los peritos judiciales, en tanto consistentemente negaron que -conforme al propio relato del causante, en la audiencia- el homicida haya padecido (ni durante, ni después del ataque) el nivel de agitación psíquica que es característico de los estados emocionales intensos y violentos, y que, de haberse verificado, lo haría beneficiario de la escala punitiva privilegiada que auspiciara su solvente asistencia jurídica. Sólo a mayor abundamiento, y a título puramente especulativo, cabe decir todavía que en el caso de haberse acreditado la emoción violenta -hipótesis jamás confirmada, a pesar de la aislada alegación defensiva-, de todos modos, las circunstancias no la harían excusable, porque *'la ley atenúa el hecho cuando éste constituye la reacción explicable, comprensible, excusable y externamente motivada de una conciencia normal; pero no quiere que las exaltadas reacciones de un intemperante o un ebrio, por ejemplo, tengan el privilegio de una excusa, cuando han llevado al sujeto desmesuradamente más allá de toda prudencia, de manera que el exceso de la reacción no sea íntegramente explicable por las circunstancias, sino más bien por la carencia de contralores inhibitorios...'* (cfr. Soler, Sebastián en *'Derecho Penal Argentino'*, edit. Tea, Bs. As. 1.978, tomo III, pág. 66). Ergo, la categorización típica que corresponderá adjudicar al primero de los ilícitos del *'sub lite'* es la de homicidio simple (CP, 79)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

“...La plena lucidez de la conducta del autor durante e inmediatamente después del ataque, a la que aludieran de consuno los testigos del *‘sub judice’*, nos impide siquiera hipotetizar respecto de una posible aplicación al injusto de autos de la figura atemperada del art. 81, n° 1, letra ‘a’ del CP...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Trogu, causa n° 1.160, “Muar, Fabián Oscar s/ homicidio y amenazas”, [J.A.], sent. del 17/04/03, R. 065/03).

ENCUBRIMIENTO.

Presupuestos típicos.

“...En cuanto al delito de encubrimiento por receptación de bienes de procedencia ilícita (CP, 277 inc. 1° letra ‘c’), aún con el texto actual ordenado por la ley 25.246 (B.O. del 10/05/00) que resulta aplicable al caso, en función de resultar ley más benigna (CP, 2) que el texto de la ley 23.468 (B.O. del 26/01/87), que admitía como conducta típica que el autor *debía sospechar la procedencia ilícita del bien*, lo que en la doctrina y jurisprudencia nacional llevó a admitir -lo que frente a la redacción actual hoy no es legalmente posible- la forma imprudente de culpabilidad en este injusto, entiendo que, no obstante ello, no puede descartarse esta conducta ilícita cuando su autor obra, al menos, con dolo eventual...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“...Sebastián Soler, coautor del decreto ley 17.567, en el art. 324 de su Proyecto de Código Penal de 1.960 (fuente de la redacción actual del tipo penal aludido), entendía que este injusto era una delito doloso, explicando que el agente no hace algo que debe hacer como es verificar antes de comprar, o no se abstiene de realizar algo que es facultativo, como la compra, y admitía el dolo eventual al señalar que *‘...el espíritu de avaricia lleva a una actitud de indiferencia hacia eventuales derechos ajenos...’*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“...En igual sentido opinaba, también, otro coautor de la ley 17.567, Carlos Fontán Balestra (cfr. *‘Tratado de Derecho Penal’*, edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.990, t. VII, pág. 471), al afirmar que *‘...la presunción del origen ilegítimo de las cosas o la duda o sospecha sobre su origen legítimo, equivale en este caso a la ciencia. Esa es, precisamente, la actitud psicológica propia del dolo condicionado...’*” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“...A su vez, Carlos Creus (cfr. *‘Delitos contra la Administración Pública’*, edit. Astrea Bs. As. 1.981, pág. 536, comentario art. 278 bis según ley 21.338, y *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, Astrea, 1.996, vol. II, pág. 361), sostuvo que *‘...cuando el autor no tuviera conocimiento cierto de la procedencia ilícita del objeto que adquiere, recibe u oculta, duda sobre ella pero asume igualmente alguna de las conductas típicas, actuará con dolo eventual...’* Para que se dé esta figura del encubrimiento, es necesario la verificación de la existencia de un delito previo sobre la cosa que es su objeto: un auto (si no se trataría de una forma de participación criminal...)” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

Ultraactividad de la ley penal más benigna.

“...La requisitoria fiscal y el auto de elevación a juicio, éste confirmado por la Alzada (y en última instancia el acuerdo de partes para la abreviación del trámite procesal), comprenden, también, dos delitos de encubrimiento por receptación y ocultamiento de efectos provenientes de un ilícito (CP, 55 y 277, inc. 1°, letras ‘b’ y ‘c’), que se dicen perpetrados con posterioridad al 23 de febrero y al 10 de mayo

de 2.000. Sin embargo, esos injustos habrían sido cometidos (al menos, así cabría presumirlo *'favor rei'*; CPP, 1º) durante la imperatividad de la ley 23.468 (B.O. del 26/01/87), que fuera derogada por ley 25.246 (B.O. 10/05/00; es decir, el mismo día en que fuera sustraída una de las armas de mentas, y tiempo después del despojo de la otra), bajo cuyas normas (ultraactivamente aplicables al *'sub iudice'* en virtud de lo preceptuado en el art. 2º del Cód. Penal), deberán subsumirse las conductas en juzgamiento dentro de la tipicidad del art. 278 del CP, como lo viene pregonando, hasta ahora sin eco, el tenaz defensor de confianza del reo..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.487, "Chávez, Walter Alejandro y otro s/ tenencia ilegal de arma y munición de guerra, etc.", [J.A.], sent. del 16/05/03, R. 100/03).

"...El tipo penal aludido, conviene recordarlo, contenía como liminar exigencia un elemento subjetivo al estipular *'el que, con fines de lucro...'*; luego, proseguía con la descripción de las acciones punibles, en las que quedaba incurso el que *'adquiriere, recibiere u ocultare...'*; enseguida la de los objetos sobre los que debían recaer esas conductas, al referirse a *'dinero, cosas o efectos...'*; y por último la de las situaciones que debían rodear al acto, es decir, *'que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar proveniente de un delito'*... En la especie, como lo expusiera con acierto la defensa, el elemento subjetivo del tipo mentado en el art. 278 del CP *'retro'* no se ha podido probar de un modo cierto, cual era deber insoslayable del Ministerio Público Fiscal (CPP, 367), dejando subsistentes otras hipótesis diversas de aquella contenida en la previsión penal; así, por ejemplo, la receptación de las armas con ulteriores fines criminales (sospecha nada desdeñable, si se tiene en cuenta el antecedente condenatorio del causante), o lícitos, como podría ser su empleo con propósitos defensivos..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.487, "Chávez, Walter Alejandro y otro s/ tenencia ilegal de arma y munición de guerra, etc.", [J.A.], sent. del 16/05/03, R. 100/03).

"...De tal forma, y en prieta síntesis: si bien con la vigente positivización del delito de encubrimiento (o sea, conforme se redacta en el art. 277, nº 1 del CP; t.o. ley 25.246, B.O. del 10/05/00), ya no se requiere de un definido *'animus lucrandi'*, habida cuenta que éste está previsto, ahora, como agravante de la figura básica en el nº 2, letra 'b' del art. citado, a la época de la comisión de los injustos de marras (a saber; después del 23 de febrero y del 10 de mayo de 2.000), y esto es lo decisivo, en mi concepto, legislábase una variedad encubridora restringida y atemperada (la del art. 278 -t.o. ley 23.468; B.O. del 26/01/87-, aplicable al caso merced al art. 2 del CP), en la que aparecía como primer ingrediente (de naturaleza subjetiva) del tipo penal el aquí indemostrado ánimo de lucro, lo que me inclina a creer que el Ministerio Público no ha logrado acreditar su acusación (CPP, 367)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.487, "Chávez, Walter Alejandro y otro s/ tenencia ilegal de arma y munición de guerra, etc.", [J.A.], sent. del 16/05/03, R. 100/03).

ERROR.

De prohibición.

"...En cambio, si el error recayó sobre un derecho, del que el autor se pretendía titular y con el que pretendía justificar la aparente ilicitud de un acto, ya no estaríamos frente a un error de tipo, sino de prohibición..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

"...Es evidente que la sola creencia subjetiva de parte del imputado, que obraba amparado por el legítimo derecho de defensa de su propiedad, frente a un convenio supuestamente incumplido por parte de las víctimas de autos, sin respaldo en prueba objetiva que acredite el ataque que alegara, sumado a lo desproporcionado de la defensa intentada y el exceso material incurrido, la convierte en un invento excusante, en una coartada carente de efectividad alguna que no alcanza a excluir su dolo directo y cierto en el hecho ilícito juzgado. Aquí no hay error, y si hubiera concurrido, no le sería vencible al

imputado, quien, durante la audiencia, advirtió que se excedió en su reacción, pues tengo para mí, que el imputado, a posteriori de cometer el ilícito juzgado, ideó la existencia de la excusa intentada, que al carecer del mínimo respaldo probatorio (ni si quiera por la vía del principio subrogatorio del *'favor rei'*, CPP 1º) nunca podría constituirle un obstáculo para captar el disvalor de la acción que cometía. Al respecto afirma, ahora en otra obra, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (cfr. *'Derecho Penal. Parte General'*, edit. Ediar, pág. 543) que el error de prohibición recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, y sólo es aplicable *'...cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto... cuando es vencible para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada en el nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena...'* (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

De tipo.

"...El error de tipo, es aquel que recae sobre elementos objetivos del *'tadb Bestand'* y elimina el dolo, sólo cuando es invencible (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar en Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 508, nº 2). Vinculando dicha alegación de la defensa, con la supuesta intoxicación por la ingesta de alcohol y drogas que sostiene el imputado (lo que ha sido bien desestimado por el Dr. Favrotto en base a realidad de lo probado durante el debate), merece destacarse que los autores precitados, únicamente, admiten esa clase de error *'por incapacidad psíquica'*, en casos de niños pequeños, oligofrénicos, personas bajo ataques de pánico o efectos del sueño, pero no lo admiten cuando tal incapacidad mental momentánea, se origina en alucinaciones o delirios (op. cit., pág. 510, III.1), como los que pueden generar aquella clase de bebidas y sustancias psicoactivas, absorbidas aisladas o combinadamente (tal la hipótesis que esgrimieron el imputado y su abogado de confianza). Aquellos penalistas diferencian el error de tipo del llamado *'de prohibición'* señalando que el primero *'...no es más que la falta de representación requerida por el dolo que para nada requiere del conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad que sólo interesan a los efectos del error de prohibición... y será vencible cuando el sujeto, si aplicaba el cuidado debido, podía salir del error en el que se hallaba y por ende no realizar el tipo objetivo...'* (págs. 508/9, nº 3). Y que *'...a) cuando el error recae sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica) habrá error de tipo; b) cuando se tratan de componentes cognoscitivos que hacen a la normatividad o a la antijuridicidad de la acción, el error será de prohibición...'* (pág. 509, nº 4)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

"...El yerro intelectual que habría tenido el encausado al cometer el injusto en juzgamiento, que invoca la defensa, sólo podría ser admisible, por ejemplo, si aquel hubiera recaído sobre el conocimiento de la acción misma que se realizaba y que estaba abarcada por el tipo objetivo y básico del robo (CP, 164 y 166 inc. 2º). Así podría haber obrado bajo esa eximente, si se apoderaba de algo que era idéntico a un objeto de su pertenencia. Es decir, que aquí el error debía versar sobre la acción o sobre su objeto..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

ESTAFA.

Presupuestos típicos.

"...Acerca de la subsunción jurídica que corresponderá asignar al injusto de autos, entiendo que se trató de una estafa, en los términos del art. 172 del CP, frente a la meridiana claridad del ardid

desplegado, desde que indujo a error a la escribana (y, en definitiva, a los mutuantes victimizados), y provocó la disposición patrimonial dañosa. Con otras palabras, se ha podido establecer un doble nexo de causalidad; a saber: entre la artimaña y el error, por un lado, y entre éste último y la lesión o perjuicio económico, por el otro...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.209, “Fochi, Néstor Hugo y otros s/ estafa”, [J.A.], sent. del 19/05/03, R. 101/03).

EXCARCELACION.

Improcedencia.

“...En el principal, mediante la vía del juicio abreviado (CPP, 395/9), el causante resultó condenado, como coautor jurídicamente responsable del delito de tenencia ilegítima de armas de guerra (CP, 189 bis, 4° párr.), a la consensuada pena de tres (3) años de prisión y costas (CP, 29, inc. 3°; CPP, 531), sentencia dictada en el día de la fecha y que, por lo tanto, no se encuentra firme. Pues bien; conforme se desprende de las constancias de autos, el nombrado permaneció detenido por esta causa entre el 24 y el 29 de septiembre de 1.999 (es decir, cinco días en total), *‘sin que en este proceso se le revoque la libertad provisional que oportunamente se le otorgara’*, tal como resulta de la certificación actuaria. En consecuencia, la petición *‘sub examine’* deviene improcedente y así deberá ser declarada, pues aún cuando el reo estuvo -y aún está- detenido con motivo de la sustanciación de otro proceso penal en su contra (o sea, la causa n° 290, del Tribunal en lo Criminal n° 2 dptal.), en autos su *‘status’* de inocencia le permitió continuar disfrutando ininterrumpidamente de la libertad caucionada que le fuera concedida el día 29 de septiembre de 1.999 (CPP, 169, inc. 9° *‘a contrario sensu’*)...” (Por unanimidad, causa n° 1.687, “García, Carlos Marcos Emiliano s/ tenencia ilegítima de armas de guerra”, [I.], sent. del 13/06/03, R. 344/03).

EXCEPCIONES.

De falta de acción.

“...En lo que concierne a la invocada excepción de falta de acción, al no haber sido legalmente promovida la de autos (CPP, 328, n° 2), esgrimida por la defensa durante la audiencia preliminar (CPP, 338, n° 3), entendemos que corresponde decir, con Carlos Creus, que las excepciones del tipo de la aludida *‘...se oponen al desarrollo de la acción -produciendo la paralización del proceso o su extinción, como hemos visto- distintas circunstancias que de modo genérico (no siempre propio) son mencionadas por las leyes procesales como hipótesis de falta de acción. Con esa denominación se abarca tanto las que se refieren a la imposibilidad legal de promover la acción, cuanto a su promoción legalmente inadecuada en el caso concreto, incluyendo, además, otros obstáculos que bloquean el despliegue consecutivamente normal del proceso; aunque algunas leyes se limitan a aquella denominación genérica, otras prefieren mencionar más específicamente los supuestos que se comprenden en ella...’* (cfr. *‘Derecho Procesal Penal’*, edit. Astrea, Bs. As., 1.996, págs. 89/90; ídem Bertolino, en su *‘Código...’*, op. cit., pág. 371). Sin embargo, el asunto que nos ocupa dista ostensiblemente de tratarse de la hipótesis referenciada por los autores citados (santafecino, el primero; bonaerense, el otro), habida cuenta que la acción penal pública del *‘sub lite’* fue legalmente ejercida y promovida por su titular (CP, 71; CPP, 6 y 334/5), a partir de las actuaciones prevencionales y de incuestionada validez. Entonces, por improcedente, deberá desestimarse la excepción de falta de acción, promovida por la defensa...” (Por unanimidad, causa n° 1.889, “Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio”, [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

FORMAS PROCESALES.

Función.

“...Siempre he sostenido, y lo vuelvo a reiterar en el presente, que las formas procesales han sido creadas para garantizar los derechos de las partes y la buena marcha de las causas; pero, en general, no constituyen formalidades sacramentales cuyo incumplimiento, inexorablemente lleva implícita la sanción de nulidad...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

Presunción de inocencia. Fuente normativa. Aplicación.

“...En 1.969, a partir del caso ‘Destilerías y Viñedos El Globo’ (Fallos, 275-9), la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó el carácter de principio constitucional tácito que cabe asignar a la presunción de inocencia, derivada de la garantía de defensa en juicio del art. 18, y según la cual es a la parte acusadora a quien le incumbe la certera demostración de la culpabilidad del imputado. Veinticinco años después, al constitucionalizarse la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos multilaterales incluidos en la nómina del art. 75 inc. 22°, quedó explícitamente prescripto que *‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso ‘Cantoral Benavides vs. Perú’ (sent. del 18/08/2.000), se expidió acerca de su significado y alcance, exponiendo que *‘el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del art. 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla’*...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, en causa n° 1.755, “Cañete, Pablo Valentín s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], sent. del 04/11/03, R. 292/03).

“...En la especie, más que por la duda insuperable que superpuestamente se invocara, considero -en este aspecto, igual que el Dr. Viñas- que por mediar el déficit acreditativo al que él hiciera referencia en su exhaustivo voto, el causante deberá ser liberado de toda responsabilidad personal en el juicio de autoría, acerca del primero de los ilícitos en juzgamiento, al no haberse probado a su respecto la demanda penal del acusador público (CN, 18 y 75, inc. 22°: C.A.D.H., 8.2.; CPP, 367 *‘a contrario sensu’*). Así, toda vez que los tres testigos presenciales del suceso criminoso nada dijeron en lo tocante a la intervención del acusado en el mismo; mientras que los indicios laboriosamente construidos por el aplicado Agente Fiscal se revelan equívocos, como lo ostensibilizara el juez preopinante en su desarrollo argumental...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, en causa n° 1.755, “Cañete, Pablo Valentín s/ robo agravado por el uso de arma, etc.”, [J.O.], sent. del 04/11/03, R. 292/03).

HABEAS CORPUS.

Agravamiento arbitrario de las condiciones de detención.

“...En su escrito inicial, la requirente formuló petición de hábeas corpus exponiendo que su concubino tenía graves problemas de convivencia con otros internos de la Unidad Penal n° 15 de Batán, que le llevan a temer por su vida, al mismo tiempo argumentó que el estado de salud del amparado se deterioraba en forma paulatina, en razón de haber padecido *‘una enfermedad denominada tuberculosis’* (textual), por lo que concluyó solicitando que se lo derive a la Unidad Penal n° 6 de Dolores, o a una

dependencia policial local. Proveyendo a esa solicitud, dispúsose no sólo la celebración de la audiencia vespertina del día de hoy, sino también la remisión de un detallado informe de la autoridad penitenciaria acerca del estado de salud del interno, así como de su situación en ese establecimiento penal y de cualquier otro dato de relevancia (CPP, 409 y 412). En respuesta al mandamiento de la Presidencia de este Tribunal, contamos ahora con el resultado del examen médico que se le practicara al aludido, donde se consigna que el mismo presenta *'buen estado general'*, a pesar de tener *'un hematoma palpebral en ojo derecho de 24 hs. de evolución, sin complicaciones'* (CPP, 411). Asimismo, en el acta de la audiencia judicial se hizo constar que, según el amparado, *'tiene problemas de convivencia con la población de la U.P. n° 15, y cree que peligra su vida, por lo que petitiona ser trasladado a otro centro de detención o comisaría policial, agregando no padecer actualmente ninguna enfermedad...'* (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.845, “Romano, Cristian Marcelo s/ hábeas corpus”, [H.C.], sent. del 05/08/03, R. 190/03).

“...Con las evidencias recogidas en autos, incluyendo las expresiones del amparado y de su concubina, no advierto razones bastantes para declarar procedente el hábeas corpus de carácter reparador que se prescribe en el art. 405, 2° párr. del CPP, en sinonimia con el art. 11 *“in fine”* de la Ley Nacional de Hábeas Corpus (n° 23.098), habida cuenta que los hechos y circunstancias que se invocan no revelan la existencia de un agravamiento arbitrario en las condiciones de la detención legal del aludido. Ello sentado, considero que median motivos suficientes para disponer el inmediato traslado del reo a la Unidad Penal n° 6 de Dolores, conforme las solicitudes que se anexaran al *'sub lite'*, desde que la agresión física que sufriera el interno ha sido corroborada y certificada por el médico de la penitenciaría local...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.845, “Romano, Cristian Marcelo s/ hábeas corpus”, [H.C.], sent. del 05/08/03, R. 353/03).

HOMICIDIO.

Prueba de la tipicidad objetiva y subjetiva. Conducta posterior al hecho. Arrepentimiento activo.

“...El frenesí con que se consumara el acometimiento contra un sujeto inerte que yacía en el piso, y a quien el acusado le prodigó inúmeros puntapiés y puñetazos dirigidos (también) a zona vitales, como el cráneo, deviene revelador de la tipicidad objetiva y subjetiva que es connatural al obrar homicida; aun cuando el agresor exteriorizara *'ex post facto'* un arrepentimiento activo, al acompañar al moribundo hasta la guardia del hospital público...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Trogu, causa n° 1.160, “Muar, Fabián Oscar s/ homicidio y amenazas”, [J.A.], sent. del 17/04/03, R. 065/03).

HOMICIDIOS CALIFICADOS.

Homicidio “criminis causae” (CP, 80 inc. 7°). Divergencias entre el homicidio tentado (y agravado) y las lesiones corporales (CP, 89/91).

“...Las sempiternas dificultades que presenta el correcto deslinde entre las lesiones corporales y la tentativa de homicidio (además, agravada por su conexión de medio a fin con otro delito), deberán dirimirse por el andarivel acreditativo, afirmando aquéllas si sólo se comprueba el dolo de dañar la integridad física de la víctima, y sosteniendo el conato homicida si, también, es posible establecer el dolo de matar, para lo cual será necesario acudir a indicadores externos o circunstancias connotativas del hecho criminal que nos permitan revelar, o suprimir, la existencia de la mentada tipicidad subjetiva...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

“...En la especie, considero que la intención (dolo directo) o, en su caso, las consecuencias necesarias o probables del acto (dolo indirecto o eventual) del causante, de querer (o, al menos, representarse y asentir) la muerte de su único custodio, dentro del reducido -además, de hermético- ámbito del ascensor, tras desengancharse las esposas que tenía colocadas y que lo maniataban por la espalda, para consumir de ese modo su evasión, resultaron ostensiblemente evidenciadas en el curso del debate a partir del juramentado y creíble relato que prestara la víctima, es decir, el avezado agente penitenciario que con tenaz resistencia física soportó la recurrente agresión armada del interno, impidiendo tanto uno, cuanto otro delito. Es que según explicara el damnificado, su victimario tenía uno de los antebrazos vendados, alegando dolor, por lo que le colocó el aseguramiento metálico por encima de esas fajas de tela, amplitud que -sin saberlo él- facilitaría ‘a posteriori’ los verdaderos propósitos del acusado, al permitirle desasirse de las esposas y esgrimir en su contra una púa (de fabricación carcelaria), con la cual lo acometiera, provocándole las lesiones (de carácter leve, es verdad) que se documentan en autos, pero que sólo merced al denodado esfuerzo defensivo del custodio (y acaso también a la concurrencia de algún factor azaroso que jugó en su favor), no llegaron a acabar con su existencia, ni a poner en peligro objetivo su vida...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

“...Por mi parte, entiendo que más allá de esa crónica del testigo/víctima, concurren plurales piezas de convicción que abonan el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de realizar el tipo objetivo de matar a otro para, así, materializar la fuga; a saber: [i.] la aptitud vulnerante del instrumento ofensivo utilizado (de unos diecisiete centímetros de longitud), y tal como resulta de la simple comprobación visual del mismo); [ii.] la insistencia del ataque armado, que se reiterara en tres oportunidades (a pesar de que la última de ellas -dirigida a la altura del pecho- apenas alcanzó a penetrar la remera de estío del uniformado, sin lastimarlo, según lo atestiguara con seguridad otro de los comparecientes al debate); [iii.] las zonas vitales a las que estaban direccionados esos lanzamientos (es decir: el primero al cuello, muy cerca del neurálgico paquete neurovascular; el segundo a la cabeza, aunque los rápidos reflejos del agredido la hicieron girar, lo que le evitó males mayores, causándole tan solo un rayón en la mejilla izquierda; el tercero al tórax, conforme se consignara ‘supra’); y [iv.] el modo (no sólo repentino, brusco e inmotivado del embate, siempre al decir del victimizado, sino sobre todo) enérgico y veloz con que el reo manipulara la púa, de acuerdo con las autorizadas estimaciones del médico de policía, en la audiencia plenaria...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

“...Los testigos que presenciaron el tramo final del ataque que se desarrollara fuera del elevador (una vez que la víctima le arrebatara la púa al agresor y lograra abrir las puertas en el séptimo piso, cayéndose hacia atrás luego de recibir una trompada en la región nasal), y más precisamente, en el alargado pasillo interno que comunica a este Tribunal en lo Criminal n° 1 con las oficinas del Juzgado de Transición n° 1, coincidieron en señalar que el carcelero mantenía tomado de las esposas al causante (que a esa altura de los acontecimientos sólo le sujetaban una de las muñecas), mientras éste le propinaba puñetazos a su custodio, desplazándose hacia la puerta de salida al sector de acceso público de la séptima planta del edificio de tribunales, hasta que pudo ser reducido. Es más, algunas de esas personas dijeron que de acuerdo a cómo interpretaron los movimientos que efectuaba el interno no tuvieron dudas de que su intención era la de evadirse, añadiendo una de ellas que la herida que el empleado penitenciario tenía en la garganta dejaba entrever la clara impronta del designio homicida del puntazo que le fuera lanzado...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

“...Como se advierte, entonces, la vivencia de la proximidad de la muerte no fue sólo un sentimiento o una sensación subjetiva de la víctima (por lo demás, difícilmente impresionable tras casi veintitrés años de servicio en penitenciarías bonaerenses), que se tradujera, conforme la descripción del médico legisla en la audiencia, en una cierta dificultad respiratoria por la enorme tensión del ataque padecido, sino que también la percibió el primero de los testigos en reclamar (al grito de ‘policía, policía...’)

y acudir en auxilio del agredido. Con otras palabras; ese cúmulo de circunstancias autorizan a tener como certeramente demostrado, en primer lugar, que el enjuiciado después de comenzar la ejecución del ataque contra su custodio, en un escenario fáctico y con actos e instrumental de reconocida idoneidad para alcanzar el fin letal querido (o bien simbolizado y consentido), no pudo perseverar en su intento homicida al serle arrebatada el arma por el lesionado (en el preciso momento en que el causante se aprestaba a asestarle un cuarto puntazo), y, en segundo término, que existió una innegable relación causal entre la tentativa de homicidio y la de evasión, donde el atentado contra la vida del guardián apenas constituía un medio necesario para conseguir aquello otro que, en definitiva, era lo que se propuso el sujeto activo....” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

“...Y acerca de esto último, obsérvese que para satisfacer los recaudos típicos del homicidio ‘*criminis causae*’ (aquí, en el límite gradual del art. 42 del C.P.), el dolo homicida (directo, indirecto o eventual) ya no basta, siendo indispensable como elemento subjetivo específico el designio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito (etc.), de modo tal que ‘*el subjetivismo del inc. 7° del art. 80 del Código Penal se refiere a finalidades externas al homicidio mismo, para cuya obtención éste se representa como un medio* (P. 38.311, ‘Rodríguez, Miguel Angel’, sent. del 19/03/91)’ (SCBA., P. 50.161, ‘Fernández, Jorge Antonio’, sent. del 30/04/96; publ. en D.J.J. del 26/06/96). Como quedara expuesto, la prueba producida en la audiencia es por demás elocuente de esa intención externa al conato homicida. En suma; si para que haya homicidio ‘*criminis causae*’ en grado de tentativa (CP, 42 y 80, inc. 7°), y no simple delito de lesiones menores (CP, 89), como lo postulara el Agente Fiscal, en desmedro de la tesis sustentada por la defensa, es necesario probar que el acusado actuó contra la vida de su cancerbero en forma precisa, eficaz e inequívoca para (sólo así) poder evadirse, concluyo sosteniendo que, en efecto, por el mérito armónico y conjunto de las evidencias recogidas en el curso del debate, ya enunciadas ‘*supra*’, esa es la categorización jurídica que corresponderá imponer al suceso criminoso en juzgamiento...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

Inaplicación de la agravante del art. 80 inc. 8° CP.

“...Cabe puntualizar, por último, que el ilícito del ‘*sub iudice*’ fue cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley n° 25.601 (B.O.N. del 11/06/02), por lo cual deberá estarse al texto del art. 80 del Código Penal, conforme la redacción de la ley 23.077, ultraactivamente aplicable en el caso y a pesar de la anexión de la agravante del inc. 8° por la cual se sanciona al que matare ‘*a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición*’ (CN, 75, inc. 22°; DUDH, 11, ap. 2°; DADH, 9; PIDCyP, 15, ap. 1; CP, 2)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, “Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio”, [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASION DE ROBO.

Diferencias con el homicidio “criminis causae” (CP, 80 inc. 7°).

“...Por mi parte, también voy a compartir el encuadre jurídico otorgado al hecho juzgado por parte del colega que lleva la voz en el acuerdo, agregando, complementariamente, las siguientes consideraciones con relación al homicidio cometido con motivo u ocasión del robo (CP, 165). Coincidiendo con las dudas que las partes dejaran expuestas en sus respectivas alocuciones finales, tal como se evidenciara en el debate y se expusiera al tratar la cuestión segunda del veredicto, no se ha podido descartar definitivamente la posible intervención de terceros en el crimen que es materia de decisión, sin perjuicio de la que les cupo a los aquí enjuiciados. Ello así; tanto por la información brindada a los nombrados acerca del dinero que la víctima había cobrado y tendría en su vivienda, porque esa noche -les dijeron-

no estaría en su domicilio, por la correcta individualización de dicha finca (por cierto, nada fácil de encontrar en horario nocturno, atento la ausencia de energía eléctrica-, sitio que los acusados desconocían), cuanto, finalmente, por el domicilio hacia donde, después de cometido el homicidio, concurriera uno de los sujetos activos a esconder el revólver que apareció enterrado en la arena. Entonces, no obstante compartir plenamente la calificación del ilícito juzgado, propuesta por el Dr. Martinelli, frente a las circunstancias señaladas anteriormente, creo necesario responder al interrogante de: ¿por qué no encuentro más adecuada al caso, la calificación de homicidio '*criminis causae*' (CP, 80, inc. 7º)?..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.141, "Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 27/05/03, R. 114/03).

"...Esta última figura legal exige como presupuestos objetivos y subjetivos del injusto que prevé y castiga, que la muerte se haya ocasionado '*...para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito...*' En este caso, no se ha probado que en el plan de los coautores del hecho juzgado, existiera la intención criminal de matar a la víctima, ni si quiera como dolo eventual..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.141, "Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 27/05/03, R. 114/03).

"...Ambos encausados sostuvieron que quien les contó que la víctima había cobrado un dinero, les dijo que esa noche no estaría en la casa sino en la ciudad, por lo que previeron que sería algo sencillo: entrar en la casa, retirar el dinero e irse. También expusieron que el encuentro con el damnificado fue sorpresivo e inesperado y que terminaron trezándose en lucha con él, para sacarle la escopeta que en definitiva también le robarían (en un intento por sostener una legítima defensa que, como argumentara el Agente Fiscal, es inaceptable por ser los acusados provocadores de la agresión ilegítima y desproporcionada de la víctima (CP, 34 inc. 6º y 7º, ambos '*a contrario sensu*'). Las dudas que pudieren existir respecto de la inexistencia de ese '*plus*' de dolo en los enjuiciados, que requiere el art. 80 inc. 7º del CP, deben ser valoradas a '*favor rei*' (CPP, 1º). En consecuencia, si el homicidio de autos, no integraba el plan inicial y directo de los coautores del hecho, esto me lleva a excluir la aplicación del art. 80 inc. 7º del C.P., porque tal decisión, no fue ideada como medio o antecedente necesario para la ejecución del hecho pendiente..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.141, "Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 27/05/03, R. 114/03).

"...Bien se ha dicho que el mejor modo de medir la culpabilidad de un imputado es por su propio comportamiento. Pues aquí la conducta asumida por los causantes durante el transcurso del ilícito de robo traído en juzgamiento, es claramente de dolo directo respecto de este injusto y de dolo eventual respecto del homicidio que provocó la muerte de la víctima. Ello así, por cuanto los aludidos buscaron sacarle la escopeta que tenía el damnificado, que conforme la pericia balística no pudo ser disparada por estar tapado su caño (con lo cual se evidencia que no ofrecía resistencia suficiente a los agresores), originándose una lucha desenfrenada, en la que puede haber incidido la ingesta alcohólica previa y por la que terminaron matando al sujeto pasivo. Los acusados son, según sus propios dichos, bebedores habituales que no miden las consecuencias de su accionar posterior, no obstante la existencia de antecedentes, sobre todo de uno de ellos. En el caso fueron a robar, munidos de un arma blanca y bajo los efectos de una ingesta alcohólica, por lo que no podía dejar de prever que en caso de encontrarse con el propietario del inmueble podría generarse una pelea como la que se produjo..." (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.141, "Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo", [J.O.], sent. del 27/05/03, R. 114/03).

Presupuestos. Consumación. Portación de arma y empleo para dar lugar al homicidio.

"...Para '*consumar*' el primer delito, lo que al decir de Carlos Creus (cfr. '*Derecho Penal. Parte Especial*', Vol. 1 Edit. Astrea 4ª edición actualizada pág. 40, nº 88), se produce cuando el homicidio se comete para '*...ejecutar el otro delito (matar para vencer la resistencia del que se resiste a que lo roben...)*' (elemento objetivo del tipo). Asimismo, este autor sostiene que esta figura, como requisito, exige

una conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente entre el homicidio y el otro delito: *‘...no basta ni la concomitancia ni el concurso...la circunstancia de que el homicidio haya servido para ...consumar...el otro delito, por razones ajenas a la voluntad del agente, no permite colocar el caso en la agravante, la que tampoco se aplica cuando la muerte no responde al dolo directo propio de aquella conexión (por ejemplo el que mata con dolo eventual, aceptando la muerte como probable resultado de los medios que utiliza para cometer el otro delito quedaría fuera del art. 80 inc. 7º...’* (op. cit., pág. 41, nº 92, el remarcado me pertenece)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa nº 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Si el homicidio de autos no integraba el plan inicial y directo de los autores del hecho, esto me lleva a pensar que no se trató de la figura del homicidio *‘criminis causae’* (CP, 80 inc. 7º), porque tal decisión no fue ideada como medio o antecedente necesario para la ejecución del hecho pendiente. En base a este argumento Enrique Ramos Mejía, ya entendía que aquella figura era desplazada por la del art. 165 del mismo cuerpo normativo, en su artículo *‘¿Homicidio agravado o robo con homicidio?’* J.A. 1.946-II y en *‘Estudios de Derecho Penal’*, Idea Bs. As. 1.947 (citado por el meritorio trabajo del Dr. Alexis Leonel Simaz sobre *‘El Delito de Homicidio con motivo u ocasión de robo’*, edit. Ad-hoc, mayo 2.002, pág. 143). Aún cuando los coautores del robo hayan asumido la probabilidad de agravar su comportamiento (con dolo eventual), como consecuencia de lo que resultara en tal empresa criminal de robo; sobre todo, a partir de la decisión de emplear armas de fuego cargadas, en la medida necesaria para concretar el ilícito, tampoco me inclino por encuadrar este hecho, atribuido al encausado, en el art. 80 inc. 7º CP. Destaco que, conforme las citas fidedignas que realiza el Dr. Simaz en su trabajo (op. cit., pág. 135), la mayoría de la doctrina nacional, a excepción de López Bolado, e incluyendo a autores de la catadura de Sebastián Soler (*‘Derecho Penal Argentino’*, Tomo III Edit. Tea Bs. As. 1.970), Ricardo Núñez (*‘Tratado de Derecho Penal’*, Tomo III, edit. Lerner, Córdoba 1.978, págs 54/5), Carlos Fontán Balestra (*‘Tratado de Derecho Penal’*, tomo IV Ed. Abeledo Perrot), Carlos Creus, (op. cit) y Roberto Terán Lomas (*‘Derecho Penal. Parte Especial’*, tomo III, Astrea Bs. As. 1.983), entre otros, no admiten que sea posible atribuir la figura del art. 80 inc. 7º del CP, cuando el homicidio que se comete en oportunidad de la consumación de otro delito, ha sido previsto por su autor con dolo eventual...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa nº 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Sobre ello se ha resuelto que: *‘...la portación de armas y su empleo sólo constituiría dolo eventual con relación al homicidio, lo que no basta para que se dé la norma del art. 80 inc. 7º del C.P....’* (conf. Cám. 7ª Crim. Correcc. Córdoba, 27/12/61, ‘Cáceres’, en LL 147-1017). Y la Suprema Corte de Justicia Provincial, dijo que *‘...la sanción del art. 80 inc. 3º (hoy 7º), debe reservarse exclusivamente para los casos de extrema peligrosidad; para aquellos en que el agente, revelando un profundo desprecio por la vida humana, decide por anticipado, fría y reflexivamente, la eliminación de un semejante con miras a la realización de otra delincuencia futura, porque esa premeditación del homicidio, constituye un claro índice de extrema temibilidad del agente. Diversa es la situación prevista en el art. 165 del mismo Código, aplicable cuando el homicidio, aunque vinculado o conexo a un robo, se produce ocasionalmente durante el curso de éste, como un resultado eventual o instantáneo que no entraba en los planes primitivos del autor (SCBA., 14-11-1990, ‘Ruiz y Ayala’, J.A. 73-65; citado por A. Simaz, op. cit., págs. 137 y 171). También dijo el máximo Tribunal Provincial que *‘...la diferencia existente entre el homicidio criminis causae y el homicidio con motivo u ocasión de robo, debe buscarse en el propósito inicial del autor. Procede, así, la primera calificación si el objetivo perseguido fue el de matar a la víctima para poder robarle y, la segunda, si el reo se propuso un robo y, para cometerlo, se presentaron circunstancias ajenas al plan criminoso –tales como la reacción peligrosa de la víctima- que dieron lugar al homicidio (SCBA 10-10-1944 ‘Moyano, Antonio’ LL 37-151 y DJBA 1944-X-969, también citado por Simaz, op. cit., pág. 171)...’* (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa nº 791, “Savaría,*

Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Comienzo por señalar, que existen discordantes criterios jurisprudenciales acerca de si el injusto del art. 165 del CP se trata de un delito principal (el robo) agravado por un resultado emergente de su comisión (homicidio), postura que sustenta desde largo tiempo la Suprema Corte de Justicia Provincial (P. 51.477, del 29-12-97; P. 42.218, del 4-4-95; P. 45.233, del 29-3-94; P. 49.948, del 21-12-93) y como tal generador de responsabilidad penal objetiva que acarrea al ladrón la reprochabilidad del homicidio resultante, aún cuando lo hubiere previsto a título de culpa con representación (ej. *‘puede suceder pero creo que lo evitaría, confiado en mis destreza’*: conf. SCBA, P. 53.453, 30-6-98; P. 47.529, del 20-5-97; P. 46.415, del 14-5-96; P. 49.837, del 1-8-95; P. 51.332, del 8-3-94; P. 49.213, del 14-12-93; P. 49.678, del 23-11-93). Mientras que otro sector de la doctrina judicial sostiene que se trata de un delito complejo, en el que el robo es el delito base, y el resultado de muerte sólo puede serle atribuido al ladrón cuando lo ha previsto o debido prever, al menos, a título de dolo eventual (como probable y con actitud egoísta: *‘puede suceder y si pasa no me importa’*, conf. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires Sala I; ver causa n° 29 *‘Méndez, Nelly Marcela’*, marzo de 1.999)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Así las cosas, debo empezar por afirmar que, en un régimen constitucional penal donde gobierna el principio *‘nullum crimen nulla poena sine culpa’* (lo que frente a los delitos dolosos debe interpretarse *‘nullum crimen nulla poena sine dolo’*), conforme lo normado en los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 15, 25, 26 de la Constitución Provincial, la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por ley 23.054 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Ley 23.313, (entre otros), no es posible atribuir responsabilidad penal, de un modo objetivo, por el mero resultado de un hecho, si no existe un grado de conexión subjetiva entre éste y la voluntad del autor, que esté vinculado a la disposición legal que lo prevé (culpa si se trata de un delito culposo y dolo si se trata de un injusto doloso). Así las cosas, comprendiendo el art. 165 del CP un delito base (robo) que no puede comprender una actitud subjetiva culposa, concluyo que para reprochar el resultado gravoso del hecho (homicidio), debe darse en el autor, al menos una actitud subjetiva de dolo eventual. Por lo tanto, entiendo que la simple participación en el robo no puede generar indudablemente la convicción que en su autor medió un asentimiento egoísta (propio de aquella actitud subjetiva) para el homicidio. Es necesario examinar el comportamiento concreto del sujeto y que ello resulta de actos que demuestren tal actitud subjetiva (mayor a la mera temeridad). Así, no es aplicable la figura del art. 165 del CP, a quien, si bien concurre como coautor a un robo en el que otros coautores llevan y utilizan armas, se prueba que desconocía la portación de tal material y él no lleva ninguna o la lleva descargada, pues no estuvo en su previsión inicial la posibilidad de asentir consecuencias del hecho que pudieran ser mayores a la búsqueda; no pudo tener actitud egoísta frente a aquel resultado...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Bien se ha dicho que el mejor modo de medir la culpabilidad del acusado es por su propio comportamiento. Pues aquí la conducta asumida por Savaría desde el inicio y durante el transcurso del ilícito traído en juzgamiento, es claramente de dolo directo respecto del robo doblemente agravado y de dolo eventual respecto del homicidio que provocó la muerte de la víctima. Al respecto se ha resuelto que: *‘...quien asiente el empleo de la máxima violencia blandiendo armas de fuego y participa en la intimidación con éstas a las víctimas, asiente a todas las consecuencias de dicha violencia, y carga no sólo con el robo, sino con el homicidio conexo, cometido por otro asaltante a quien sabe audaz, peligroso, capaz de emplear su arma, por haber sido compañero de andanzas en atracos anteriores, si no pudo menos que representarse en concreto, la posibilidad que el hecho sucediera sobre el plano causal de la acción delictuosa perseguida, revelando con su acción una tácita adhesión psíquica al eventual hecho de otro partícipe, en resultado que no aparece como acontecer extraño, fuera o contra los límites de la actividad propuesta, tratándose de un atraco con armas...’* (C.N.Crim. y Correcc. sent. del 30/07/71, ‘Langoni,

Oscar y otros' La Ley 144-52, JA 1.971-12-169, cit. por A. Simaz, op. cit. pág. 268). '...Cabe considerar autor de robo agravado por homicidio, al procesado que coposeía el dominio final de la acción con su consorte de causa, y cada una de las contribuciones respectivas, constituían una parte de un plan global, que puede imputarse recíprocamente entre los intervinientes...' (C.N.Crim. y Correcc., Sala II, sent. del 27/09/91 'Ponce, Jorge', LL 1.992-A-371, A. Simaz op. cit. pág. 276) '...Al imputado le alcanza la agravante del art. 165 del CP, porque participó plenamente de la acción y, en consecuencia, en los resultados de la misma. Fuera quien fuera el autor del disparo que causó la muerte de la víctima, ha existido la necesaria convergencia intencional para que el imputado responda por la figura agravada, aunque no haya sido el autor material del disparo, es coautor del delito complejo, ya que no sólo asintió el resultado letal provocado por el cointerviniente, al que sabía armado, sino que él mismo portaba un arma de fuego en condiciones de disparo...' (S.T. Justicia Río Negro, Sala Penal, sent. del 07/10/1.993, 'H. O.R. y otros' Exte. N° 9259/93, STJ, A. Simaz, op. cit. 276/7)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

HURTOS AGRAVADOS.

Con uso de de ganzúa, llave falsa, etc. (CP, 163 inc. 3°).

“...La actual redacción del inc. 3° del art. 163 del CP, derivada de la ley 24.721 (B.O. 18/11/96), modificó ese tipo penal, suprimiendo la exigencia del texto anterior que requería que la llave o la ganzúa debían ser utilizadas para penetrar al lugar donde se hallara la cosa objeto de la sustracción (según ley 11.179). Ello, obviamente, implica una mayor culpabilidad del victimario por el hecho típico que ha sido tenida en cuenta por el legislador y, como contrapartida, una inferior en el caso de aquel al que el descuido del tercero -en tanto dejara las puertas cerradas, pero sin llaves- le proporciona la ocasión y le favorece la conducta criminosa. ‘...Pero, por el contrario, la calificante encuentra su base en la circunstancia de que el sujeto activo se vale de un medio no común para superar fraudulentamente la defensa preconstituida por el tenedor de la cosa, para crear una esfera de vigilancia que rodea al objeto...’ (cfr. Donna, Edgardo Alberto en ‘Derecho Penal. Parte Especial’, edit. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2.001, t. II-B, pág. 68)...’ (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.726, “Juárez, Diego Sebastián y otro s/ tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 02/07/03, R. 164/03).

“...El fundamento de la agravante está dado, entonces, en el empleo de ciertos medios por parte del sujeto activo que denotan astucia, destreza, habilidad o fraude para poder vencer las defensas preconstituidas de la cosa, lo que excluye el uso de fuerza (cfr. Boumpadre, Jorge Eduardo en ‘Delitos contra la propiedad’, edit. MAVÉ, Bs. As. 1.998, pág. 69). No obstante, y desde que abrir una cerradura con una ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante nunca es tan suave como hacerlo con la llave, no debe considerarse como muestras de fuerza las que pueda dejar este objeto, ni aún en el supuesto en que la cerradura quede dificultada en el uso o se eche a perder, pero siempre a condición que se haya operado el mecanismo de apertura en virtud del funcionamiento normal de los pestillos sobre el cerrojo (cfr. Tozzini, Carlos A. en ‘Los delitos de hurto y robo’, edit. Lexis Nexis, 2° edición, Bs. As. 2.002, pág. 211)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.726, “Juárez, Diego Sebastián y otro s/ tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 02/07/03, R. 164/03).

“...La aplicación de la figura calificada exige como presupuesto básico la existencia de un lugar o recinto cerrado, cuya entrada tiene una cerradura que consiste en un mecanismo que se cierra o abre mediante una herramienta o instrumento llamado llave echada (cfr. Figari, Rubén E. en ‘Hurtos. Simple. Agravados’, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2.001, pág. 100). Con la nueva redacción que elimina la exigencia de la penetración en el lugar donde se encuentra el bien, el hurto se agrava cuando los medios utilizados que la norma enumera se emplean para abrir pequeños recipientes, armarios, cajas de seguridad, muebles cerrados, etc. en donde se halla el bien objeto de sustracción, como, por ejemplo,

cuando un automóvil es abierto con llave falsa o ganzúa para sustraer lo que se encuentra en su interior (cfr. Figari, ob. cit. págs. 102/3; Boumpadre, ob. cit. pág. 70; Tozzini, ob. cit. pág. 214; y Donna, ob. cit. pág. 73). Sin embargo, no se da la agravante cuando la cerradura no es un medio de protección, sino un mecanismo para dar movimiento al objeto, como, por ejemplo, la llave de ignición de un automotor (cfr. Creus, Carlos en *'Derecho penal. Parte Especial'*, Astrea, 3º edición, Bs. As. 1.991, t. I, pág. 432)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.726, “Juárez, Diego Sebastián y otro s/ tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 02/07/03, R. 164/03).

“...Con relación a la modalidad del ilícito atribuido a los causantes, considero que el ejercicio de fuerza en el cerrojo o cerradura hasta romperla califica el hecho como robo simple (CP, 164). En este aspecto, es esencial tener en cuenta la idoneidad del medio para la apertura de la cerradura, conforme a su normal funcionamiento, y un destornillador a todas luces no lo es. En el caso, la fuerza ejercida por los coautores inutilizó completamente el cerrojo de la puerta del automotor, sin que en momento alguno se haya accionado normalmente el mecanismo del mismo, aunque sí les permitió abrir la puerta del vehículo (cfr. en similar sentido Damianovich de Cerredo, Laura T. A. en *'Delitos contra la propiedad'*, edit. Universidad, 3º edición, Bs. As. 2.000, pág. 94; y Villada, Jorge Luis en *'Reformas al Código Penal Argentino'*, edit. Nova Tesis, Rosario 2.001, pág. 321)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.726, “Juárez, Diego Sebastián y otro s/ tentativa de robo”, [J.A.], sent. del 02/07/03, R. 164/03).

De vehículo dejado en la vía pública (CP, 163 inc. 6º).

“...Esa alteración del enfoque jurídico, respecto del propuesto por las partes, se impone en virtud de la irrestricta vigencia del principio de legalidad (CN, 18 y 19; CPBA, 25 y 26), habida cuenta que el texto actual del art. 163, inc. 6º del CP es el ordenado por la ley 24.721 (B.O.N. del 18/11/1996), que derogó los arts. 33, 35, 36, 37, 38 y 39 del decreto ley 6582/58, en especial, el art. 38 que agravaba la sustracción cuando el objeto de la misma era un vehículo automotor. En cambio, en la actualidad la agravante no se limita solamente a los automóviles, sino que, como explica Carlos Fontán Balestra (cfr. *'Derecho Penal. Parte Especial'*, obra actualizada por Guillermo Ledesma, XV Edición, edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998, pág. 428/vta.), el inciso 6º del art. 163 extiende tal circunstancia *'...a toda clase de vehículos...'*, entendiendo por tal *'...todo medio que sirva para el transporte por tierra, aire o agua, realizado por fuerzas animales o mecánicas... sí son vehículos la bicicleta o el triciclo, porque disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada y porque no son empujados ni arrastrados...'* (textual). En tanto, dicho cambio de tipificación no implique una agravación de la pena convenida por las partes en el acuerdo de marras, creo que no hay impedimento para corregir la subsunción sugerida por ellas, conforme lo exige una correcta hermenéutica jurídica (CN, 18 y 19; CPBA, 25 y 26; CP 163, 6º; CPP, 399)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.803, “Urbistondo, Gastón Maximiliano s/ tentativa de hurto y robo”, [J.A.], sent. del 11/09/03, R. 230/03).

Inaplicación del hurto calamitoso (CP, 163 inc. 2º).

“...La sustracción del automóvil de la víctima deberá ser etiquetada como hurto simple (CP, 162), al igual que lo sostuviera el Agente Fiscal, con exclusión de la agravante estatuida en el art. 163, inc. 2º del CP, porque *'¿de qué se despoja a quien ya ha sido despojado de la vida?'*, y aún cuando *'las características en que se hallan los bienes y la falta de recato ante el estado de muerte de una persona que hasta seguramente no más de unos instantes atrás era titular de ellos, hacen que el hecho deba merecer un reproche sin dudas mayor que el del hurto atenuado'* (cfr. Insanti, Horacio Héctor en *'La presencia de la herencia yacente en el derecho argentino como víctima del delito de hurto'*, publ. en *'Doctrina Penal'*, Año 11, n° 41/4, Bs. As. 1.988, págs. 41/63)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.163, “Amado, Alfredo Américo s/ homicidio y hurto”, [J.O.], sent. del 01/09/03, R. 217/03).

IMPUTADO.

Analogía con el denunciado.

“...Pedro J. Bertolino en su valiosa obra ‘Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires’ (edit. Depalma, 7ª edic. actualizada, Bs. As., 2.001, pág. 90), al comentar el texto del art. 60, cita (y les presta, así, implícita adhesión a) conceptos vertidos por Fernando de la Rúa, quien definiera al imputado como aquel que es perseguido penalmente, y que ‘*aun antes que la acción penal haya sido ejercida, o que dicha relación se constituya, tiene ya ese carácter quien simplemente ha sido indicado como supuesto partícipe de un hecho delictuoso en cualquier momento de la investigación, entendiéndose por tal, cualquier acto o serie de actos cumplidos por los órganos penalmente predispuestos y tendientes a la averiguación de un hipotético delito*’ (cfr. ‘Proceso y Justicia’, edit. Lerner, Bs. As., 1.980, pág. 253). Es más; amplía y precisa (lo que aventa cualquier duda en el ‘*sub judice*’) que ‘*no es exacto lo que se ha sostenido alguna vez, de que el denunciado no es el imputado, sino sólo una persona respecto a la cual, las garantías y derechos de éste son extendidos por la ley: será imputado en virtud de la denuncia, aun que la misma sea después desestimada*’ (op. cit., pág. 258). Va de suyo, por ende, que en nuestro régimen jurídicoprocesal vigente, siguiendo la mejor doctrina en la materia, denunciado e imputado son condiciones análogas...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

INIMPUTABILIDAD.

Estados ebriosos e inconsciencia.

“...Al respecto, entiendo útil señalar que en la doctrina, tanto vernácula como extranjera desde Eduardo Alimena entre éstas y Jorge Frías Caballero (el bien denominado ‘*maestro de la imputabilidad*’ del derecho penal argentino) se ha entendido que para poder aplicarse los principios de la ‘*actio libera in causa*’ por los cuales la conducta del autor, cuando obra en estado de ebriedad, para juzgar si medió falta de acción o inimputabilidad, debe examinarse -desde el punto de vista subjetivo (saber si fue voluntaria, involuntaria, preordenada con fines delictivos etc.)- al momento de la ingesta del alcohol. Pero también la doctrina unánimemente señala que, en todo caso, dicha ebriedad, para tornar aplicable este instituto de creación pretoriana, debe ser completa (ver al respecto Jorge Frías Caballero en ‘*Temas de Derecho Penal*’, capítulo referido a la ‘*actio libera in causa*’, Din Editora, 1.989, págs. 107/8, fallo plenario ‘*Segura*’, del 13/08/1.964, J.A. 1964-V-369, allí comentado largamente; ídem Zaffaroni, Alagia y Slokar, en ‘*Derecho Penal. Parte General*’, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 679), lo que en este caso no se ha probado...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Sostiene Jorge de la Rúa en ‘*Código Penal Argentino. Parte General*’, 2da. Edición Edit. Depalma 1.997, págs. 469/73, n° 58 a 68, especialmente n° 66 y 68, que ‘*...es condición común a todos los razonamientos que se trate de ebriedad de un cierto grado. ...baste decir que su determinación se hace en relación al efecto psicológico, esto es, si priva o no de los poderes de comprensión y dirección. La situación intermedia, en nuestro derecho, implica imputabilidad, y no siempre será, científicamente, semi-imputabilidad. Lo será cuando corresponda a formas patológicas, como status de capacidad, pero no cuando corresponda a simples estados de ‘semi-inconsciencia...*’, igualmente Claus Roxin ‘*Derecho Penal. Parte General*’, Tomo I Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito Edit. Civitas, Madrid 1.997 pág. 851 y 852 ptos. 58 y 59)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado en concurso real con homicidio calificado”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Los propios encausados, al prestar declaración durante la audiencia de debate reconocieron que beben habitualmente en exceso, señalando particularmente uno de ellos que a veces le ha generado problemas de comportamiento. Tal habitualidad, demostrativa de una particular cultura y tolerancia alcohólica, debe ser merituada en cuanto a la incidencia de graduación etílica descrita por el perito psiquiatra forense, respecto del estado de conciencia y capacidad de dirección de sus actos por parte de los acusados. Asimismo, tengo presente que en la doctrina penal se ha entendido que para poder aplicarse los principios de la *‘actio libera in causa’* por los cuales la conducta del autor, cuando obra en estado de ebriedad, para juzgar si obró con incapacidad de culpabilidad por perturbación profunda de la conciencia, o incluso si no existió acción por inconciencia plena, debe examinarse (desde el punto de vista subjetivo: saber si fue voluntaria, involuntaria, preordenada con fines delictivos, etc., etc.) al momento de la ingesta del alcohol...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.141, “Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo”, [J.O.], sent. del 27/05/03, R.114/03).

“...Aquí la actitud de los causantes cuando bebieron alcohol, fue obviamente voluntaria y probablemente preordenada hacia el robo que deseaban cometer. Pero lo detallado y puntilloso de sus relatos, vertidos en la audiencia oral, son demostrativos del correcto funcionamiento de sus facultades de senso-percepción, del control de sus movimientos físicos, y del pleno desenvolvimiento de sus memorias y capacidades de juicio crítico (reconocieron que obraron mal y pidieron disculpas por ello), tengo para mí que aquella ingesta no fue completa y que no alcanzó a provocar perturbaciones profundas de la conciencia que los inhabilitara para comprender el disvalor de la acción cometida (de la que ahora se arrepienten expresamente) o para motivar sus actos, apartándose de lo que se les presentaba como antisocial y violatorio de normas legales, ni, menos aún, que los nombrados hayan obrado sin conciencia alguna (CP, 34 *‘contrario sensu’*). Por el contrario, de sus propias confesiones resulta que tuvieron pleno goce de esta facultad psicológica y evidente dominio de los actos que realizaron, sin perjuicio que aquella conducta habitual de tomar alcohol, dentro del contexto cultural en el que se desenvuelven los encartados y la cantidad de esta sustancia en sangre, que tenían al momento del hecho, puede ser valorada como atenuante...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.141, “Maldonado, Angel Ramiro y otro s/ homicidio en ocasión de robo”, [J.O.], sent. del 27/05/03, R. 114/03).

“...La incompleta intoxicación alcohólica que han padecido los causantes en la gran mayoría de los injustos del *‘sub iudice’*, no los exonera de responsabilidad penal, desde que se halla, a mi parecer, por encima del *‘minimum’* exigible en la fórmula mixta de la inimputabilidad penal. Sebastián Soler, en ese sentido, ha expresado *‘...que cuando se fijan las condiciones que hacen imputables a un sujeto, esas condiciones constituyen un minimum. No es necesaria una fina conciencia valorativa para saber que el homicidio, el robo o el secuestro son malas acciones; por eso no es preciso ‘encontrar perfecciones psíquicas en los procesados para concluir en su imputabilidad’. Basta, pues, un mínimo de condiciones, siempre que de ellas resulte que el sujeto haya tenido conciencia de la criminalidad de su acto y facultad de dirigir sus acciones...’* (cfr. *‘Derecho Penal Argentino’*, edit. Tea. Bs. As. 1.978, t. II, § 36, pág. 40). Por lo demás, no encuentro probadas otras circunstancias capaces de eximir de reproche a ninguno de los dos imputados, las que tampoco fueron invocadas por ellos, ni por su defensa técnica...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.437, “Contreras, Víctor Sergio y otros s/ daño, exhibiciones obscenas etc.”, [J.A.], sent. del 02/12/03, R. 325/03).

Psicosis delirante.

“...Los informes médico psiquiátrico y psicológicos incorporados a la causa son, en mi opinión, suficientemente demostrativos de la patología que padecía el causante al tiempo del hecho materia de juzgamiento, la que -tal como lo postulan en forma concordante- su defensa técnica y el titular de la *‘vindicta pública’*, impidió al nombrado comprender la criminalidad de su proceder y motivarse de acuerdo a la norma (CP, 34 inc. 1º). En efecto, cuando el Agente Fiscal introdujo la solicitud para que el Tribunal ordenara practicar exámenes médico psiquiátrico y psicológico (CPP, 64), sobre la persona del procesado (a lo que adhirió la defensa), adjuntó un certificado de discapacidad emitido con fecha 28 de agosto

de 2.002 por la Dirección de Zona Sanitaria VIII, en la que se indica que la causal de tal minusvalía se fundamenta en la siguiente patología: *'trastornos psicóticos (psicosis delirante)'*, especificando que el grado de discapacidad o porcentaje del daño es *'total, permanente de tipo mental'*, pronóstico y posibilidades de rehabilitación: *'indeterminado'*, concluyendo que tal certificación es también *'permanente'...*" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.360, "García, Javier Maximiliano s/ tentativa de robo agravado por escalamiento", [S.], sent. del 25/02/03, R. 022/03).

"...Asimismo, conforme se desprende del certificado emitido por la especialista en psiquiatría y psicología médica del Hospital Interzonal General de Agudos (H.I.G.A.), el acusado padece *'psicosis delirante, es portador de un cuadro psicótico con ideación delirante... debe ser controlado farmacológico, control psiquiátrico y psicológico'* (textual). Luego, se expidieron los peritos del Ministerio Público Fiscal, quienes indicaron que el procesado de autos presenta *'cuadro psicótico caracterizado por alteración del pensamiento con sintomatología delirante, alucinaciones auditivas (refiere escuchar voces) y visuales...sugieren la continuidad del tratamiento (que puede realizar de manera ambulatoria) y la iniciación de un trámite de insania...el cuadro descrito es propio de las psicosis esquizofrénicas, las cuales se hallan comprendidas en el apéndice biológico del art. 34 inc. 1º, en las alteraciones morbosas de las facultades mentales, por lo tanto se considera que el mismo no comprendió ni dirigió sus acciones...'* (textual). Estos mismos profesionales forenses, al ampliar su primer informe, con relación a la peligrosidad del causante que *"mientras esté en tratamiento y con un control con respecto a su medicación, no resulta peligroso para sí o para terceros"* Y respecto de su tratamiento, determinaron que *'se requiere como único y necesario a cargo de un profesional psiquiatra, el control y tratamiento psicofarmacológico con neurolépticos, antipsicóticos'* (textual)...". (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.360, "García, Javier Maximiliano s/ tentativa de robo agravado por escalamiento", [S.], sent. del 25/02/03, R. 022/03).

"...Sin perjuicio que, por el contenido de los informes precitados, resulta evidente que tratándose de un trastorno permanente (sólo morigerable con tratamiento médico, psiquiátrico y farmacológico), a la fecha del hecho, el imputado padecía la patología diagnosticada: psicosis delirante, de base esquizofrénica, la que *'per se'*, ha sido reconocida en la doctrina y jurisprudencia como causal suficiente de inimputabilidad (CP, 34 inc. 1º; conf. Jorge Frías Caballero: *'Imputabilidad Penal'*, edit. Ediar, Bs. As. 1.981, págs. 263 y sgtes.; David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, *'Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial'*, edit. Hammurabi, edic. 2.002, pág. 498, 3º párrafo y fallos citados; Jorge de la Rúa, *'Código Penal Argentino, Parte General'*, 2ª edición, edit. Depalma, 1.997, págs. 463 y 465/7; entre muchos otros), considero, además, que del examen de la causa resultan indicios corroborantes, que me llevan a concluir de igual modo..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.360, "García, Javier Maximiliano s/ tentativa de robo agravado por escalamiento", [S.], sent. del 25/02/03, R. 022/03).

JUICIO ABREVIADO.

Cambio parcial de la calificación.

"...Si bien ello implica una ligera variación respecto de la calificación acordada y propuesta por los sujetos procesales, considero que no obsta que ahora fijemos la correcta adecuación jurídica del hecho, conforme la materialidad acreditada en función de la prueba reunida (CPP, 209/10 y 399 1er. párr.), en tanto ello no generará una agravación de la sanción pactada por las partes, finalidad última del acuerdo de juicio abreviado (CPP, 395/6). Al mismo tiempo, entiendo -como hemos resuelto ya anteriormente- que la calificante más grave del art. 166 n° 2 absorbe la agravante más leve del art. 167 n° 2 del CP..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.656, "Barrios, Juan Alberto, y otros s/ tentativa de robo agravado", [J.A.], sent. del 25/06/03, R. 156/03).

Inadmisibilidad. Criterios generales y casos particulares.

“...El acuerdo de las partes resulta inadmisibile. Primero: Porque se ha omitido incluir un hecho criminoso, materia de requerimiento de elevación a juicio, respecto del imputado. En efecto, tal como fuera definitivamente resuelta la etapa intermedia con la resolución de la Cámara de Garantías y Apelación en lo Penal dptal, el nombrado vino a juicio por cuatro hechos ilícitos, descriptos a su respecto en el requerimiento fiscal, en la resolución del Sr. Juez de Garantías, y en el auto ya citado de la Alzada; y no tres hechos como pretenden ahora las partes... Segundo: Porque las calificaciones de los encubrimientos que son materia del ‘*sub judice*’ respecto del imputado, conforme la propuesta traída por las partes, tampoco se corresponden con las descripciones realizadas en el requerimiento fiscal, y en las resoluciones de la justicia de garantías de primera y segunda instancia. En función de lo expuesto precedentemente, el acuerdo de juicio abreviado celebrado, respecto del coimputado, tanto porque se ha omitido un hecho ilícito por el que viniera requerida la elevación de la causa a juicio, cuanto porque la calificación pretendida respecto de los tres encubrimientos, no es la que jurídicamente corresponde a los mismos, lo que, en definitiva, incide en la pena imponible en caso de recaer una sentencia condenatoria, en resguardo de los principios de legalidad e igualdad ante la ley, que deben existir en las sentencias jurisdiccionales (CN, 16, 18 y 19, C.Pcial. 11, 15 y 25), deberá desestimarse (CPP, 398, letra ‘a’)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.541, “Ingui, Walter Fabián s/ encubrimiento etc.”, [J.A.], sent. del 21/05/03, R. 108/03).

“...En base a las pruebas reunidas durante la Investigación Penal Preparatoria, a las que las partes otorgaran consensuada validez para ser meritadas en acto jurisdiccional definitivo, por el procedimiento abreviado (CPP, 399 1er. párr.), entiendo que el acuerdo presentado y ratificado en la audiencia judicial ulterior, no puede ser homologado, debiendo declararse inadmisibile, por los siguientes fundamentos. 1°) el primer hecho por el que viene la causa elevada a juicio fue relatado y calificado como constitutivo del delito de homicidio en grado de tentativa (CP, 42 y 79); 2°) basado en la prueba colectada, hasta ahora, en este expediente no encuentro mérito alguno para apartarme de tal calificación legal del primer hecho materia de juzgamiento, por lo que no puedo compartir la que proponen las partes...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.341, “Benítez, Cristian René s/ tentativa de homicidio”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 134/03).

“...Y bien, llegado el momento de tomar una determinación al respecto en el sentido de homologar o no este acuerdo, siendo sincero más que nada conmigo mismo, tengo que adelantar que no participo de esta solución que se somete ahora a consideración de este cuerpo colegiado. Formalmente hablando se trata de un concurso real de delitos (CP, 55), y si nos atenemos a la escala punitiva prevista en el Código Penal, no puedo menos que coincidir con ese ‘*pacto*’ inter partes; pero ello no lo considero suficiente. En efecto, y si bien la pena mínima imponible sería de cinco (5) años de prisión o reclusión, el máximo de la misma estaría rondando los treinta y un (31) años de iguales penas. Ese sería el parámetro dentro de los cuales tendríamos que elaborar una sanción justa y adecuada, siempre claro está en el supuesto de un juicio condenatorio. No quiero adentrarme en profundidad acerca de los conceptos de ‘*sanción adecuada*’, ni así tampoco, en lo que respecta a una pena aplicable en el supuesto de la concreción de un juicio oral y público, pero a primera vista se me ocurre que la diferencia entre ambos supuestos de enjuiciamientos sería abismal...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

“...Reitero una vez más que tengo mi particular opinión sobre este sistema de administrar Justicia y que teniendo presente que, aunque parezca mentira, para mí esta palabra todavía se debe escribir con mayúscula en su inicio, por el valor que me representa, no puedo consentir o acordar a este ‘*conflicto*’, la solución que ahora se propugna. En buen romance, y con el acuerdo sometido a consideración de este Tribunal, el causante sería sancionado, en el supuesto de un veredicto condenatorio, por el mínimo legal de un solo hecho (CP, 166, inc. 2°). Me pregunto qué ocurre con los otros dos supuestos ilícitos que se le incriminan. Existen plurales conceptos acerca de lo que se puede estimar como ‘*pena*’, y así

también los fines que con ella se persigue, pero considero que se puede convenir, aunque sea en la más mínima forma en que la misma debe ser adecuada y justa, y en este caso no lo estimo así...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

“...De ser cierto lo que se afirma en la requisitoria de elevación a juicio, en menos de doce horas, se perpetraron o intentaron dos graves ilícitos contra la propiedad, utilizándose a tales fines, un arma de guerra. Así las cosas, estas provisionales calificaciones, de por sí, y teniéndose presente los momentos actuales que vive nuestra sociedad, y aunque más no sea utilizando un criterio de oportunidad procesal, nos deben mover a la reflexión acerca de una adecuada solución a ‘esto’ que se denomina solución del conflicto. Pues bien, en mi personal opinión, considero, como antes decía, que estimarse como adecuada la imposición del mínimo legal por uno de los tres ilícitos incriminados -siempre claro está en el supuesto de una condena-, no resulta ser justo, razonable y menos aún lógico, todo ello teniendo en cuenta entre otras consideraciones, las pautas orientadoras y mensurativas de los arts. 40 y 41 del CP. En conclusión, entonces, y reiterando en este apartado lo que dijera en una oportunidad en el sentido que la Justicia no es un mercado donde impera la ley de la oferta y la demanda, sino que es algo muchísimo más importante, en la cual debe descansar la seguridad de todos los ciudadanos, voy a proponer a los restantes miembros de este Tribunal, que se rechace el acuerdo al que arribaran las partes (CPP, 398, letra ‘a’)...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

“...Disiento con el criterio sustentado por el colega que me precede, en la inteligencia que, en principio, ‘el rechazo debe atender a dos circunstancias: la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos -a nuestro ver debe entenderse su materialidad y la atribución a quien se estime responsable- y la razonabilidad de la calificación’ (cfr. D’Albora, Francisco J. en su ‘Código Procesal Penal de la Nación’, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.997, pág. 630), antes bien que a la concreta estipulación sancionatoria resultante del acuerdo entre las partes litigantes, salvo -claro está- que la misma no se ajuste al irrenunciable principio de legalidad, o que contenga una grosera e intolerable divergencia con la ‘pena justa’. Sin embargo, no advierto ninguna de esas excepciones en el caso ‘sub examine’, lo que decide mi voto por la afirmativa, al tratarse de mi sincera y razonada convicción (CPP, 398, letra ‘b’)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Viñas, causa nº 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

“...Coincido con el Dr. Ricardo Favarotto, en que, de acuerdo a las constancias de la IPP que da origen a esta causa, no sólo no se evidencia un apartamiento de la legalidad y razonabilidad (CN, 18,19, 28 y 33; C.Pcial. 25, 26 y 56) en la calificación que las partes han asignado, a los hechos materia de juzgamiento, sino que, además, tampoco así resulta en relación a la pena propuesta. Pues, la sanción máxima que solicitan las partes, de cinco (5) años de prisión y sus accesorias, no sólo es -legalmente- la que se corresponde al mínimo de un solo hecho, sino también al mínimo del concurso de los injustos traídos a juzgamiento, en tanto coincide con la mayor de las escalas mínimas con las que debe componerse jurídicamente (CP, 42, 55, 166 inc. 2º y 189 bis 4º y 6º párrafos). Asimismo, en orden al tope que prevé el art. 399 2º párr. del ritual y la confrontación del mínimo propuesto con las características de los hechos juzgados, ‘prima facie’, no puedo dejar de tener presente, en el caso del acusado, su primariedad delictiva, su favorable concepto vecinal y las circunstancias personales por las que viene gozando, hasta ahora, de la morigeración del encierro preventivo, lo que me lleva a pensar que, en caso de recaer sentencia condenatoria, la solicitada no sería una pena notoriamente injusta...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

“...En relación a la punición justa y el proceso abreviado, debo decir, que los fines de la Administración de Justicia y la Ley Penal, se cumplen no sólo cuando es posible medir una relación de proporcionalidad entre el daño producido por el delito y su respuesta punitiva (retribución que, es para mí,

inevitablemente sólo una arista del fin de la pena, a integrarse también con sus fines preventivos y de resocialización), sino también, y particularmente, cuando tal respuesta estatal llega a tiempo. Esto sólo sucede, cuando la condena se impone definitivamente en la mayor cercanía a la fecha del hecho y cuando además es efectiva, es decir, cuando queda consolidada y se ejecuta (pena real y cumplida), con sus consecuencias para la víctima, el autor y la sociedad toda (C. Pcial., 15). A tales fines, es evidente que el juicio abreviado -más allá de las críticas que puedan hacerse en muchos aspectos-, en la emergencia actual del Poder Judicial Penal provincial, ha resultado una herramienta sin cuya ayuda, se tomaría ilusoria aquella garantía constitucional de tutela judicial actual y efectiva...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.351, “Dogil, Javier Andrés s/ tenencia ilegítima de arma y munición de guerra, robo calificado por uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 207/03).

Límite en la aplicación del monto de la pena.

“...De haberse receptado en este decisorio la calificación consensuada, deviene meridianamente claro que la sanción convenida por los litigantes resultaría intangible; a saber: por el margen inferior, porque habría de coincidir con la mínima expresión punitiva correspondiente al *‘nomen juris’* acordado por las partes, con base en el texto del art. 168 -en función de la escala enervada del art. 44, 1er. párrafo- del Código Penal; y por el superior, porque esa magnitud no podría ser rebasada por estos sentenciantes, al menos, en el marco de esta modalidad juzgadora simplificada (CPP, 399, 2° párr.). Con otras palabras, menos pena no se le hubiera podido aplicar a la acusada; más, tampoco...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.850, “Kordich, Vanesa Lucía s/ tentativa de extorsión”, [J.A.], sent. del 20/08/03, R. 206/03).

Necesidad de acreditar aquellos extremos que deben reunirse a fin de tornar viable la solución alternativa del juicio abreviado.

“...Entiendo que si lo actuado por el Ministerio Público Fiscal, durante el desarrollo de la Investigación Penal Preparatoria, no alcanza a cubrir las diligencias mínimas que permitan sostener su requisitoria de elevación en un juicio abreviado, es decir, que permitan acreditar los extremos de materialidad, autoría y responsabilidad (CPP, 395/9), corresponde más que rechazar el acuerdo, absolver al encartado por esos hechos. Así lo ha resuelto este Tribunal en su anterior integración, en la causa n° 49, caratulada *‘Marín, Javier Ezequiel’* (sent. del 27/04/99, R. 016/99), al señalar que: *‘...La necesaria desformalización de la I.P.P. que no sólo refuerza su carácter preparatorio, sino que afirma -y limita- su función de fuente de elementos convictivos mínimos e indispensables para fundar, a su debido tiempo, pedidos de medidas de coerción real o personal, y/o una acusación para llevar a juicio al procesado, no puede llegar al extremo de obviar trámites esenciales para una hipotética abreviación del trámite (CPP, 395 y sgts.)... La escasez del material instructorio que se advierte en las actuaciones preliminares... carecen de aptitud demostrativa para autoabastecer una respuesta asertiva al tema de la acreditación del cuerpo del delito, y donde ni siquiera existen piezas que a tenor de lo normado en el art. 399 del CPP, permitan, en esta instancia, reconstruir el hecho pretérito con la seguridad de que se trató de un episodio delictivo, inclinan mi voto por la negativa...’* (del voto del Dr. Ricardo Favarotto al que adhirió el Dr. José A. Martinelli). Finalmente, advierto que es posible que el criterio expuesto en la valoración precedente, sea aplicado parcialmente, es decir, que tal deficiencia de la etapa instructoria, lo sea sólo respecto de parte de los hechos materia de juzgamiento y en cambio respecto de otros injustos sea posible reunir los elementos que se necesitan para arribar a un juicio de certeza...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 848, “Esteban, Juan Carlos s/ amenazas, encubrimiento y estafa”, [J.A.], sent. del 11/04/03, R. 060/03).

“...La configuración de una I.P.P. desacralizada, que permita recoger con rapidez y a la vez, eficacia, los elementos de convicción que abonen o ameriten el llegar a la etapa plenaria, no puede dejar de lado el debido control de legalidad. Comprendo, y muy bien, que la producción de la prueba de cargo sólo se establecerá en el debate plenario, y que el agente fiscal, en su rol de investigador objetivo como

lo llamó el Dr. Viñas (CPP, 56), ponderando los elementos colectados, deberá resolver los caminos a seguir, pero ello deberá ser así, en una forma razonable, lógica y si se quiere también, en una forma jurídica...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Favarotto, causa n° 848, “Esteban, Juan Carlos s/ amenazas, encubrimiento y estafa”, [J.A.], sent. del 11/04/03, R. 060/03).

LEGITIMA DEFENSA.

Bienes jurídicos defendibles.

“...Tal como lo interpreta Edgardo A. Donna al expresar que ‘...la ley argentina no trae ningún tipo de limitación en cuanto a los bienes o intereses jurídicos que pueden ser defendidos, sino que el único límite está dado por la idea de que sólo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria... Tampoco hay problemas en la defensa del honor, siempre que se den los requisitos de la defensa, especialmente la actualidad de la agresión ilegítima. Y este sería el caso de la persona que evita que prosigan los insultos...’ (cfr. ‘Teoría del delito y de la pena’, edit. Astrea, Bs. As. 1.995, tomo 2, págs. 140/1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Trogu, causa n° 1.160, “Muar, Fabián Oscar s/ homicidio y amenazas”, [J.A.], sent. del 17/04/03, R. 065/03).

Legítima defensa respecto de una legítima defensa de terceros.

“...Añado, todavía, que en nuestro régimen jurídicopenal resulta inaceptable una legítima defensa (en la especie, conjeturalmente ejercida por el victimario), respecto de una legítima defensa de terceros (en el caso, a cargo de la víctima), porque ‘...el carácter antijurídico de la agresión excluye la posibilidad de una legítima defensa contra una legítima defensa (incluso, de terceros). Nadie puede defenderse legítimamente contra quien, a su vez, se está defendiendo legítimamente (o lo está haciendo en favor de la persona o de los derechos de otro)...’ (cfr. Zaffaroni, Eugenio R., en ‘Manual de Derecho Penal’, edit. Ediar, 5ª edic., Bs. As. 1.986, págs. 491/2; con la salvedad que lo consignado en los paréntesis no está en la fuente consultada)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Trogu, causa n° 1.160, “Muar, Fabián Oscar s/ homicidio y amenazas”, [J.A.], sent. del 17/04/03, R. 065/03).

Legítima defensa y exceso.

“...Antes de ahora ya tuve oportunidad de sentenciar, a propósito del exceso, que ‘...cualquiera sea su naturaleza y caracterización jurídica, doy por sentado que éste requiere, a título de ‘conditio sine qua non’, de una causal justificante -en la especie, la prevista en el art. 34 inc. 6° del CP- sobre la cual se excede el autor, intensiva o extensivamente... Así lo explica Zaffaroni cuando escribió que ‘en nuestro texto, para que la conducta merezca una consideración de injusto menor, conforme al art. 35, es necesario que la misma se inicie justificadamente; ello se debe a que nadie puede ‘exceder el límite’ de un ámbito dentro del que nunca ha estado’ (cfr. ‘Tratado de Derecho Penal. Parte General’, edit. Ediar, Bs. As. 1.987, vol. III, pág. 642), y, parafraseándolo, cuando en una defensa falta desde el comienzo la agresión ilegítima (actual o inminente), ‘no puede haber exceso en la legítima defensa, porque no puede excederse de la legítima defensa quien no ha actuado nunca en legítima defensa’ (idem)... Todavía más; agrega el autor que esa conclusión ‘no significa excluir totalmente del ámbito del art. 35 el llamado exceso ‘intensivo’, sino sólo cuando el mismo se opera ‘ab initio’. Habrá una disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada continúa fuera del permiso, como cuando sigue la conducta que comenzó siendo defensiva, continuándose cuando ya ha cesado la agresión o su amenaza (exceso extensivo)’ (op. cit., págs. 642/3)...’ (causa n° 172, ‘Chevel, Eduardo Enrique’, sent. del 05/09/00, R.151/00)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y

Trogu, causa n° 1.160, "Muar, Fabián Oscar s/ homicidio y amenazas", [J.A.], sent. del 17/04/03, R. 065/03).

LESIONES GRAVES.

Diferencias con el delito de homicidio en grado de tentativa (CP, 42 y 79).

"...Con relación a la diferenciación entre los delitos de lesiones graves y tentativa de homicidio, creo oportuno citar el voto del Dr. Ricardo Favarotto en la causa n° 1.048, 'Laz, Aníbal Félix' (sent. del 21/11/02, R. 257/02), al que adhiriera conjuntamente con el Dr. Martinelli, en su oportunidad y que mantengo ahora. Allí expresó el colega, entre otras cosas, que *'...la frontera entre las lesiones graves causadas y la tentativa de homicidio puede ser tajantemente demarcada desde el punto de vista teórico, habida cuenta que en este último caso exigese el dolo de matar, o sea, el conocimiento y la voluntad del sujeto de querer realizar en la víctima el tipo objetivo de homicidio, dolo que, de adverso, está ausente en la primera de las hipótesis aludidas. 'En la práctica, sin embargo, es difícil distinguir un caso de otro' (cfr. Muñoz Conde, en 'Derecho Penal. Parte Especial', 12ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 45). De allí la imprescindible necesidad de recurrir a determinados 'indicadores externos' que revelen en la conducta del agente el dolo homicida, si es que lo hubo...'* Asimismo, el Dr. Favarotto sostuvo, con citas del mencionado jurista español, que *'...a veces el problema que se plantea es si la muerte fue provocada intencionalmente o fue, simplemente, una desgraciada consecuencia de un mal golpe propinado en una pelea sin intención de matar..., o, por el contrario, si a pesar de que no se produjo la muerte, las heridas causadas constituyen tentativa de asesinato. Y el Tribunal tiene que determinar entonces estos hechos con ayuda de criterios que ya no se derivan directamente de datos empíricos o inequívocos, sino de otros más imprecisos y, por tanto, proclives a valoraciones diversas. Así, por ejemplo, para resolver el problema antes apuntado de la distinción entre intención de matar e intención de lesionar, el Tribunal Supremo español recurre a 'indicadores' como la naturaleza del arma empleada, número y dirección de las heridas, existencia de amenazas previas entre el agresor y la víctima, actitud del agresor antes y después de la agresión, etc., pues sólo a partir de estos datos puede determinar o 'atribuir' una intención que de otro modo sería de imposible constatación y prueba'* (cfr. 'Búsqueda de la verdad en el proceso penal', edit. Hammurabi, Bs. As. 2.000, págs. 99/100)..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.341, "Benítez, Cristian René s/ tentativa de homicidio", [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 134/03).

"...Adscribo sin duda alguna al pensamiento que dice que la delimitación entre las lesiones consumadas y tentativa de homicidio, resulta ser clara en la teoría, no resultando ser así en el plano práctico (cfr. Francisco Muñoz, Conde en 'Derecho Penal, Parte Especial', 12ª Ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 45).... En resumen, entonces, con lo dicho no se puede dar por plenamente acreditado el dolo homicida que propicia el colega que lleva la palabra en el acuerdo, razón por la cual, estimo que la calificación adecuada al hecho en análisis, es la de lesiones graves, conforme lo previsto en el art. 90 del CP..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.341, "Benítez, Cristian René s/ tentativa de homicidio", [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 134/03).

Fallecimiento posterior de la víctima.

"...De lo expresado, entiendo que bien vale colegir que esa fractura expuesta de fémur, si bien se trataría de una lesión grave, no alcanzaría, a mi modo de ver, para determinar un desenlace fatal como finalmente ocurrió. En el gráfico obrante en autos, fácilmente se puede apreciar cómo quedó 'montado' el fémur derecho de la víctima; ahora bien, la circunstancia de haber quedado expuesto ese compuesto óseo (células, vasos sanguíneos, médula ósea, etc.) al aire o a elementos patológicos, estimo que bien pudo haber sido el inicio de una infección que sí, desembocó en el óbito de la joven víctima. O sea que, dicho en buen romance, el joven no murió a consecuencia de las heridas recibidas en el accidente de tránsito, sino por una infección acaecida luego de la operación de la que fue objeto. Típico

ejemplo de la denominada concausa. Así las cosas, estimo que la adecuada calificación al suceso del 'sub iudice', es la de lesiones culposas agravadas y lesiones culposas agravadas en concurso ideal entre sí (CP, 54 y 94, 2º párr.; t.o. ley nº 25.189, B.O. del 28/10/99)..." (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Viñas, causa nº 1.306, "Martínez, Pablo Marcelo s/ homicidio culposo agravado y lesiones culposas agravadas", [J.A.], sent. del 28/02/03, R. 024/03).

MORIGERACION DE LA PRISION PREVENTIVA.

Procedencia.

"...Considero que ante la renovada solicitud defensiva en favor de la atenuación de la coerción personal del reo, este Tribunal se encuentra no sólo habilitado, sino también obligado a efectuar un reexamen del 'thema decidendum', ante los nuevos elementos de convicción resultantes de los informes carcelarios y, sobre todo, de las conclusiones del dictamen médico forense. Así, en virtud del parte refrendado por la autoridad penitenciaria, el aludido padece adenocarcinomas (proceso tumoral maligno), que impone la necesidad de iniciar un tratamiento radioterápico, agregándose, enseguida, que el aludido está 'en mal estado general por su cuadro neurológico y por su patología de estirpe maligna, con metástasis (siembra a distancia)... el carácter de su enfermedad es grave, con muy mal pronóstico'. A su vez, requerido de intervención el médico legista de la Oficina Pericial deplal., dictaminó que 'el interno padece adenocarcinoma avanzado de posible origen pulmonar, con invasión a otros órganos. La enfermedad se considera avanzada, con pronóstico ominoso a corto o mediano plazo. En cuanto a su asistencia, sería conveniente para la misma hacerlo desde su arresto domiciliario, ya que se posibilitarían sus traslados y asistencia socio-familiar, dado el estado terminal de su patología'... Frente al preciso contenido de esos informes y dictámenes, a los que cabría adunar la ejemplar conducta carcelaria del interno, las favorables conclusiones del peritaje socioambiental y la inexistencia de objeciones por parte del Grupo Integral de Admisión y Seguimiento de la Unidad Penal nº 15, entiendo que la sugerencia negativa de la Junta de Selección conformada en el ámbito de la Jefatura del Servicio Penitenciario Bonaerense, deberá ser relativizada..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 927, "Duarte, Jorge s/ homicidio", sent. del 20/08/03, R.I. 402/03).

"...En primer lugar, porque no debe perderse de vista la situación procesal del beneficiario de autos, quien a la fecha carece de una sentencia condenatoria ejecutoriada, y desde que 'el estado de inocencia es una garantía de la seguridad jurídica para los individuos, así como las medidas de coerción personal son garantías para la eficaz realización del orden jurídico. El primero protege al individuo contra el abuso de autoridad; las segundas previenen contra un posible daño jurídico. Ambas integran la tutela jurídica a que el proceso está destinado, a cuyo fin deben converger en armonía para que la justicia triunfe con la menor afectación posible de la libertad' (cfr. Clariá Olmedo, Jorge en su 'Tratado de Derecho Procesal Penal', edit. Ediar, Bs. As. 1.966, tomo V, pág. 211); en todo caso, debe buscarse un punto de equilibrio que, razonablemente, suprima la tensión entre los polos opuestos..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 927, "Duarte, Jorge s/ homicidio", sent. del 20/08/03, R.I. 402/03).

"...En segundo lugar, porque el poder punitivo del estado tiene legitimidad (o validez en sentido sustancial, de acuerdo a la concepción minimista del derecho y del sistema penal que postula Luigi Ferrajoli en su célebre obra 'Derecho y Razón'), en tanto reconozca y admita ciertos criterios limitadores de su ejercicio, que lo hagan compatible con los derechos fundamentales del hombre, entre ellos, con el esencial principio de humanidad o respeto por la dignidad humana (CN, 75, inc. 22º: DUDH, art. 3º; PID-CyP, arts. 6º 1, 7 y 10; CADH, arts. 4º 1 y 5º 1 y 2), es decir, con el derecho a vivir y morir en forma digna, que impide que la pena (y con mayor razón todavía el encierro cautelar, que no reviste carácter sancionatorio) se desentienda de las particulares circunstancias del sujeto que la sufre; en este caso, no puede soslayarse que el causante es un enfermo con graves padecimientos físicos y con pronóstico

ominoso en el corto o mediano plazo...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio”, sent. del 20/08/03, R.I. 402/03).

“...Por consiguiente, conjugando en la especie esos dos criterios rectores (a saber: el *general*, que apunta a conseguir, en la medida de lo posible, una adecuada composición entre los derechos protectivos del imputado y los de la realización del orden jurídico; y el *particular*, que toma en cuenta las singularidades que reviste la situación de cada encarcelado), soy partidario de acceder a la peticionada morigeración del encierro preventivo, bajo la modalidad de la prisión domiciliaria (CPP, 163, inc. 1°), con control esporádico a cargo del personal penitenciario, autorizando sólo los egresos de esa morada que guarden directa relación con las necesidades terapéuticas que impone su delicado estado de salud...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 927, “Duarte, Jorge s/ homicidio”, sent. del 20/08/03, R.I. 402/03).

NULIDADES.

Afectación del derecho de defensa en juicio, por la omisión del deber de informar la existencia de esenciales pruebas de cargo, antes del inicio de la audiencia del art. 308 del CPP.

“...Que tal como ha quedado trabada la controversia acerca de la validez del acto cumplido (CPP, 308 y 317, 1ª parte), consideramos que le asiste razón a la defensa técnica, en cuanto abogó por la nulidad del relato que prestara su asistido ante el Agente Fiscal instructor, tras comprobar que en el mismo se había quebrantado el dispositivo del art. 312 del CPP al no habersele avisado, previo a dar inicio a la declaración, del contenido de las desgrabaciones telefónicas provenientes de la justicia federal local que, por entonces, obraban en poder de ese funcionario del Ministerio Público y que implican, a no dudarlo, prueba de cargo para el reo, incluso cuando la Fiscalía no las utilizara en su contra, ni las anexara -todavía- a la I.P.P., en virtud de un explícito requerimiento del magistrado actuante, incorporación que se produjo una vez concluido el trámite, ahora objetado...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

“...El Agente Fiscal ofreció en la audiencia preliminar suficientes explicaciones de su proceder, que dejan a buen resguardo su intachable objetividad y buena fe procesal. Sin embargo, al elegir entre honrar el compromiso verbal por él asumido -a través de interpositos funcionarios de ambas dependencias- con el titular del Juzgado Federal n° 1 de esta ciudad, quien dejara a su disposición las cassettes de mentas, pero a condición de no revelarlas, al menos, hasta nuevo aviso (*‘id est’*, hasta ejecutar el procedimiento que ese juez tenía previsto cumplir a raíz de esas *‘escuchas’*); o bien poner en conocimiento del causante esa prueba existente en su contra, como lo exige la precitada norma del ritual (art. 312); prefirió lo primero en desmedro de lo segundo, con lo cual -acaso, impensadamente- resolvió el conflicto de intereses que quedara así entablado en términos de eficacia y no de garantías...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

“...La *‘ratio essendi’* de la cláusula procesal contravenida se conecta, de modo directo e inequívoco, tanto con la operatividad del derecho a ser oído (que reconocen, en general, los arts. 18 de la Const. Nac. y 15 de la Const. Pcial. y, en particular, los arts. 75, inc. 22° de la primera, y 11 de la segunda, ambos con relación al art. 8, n° 1 del Pacto de San José de Costa Rica o C.A.D.H.), cuanto con la afectación del derecho del inculpado de contar con el tiempo y los medios indispensables para preparar su defensa material (art. 8, n° 2, letra ‘c’ de la C.A.D.H.); éste implica, a su vez, que el reo necesitará de algún lapso para imponerse (o para ser impuesto) de las constancias del expediente, accediendo, así, al conocimiento pleno, preciso y circunstanciado del suceso criminoso que se le atribuye y de las actuacio-

nes que lo vinculan a él. Aún antes de las reformas constitucionales nacional y bonaerense del '94, Julio B. J. Maier admonizaba que *'...de nada valdría que se escuchara al imputado si no se previeran, desarrollando el contenido real de la garantía, ciertos presupuestos y ciertas consecuencias para el ejercicio de este derecho (por el de ser oído), en miras a su propia eficacia, otorgándole así un significado mucho más preciso y valioso, para el principio estudiado, que el mero hecho de permitirle (facultad) vertir palabras en el procedimiento a través del cual se lo persigue penalmente. El problema, de esta manera, se complica bastante, pues la ley reglamentaria (CN, 28), para el caso, la ley de enjuiciamiento penal, debe prever, necesariamente, actividades previas y consecuencias posteriores en relación al ejercicio de esta facultad, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio. El desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como 'principio de contradicción...'* (cfr. *'Derecho Procesal Penal argentino'*, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.989, tomo 1, volumen b, págs. 316/7, pero lo consignado en el primero de los paréntesis es nuestro)...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

“...A su vez, en el art. 41 de su infructífero Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1.986, lo mismo que en su Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el autor citado incluía -entre las necesarias advertencias previas, a cualquier declaración del imputado- *'un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes'* (textual). El art. 312 del CPP de Bs. As. (ley 11.922), parece haber abrevado de esas fuentes, mejorando la fórmula sugerida por Maier. No se trata, claro está, de que con cada adicional reclutamiento de pruebas adversas durante la fase preparatoria, el Fiscal deba renovar, de manera inexorable, la convocatoria al imputado para deponer sobre la significación de las mismas, dándole, con ello, la chance de rebatirlas; aunque la ley lo faculta para hacerlo, *'siempre que lo considere necesario'* (CPP, 317 *'in fine'*). Sí, en cambio, debe anoticiarlo del comprometedor contenido de las ya producidas, en tanto revistan cierta trascendencia acreditativa, como es dable asignar en autos a las cintas y desgrabaciones de los diálogos telefónicos aludidos, incluso -y *'a fortiori'*- cuando le va a recibir, a su expreso pedido, el descargo personal al que se refiere el primer párrafo del art. 317 del código adjetivo, como ocurriera en el *'sub judice'*...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

“...Sintetizando; si el causante no fue informado en debido modo de una prueba (poco menos que) primordial existente en su contra (toda vez que ya en esa época, el Fiscal la tenía en su poder, aún cuando en virtud de la oralizada disposición del Juez Federal no estaba autorizado a divulgar, incorporándola al proceso), mal podría ejercer aquél su constitucionalizado derecho de defensa en juicio, enfrentando en desventaja o en neta inferioridad de condiciones los cargos que le fueran atribuidos antes de iniciar el relato que, en definitiva, se protocolizara en autos. Esa omisión, admitida por el propio instructor, implicó -dada la importancia de la prueba indicada- un menoscabo a la defensa que invalida la versión del causante, por lo que corresponderá así declararlo. Ergo, el precepto infringido no sólo constituye derivación del derecho de defensa en juicio (CN, 18 y 75, inc. 22º: C.A.D.H., art. 8, n° 1 y 2, letra “c”; CPBA, 11 y 15; CPP, 202, inc. 3º, 203, 2º párr. y 211), sino que, además, viene conminado con manifiesta sanción de nulidad (CPP, 201 y 312), lo que sirve de basamento bastante para anular la cuestionada diligencia (CPP, 308 y 317, 1ª parte)...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

Anulación del testimonio del imputado y de su madre.

“...Entre sus primeras sentencias (precisamente, datada en 1.864), la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso *'Mendoza'* (advértase que el decisorio aparece publicado en Fallos, tomo I, pág. 350 y sgts.), hizo lugar a la nulidad de la declaración del causante, convocado a absolver posiciones bajo juramento de decir verdad, sosteniendo que un citatorio semejante *'...es contrario al art.*

18 de la Constitución Nacional que dice en una de sus cláusulas: *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y que por consiguiente adolece de una nulidad absoluta...*. Asimismo, en *'Rodríguez Parnias, Oscar'*, donde un juez exhortado se negó a cumplimentar la rogatoria que le encomendaba inquirir a un testigo respecto de actos propios, relativos a su presunta intervención en un delito, la Corte cimerá dijo que le asistía razón a ese magistrado, en la inteligencia que *'...la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí misma se ve violada si se interroga como testigo, bajo juramento de decir verdad, a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos hechos que se trata de esclarecer...'* (Fallos: 227-63), sent. del 19-10-1.953. No es todo. Más de un siglo después del *'leading case'* *'Mendoza'*, en 1.971, idéntico criterio fue aplicado en el expediente *'Diario El Atlántico'*, donde amplióse el argumento primigenio al afirmar que *'...el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra... La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse ni siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad...'* (Fallos: 281-177)... (Por unanimidad, causa n° 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

"...Cualquier deposición juramentada de un sujeto imputado de delito, falta o contravención resulta incompatible con sus derechos fundamentales, en particular, con el que veda la autoincriminación coactiva. Ello sentado, debemos establecer, todavía, si en la especie, al declarar testifical y juramentadamente el causante revestía el carácter de imputado. Consideramos que se impone una respuesta afirmativa, toda vez que en el relato que prestara un testigo directo del suceso criminoso de autos ya se lo mencionó como partícipe en el mismo, por lo que su condición de imputado es innegablemente anterior al acto cumplido, en dependencias policiales y recibido bajo juramento de decir verdad, en franca violación al precepto del art. 18 de la CN (y 29 de la CPBA), con la interpretación emergente de los fallos preindicados de la Corte Federal..." (Por unanimidad, causa n° 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

"...Siendo así, se colige sin dificultad que en sede instructoria no se debió recibir declaración testimonial ni juramento al causante, cuando acababa de ser sindicado como uno de los presuntos intervinientes en el ilícito investigado en autos (CN, 18 y 75, inc. 22º: C.A.D.H., art. 8, n° 2, letra 'g'; P.I.D.C. y P., art. 14, n° 3, letra "g"; CPBA, 29; CPP, 202, inc. 3º, 203, 2º párr. y 310); en rigor, tampoco a su madre, quien también depuso en tal carácter (CPP, 201 y 234). Por ende, corresponderá acoger -con ese alcance- la sugerencia invalidatoria del defensor, decretando la insanable nulidad de tales actuaciones..." (Por unanimidad, causa n° 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

Excepción a la regla de exclusión probatoria. Doctrina del 'purged taint'

"...Ahora bien; la nulidad del acto cumplido no se expande, como lo pretendiera la defensa técnica del reo, hacia su descargo material (CPP, 308), habida cuenta que la regla de exclusión probatoria (CPP, 211), tal como la concibiera y desarrollara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos *'Charles Hnos.'* (Fallos: 46-36; en 1.891), *'Montenegro'* (Fallos: 303-1.938; en 1.981), *'Fiorentino'* (Fallos: 306-1.752; en 1.984), *'Rayford'* (Fallos: 308-733; en 1.986), y *'Daray'* (Fallos: 317-1.985; en 1.994), entre otros, reconoce una clara excepción -proveniente del derecho judicial estadounidense- en la denominada doctrina del *'purged taint'* (o del tinte diluido), aplicable al *'sub judice'* por las razones que puntualizaremos *'infra'*..." (Por unanimidad, causa n° 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

"...Se ha sostenido, y con acierto, que la exclusión de frutos probatorios *'no es necesaria si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida'* (cfr. Strong, John y otros, *'Evidence'*, pág. 317,

West Publishing, Minn., 1.992. The National Jurist: vol. 9, nº 6, Arlington, 2.000), fragmento citado por Maximiliano Hairabedián, en su obra *'Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal'* (prologada por José Ignacio Cafferta Nores, edit. Ad-hoc, Bs. As., 2.002, pág. 85/9). En línea con ese criterio interpretativo la Corte Federal señaló en 1.987 (*'in re', 'Ruiz, Roque'*), que *'la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática'* (Fallos: 310-1.847). Entre tales factores, en la especie, cabe aludir a los que siguen: *-i-* El acto viciado tuvo lugar, como quedara expuesto, el 6 de marzo de 2.002. *-ii-* Apenas tres días después se produjo la detención del involucrado (CPP, 151), imponiéndosele en ese mismo acto de las garantías mínimas incluidas en el art. 60 del CPP (además, de recibir copia de la orden judicial respectiva; CPP, 126); entre ellas, aquí interesa destacar aquella referida a *'que no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable'* (nº 3), firmando al pie del instrumento el detenido, su progenitora, un testigo hábil del acto y los funcionarios policiales intervinientes. *-iii-* Otro tanto se protocolizó, siempre con fecha 9 de marzo de 2.002, en un acta diversa que también cuenta con la rúbrica del causante. *-iv-* Aún antes de comparecer ante el Fiscal Instructor, el imputado mantuvo una entrevista con su defensa profesional de entonces. *-v-* Luego, el imputado concurrió a la audiencia del art. 308 del CPP, delante del representante del Ministerio Público, quien le hizo saber que *'puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique presunción de culpabilidad'* (textual), optando el causante por esta posibilidad. *-vi-* En fin, y a poco de cumplirse un año del acto procesal que aquí se invalida (es decir, el mentado como *-i-*), más precisamente, el día 28 de marzo de 2.003, el imputado declaró a tenor del art. 308 del CPP ante el Agente Fiscal asistido, en esta ocasión, por dos de sus tres defensores de confianza, que convalidaron tácitamente esa actuación, refrendando el acta sin formular objeción o reserva alguna. Una vez más (y van...), antes de comenzar el acto, se dejó expresa constancia que el compareciente *'puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique presunción de culpabilidad'* (textual), tras lo cual ejerció -rodeado de todas las garantías- el descargo material, ofreciendo su versión del suceso que se le atribuye en esta causa..." (Por unanimidad, causa nº 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

"...Ergo, estimamos que no sólo por el prolongado lapso transcurrido (más de un año), entre el indebido testimonio que el causante prestara al inicio de la investigación, y el relato judicial impugnado, sino también por la serie de actuaciones y circunstancias interferentes, y no obstante haberse omitido relevarlo del originario juramento de expedirse con la verdad, los efectos de este último han sido licuados, tomando de aplicación al caso la doctrina americana del *'purged taint'*, lo que conlleva una razonable neutralización de *'the fruit of the poisonous tree'* y, por eso mismo, el rechazo de la pretensión invalidante que ejercitara la defensa profesional del reo en la audiencia preliminar (CPP, 202 nº 3 y 207, ambos *'a contrario sensu'*)..." (Por unanimidad, causa nº 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

"...Por consiguiente, cabe epilogar que tales nulidades no se extienden a otros actos procesales, toda vez que las actuaciones devenidas inválidas no fueron invocadas como elemento (principal, y ni siquiera secundario) de convicción de las secuencias esenciales posteriores del trámite cumplido en autos, entre las que cabe resaltar la solicitud y el auto de prisión preventiva, el requerimiento y el auto de elevación a debate, por lo que se impone repeler el alcance irradiado que se le ha querido atribuir, manteniendo la legalidad de todas esas actuaciones procesales (CPP, 207 *'a contrario sensu'*)..." (Por unanimidad, causa nº 1.889, "Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio", [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

Indefensión ante la denunciada divergencia entre el nombre jurídico del delito y la individualización numérica de la disposición que lo describe y reprime en el Código Penal.

"...En la audiencia preliminar la defensa particular de los enjuiciados de autos, dejó planteadas dos situaciones que, a su entender, *'per se'* -o, mejor todavía, acoplando la primera a la segunda- serían causales determinantes de un estado de manifiesta indefensión jurídica de sus comitentes, incompatible con lo preceptuado por el art. 18 de la Const. Federal y demás normas reglamentarias de la garantía. Sin

embargo, en lo concerniente a la apuntada divergencia entre el '*nomen iuris*' o designación lingüística de uno de los plurales encuadramientos típicos, a que diera lugar el último de los hechos de esta causa (o sea, respecto del '*daño agravado*'; en el caso, en confluencia ideal con la resistencia a la autoridad del art. 239 y según las reglas del art. 54, ambos del CP), y la individualización numérica del inciso del art. 184 del Cód. Penal en el que se subsumiera ese daño cualificado (es decir, al consignarse repetidamente el n° '5', en vez del '1'), tal como puede verificarse en las actuaciones preparatorias, y teniendo a la vista el intercalado despacho del propio Fiscal instructor donde se hace expresa mención a un error material en el número, consideramos que la circunstancia expuesta es ineficaz para enervar la validez formal de los actos instructorios cumplidos..." (Por unanimidad, causa n° 1.872, "Barraza, Ramona Mercedes y otro s/ daño, resistencia a la autoridad y daño agravado", [I.], sent. del 14/11/03, R. 614/03).

"...Obsérvese que tanto en el citatorio a prestar declaración ante el Agente Fiscal y, por su re- envío, en las propias comparecencias judiciales de los causantes (CPP, 308), cuanto en el requerimiento de elevación de la causa a juicio (CPP, 334/5), los sucesivos representantes del Ministerio Público Fiscal individualizaron con redacción clara, precisa y circunstanciada en qué consistía las ilicitudes '*prima facie*' atribuidas a los aludidos, más allá del intrascendente error material al que se refiriera uno de ellos. Por lo tanto, no advertimos, como lo enfatizara la defensa, que se hayan infringido normas legales (CPP, 201 y 202 n° 3, ambas en sentido opuesto), ni constitucionales (CN, 18 también a contrario), que pudieran haber engendrado la indefensión de sus pupilos; máxime cuando la concepción romanística, plasmada en el '*Codex Gregorianus*', de que la nulidad equivale al mero quebrantamiento o incumplimiento de cualquiera de las formas del acto, ha sido bicentenariamente abandonada, a partir de la sanción de la codificación Napoleónica que -en su primigenia versión- consagró el sistema de las nulidades específicas, expresas o taxativas, luego, complementada con el reconocimiento de vicios e irregularidades de orden general..." (Por unanimidad, causa n° 1.872, "Barraza, Ramona Mercedes y otro s/ daño, resistencia a la autoridad y daño agravado", [I.], sent. del 14/11/03, R. 614/03).

Indefensión frente a la necesidad de contar con una defensa técnica efectiva.

"...Más compleja parece ser la denuncia de la defensora particular relativa a la existencia de una defensa técnica sólo aparente o ficta durante el período instructorio, cuando se refiriera, en concreto, a la actuación que le cupo en autos a su predecesor procesal. En el caso '*Rojas Molina*' (Fallos, 189:34), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1.941, tuvo ocasión de exponer que '*desde la primera intervención de todo acusado en un juicio el juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor... y si no lo hace se le nombra de oficio... Esa interpretación concuerda con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional que, según esta Corte ha dicho reiteradamente en materia criminal, consiste en la observancia de las formas substanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia...*' Es más, agregó el Alto Tribunal que en el '*sub iudice*' '*...se han violado reglas esenciales del procedimiento; el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado... Toda la estructura del Código de Procedimiento demuestra la necesidad de una defensa efectiva...*'. A su vez, en 1.987, al resolver el caso '*Fernandez*' (Fallos, 308:1.386), la propia Corte suplementó que '*la garantía de la defensa en juicio en materia penal no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende... a la provisión por el Estado de los medios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la función pública y quien debe soportar la imputación, mediante efectiva intervención de la defensa...*' Por último, la Corte Nacional censuró la manifiesta pasividad del defensor particular de '*Ojer González*' (Fallos, 315:2.984; publ. en '*La Ley*', 1.993-B-285), quien soslayó las reiteradas solicitudes recursivas de su cliente, que pretendía, sin ser asistido jurídicamente, alcanzar la revisión extraordinaria del fallo de los jueces de grado. Situaciones similares se presentaron en los casos '*Scilingo*' (Fallos, 320:854) y '*Albarenque*' (Fallos, 322:1.329), ambos publicados '*in extenso*' en los '*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*' (Año VI, N° 10, edit. Ad-hoc, Buenos Aires 2.000, págs. 198/206 y 209/16, en ese orden..." (Por unanimidad, causa n° 1.872,

“Barraza, Ramona Mercedes y otro s/ daño, resistencia a la autoridad y daño agravado”, [I.], sent. del 14/11/03, R. 614/03).

“...Sirva lo expuesto, a modo de reseña, para enmarcar la trascendencia constitucional que reviste el tema en análisis, aun cuando nos apresuramos a decir que no percibimos, en la especie, la grave situación de indefensión a la que aludiera la nueva asistente jurídica del reo al esgrimir y fundamentar su pedido invalidante. Obsérvese, en sentido opuesto al indicado por la nulidicente, que en el comparendo a los fines del art. 308 del CPP del causante, dejóse constancia que *‘el detenido mantuvo una entrevista privada con dicho letrado’*, y otro tanto sucedió en el de la coimputada de autos donde se consignara que la misma *‘mantuvo una entrevista privada con dicho letrado’*, actas que fueran suscriptas por los propios imputados y que, por lo demás, se condicen con sendas atestaciones de la Defensa Oficial de otrora...” (Por unanimidad, causa n° 1.872, “Barraza, Ramona Mercedes y otro s/ daño, resistencia a la autoridad y daño agravado”, [I.], sent. del 14/11/03, R. 614/03).

“...Si la defensa, tras notificarse del contenido de la requisitoria de elevación a juicio, omitió instar el sobreseimiento o el cambio de calificación, u oponer excepciones, es -o pudo ser- un aspecto de carácter estratégico de la defensa, cuya necesidad o conveniencia no le corresponde evaluar a este organismo jurisdiccional, mientras no se revele, como no sucede en el asunto que nos ocupa, un obrar ostensiblemente negligente e incompatible con la garantía del art. 18 de la CN. Respecto de la invocada imposibilidad de la Defensa Oficial de tomar contacto personal con sus asistidos -ambos en libertad, urge precisarlo- a fin de evacuar la vista conferida en el art. 338, 1ª parte, del CPP, corresponde decir que más allá de la inexactitud que le atribuyera a ese aserto la nueva defensora de los enjuiciados, en modo alguno se les ha cercenado o limitado el derecho a ofrecer pruebas pertinentes con miras al debate oral, público y contradictorio, al extremo que la misma nulidicente introdujo en la audiencia preliminar una perito y dos nuevos testigos de la defensa, a cuya anexión a la nómina de comparecientes en la audiencia plenaria no se opuso el Fiscal de Juicio, y habrán de ser favorablemente acogidos *‘infra’*, de conformidad con el criterio de amplitud probatoria emergente del art. 209 del CPP. Todo lo expuesto sella, a nuestro entender, la suerte adversa de los requerimientos nulificatorios en responde (CN, 18 *‘a sensu contrario’*)...” (Por unanimidad, causa n° 1.872, “Barraza, Ramona Mercedes y otro s/ daño, resistencia a la autoridad y daño agravado”, [I.], sent. del 14/11/03, R. 614/03).

Obligación de notificar los peritajes. Sanciones a su incumplimiento.

“...En lo atingente al pedido del defensor para que se declare la nulidad del dictamen pericial mentado, por haberse violado las previsiones del art. 247 del CPP, al no cumplirse con la notificación previa a la defensa, estimamos que -aquí, sí- le asiste razón, desde que las constancias de autos avalan la exactitud de lo afirmado por el letrado, y toda vez que la normativa invocada sanciona de ese modo el incumplimiento de las formas esenciales del acto cuestionado. Con carácter más bien general, cabe precisar que -salvo casos de urgencia, que no es la situación de esta causa- la correcta notificación del estudio técnico a practicarse, necesariamente, debe comprender: el objeto del trabajo pericial o puntos de examen, los peritos designados al efecto, la fecha y el lugar en que se llevará a cabo, para que la defensa profesional (o el sindicato por el delito de que se trate) pueda ejercer, si así lo desea, sus legítimos derechos de control... Por último, corresponde decir que la mentada sanción por la irregularidad del acto no se propaga a otras actuaciones conexas del proceso, toda vez que aquellas en las cuales el informe pericial devenido nulo se invocó como elemento convictivo (entre las que sobresale el requerimiento de elevación a juicio), no lo ha sido de manera exclusiva ni excluyente, sino integrando un plexo incriminatorio junto a distintas piezas de la fase preparatoria cuya validez formal no ha sido cuestionada por la defensa, revestidas de autonomía y suficiencia para mantener incólume su legalidad (CPP, 207, 2º párr. y 209, aquél *‘a contrario sensu’*). Sin perjuicio de ello, es del caso resaltar que está prevista (al menos, en abstracto) la posible renovación de la pericia anulada, antes o durante el desarrollo del debate oral y público, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo final del art. 207 del CPP...” (Por unanimidad, causa n° 1.816, “Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo”, [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

“...Distinta suerte habrán de correr los planteos examinados, pues mientras que, por un lado, resulta inaceptable el relativo a la invalidez de la autopsia, desde que la concreción de la misma le había sido notificada con antelación a la defensa del causante, que la presencié (es decir, en estricto acatamiento a lo prescripto en el art. 247 del CPP); en cambio, el peritaje histopatológico ulterior fue correctamente objetado por la nueva defensora particular del imputado, al haberse omitido cumplir con esa manda del rito. Si bien este último dictamen no es más que un desprendimiento (o informe complementario) del estudio cadavérico originario, la unidad del acto pericial -entre ambos- no es tal y, por lo tanto, el Agente Fiscal debió cumplir, previo a su realización, con la esencial formalidad del art. 247 del CPP. Al no hacerlo, la nulidad viene impuesta de modo taxativo en la norma aludida. En fin, la mención defensiva del art. 249 del CPP (cuya inobservancia, cabe subrayarlo, no prevé sanción de nulidad), resulta inaudible en situaciones, como las de autos, donde resulta materialmente imposible concentrar en una única sesión estudios periciales de diversas especialidades médicas...” (Por unanimidad, causa n° 1.889, “Luna, Martín Ismael y otro s/ homicidio”, [I.], sent. del 19/12/03, R. 693/03).

OBJETO PROCESAL.

Intangibilidad.

“...Como planteo subalterno, que ahora adquiere plena virtualidad en virtud de lo decidido en el tópico que precede, el Agente Fiscal petitionó que -en el caso de considerarse que el imputado revistió la calidad de funcionario público- este Tribunal ‘se expida acerca de la validez o no del proceso, teniendo en cuenta el suceso por el que ha sido indagado el causante’ (textual). En mi opinión, no existen motivos invalidatorios por dos razones; a saber: primero, porque de la misma manera que la instrucción penal a cargo del Ministerio Público Fiscal es esencialmente *preparatoria* (además, debería ser breve y desformalizada, aunque -por lo general- deja bastante que desear en estos dos últimos aspectos), las adecuaciones típicas sustentadas a lo largo de esa fase investigativa o etapa inicial del proceso son siempre *provisionales* (o, lo que es igual, recién pasan a ser *definitivas e inamovibles* cuando, tras la práctica de la prueba en el debate oral, se formula la acusación, ejerciendo una concreta pretensión punitiva en contra del enjuiciado); y segundo, porque la intangibilidad del objeto procesal debe ser predicada con referencia a un comportamiento pretérito, y no a la figura singular o tipo penal bajo el cual se subsume esa conducta humana, habida cuenta que lo que se trata de identificar durante la instrucción preparatoria (incluyendo el requerimiento de elevación a juicio, previsto en los arts. 334/5 del CPP) es el suceso criminal, es decir, el ‘*factum*’, sin perjuicio de las ulteriores sintonizaciones jurídicopenales (prueba mediante, como no podría ser de otro modo), y, claro está, siempre y cuando no sorprenda al causante y a su defensa con contenidos imputativos que ellos ignoren, generando así situaciones de indefensión...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.734, “García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa”, [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

“...Respecto de este último razonamiento, y a la vista de las precisas descripciones fácticas contenidas en la IPP, considero que la identidad del objeto procesal ha sido debidamente resguardada, muy a pesar de las divergentes adecuaciones típicas consignadas en los diferentes actos jurídicoprocesales que la integran (v. gr., CPP, 308: CP, 172; CPP, 326, 1ª parte: CP, 173, inc. 2º; CPP, 326 ‘*in fine*’: CP, 42 y 173 inc. 7º; CPP, 308; CP, 42 y 174 inc. 5º; CPP, 334/5: ídem; CPP, 337: ídem), resumidas con sus respectivas abreviaturas dentro del paréntesis...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.734, “García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa”, [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

OMISION DEL FISCAL DE EVACUAR LAS CITAS VERTIDAS POR EL IMPUTADO.

Consecuencias.

“...Una de las respuestas brindadas por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de hacer uso del derecho a réplica que le otorga el art. 368, 4º párr., del CPP, ha sido el expresar que las citas efectuadas en forma vaga o ambigua, están supeditadas a lógicas y humanas razones de factibilidad para su producción, lo cual entiendo que es cierto. A ello le agregaría que lo que a mí me interesa, ya en orden a derechos y garantías de orden constitucional, es que el causante haya tenido la oportunidad de expresarse, de dar su versión de lo sucedido y ello, en forma coherente y concreta...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

“...Por mi parte, quiero agregar que, en su caso, de haberse producido la omisión denunciada por la defensa, el incumplimiento del deber impuesto al Agente Fiscal instructor en el art. 318 del CPP no viene conminado con sanción expresa de nulidad, ni implica menoscabo a disposición alguna relativa a la intervención, asistencia y representación del causante. Además, considero que la defensa profesional del acusado pudo remediar la denunciada inobservancia del dispositivo formal sobre la evacuación de citas en su ofrecimiento de prueba originario (CPP, 338 1er. párrafo), y aún después, durante el juicio (CPP, 363), y si así no lo hizo le son aplicables las consecuencias jurídicas de la doctrina de los actos propios...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, “Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado y encubrimiento”, [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

PECULADO DE SERVICIOS.

Atipicidad.

“...Considero que el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos por peculado de servicios, previsto y reprimido por el art. 261 2º párrafo del CP, está constituido por la afectación, vulneración o traición de la confianza pública, aprovechando de la facilidad para delinquir que le brindan al sujeto activo cualificado, las potestades que posee para disponer de los fondos públicos o servicios pagados con los mismos. Como corolario de ello, no puede escindirse del cuerpo del delito, la necesidad de concurrencia del *‘empleo indirecto de fondos públicos’* a la que se refiere el núcleo típico; por ende el delito se consuma, cuando la utilización del trabajo o servicio al que solo tiene derecho la Administración Pública por habérselos abonado con dineros públicos, se destina en beneficio del propio funcionario o de un tercero. En el supuesto específico de autos, no es certero a mi juicio, descomponer los tractos de conductas y aislarlos cual si fueran compartimientos estancos. La unidad y continuidad de la conducta en el tiempo y a través de sus particulares manifestaciones, es decir, el empleo del servicio y además en provecho propio, se impone. Sorteado ello, el cuerpo del delito lo constituye *‘el empleo en provecho propio del servicio pagado por la Administración’*, toda vez que si éste se destinara al beneficio de la propia entidad, la conducta sería atípica...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

Presupuestos típicos.

“...Esta norma prevé el delito de *‘malversación de caudales públicos por peculado o aprovechamiento de servicios públicos abonados por el Estado’*, que describe como *‘...emplear en provecho propio (del funcionario público del que se trate pues requiere en su autor esta condición subjetiva específica) o de un tercero, trabajos o servicios pagados por la administración pública...’*. En cuanto a la acción típica de emplear, se ha entendido en la doctrina nacional, que ella consiste en *‘ocupar’*, *‘encargar’* o *‘utilizar’* el trabajo o servicio pagado por el Estado, distrayéndolo de este modo de la esfera de la administración (ver al respecto Carlos Fontán Balestra en *‘Derecho Penal. Parte Especial’*, obra actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, edit. Abeledo Perrot 15ª edición, pág. 872 n° 2; Carlos Creus en *‘Deliti-*

tos contra la Administración Pública, edit. Astrea 1.981, págs. 341/2). Lo punible es la desafectación de un trabajo o servicio de su destino natural, lo que creo que en este caso, no se ha probado de modo indudable, pues a lo sumo pudo haber prestaciones sucesivas en beneficio del directorio de la empresa pública y de sus integrantes, pero en tal caso, me pregunto, ¿ello encuadra inequívocamente en la figura legal propuesta?, ¿quién abonó cada una de esas contrataciones?, y ¿quién tuvo el dominio pleno de los actos ilícitos que pretende la fiscalía que se tengan por probados?...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

“...Finalmente, cábeme decir que la conducta ilícita investigada, se trata de un delito doloso, que al decir de Carlos Creus (op. cit., pág. 348/9) requiere en su autor ‘...el conocimiento del carácter del trabajo o servicio y la voluntad de desviarlo de su destino administrativo empleándolo en provecho del funcionario...’, se debe tratar de una necesidad extraña a la Administración, por lo que tal autor entiende que el dolo del delito ‘...no se conforma con el dolo eventual’, debe ser actual, directo y cierto. He dicho ya, en anteriores valoraciones, que los imputados creyeron necesario defender el prestigio de la entidad, o del Directorio como órgano, en cuanto a la legalidad de sus políticas y procedimientos administrativos, y que por ello requirieron y se pagó (por el ente, luego de verificado el cumplimiento de la prestación profesional por este letrado) los servicios correspondientes. Tal actuación del abogado de mentas no necesariamente tenía que implicar que la presentación aludida, fuera también en beneficio de los imputados, pero si la incluía, aunque fuera tácita o indirectamente (pues no advierto como indudable que fuera una defensa directa y manifiesta de los encausados), no encuentro acreditado de modo inhesitable, que ello implicara o fuera el objeto de una actuación dolosa de los encausados, sino más bien que, si medió responsabilidad penal en tal presentación por la defensa de intereses encontrados, en realidad aludiría a otra conducta típica, no atribuible a los enjuiciados. Si el dolo se acredita con el comportamiento de los imputados, la prueba reunida en este caso, no me permite concluir, sin duda alguna, que los actos por ellos realizados hayan implicado un conocimiento definitivo y la intención de utilizar los servicios profesionales del citado profesional, por los que la empresa pública le habría pagado, toda vez que cuando quisieron que ese abogado los defendiera, después de conocer la certificación de la finalización de su tarea para el ente, lo fueron a ver para contratarlo directamente y le abonaron personalmente sus honorarios profesionales. Las circunstancias que los encartados, tanto al obrar por el Directorio como personalmente, dejaron documentado todo su proceder, me conduce también a conformar la duda sobre la existencia del dolo directo requerido por la conducta ilícita que se les reprocha...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

Tipicidad de las conductas en juzgamiento.

“...Hace tiempo aprendí a desconfiar de los nominalismos, en general, y de los nominalismos jurídicos, en particular, acaso, simplemente, porque considero que las cosas son lo que son y no (o no sólo) lo que se dice de ellas, de manera que se las debe conocer y diferenciar por sus propiedades esenciales y cualidades intrínsecas, antes bien que por la terminología que se haya usado para designarlas. *‘Non refert quo nomine res veletur’*. En esa inteligencia, a pesar del formato procesal que reviste la presentación *‘sub examine’*, no puedo menos que sostener que es fácilmente verificable que, en rigor, la pretendida contribución al esclarecimiento de la verdad en los sucesos de apariencia criminosa que eran materia de investigación, no consiste más que en actos de defensa, no ya (o no tanto) de la empresa, sino (y sobre todo) de sus directores, quienes por entonces ya revestían la condición de imputados, desde que el accionante los había sindicado como tales en su denuncia, refiriéndose a ellos como posibles autores, cómplices o encubridores de ilícitos funcionales...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

“...Por consiguiente, considero innegable el aprovechamiento de los causantes de servicios profesionales externos, contratados por ellos mismos y solventados con fondos del erario público, y en

prueba de ello sostengo que la presentación de marras se revela ostensiblemente favorable no ya (o no sólo) a la empresa municipal, sino en forma preferencial a los imputados. Si bien es lícito (y de toda justicia) que los gastos de trabajos y servicios en beneficio exclusivo o preponderante de ese ente público, deban ser soportados por éste (en última instancia, por la comunidad de los usuarios del sector), deja de serlo (lícito y justo, a la vez) cuando esas tareas que redundan en provecho (si no único, al menos predominante) de los funcionarios jerárquicos que lo administran, no son sufragadas por éstos con dineros propios, sino con los de la corporación, pues cuando esto último ocurre, o sea, cuando se utiliza en interés personal de los directivos servicios (propios y/o externos) que pertenecen a la administración pública, se comete la acción típica del art. 261, 2º párr. del Cód. Penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa nº 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

PENA.

Determinación, fundamento y finalidad.

“...Como sostiene la Dra. Patricia Ziffer en ‘Lineamientos de la Determinación de la Pena’ (edit. Ad-hoc, Bs. As. 1.991, pág. 23), ‘...la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito...debe buscarse la pena más adecuada para cada caso...debiendo clasificarse y ponderarse distintos tipos de información acerca del hecho y del autor...pena justa es solamente aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto...’, añadiendo, por mi parte, que tal individualización tendrá, además como parámetro fundamental, la medida de la culpabilidad de los imputados en los hechos que se les reprochan a cada uno de ellos... Asimismo para individualizar la pena, debe tenerse en cuenta, que, dentro de los parámetros que marcan las escalas punitivas aplicables, inciden en el tipo a elegir, su cuantificación y el modo de ejecución, la idea que se tenga acerca de los fines de la pena (ver Ziffer, op. cit., pág. 95); siendo ellos para mí, primordialmente: a.) como mínima esencia retributiva y de preservación de la paz social, la satisfacción de un principio de justicia distributiva, que contenga el sentimiento de venganza que en la población genera la impunidad de los delitos y que hace que se ‘deba dar a cada uno lo suyo’ y b.) ‘...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social...’ (ley nº 24.660, art. 1º)...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirió el Dr. Viñas, causa nº 1.250, “Espinoza, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado etc.”, [J.O.], sent. del 13/05/03, R. 087/03).

“...La sanción imponible al acusado deberá ser proporcional a su culpabilidad por el injusto cometido y acorde a su concreto grado de injerencia en el mismo, conforme, además, a las pautas aumentativas y reductoras de la responsabilidad que se individualizaran en los capítulos cuarto y quinto del veredicto (CP, 40/1), y, en fin, adecuada a las necesidades de prevención general y especial (ambas, en sentido positivo), que informan la concepción integradora de la pena, a la que este Tribunal ha venido adhiriendo en sus fallos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.513, “Cabas, Emiliano Federico y otro s/ robo doblemente agravado en poblado y en banda y por uso de arma”, [J.O.], sent. del 06/10/03, R. 254/03).

“...Tengo presente, en estos casos, lo que se manifestara en la obra ‘Programa de Derecho Criminal’. Nos dijo el maestro Francesco Carrara que ‘...el fin de la pena no es ni que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño padecido por él, ni que se amedrenten a los ciudadanos, ni que el delincuente expie su delito, ni que se obtenga su enmienda, sino que el fin primero, es el ‘restablecimiento del orden externo de la sociedad’. El expresado, es mi parámetro. Y a pesar que se pueda decir que la sociedad, que sus pensadores en el campo respectivo, hayan evolucionado, debo confesar que, en puridad, no son más que plurales teorías que no alcanzan a conmover en lo más mínimo mi pensamiento, puesto que me baso en realidades, o lo que en alguna otra sentencia anterior he dado en llamar el ‘estándar de la realidad’, que no admito que pueda ser dejado a un lado en aras de

puras abstracciones. Tampoco voy a rebatir todas y cada una de las muchísimas teorías que tratan acerca del fundamento y fin de la pena; pero para que no se me malinterprete, que no se piense que por lo dicho me adscribo al pensamiento formulado por Charles Macklin, dramaturgo inglés del siglo XVIII, cuando manifestó que *'el derecho es una especie de ciencia de la charlatanería'...*" (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 977, "Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo", [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

PORTACION DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL CONDICIONAL.

Atipicidad.

"...El causante es legítimo usuario de armas de fuego de uso civil condicionado, tal como se desprende del informe del RE.N.AR. Sin embargo, esa licencia reglamentaria sólo lo autorizaba a tener la pistola allí individualizada, y no a llevarla consigo, como quedara plasmado en el acta de secuestro, en plena consonancia con los testimonios recogidos en autos. De todos modos, la conducta que, sobre el punto, se le acrimina al nombrado no infracciona el dispositivo legal aludido en el requerimiento de elevación a juicio (CP, 189 bis 4° párr.; CPP, 334/5), donde el Agente Fiscal Instructor incluyó en el concurso delictual -a mi juicio, en forma indebida- a la tenencia ilegítima de arma de guerra de uso civil condicional. Por otra parte, es dable destacar que, en nuestro régimen jurídico vigente, la portación de armas de esa categoría no constituye un ilícito penal, tratándose -a todo evento- de una contravención administrativa que deberá ser perseguida y, en su caso, sancionada en ese ámbito..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.727, "Romero, Héctor Manuel s/ tenencia ilegítima de arma de guerra de uso civil condicional, etc.", [J.A.], sent. del 11/07/03, R. 183/03).

"...En efecto, ello es así en virtud de lo normado por el decreto n° 496/99 (B.O. del 14/05/99), que con el fin de reparar un evidente error legislativo (cfr. diario *'La Nación'* que en su edición del jueves 22 de abril de 1.999 tituló en primera plana, parte superior, *'Senado: insólito error en una ley sobre seguridad'*, subtitulando que *'En lugar de aumentar las penas por la portación de armas las redujeron; pidieron el veto presidencial'*, información desarrollada en pág. 13; ídem *'Clarín'*, de la misma fecha), se vio precisado a observar un fragmento del tercer párrafo del art. 189 del Cód. Penal (texto ordenado por ley 25.086), precisamente aquél por el que se penalizaba la portación no autorizada de armas de uso civil condicionado..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.727, "Romero, Héctor Manuel s/ tenencia ilegítima de arma de guerra de uso civil condicional, etc.", [J.A.], sent. del 11/07/03, R. 183/03).

"...Va de suyo que, mediando legítima tenencia del arma de figuración en el *'sub judice'*, la portación que se verificara en autos no constituye un obrar típico (sí, en cambio, una infracción administrativa que deberá ser derivada a su sede genuina), por lo que, al resolver acerca de este asunto, así deberá disponérselo, de conformidad con lo normado por el art. 36 de la ley 20.429, y sin mengua posible del principio *'ne bis in idem'* (cfr. Maier, Julio B. J. en *'Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos'*, Editores Del Puerto, pág. 624/5)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.727, "Romero, Héctor Manuel s/ tenencia ilegítima de arma de guerra de uso civil condicional, etc.", [J.A.], sent. del 11/07/03, R. 183/03).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Aplicación.

"...Descarto la posibilidad de examinar si existieron los dos últimos delitos, por entender que los verbos que definen tales conductas ilícitas (*'dar a los caudales o efectos que administra una aplica-*

ción diferente de aquella a que estuvieren destinados...’, en el caso del art. 260 del CP, y ‘...dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutar órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere’), no fueron incluidos en ninguna de las disposiciones fiscales, ni en las resoluciones jurisdiccionales, en virtud de las cuales los encausados fueron legalmente intimados en este juicio, por lo que, mal podría ser ahora objeto de sentencia, so riesgo de violar el principio constitucional y procesal penal de congruencia...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

“...Sobre este tópico, Julio Maier (cfr. ‘Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos’, Edit. Del Puerto 1.996, págs. 574 y 609) si bien acepta y hasta recomienda el uso de acusaciones alternativas o subsidiarias, como propuesta de posibles encuadramientos jurídicos de un único hecho materia de juzgamiento (ídem C.S.J.N. caso ‘María Soledad Morales’, Expte. ‘Luque, Guillermo Daniel. y otro s/ homicidio...’, sent. del 26/11/2002, publ. Suplem. Jurisp. Penal, La Ley 30/05/03, págs. 50/65), repele, en cambio, los supuestos en que se pretende un nuevo encuadramiento jurídico en base a hechos diversos a los intimados a los procesados. Así señala (op. cit., pág. 568), que ‘...la reglamentación rigurosa del derecho a ser oído... no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido la oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (‘ne est iudex ultra petita’). La regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema nacional (Fallos CSN, t. 242, p. 227; t. 246, p. 357; t. 302, p.328; t. 30, p.482; t.298, p. 104; t. 298, p. 308; t. 302, p. 791; t. 284, p. 54)’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.270, “Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos”, [J.O.], sent. del 10/06/03, R.136/03).

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

Constitucionalidad.

“...En tanto ‘...el derecho penal al violar los derechos del culpable en castigo de un delito, no realiza una violación sino una protección del derecho con tal que el mal que inflige al culpable no vaya más allá de las necesidades de tutela...’ (según Francesco Carrara en Programa de Derecho Criminal Edit. Temis Bogotá, 1.956, Parte General volumen I, págs. 6 y 7) y, si su aplicación se gobierna dentro del principio de Justicia Distributiva, por el cual se asigna a cada uno lo suyo (en la medida de su responsabilidad), los principios constitucionales de igualdad ante la ley, proporcionalidad y razonabilidad (CN 16, 18, 19, 28 y cctes.) no advierto que puedan resultar afectados. La Justicia Distributiva se cumple, no sólo cuando se sanciona penalmente a un sujeto que, luego de un juicio justo, fue hallado culpable por un ilícito a él atribuido, sino también cuando al asignársele la pena que le corresponde, se lo sanciona más severamente, porque sin receptor la advertencia de condenas penales anteriores, no supo limitar, en forma autónoma, su libertad de acción frente a la reiterada afectación de los derechos de terceros. El problema a resolver, entonces, pasa en parte, por los fundamentos de la asignación correcta de la sanción que corresponde aplicar a un caso, punto sobre el cual bien dice Patricia Ziffer (cfr. ‘Lineamientos de la Determinación de la Pena’, editorial Ad-hoc 2ª edición, 1.999, pág. 32) que ‘...operan valoraciones de muy diferentes clases; en ellas concurren muchas veces intereses contrapuestos que se deben compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima, y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas...’. Aquí entran a jugar los conflictos entre el Derecho Penal Mínimo y el Garantismo Penal, por un lado y la protección de las víctimas y la sociedad toda por el otro. Derivado del principio de derecho natural de Justicia Distributiva, surge el constitucional de igualdad ante la ley (CN, 16 y C.Pcial., 11) cuyo correlato es el tratamiento desigualitario en condiciones desigualitarias, y por el cual, así como juzgamos

de diferente modo a un sujeto que nunca cumplió penas respecto del que sí, no es posible resolver penalmente de idéntica forma, un mismo delito cometido por una persona que registra tres condenas privativas de la libertad efectivamente cumplidas y el mismo caso de otro sujeto que registra cinco o seis condenas a penas de igual naturaleza, también consumidas total o parcialmente las respuestas punitivas no pueden ser iguales (CN 16, C Pcial., 11, CP, 50/52). Frente a estos principios, afirmo que si admito la constitucionalidad de la reincidencia, no puedo sostener la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...En cuanto a la crítica constitucional de esta norma, para mí la misma no se inspira en las ideas positivistas -que rechazo de plano- del derecho penal de autor y el estado peligroso sin delito, pues tal previsión legal no se funda en un juicio de peligrosidad ‘ex ante’ sino ‘ex post’. Esto significa que no se presume subjetivamente una peligrosidad ausente de comportamiento peligroso, sino que se juzga como peligrosa, la verificación en la realidad, de la producción por el reo, de sucesivos hechos ilícitos penales por los cuales fue merecedor de sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, por los que cumplió efectivamente pena y cuyo cumplimiento no incidió en nada en su voluntad de apartarse de la ley, cuyos mandatos y prohibiciones no respeta en el comportamiento que motiva el nuevo juzgamiento. Al respecto, Edgardo Alberto Donna y María José Iuvaro, en *Reincidencia y culpabilidad, Comentario a la Ley 23.057*’ (editorial Astrea 1.984 págs. 95/96), comentando el art. 52 CP señalan que *‘...lo que hace la norma en cuestión es aplicar una pena suplementaria... el sujeto ...comprende menos la amenaza penal. La razón de ello es que la base de la sanción está en la peligrosidad objetiva, sustentada principalmente en las condenas anteriores...’*. La peligrosidad en que se funda la norma no es subjetiva del juez (y del legislador) sino la que resulta, objetivamente de la verificación que el reo, a pesar de haber sufrido la cantidad de condenas a penas privativas de la libertad, continúa con su actitud delictual en nuevos hechos...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Tampoco se viola el principio constitucional de culpabilidad (por reedición), en tanto la reprochabilidad penal por los hechos, respecto de los cuales ya cumplió pena, ya fue juzgada definitivamente, y por el nuevo hecho en el que viene a valorarse y juzgarse su conducta en reincidencia -ahora múltiple- está siendo juzgado y sentenciado con un juicio de reproche penal concreto y específico, en el que inciden -por sus antecedentes personales- conceptos de prevención especial. La sanción accesoria o suplementaria que se le impone en función del art. 52 del CP, tiene que ver con el modo de individualización concreta de las penas a imponer a ése autor en función de las agravantes, también concretas que le corresponden y se fundamenta esencialmente, en un principio de prevención especial, correlacionada con una particular culpabilidad, pues el juicio de reproche penal no es idéntico en el sujeto que viene reiterando una actitud de rebeldía hacia las normas jurídicos penales y de desprecio por los derechos subjetivos y bienes protegidos de terceros (principio de proporcionalidad). Cualquiera sea la posición que adoptemos respecto de la culpabilidad -como *‘reprochabilidad’*, *‘posibilidad de actuar de otro modo’*, *‘decisión consciente y querida a favor del obrar ilícito’*, *‘exigibilidad de otra conducta’*, *‘conducta antisocial’*, etc.- el carácter de múltiple reincidente tiene particular incidencia en su valoración...” (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Al tratar éste tema, dentro de la determinación de la pena la Dra. Ziffer (op. cit., pág. 63) señala que *‘...Stratenwerth coincide en que la influencia ejercida por las exigencias de la prevención sobre la conformación concreta del principio de culpabilidad se percibe tanto en la teoría como en la discusión de la reforma (en Alemania): ‘la medida en la cual la lesión de una norma es imputada a la culpabilidad de un autor ha sido evidentemente decidida desde el punto de vista de lo que se requiere para el mantenimiento del orden jurídico, es decir preventivamente’*. La política criminal ha influido siempre sobre la determinación de las reglas de la imputación penal:...se utiliza un concepto general y social de culpabilidad...’ Agrega luego que *‘...la evolución de la teoría de la culpabilidad demuestra que no es posible una separación estricta entre ambos conceptos’* (culpabilidad y prevención, pág. 67) y que

‘...entre culpabilidad y prevención existe una interrelación... la culpabilidad como fundamento de una pena no puede pretender validez sin estar orientada al fomento de un orden social como valioso. Los requerimientos preventivos de la pena no pueden elaborarse sin considerar reglas de responsabilidad aceptadas socialmente...’ (op. cit., págs. 68/9). Esta jurista señala, en relación a la valoración de la reincidencia (op. cit., pág.158) que *‘...para la ley: quien se dedica al delito no tiene una menor culpabilidad sino una mayor. La razón es puramente preventiva: resulta socialmente intolerable una disculpa total o parcial del reincidente...’* Y según Reinhart Maurach, *‘...mientras para el juicio general de culpabilidad basta con la observación de rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva) en el reincidente concurre además en sentido agravatorio, la representación de la punibilidad de su hacer...’* (cfr. *‘Tratado de Derecho Penal’*, T. II p. 546)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...El destinatario del art. 52 del CP es el sujeto que evidencia el mantenimiento de una voluntad de no respetar la ley (idéntica a los hechos por los que ya fue condenado anteriormente). Aquella persona sobre la cual, el sistema penal empieza a sentir el fracaso de sus respuestas, pues no obstante las reiteradas condenas que efectivamente ha sufrido, persiste en su decisión de vulnerar el ordenamiento jurídico en perjuicio de los restantes integrantes de la Sociedad; ciudadanos éstos que sienten temor porque ven en el reo, un perjuicio potencial (de alta probabilidad) para sus personas y bienes y reclaman del Estado la adopción de mayores resguardos, preventivos especialmente, respecto de futuros y probables ilícitos. Concordantemente con lo expuesto, el Dr. Juan E. Fégoli, integrante de la Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, al resolver en el caso Sosa (causa 1.568 Reg. 1.977, ver fallo completo en el artículo del Dr. Alberto Beraldi sobre *‘Inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.)’*, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Año IV núm. 8-B págs. 19/62), valora que *‘...si la pena es para el delincuente, a cuya personalidad se la procura adaptar lo más exactamente posible, de manera que su severidad ha de estar en relación directa a su mayor o menor temibilidad o el mayor o menor peligro social que represente, y si la repetición de dos o más delitos revela una mayor aptitud criminosa, tanto más considerable, si por haber sido ya condenado pone de manifiesto más acentuadamente todavía una tendencia antisocial remarcable y un mayor desprecio por la ley y la autoridad, va de suyo que la reincidencia constituye un elemento de juicio de gran valor en la individualización de la pena...’*” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...En relación a la discusión acerca de la naturaleza de la reclusión accesoria del art. 52 del Código Penal, tampoco me adscribo a una postura absoluta en cuanto a si se trata de una pena o una medida de seguridad. Para mí participa de los caracteres de la pena, especialmente por los fundamentos de su imposición (amenaza de mal y promesa de retribución) y su régimen de ejecución. Y participa de los caracteres de la medida de seguridad porque se aplica, con objetivos de prevención especial como última medida necesaria de política criminal, a delincuentes peligrosos objetivamente (múltiples reincidentes y/o habituales) con la finalidad de segregarlos de la sociedad, para evitar hechos ilícitos futuros que probablemente puedan cometerse en perjuicio de ésta. La existencia de los antecedentes objetivos de condenas anteriores cumplidas efectivamente, es condicionante de la aplicación de la medida, está sometida a un régimen carcelario específico y el cese del encierro indefinido está sujeto a la demostración de un proceso de readaptación (Ley 24.660 arts. 1, 5, 8,14, 17 inc. c, 57 y ccdtes., Decreto Reglamentario Nº 396/99 arts. 27 y 28, Ley 12.256, arts. 1, 4, 5, 8, 9, 13, 28, 93,94 y ccdtes.) tendiente a eliminar dicho peligro (ver Jorge De la Rúa, op. cit., pág. 925 núms. 134/136)...” (Del voto del Dr. Viñas, causa nº 1.433, “Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma”, [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Más allá de mi disidencia con respecto a la opinión dominante, este organismo jurisdiccional, en varias oportunidades, comenzando por la causa nº 841, *‘Amure, Fabián Alejandro’*, de fecha 10/12/01 (R. 255/01), y siguiendo con la nº 1.242, *‘Alvanezzi, Cristian Rubén’*, del 05/06/02 (R. 116/02), nº 1.392, *‘Dos Santos Britos, Claudio José’*, de fecha 18/11/02 (R. 256/02), nº 1.433, *‘Piccoli, Alberto*

Santiago Patricio, del 29/5/03 (R. 115/03) y, más recientemente, en la n° 1.656 *'Barrios, Juan Alberto'*, de fecha 25/06/03 (R. 156/03), ha resuelto declarar la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, prevista en el art. 52 del CP (CN, 18, 19 y 75, inc. 22; CADH, 5, 6 y 8.2; PIDCyP, 10 y 14.2), por lo que, en mérito a la deliberación mantenida con mis colegas y en honor a la economía procesal, a esos fallos me remito respecto de mi opinión en contrario, eximiéndome de mayores comentarios al respecto, entendiendo que por lo que dirán más adelante los otros magistrados, habrá que volver a declararlo de esa forma..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.839, "Yáñez, Claudio Ceferino s/ tentativa de robo", [J.A.], sent. del 28/10/03, R. 284/03).

Falta de petición del Fiscal para la aplicación del instituto.

"...No obstante lo dicho precedentemente, en este caso particular, entiendo que no puedo aplicar la accesoria del art. 52 del CP porque el representante de la *'vindicta pública'*, amén de sostener su inconstitucionalidad, no lo ha pedido expresamente, considerando que por imperio del principio acusatorio emergente del art. 368 del código ritual, si cuando el Fiscal de Juicio desiste de su pretensión punitiva, al Tribunal le está vedado asumir aquella representación y condenar; de idéntica forma, no es admisible que el Tribunal pretenda imponer esta sanción accesoria de la última condena del múltiple-reincidente, cuando tal Ministerio Público no la ha solicitado, so riesgo de asumir funciones inquisitivas, dentro de un sistema procesal claramente acusatorio como el que instituye la Ley 11.922..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

"...Así lo sostuvo el Sr. Juez del Tribunal Oral Federal, Dr. Roberto Atilio Falcone, en su artículo intitolado *'Del Principio Acusatorio y el Juicio Oral, Algunas Derivaciones'* (publicado en Revista El Derecho del 23 de octubre de 1.995; E.D. Tomo 164 p. 1122 y citado por el fallecido Dr. Francisco D'Albora en su *'Código Procesal Penal de la Nación Ley 23.984, Comentado, anotado y concordado'*, edit. Abeledo Perrot pág. 590). El nombrado procesalista penal del foro local, con citas del Dr. Zaffaroni (de la obra *'Reincidencia y condena Condicional'*, en Doctrina Penal (Abril-Junio de 1.984, pág. 167) trae en apoyo de su posición, un fallo de la Sala Penal del Superior Tribunal Español de fecha 18 de enero de 1.990, conforme al cual se resolvió que *'...la agravante específica de reincidencia no puede imponerse en la sentencia, si el Ministerio Público, única parte acusadora en la audiencia, no la solicitó en sus conclusiones definitivas por lo que resulta violatorio del principio acusatorio...'* Este requerimiento fiscal previo, entiendo que no es exigible en nuestro sistema para la declaración de la reincidencia simple, porque esta es una agravante que resulta impuesta por la ley de fondo, al verificarse sus circunstancias objetivas (condena a pena privativa de la libertad, de cumplimiento efectivo y que el reo ha cumplido total o parcialmente, CP, 50), no implica una sanción adicional a la pena, mientras que por el art. 52 del código de fondo, al múltiple reincidente se le agrega, a la pena que corresponda, una medida asegurativa adicional, que de no ser requerida (al igual que la condena principal) el juez no la puede imponer *'por sí'*. Por todo lo expuesto, me expido en forma negativa respecto de esta cuestión, por entender que el art. 52 del CP no vulnera en forma manifiesta normas constitucionales en materia penal, sin perjuicio de emitir mi opinión por la no aplicación al caso juzgado atento no haber sido ello instado por el representante de la vindicta pública..." (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

Inconstitucionalidad.

"...En principio, no puede obviarse que, según el tenor literal de la norma jurídica cuya abolición se auspicia, con la condena que le corresponderá por el injusto de autos, deberá imponérsele, como accesoria, la reclusión por período indeterminado del art. 52, n° 2, del Código Penal, que, además, deberá serlo de cumplimiento riguroso, toda vez que en la causa n° 379 del T.O.C. n° 25, Piccoli ya fue beneficiario de la ejecución suspensiva de esa sanción (CP, 26 y 52 *'in fine'*). Sin embargo, como es doctrina mayoritaria de este Tribunal *'...si la accesoria de reclusión por lapso intemporal del art. 52 del*

C.P. constituye una pena adicional a la última condena del multirreincidente o, en sentido inverso, una medida de seguridad contra el delincuente habitual, no deja de ser una cuestión de rótulos (que no es igual que adherir a teorías monistas, ni confundir las divergentes consecuencias que se derivan de una y otra), que en nada modifica su esencia de grave derivación aflictiva del derecho a la libertad, ni su carácter lesivo a los principios constitucionales de culpabilidad, de proporcionalidad y de respeto a la dignidad de la persona humana (CN, 75, n° 22: CADH, 5.6 y 8.2; PIDCyP, 10 y 14.2)... Como corolario sostengo que las dos hipótesis previstas en el art. 52 del CP traen aparejado para el autor reincidente un 'plus' sancionatorio, un castigo adicional innecesario -así, mientras no se acredite lo contrario-, una consecuencia jurídicamente adversa para el condenado, añadida a la pena por su culpabilidad en el injusto cometido, de duración indefinida (aunque nunca inferior a los cinco años y a cumplir en un establecimiento penitenciario federal: CP, 53), que cualquiera sea su naturaleza (dentro de las formas de respuesta social formalizada que adquiere el sistema dual o binario), implica un remedo de la defensa social, fundada, exclusivamente, en la temibilidad o peligrosidad del sujeto que se extrae, sin posibilidad de prueba en sentido opuesto, de su vida pasada...' (causa n° 841, 'Amure, Fabián Alejandro', sent. del 10/12/01, R. 255/01; criterio reafirmado, siempre por mayoría, en la causa n° 1.242, 'Alvanezzi, Cristian Rubén', sent. del 05/06/02, R. 116/02, y en la causa n° 1.392, 'Dos Santos Britos, Claudio José', sent. del 18/11/02, R. 256/02)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Así se sostuvo que ‘...Ninguna reacción penal postdelictual, ya sea que se trate de una pena o de una medida de seguridad, puede justificarse en una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales del hombre sobre la base de la segregación indeterminada y de la neutralización de la persona del sancionado... No puede perderse de vista que el art. 75 de la Constitución Nacional (conforme la reforma de 1.994), ha incorporado en su inciso 22° (dotándolos de la máxima jerarquía jurídica del país, entre otros) a los siguientes convenios multilaterales en materia de derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, que ya con anterioridad habíase aprobado por ley n° 23.313 (B.O.N. del 13/05/86), dispone en su art. 10 que ‘toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su momento aprobada por la ley 23.054 (B.O.N. del 27/03/84), prescribe en su art. 5 numeral 6 que ‘las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’... (ídem)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Por último, se consignó que ‘...La plena vigencia de esos pactos internacionales (ahora constitucionalizados, por voluntad del legislador constituyente del '94), me imponen no sólo la obligación de examinar (aún de oficio, que no es el caso de autos) si la reclusión accesoria del art. 52 del C.P. armoniza con los mentados principios, sino también el deber de repelerla (actuando como un legislador negativo, o a la manera en que lo haría un tribunal especializado en el sistema europeocontinental de control de constitucionalidad) cuando se constata -como creo haberlo demostrado en la exposición precedente- que la medida aflictiva (se la designe y clasifique como se prefiera) produce un efecto despersonalizante y mortificante, violatorio de aquellos dispositivos constitucionales... En fin... Ferri, Garófalo, Florián, Grispigni y tantos otros partidarios del positivismo naturalista universalizaron de modo tal sus convicciones acerca de la ‘responsabilidad social del delincuente’ y de la necesidad de la ‘defensa social’ que, en el caso argentino, ese discurso jurídico penetró y fecundó al extremo de haberse instalado en 1.922 -perdurando hasta ahora- en la legislación sustantiva vigente, muy a pesar del paso del tiempo y, lo que es más importante todavía, de la adscripción constitucional de 1.994 al modelo transnacional de defensa de los derechos humanos...’ (ibídem)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

“...Considero también que una breve reflexión cabría agregar a lo ya expuesto, consistiendo la misma en responder al interrogante acerca de para qué serviría la aplicación de la accesoria en cuestión, en punto a la ‘resocialización’ del causante cuando, no es necesario ser versado en materia de Derecho Penal para saber que en la práctica ese cometido, muy importante y saludable por cierto, tanto para el agente como para la sociedad, no se cumple en la más mínima forma. Y esto lo afirmo por cuanto a pesar de no comulgar con la actual filosofía que inspira nuestro ordenamiento procesal, no puedo ser tan necio como para no reconocer los fines que la inspiraron, aunque, en la práctica, no se cumplen; como así también para señalar que a las penas no las concibo como una retribución para el mal cometido, sino para reeducar al penado y que no vuelva a caer en el delito. No me considero un justiciero, sino un administrador de Justicia...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 567, “Giménez, Eduardo Gustavo s/ robo agravado, etc.”, [J.A.], sent. del 11/08/03, R. 193/03).

RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS DUBITATIVO.

Ineficacia.

“...A pesar de los ingentes esfuerzos del Agente Fiscal, entiendo -lo mismo que la defensa- que la inopia demostrativa deberá traducirse en un fallo favorable al enjuiciado. En primer lugar, porque el aludido fue titubeantemente señalado por la testigo cuando, tras serle exhibida la fila de presos integrada por el causante, sostuvo que ‘no estoy segura que sean uno de estos cuatro’ (textual), no obstante lo cual añadió que ‘me parece que es el n° 2, que es el que vino al mostrador y me asaltó’ (idem). Adhiriéndome al mejor criterio de los jueces la Suprema Corte bonaerense (poco importa si mayoritario y actual, o ni lo uno ni lo otro, siempre y cuando mantenga incólume su fuerza argumentativa), considero que carece de eficacia probatoria el resultado en términos dubitativos del reconocimiento en rueda de personas, en el que la testigo identificó al procesado como aquel que lo asaltara, aunque sin poderlo asegurar (máxime, en la especie, cuando el ladrón llevaba puesto un gorro de lana en la cabeza), pues tal diligencia -aplicando los principios de la sana crítica- es inoperante para producir el grado de certeza necesario cuando la fuente de prueba no es firme y asertiva (SCBA., P. 34.101, “Dalaison, Mario”, sent. del 17/12/85; publ. en A. y S. 1.985-III-746); es decir, ‘la defensa sostiene, con acierto, que el a quo no pudo invocar como presunción el reconocimiento dubitativo que el testigo realizó de una fotografía del procesado’ (SCBA., P. 34.511, ‘Ponce, Vicente Domingo’, sent. del 23/12/86; publ. en A. y S. 1.986-IV-519)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.513, “Cabas, Emiliano Federico y otro s/ robo doblemente agravado en poblado y en banda y por uso de arma”, [J.O.], sent. del 06/10/03, R. 254/03).

“...Vigoriza una convicción semejante la acreditada circunstancia que la testigo, poco tiempo después del asalto, fuera capaz de señalar certeramente, según dijo, a un inocente, afirmando -sin la menor malicia, por supuesto- que ‘es el n° 3, con seguridad’ (textual). Con otras palabras, si la nombrada se equivocó cuando dijo estar segura, con mayor razón todavía habrá que desconfiar de sus percepciones y de sus dichos cuando, tras manifestarse inicialmente confusa y vacilante, concluyó apuntando al encartado. François Gorphe, en su clásica obra ‘La crítica del testimonio’, expuso que ‘los errores de reconocimiento no pueden contarse; un volumen no bastaría para relatar todos los que han sido descubiertos, que, por lo demás, no han sido sino una pequeña parte’ (cfr. op. cit., edit. Reus, 2ª edición, Madrid 1.949, pág. 226). Pocas veces más aplicables que a este caso, esas prudentes advertencias, nacidas de una extensa observación de la experiencia forense francesa...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.513, “Cabas, Emiliano Federico y otro s/ robo doblemente agravado en poblado y en banda y por uso de arma”, [J.O.], sent. del 06/10/03, R. 254/03).

RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO DE ALBUMES.

Validez.

“...En cuanto a las citas del decisorio dictado en el caso ‘Gauna, José Adrián’, sent. del 17/03/00 (causa n° 188, R. 032/00) de este Tribunal, hago mías las palabras del Dr. Ricardo Favarotto, en su voto (al que adherimos sin reservas los restantes integrantes del Tribunal), y en el mismo sentido en la causa n° 1.224 ‘Gómez, Roberto Calixto’ (sent. del 10/12/02), y que paso a transcribir: ‘Adelanto que ningún reparo me merecen las exhibiciones fotográficas en los casos, como el del ‘sub iudice’, en que se utilizan con gran provecho para adelantar las investigaciones en la búsqueda de los autores de infracciones penales, porque privar de ellas a los encargados de la instrucción sería limitar su tarea más allá de lo tolerable, exponiéndola a la contingencia de un fracaso institucional de peligrosas consecuencias sociales’. ‘A propósito del mismo asunto, entiendo que es de la esencia de toda pesquisa realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de hechos delictivos, siempre a condición de valerse de medios lícitos. La exhibición de fotografías de posibles sospechosos, o del denominado ‘álbum de malvivientes’, por ejemplo, no constituye un acto ilegal, salvo que se pruebe su ocultamiento malicioso, o la inducción/coacción a señalar a determinados sujetos. Desprovista de estas notas contaminantes, como permite asegurarlo lo expuesto por los comparecientes en la audiencia de vista de causa, la sola exposición de las fotos a los ojos de los damnificados, con el fin de orientar con éxito las investigaciones criminales, podrá disminuir o cancelar -dependen los casos- el valor demostrativo de ulteriores reconocimientos de personas, mas carece de aptitud para declarar la nulidad de estas diligencias procesales. En otras palabras, la previa identificación de fotos no invalida (en el sentido de su validez formal) la medida a la que aluden los arts. 257/9 del CPP, aunque, eso sí, pueda relativizar o diezmar la fuerza probatoria que le sería asignable. Como quedara dicho, los fragmentos transcriptos están contenidos en la sentencia dictada, por unanimidad, en la causa n° 188, caratulada ‘Gauna, José Adrián s/ robo’, del 17/03/00 (R. 032/00). Por lo tanto, con lo ya consignado resulta evidente que este organismo jurisdiccional ha venido conformando sus fallos (por convicción, no por deber) con la doctrina de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense, en tanto sostuvo que ‘muchas veces será necesario, para guiar la investigación, realizar extensos reconocimientos de álbumes fotográficos o en cuadernos de modus operandi y asimismo -como ocurre en los EE.UU. y Canadá-, en bases de datos electrónicas donde conste digitalizada la fotografía de personas que hayan cometido delitos con características similares (T.C.P., Sala I, causa n° 232, ‘González, Marcelo Fabián’, del 09/11/99; ver, asimismo, de este Tribunal en lo Criminal n° 1, las sentencias recaídas en causa n° 425, ‘Larraule, Hugo Eduardo’, del 19/09/00, R.I. 200/00, y en causa n° 953, ‘Mollo, Silvio Adolfo’, del 14/03/02, R. 036/02)...’. Las diligencias de reconocimientos fotográficos y su valor probatorio, en definitiva, son válidos, si se encuentran corroborados con otros elementos de prueba...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Dominella, causa n° 791, ‘Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.’, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...En función de la naturaleza predominantemente orientadora de la investigación de los actos de marras, no era condición indispensable la previa notificación a la defensa (útil y conveniente, sí; pero esencial, no), ni el Fiscal Instructor tenía el deber jurídicoprocesal (sí la facultad) de disponer formales reconocimientos en rueda de personas, aunque también hubiera sido preferible esto último al proceder escogido por el Fiscal, en tanto debe admitirse que la eficacia probatoria de ulteriores diligencias de los arts. 257/9 del CPP se verán, cuanto menos, erosionadas por las primigenias exhibiciones fotográficas...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, ‘Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda’, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

“...Por otra parte, la orden expresa de que las medidas impugnadas se lleven a cabo sólo respecto del ‘álbum n° 15’ (y no de cualquier otro), en principio, no conlleva una invalidante indicación a los testigos reconocientes, habida cuenta que (según se dijo en la audiencia preliminar, y se podrá acreditar o desacreditar en el debate) ese libro contenía alrededor de setenta fotos más o menos semejantes, de

lo que no es posible inferir que las aludidas actuaciones instructorias padezcan los graves vicios que se le achacaron. Además, no habiéndose alegado, ni probado, la existencia de coacciones u ocultamientos maliciosos, y sin perjuicio de la eficacia demostrativa de esa clase de identificaciones fotográficas o de los reconocimientos personales posteriores, corresponderá rechazar los pedidos nulidicentes efectuados por la defensa del causante (CN, 18 y 28 ‘a contrario sensu’; CPP, 201, 203, 257/9, 260 y 261, todos ellos ‘a contrario sensu’)...” (Por unanimidad, causa n° 1.544, “Actis, Miguel Angel y otros s/ robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda”, [I.], sent. del 29/12/03, R. 712/03).

REINCIDENCIA.

Real. Necesidad del cumplimiento total o parcial de pena de prisión.

“...Además, corresponderá mantener la declaración de reincidencia del reo, en los términos del art. 50 del CP, habida cuenta que Jaime ya reviste tal condición a partir de las condenas ejecutoriadas que se informan en autos, y no obstante el criterio mayoritario de este cuerpo decisor colegial, en su composición primigenia, desde la causa n° 257, ‘Gorosito, Héctor Germán’ (sent. del 19/04/00, R. 045/00), luego ratificado en su integración actual desde la causa n° 1.371, ‘Granadino, Roberto Daniel’ (sent. del 16/10/02, R. 218/02), en tanto repele la equivalencia de la prisión preventiva al cumplimiento total o parcial de la pena restrictiva de la libertad, al que se alude en la mentada prescripción normativa...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [J.A.], sent. del 21/08/03, R. 212/03).

“...También adhiero a lo expuesto por el Dr. Favarotto, a excepción de lo relativo a la declaración de reincidencia, manteniendo mi opinión vertida en las causas n° 125 ‘Balderrama’ (sent. del 22/08/02, R. 167/02) y n° 1.371 ‘Granadino’ (ya citada por el primer votante), en cuanto a que ‘...que habiendo sido condenado... (el causante), por sentencia firme a pena privativa de la libertad, que tuvo por compurgada... con el tiempo de encierro preventivo sufrido, debe ser declarado reincidente...’ (CP 50)”. (Del voto del Dr. Viñas, causa n° 1.696, “Cansino, Héctor Rodolfo s/ tentativa de robo agravado por el uso de arma”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 126/03).

“...A pesar que en el acuerdo de voluntades de las partes se incluyó la declaración de reincidencia del encartado, considero que la misma no le corresponde, habida cuenta que si bien en la causa anterior resultó beneficiario de la libertad condicional, no consta que haya cumplido total o parcialmente esa pena de prisión, es decir, que lo haya hecho al margen del período de encierro provisional o cautelar que diera lugar al otorgamiento de la excarcelación, lo que, a mi entender, torna inaplicable al caso lo prescripto en el art. 50 del Cód. Penal, y conforme al criterio mayoritario impuesto en las causas n° 257, ‘Gorosito, Héctor Germán’, sent. del 19/04/00, R. 045/00, y n° 1.371, ‘Granadino, Roberto Daniel’, sent. del 16/10/02, R. 218/02, ambas de este Tribunal...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.696, “Cansino, Héctor Rodolfo s/ tentativa de robo agravado por uso de arma”, [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 126/03).

RESPONSABILIDAD PENAL.

Diferencias con la responsabilidad administrativa.

“...Las groseras irregularidades advertidas en la tramitación de la contratación del profesional mencionado, escapan a la órbita del Derecho Penal y no se encuentran sujetas a juzgamiento por este Tribunal. Sin embargo, resulta imperioso observar que las mismas son indicios para la constatación de la impericia y negligencia en la conducción, representación y administración del ente, puesto en cabeza de

su Directorio, toda vez que el *'iter administrativo'*, llevado a cabo en la formulación de la contratación, ha sido contrario a las disposiciones legales previstas en los arts. 32 y 274 de la Ley Orgánica de la Municipalidades, y de los arts. 66 y 161 bis del Reglamento de Contabilidad, de lo que no pueden caber dudas y lo que permite responder la pregunta de cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa en el correcto ejercicio de su función. Pero, como antes decía, este no es el fuero propicio para discutir la responsabilidad administrativa de los miembros del directorio de la empresa pública, principalmente porque no se halla prevista en la legislación respectiva, la modalidad imprudente del delito que fuera materia de imputación y posterior acusación, y asimismo porque el Derecho Penal, en esencia, no puede venir a suplir o complementar la esfera propia de la disciplina administrativa..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.270, "Basualdo, Juana Liliana y otros s/ malversación de caudales públicos", [J.O.], sent. del 10/06/03, R. 136/03).

ROBO.

Absorción del delito de lesiones leves (CP, 89).

"...Entiendo que en el último de los injustos, la violencia ejercida por el acusado aún cuando pareciera desvinculada subjetivamente, en cierta medida, del fin del desapoderamiento, en tanto fue temporalmente inseparable del robo y sólo ocasionó lesiones leves a la víctima, queda absorbida por la figura del art. 164 del CP, en virtud de un concurso aparente consuntivo. Así lo entiende Carlos Creus en *'Derecho Penal. Parte Especial'* (edit. Astrea 4ª edición, Tomo 1 págs. 444 y sgtes. ídem Cám. Nac. Crim. Corr., Sala I, 11-09-1991 J.A. 1.992-II p. 562, Sala I 7-03-94 en LL 1.995-, pág. 24, Sala V 7-06-1.993, en LL 1.994-B, p. 460, entre muchos otros)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.508, "Danunzio Lizasoain, Fernando Javier s/ desobediencia, etc.", [J.A.], sent. del 19/05/03, R. 097/03).

Absorción del delito de privación de la libertad agravada (CP, 142, inc. 1º).

"...La privación ilegal de la libertad agravada (CP, 142, inc. 1º), no concurre ideal ni realmente con en el robo calificado por el uso de arma (CP, 166, inc. 2º), sino que es absorbida por éste, desde que el corto encierro -además, del amordazamiento y las ataduras de pies y manos- de las víctimas en una de las habitaciones del hotel, no tuvo otra finalidad que la de asegurar la comisión del ataque a la propiedad..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.626, "Gurmandi, Matías Maximiliano y otro s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], sent. del 14/07/03, R. 180/03).

"...Como robo agravado por el uso de armas (CP, 166, inc. 2º), y portación no autorizada de arma de fuego de uso civil (CP, 189 bis, 3er. párr.), en concurso material entre sí (CP, 55), deberán tipificarse, a mi parecer, los ilícitos de autos. Esas subsunciones jurídicas, básicamente, coinciden con las que fueran acordadas por los interesados, con la sola excepción que en el primero de esos injustos la privación ilegal de la libertad agravada (CP, 142, inc. 1º), no concurre idealmente con en el robo con armas (CP, 54 *'a contrario sensu'*), sino que es absorbida por éste (CP, 166, inc. 2º), desde que el corto encierro de las tres víctimas en la cocina de la casa, no tuvo otra finalidad que la de asegurar la comisión del ataque a la propiedad..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.305, "Paniagua, Lucas Matías s/ robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 15/08/03, R. 209/03).

Consumación.

"...Así, este Tribunal resolvió que *'...respaldo el criterio apuntado en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: Que medió un lapso entre el desapoderamiento y la detención queda establecido en función de los hechos que se consideran firmes; y su brevedad no obsta que el*

delito se considere consumado. Ha dicho esta Corte en reiteradas oportunidades que hay delito consumado cuando el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Y que si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo, aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviera en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado (P. 49.018, 14-XII-93; P. 44.046, 21-XII-93, e/o) (P. 41.511, 'Naya, Darío Adalberto s/ priv. ilegal de la lib. y robo', del 12/09/95, publ. en D.J.J. del 27/11/95, págs. 6.259/60; P. 52.074, 'Lobo, Marcelo Alberto s/ tent. robo calif.', del 25/04/95, publ. en D.J.J. del 14/08/95, págs. 4.031/2; P. 49.616, 'Budzovsky, José Eduardo s/ robo calif.', del 24/10/95, publ. en D.J.J. del 06/03/96, págs. 949/51)... (cfr. sent. dictada en la causa n° 467, 'Eluchanz, Reinaldo Andrés', del 23/11/00, R. 212/00, entre muchos otros; ver asimismo SCBA, 13-09-2000 causa 'Sánchez, Julio', en revista 'La Ley Bs. As.', Año 8 número 4, mayo 2.001, págs. 470/3)... (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Favarotto, causa n° 1.378, "Gómez, Obdulio Guillermo s/ robo doblemente agravado, etc.", [J.O.], sent. del 02/04/03, R. 043/03).

"...El órgano jurisdiccional encargado de la casación penal bonaerense expresó que *'la tentativa de robo deja de serlo por consumación en la primera oportunidad en que el autor hace suya la cosa mediante sustracción, y tiene la posibilidad de disponer de ella, por breve que sea el lapso por el cual el dueño o tenedor queda privado del completo ejercicio de las facultades correspondientes a su derecho en la cosa, o sea que el apoderamiento ilegítimo se consume cuando el imputado tiene la posibilidad, aunque momentánea, de ocultarla, dañarla o destruirla'* (T.C.P., Sala III, sent. del 13/02/01, en causa 3.558, 'Rec. de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 524'; publ. en 'Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires', de Horacio Daniel Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.002, vol. II, pág. 342). En pocas palabras, entiendo con Nelson Pessoa que para una correcta delimitación de la tentativa es necesario remitirse al tipo penal para saber qué es lo prohibido (cfr. 'La tentativa', edit. Hammurabi, Bs. As. 1.998, pág. 110), y siendo que en el robo *'lo prohibido'* consiste en el apoderamiento ilegítimo mediante fuerza en las cosas o violencia en las personas, el autor recién consume (agota) ese delito -en su figura básica o en cualquiera de sus modos agravados- cuando puede ejercer actos de poder sobre los bienes ajenos, circunstancia de hecho que, en la especie..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.433, "Piccoli, Alberto Santiago Patricio s/ robo agravado por el uso de arma", [J.O.], sent. del 29/05/03, R. 115/03).

Diferencias con el hurto (CP, 162).

"...Acerca de la subsunción jurídica que corresponde asignar a los arrebatos callejeros, como los que ahora nos ocupan, ya tuve oportunidad de expedirme al sentenciar las causas n° 403, 'Gigliotti, Nicolás', sent. del 04/08/00; n° 508, 'Correa, Mario César', sent. del 24/11/00; y n° 1.388, 'Nieva, Néstor Fabián', sent. del 25/09/02; todas de este organismo jurisdiccional. A esas consideraciones me remito: Entiendo, como Eusebio Gómez, que *'la distinción entre robo y hurto es tradicional en nuestro derecho. Ya la proponía el Proyecto Tejedor, reproduciendo, en una de sus notas, las siguientes palabras de Pacheco: 'El robo, técnicamente hablando, ha sido siempre entre nosotros el apoderamiento por fuerza, de cosas muebles o semovientes, como el hurto ha sido el apoderamiento por astucia y a escondidas, como la usurpación es el apoderamiento de inmuebles o de derechos'* (cfr. 'Tratado de Derecho Penal', Cía. Argentina de Editores, Bs. As. 1.941, tomo IV, pág. 126). Según Carlos Fontán Balestra, *'no es fácil establecer, con carácter general, qué intensidad debe tener la violencia, ni parece que el criterio a tomar en cuenta deba ser el de la cantidad. Sólo importa señalar que no es preciso que con ella se venza una resistencia predispuesta, es decir, opuesta especialmente al apoderamiento'* (cfr. 'Tratado de Derecho Penal', ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.989, tomo V, pág. 541). Pero tanto él como Soler coinciden en afirmar que *'el que de un tirón arrebató a una señora su cartera, comete robo y no hurto, aunque para ello no haya debido hacer gran despliegue de fuerza. Este caso, es, en realidad, el que constituye el ejemplo típico de la rapiña'* (cfr. 'Derecho Penal Argentino', ed. Tea, Bs. As. 1.978, tomo III, pág. 252). Por lo tanto, estimo que la expresión *'violencia física en las personas'*, contenida en el tipo del art. 164

del Cód. Penal, consiste en cualquier tipo de agresión realizada sobre el sujeto pasivo, sin necesidad de lesionarlo o lastimarlo, para vencer su resistencia a la desposesión del objeto...". (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.688, "Martínez, Gustavo Alberto s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], sent. del 14/05/03, R. 088/03).

ROBOS AGRAVADOS.

Con armas (CP, 166 inc. 2º). Fundamento. Tesis objetiva y subjetiva.

"...Si bien en poder del asaltante se logró incautar un revólver, aunque desprovisto de proyectiles en el tambor de almacenaje, explico que sólo por la inmovible adscripción de este Tribunal a la tesis objetiva (por todas, invoco las sentencias dictadas en las causas n° 147, 'Leguizamón, Darío Fabián', del 19/11/99, R. 076/99, y n° 1.167, 'Damiano, Ezequiel Aníbal', del 24/05/02, R. 099/02), y no obstante lo que surge de la actual y reiterada doctrina de la Suprema Corte de Bs. As. a partir del caso 'Manso, Miguel Feliciano' (P. 59.812, del 02/05/02), es factible interpretar que en el robo con armas del art. 166, inc. 2º del CP no se sanciona sin más un efectivo ataque al patrimonio ajeno (ya sea perfeccionado y completo o, al menos, emprendido, pero trunco a pesar de la voluntad de su realizador; aquí según los arts. 42 y 44 del CP), sino también un potencial -es decir, latente- atentado a la integridad física o a la vida del sujeto pasivo... Siendo esa la inteligencia que debe prevalecer para asignarle su justo sentido a la norma agravatoria, mal podría reputarse, en la especie, satisfecho el requisito típico con un revólver descargado y, por eso mismo, inidóneo para cumplir su cometido específico (a saber: disparar proyectiles por deflagración o combustión de pólvora), máxime cuando tampoco se ha establecido un empleo impropio del objeto, cual si fuera una cachiporra..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.605, "Gómez, Ramón Antonio s/ tentativa de robo" [J.A.], sent. del 28/04/03, R. 072/03).

"...Conforme antigua doctrina de este Tribunal, a partir de la causa n° 433, 'Aguirre, Juan Maximiliano' (sent. del 18/12/00, R. 232/00), entiendo que: *'...En cuanto a la agravante (del robo) con el uso de arma el maestro Sebastián Soler explica, refiriéndose a la interpretación de la calificante prevista en el art. 166 inc. 2º del Código Penal, que 'la ley exige que el robo haya sido cometido con armas, lo cual no quiere decir que el ladrón simplemente las tenga, por lo cual creemos francamente infundado plantear dudas a este respecto frente al texto de nuestra ley...' Agrega que, entre los antecedentes de nuestra normativa, Tejedor 'era aún más explícito, pues se refería al que roba empleando armas' (cfr. 'Derecho Penal Argentino', tomo IV, n° 114, ed. Tea, Bs. As. 1.978, págs. 266/7)... Por su parte Carlos Creus expresa que 'el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de esa acción... disparándola, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente; el robo no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado arma... el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación; la utilización del arma... con posterioridad (para lograr el fin propuesto o la impunidad), no sirven para calificar, sino que dejan vigente la figura del art. 164' (cfr. 'Derecho Penal. Parte Especial', tomo I, ed. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 456)...*" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.572, "Veliz Acosta, Sergio Aníbal s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], sent. del 02/05/03, R. 074/03).

"...Para entender el momento en que debe ser el arma utilizada o empleada para calificar el robo, estimo de interés transcribir, una vez más, lo expresado por Soler, en el sentido que *'resulta una razonable limitación temporal con respecto a las acciones posteriores dotadas del poder de transformar un hurto consumado en un robo ...no puede entenderse... referidas a cualquier tiempo posterior, porque entonces todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación. La expresión 'después de cometido' no está empleada en el sentido indefinido con el cual se dice 'después que cumplí los veinte años...'* Y acota que *'la expresión agregada por la ley 17.567 'inmediatamente después' aclara bien el*

sentido, se refiere al mismo contexto de acción, tiempo inmediato al del apoderamiento' (op. cit., pág. 254). Por ende, la circunstancia de haber sido suprimido el adverbio 'inmediatamente', por reformas posteriores (ley 23.077), a mi criterio, no varía la razonable interpretación explicada por este autor, al sostener que quedan atrapados actos posteriores de violencia, sólo, si fueron efectuados en un contorno fáctico inmediato ulterior al contexto del desapoderamiento...' (fragmanetos del voto de mi antecesora en el cargo, la Dra. Arrola de Galandrini, que comparto y hago propios)... (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.572, "Veliz Acosta, Sergio Aníbal s/ tentativa de robo, etc.", [J.A.], sent. del 02/05/03, R. 074/03).

"...Me aparto de lo resuelto por la S.C.J.B.A. en la causa 'Manso, Miguel Feliciano' (P. 59.812, sent. del 02/05/02), en cuanto a tener por configurado en el caso el tipo del art. 166 inc. 2° del CP, en función del no secuestro de arma alguna..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.514, "Aranda, Carlos Daniel s/ robo calificado, etc.", [J.A.], sent. del 04/06/03, R. 128/03).

"...Y como agregara, por mi parte, en el caso 'Salinas, Miguel Angel' (causa n° 1.331, sent. del 28/09/02, R. 199/02): '...Fundado en los precedentes legislativos (leyes 17.567/68, 20.509/73 y ley 20.642/74 reimplantada por la ley 23.077) del art. 166 inc. 2° del código de fondo y su debate parlamentario, estoy dogmáticamente convencido -como se ha interpretado clásicamente en la doctrina nacional: Ricardo C. Núñez, en 'Derecho Penal Argentino', Edit. Bibliográfica Omeba, Bs. As. 1.967 Tomo V pág. 234, Sebastián Soler, en 'Derecho Penal Argentino', Edit. T.E.A. 1.978, Tomo IV pág. 267, Edgardo A. Donna, en 'Derecho Penal', Edit. Rubinzal Culzoni 2.001, T. II-B, pág. 166) que la razón de la agravante del robo por el uso del arma, se sustenta en el mayor poder ofensivo del autor, derivado no del carácter del instrumento intimidante, cuanto en el peligro (riesgo cierto y objetivo) corrido para la integridad física o la vida de la víctima derivado de las condiciones (arma real y cargada) y del uso dado a tal instrumento (propio o impropio), lo que debe vincularse estrictamente con el mínimo de la escala penal adoptada, próxima al mínimo de la pena prevista para el homicidio (CP, 79 y 166, inc. 2°)... Además, '...vinculado con lo anterior, entiendo injusto interpretar que deben juzgarse del mismo modo, de acuerdo al criterio subjetivo que sustenta el caso 'Manso' (percepción intimidatoria de la víctima) los diferentes supuestos a los que alude el fallo: arma descargada usada como tal, arma descargada o sin funcionamiento, usada como instrumento romo para golpear, arma impropia -de juguete- y simulación de arma, pues siendo casos fáctica y objetivamente diferentes, no pueden resolverse del mismo modo y con un criterio genérico...' (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.597, "Delgado, Adrián Emilio s/ robo agravado en poblado y en banda, etc.", [J.A.], sent. del 07/04/03, R. 051/03).

"...Siempre con cita de mi voto en la causa n° 1.331 de este Tribunal, me veo necesitado de reiterar que: '...creo evidente que la solución más justa es una combinación de las posturas objetiva y subjetiva y no una u otra tomadas en absoluto: esto es, como dice Edgardo A. Donna... para que exista el robo agravado por uso de arma, deben darse dos requisitos: uno es el efecto intimidante en la víctima, y el otro, que ese efecto tenga un correlato real, en cuanto se ha corrido real riesgo de que el arma sea empleada como tal, peligro que con armas que no son tales o están descargadas, obviamente no ocurre...' (op. cit. con citas de Alfredo Molinario 'Los delitos...', obra actualizada por Eduardo Aguirre Obarrío, 1.996, edit. TEA pág. 274). No es posible, en esta materia establecer un criterio general y uniforme para todos los hechos, entendiendo que para resolver con equidad, debería juzgarse cada caso en particular..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.597, "Delgado, Adrián Emilio s/ robo agravado en poblado y en banda, etc.", [J.A.], sent. del 07/04/03, R. 051/03).

"...Al momento de prestar su declaración en el debate oral, la víctima nos dijo que los asaltantes le pusieron en la espalda, casi a la altura de su cintura, 'un caño con punta redondeada, duro, un caño o algo así, puede haber sido el arma que le exhibieron en la Comisaría...'. Así también un testigo en su deposición durante el debate nos dijo que en la persecución de los asaltantes, pudo apreciar que uno de los malvivientes tenía un arma en su poder, y en sentido similar se expidió otro de los comparecientes

al juicio. O sea que, como antes dijera, ninguna de las personas que sufrieron o estuvieron al momento o instantes después de la perpetración del delito contra la propiedad, nos habla de un palo en poder de los delincuentes, sino de un arma de fuego de puño. Aparte de todo lo hasta ahora dicho, y si bien es cierto que es pública y notoria la inseguridad existente en nuestra Provincia, a pesar de que algún trasnochado diga lo contrario, precisamente por esa razón, se me ocurre inverosímil que se deje tirada un arma de fuego, en condiciones de uso y casualmente en cercanías de donde fuera aprehendido el codelincuente...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

“...Lo último expresado me lleva al análisis otra cuestión que también nos dejara planteada la defensa, y es la referida al funcionamiento real y efectivo del revolver incautado. Es cierto que dicha arma no funciona a la perfección; pero analizando la pericia balística incorporada por lectura, como así también teniendo presente los claros dichos vertidos por la idónea durante la audiencia oral, cuando nos ilustró acerca del funcionamiento práctico de la misma, y las experiencias concretadas en esa oportunidad con cartuchos de salva, entiendo que se demostró en forma acabada que el revólver aludido tiene aptitud funcional para efectuar detonaciones, muy a pesar de que presenta ciertos desperfectos en el sistema de disparo, más precisamente el fiador, afectando al hurtante, y que carece de la llave y palanca de apertura del cilindro, todo lo que no haría factible el disparo en forma normal. Es verdad que para que sirva para disparar se necesita alinear manualmente el alveolo con el cañón, montando el martillo y liberándolo; pero hecho ello, se produce la detonación, como lo hemos presenciado en la audiencia. Así también se probó que la bala secuestrada resultaba apta para su fin específico, como nos lo demostrara la perito en el juicio, por lo que no me queda más que aconsejarle al defensor que, a pesar de sus dudas de que el mismo funcione, no se ponga delante de dicho artefacto, todo ello en homenaje al respeto y cariño que le dispense...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

Con armas impropias (CP, 166 inc. 2°).

“...Al momento de esbozar los lineamientos de la defensa -que repitió al formular los alegatos de su parte-, el letrado expresó que el ilícito por el cual debería responder su pupilo se trataba de un robo en grado de tentativa, conforme está previsto en los arts. 42 y 164 de nuestra ley de fondo. Es verdad que se trató de un intento de desapoderamiento ilegítimo mediante intimidación; pero si nos detenemos un instante en el relato que nos hizo el causante al momento de prestar declaración en el juicio oral (CPP, 358), aparece en forma clara, evidente y concreta, que ello no se ajusta, jurídicamente hablando, a una tentativa de robo simple...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

“...Parafraseando gramaticalmente lo dicho por el asistente técnico en su breve y conciso alegato, o sea, sin tomar la guitarra y comenzar a pagar, entiendo como antes dijera que el causante lisa y llanamente se ha confesado coautor de una tentativa de robo calificado por el uso de arma, en los términos de los arts. 42 y 166 inc. 2° del CP. En efecto, el acusado admitió en su relato ante este Tribunal que en la facción del ilícito por el que ahora se lo está juzgando, su compañero de fechoría empleó un palo de unos treinta a cincuenta centímetros de largo, y de unos cuatro a cinco centímetros de espesor, *‘como un palo de amasar’*, dijo, y a este objeto (de haber existido, por cuanto no fue secuestrado, ni así tampoco mencionado por ninguno de los testigos que depusieron), lo considero un arma. Arma impropia; pero arma al fin y al cabo. Y lo dicho, lo afirmo apelando a la vasta experiencia y conocimientos del defensor, pero no puedo dejar de lado el sentido común, que me está indicando bien a las claras que dentro del vocablo *‘arma’*, se puede considerar a todo objeto que sea apto para ofender o dañar, aunque sea en forma ocasional y que, por las circunstancias del caso, pueda estimarse que ha sido llevada de ex profe-

so para cometer un delito o que, al menos, haya sido utilizada para tal fin, aumentando el poder físico del hombre, como solían decir nuestros maestros de derecho penal...” (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.291, “Schaerer, Carlos Alberto s/ robo calificado por uso de arma y portación de arma de uso civil”, [J.O.], sent. del 22/09/03, R. 240/03).

“...Cabe reproducir aquí lo resuelto ya anteriormente por este Tribunal en cuanto a que adscribiéndonos a la doctrina que, en la materia, tiene la Suprema Corte de Justicia Provincial: ‘...si de los hechos que se encuentran firmes, surge que el robo se cometió mediante la utilización de un arma de fuego usada como ‘arma impropia’, debe aplicarse el art. 166 inc. 2° del Código Pena’” (P. 46.904, del 06/07/93, ‘F., S. M. s/ robo’; e/o). O más desarrollado aún: ‘si el arma ha sido utilizada de manera ‘impropia’ la aplicación del art. 166 inc. 2° se impone, pues en tal supuesto será ‘arma’ en sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque, como lo sería cualquier otro objeto utilizable en tal carácter’ (P. 44.958, del 15/10/91; P. 48.619, del 14/02/95, ‘A., M.F. s/ robo de automotor’; e/o). Y en forma casi análoga: ‘si se utiliza de manera ‘impropia’ un revólver como objeto contundente, en tal caso sería ‘arma’ en el sentido legal, no porque sea un revólver, sino porque al usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque...’ (P. 52.067, del 28/11/95, ‘G., A. R. s/ privación ilegal de la libertad y robo’; e/o)...’ (así, por ejemplo, en la causa n° 1.066, ‘Gómez, Calixto Roberto’, sent. del 10/12/02, R. 280/02)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.836, “Gatica, Eric Maximiliano s/ robo calificado por uso de armas”, [J.A.], sent. del 24/10/03, R. 281/03).

“...En dicho fallo, también se trajo a colación, idéntico criterio de la Sala I del Tribunal de Casación Penal Provincial, quien sostiene que ‘...cometer el robo con armas no significa forzosamente dispararlas o usarlas, sino emplearlas de algún modo durante el ‘iter criminis’, subrayando la intimidación o potenciando la fuerza que el atracador desea emplear para llevar a cabo sus designios, tal como ocurre cuando éste las exhibe amenazadoramente o golpea a las víctimas con ellas’ (causa n° 331, ‘Yaguar’, del 07/10/99; publ. en la obra de compilación y análisis de la doctrina casatoria bonaerense de la autoría de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 202)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.836, “Gatica, Eric Maximiliano s/ robo calificado por uso de armas”, [J.A.], sent. del 24/10/03, R. 281/03).

Concurrencia de agravantes: con arma (CP, 166 inc. 2°) y en lugar poblado y en banda (CP, 167 inc. 2°).

“...Sólo deberá tipificarse como robo con armas del art. 166, inc. 2° del CP, con exclusión de la invocada pluriagravante del robo por su comisión en lugar poblado y en banda (CP, 167, inc. 2°), en virtud de los argumentos expuestos por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. (a los que este órgano se plegara a partir de la causa n° 1.564, ‘Mejías, Germán Darío’, sent. del 21/05/03, R. 112/03), en tanto el Superior considera que ‘las circunstancias de agravación contenidas en los artículos 166 y 167 del Código Penal no provocan concurso de ninguna especie y se gobiernan por el principio de mayor gravedad punitiva, por lo que, entre el robo con armas y el robo en poblado y en banda, media un concurso aparente’ (TCP, Sala IIIª, sent. del 24/05/01, jueces Borinsky-Mahiques-Hortel; y en igual sentido, TCP, Sala IIIª, causa n° 9.865, ‘De Marco, Andrés Alejandro’, sent. del 24/10/02)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.335, “Mazzolletti, Héctor Humberto s/ robo calificado por el uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 29/10/03, R. 289/03).

“...Descarto la doble agravación que postulara el representante del Ministerio Público Fiscal (incluyendo también la figura calificada del robo en poblado y en banda del art. 167, inc. 2° del mismo cuerpo normativo), en tanto y en cuanto ya he afirmado anteriormente que: ‘...conforme señalara Sebastián Soler (cfr. ‘Derecho Penal Argentino’, edit. La Ley, 1.946, tomo II, pág. 178), los arts. 166 y 167 del Código Penal (al igual que sucede, por ejemplo, con el art. 80 del mismo cuerpo normativo) son supues-

tos de *'...delito único con pluralidad de hipótesis de agravación...'*, por lo que estimo que, aplicando sus enseñanzas acerca del *'delito complejo o pluriofensivo'*, en el caso de concurrir más de una agravante prevista en la norma, no estaríamos frente a un concurso ideal ni aparente, sino frente a un supuesto de mera concurrencia de agravantes, dentro de esa clase de modalidad delictiva (compleja o pluriofensiva)...', en la que la figura más grave absorbe a la menor (ver mi voto en causa n° 1.424, *'Iberra Cejas, Ernesto Amaro'*, sent. del 27/11/02, R. 265/02)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.247, *"Perillo, Diego Gustavo y otros s/ robo, etc."*, [J.A.], sent. del 13/11/03, R. 306/03).

Con perforación o fractura de pared, cerco, etc., de lugar habitado (CP, 167 inc. 3°).

“...Como miembro de este Tribunal tuve ocasión de sostener, hace ya unos cuantos años, que *'efracción, fractura, perforación, rotura o destrucción no son conceptos equivalentes -jurídica ni gramaticalmente- a un simple forzamiento, ni a una torcedura o a un mero destornillado, del elemento que resguarda el objeto tutelado por la norma penal (o sea, el hogar). La fuerza normal u ordinaria que se ejerce sobre las cosas muebles, aunque sirvan de cerco protector, no excede del marco legal del art. 164 del CP, aunque se trate de un lugar habitado...'* (por todas, cito a la causa n° 72, *'Alais, Juan José'*, sent. del 19/08/99, R. 041/99)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.839, *"Yáñez, Claudio Ceferino s/ tentativa de robo"*, [J.A.], sent. del 28/10/03, R. 284/03).

“...Carlos Alberto Tozzini hurgando en los antecedentes históricos del precepto analizado, re- fuerza esa convicción al exponer que *'...lo cierto es que del mencionado agregado del Senado resultó una disposición multidefensiva, que atribuye aptitud agravante a la clase especial de fuerza destructiva, que perfora o fractura los resguardos materiales del domicilio que el tipo penal detalla, sólo si va acompañada de una lesión al derecho a la intimidad de las personas que en él moran... Estos vocablos (es decir, la perforación o fractura) -continúa diciendo González Roura- son lo suficientemente expresivos para que nadie pueda torturarse con dudas acerca de su significado. Habrá efracción cuando se corte, rompa, fracture, perfore, demuela, fuerce o destruya el medio defensivo, así consista en un cerco, una pared, una ventana, una puerta, el techo o el piso, sea que la violencia recaiga sobre los tableros, vidrios, cerraduras, candados, o en cualquier otra seguridad de la puerta o ventana destinada a ofrecer resistencia a la acción del culpable'* (cfr. *'Los delitos de hurto y robo'*, edit. Depalma, Bs. As. 1.995, págs. 330/1)...” (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.839, *"Yáñez, Claudio Ceferino s/ tentativa de robo"*, [J.A.], sent. del 28/10/03, R. 284/03).

“...En tal sentido se ha resuelto que *'...la razón primordial de la agravante del inc. 3° del art. 167 está puesta en el peligro para las personas cuando se asalta un lugar en el que, de modo cierto puede hallarse a los habitantes del mismo, entendiéndose por 'habitado', el de presencia posible en lo inmediato, sea por estar cerca del lugar o tener clara posibilidad alguna persona de regresar al mismo durante el evento...'* (Cám. Nac. Crim. Corr. Sala II, 5-11-1991, Bol. Jurisp. 1.991 n° 5 pág. 423)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.862, *"Ronco, Alejandro Matías s/ robo, etc."*, [J.A.], sent. del 29/10/03, R. 288/03).

“...He sostenido antes de ahora que *'...el 'lugar habitado' o sus dependencias inmediatas, que agrava el robo cuando éste se hubiera perpetrado con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana (CP, 167, inc. 3°), no tiene, a mi parecer, un sentido jurídico diferente del gramatical; es decir, el lugar debe estar, efectivamente, habitado u ocupado (aunque en forma momentánea o circunstancial sus moradores estén ausentes), para llenar el ingrediente típico, cuyo alcance debe ser interpretado siempre en forma restrictiva por constituir un aspecto esencial de la prohibición penal. No es lo mismo -ni semántica, ni jurídicamente- el 'lugar habitado' de la hipótesis legal del art. 167, inc. 3° del CP, que el 'lugar habitable'. Este es potencial; aquél efectivo. El tipo calificado requiere, entonces, la fusión de un modo comisivo particular (la perforación o fractura de...), y de un ámbito espacial preciso (el lugar habitado o sus dependencias adyacentes), recaudo éste que no queda satisfecho con las constan-*

cias de autos donde el titular de la acción penal pública no lo ha probado (CPP, 6 y 367)...’ (cfr. mi voto en la causa n° 39, ‘Cardozo, Sebastián Adrián’, sent. del 01/06/99, R. 025/99)...’ (Del voto del Dr. Favarotto, causa n° 1.862, “Ronco, Alejandro Matías s/ robo, etc.”, [J.A.], sent. del 29/10/03, R. 288/03).

En banda (CP, 167 inc. 2º).

“...Lo sostenido es consecuencia del criterio sustentado por este Tribunal en el sentido que: ‘...No hay banda por la sola circunstancia de ser tres los ladrones que atacan la propiedad ajena; es necesario también que lo hagan de manera mínimamente organizada o planificada, por ejemplo, con distribución de los roles ejecutivos. Tratándose entonces de una simple pluralidad de sujetos activos, considero que en la especie no está configurada la agravante del art. 167, inc. 2º del CP. Sobre el punto, ya es criterio reiterado de este Tribunal que ‘la actuación en poblado y en banda (CP, 167, inc. 2º), no es el mejor encuadramiento típico de las conductas de autos donde se advierte más bien un obrar ilícito espontáneo e improvisado, que una realización preparada y, aunque sea, mínimamente organizada...’ (cfr. causa n° 71, ‘Díaz, Martín Néstor’, sent. del 09/07/99, R. 037/99 y causa n° 369, ‘Juárez, Juan Abel’, sent. del 31/05/00, R. 071/00)...’ (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.449, “Lucero, Primitivo Horacio s/robo agravado en poblado y en banda”, [J.A.], sent. del 11/04/03, R. 055/03).

Robo con armas (CP, 166 inc. 2º) y tenencia o portación ilegítima de armas (CP, 189 bis). Concurso.

“...En cuanto a la relación concursal de los injustos de autos, es criterio afianzado de este Tribunal que: ‘...el robo con armas y la tenencia ilegal de arma de guerra son delitos autónomos entre sí (CP, 55), toda vez que este último tiene su momento consumativo propio y distinto del primero (comúnmente, precede al inicio de la ejecución del atraco), y ambos afectan a bienes jurídicos diversos. Ese mismo ha sido el temperamento adoptado por la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala 1ª, al sostener que ‘esas infracciones penales concurren de manera material entre sí, al desplegarse las dos acciones típicas en forma física y jurídicamente separables o independientes (CP, 55)’ (respecto del delito de robo en grado de tentativa y tenencia ilegítima arma de guerra) (cfr. C.N.C.P., Sala 1ª, ‘Heredia, Francisco A.’, del 29/12/93, publicado en ‘J.A.’ el 26/10/94; ídem: T.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala 1ª, causa n° 150, ‘Romero’, del 16/02/00; publ. en ‘Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As.’, de Horacio D. Piombo, edit. Depalma, Bs. As. 2.000, pág. 208)...’ (por todas, invoco la causa n° 1.331, ‘Salinas, Miguel Angel’, sent. del 28/09/02, R. 199/02)...’ (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.335, “Mazzolletti, Héctor Humberto s/ robo calificado por el uso de arma, etc.”, [J.A.], sent. del 29/10/03, R. 289/03).

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA.

Constitucionalidad de las normas que requieren la conformidad del Ministerio Público Fiscal.

“...Respecto de la solicitud de la defensa para que se declare la inconstitucionalidad del 4º párrafo del art. 76 bis del CP y del art. 404 del CPP, ambos preceptos en cuanto estipulan que el Ministerio Público Fiscal puede oponerse eficaz y vinculatoriamente a que el órgano jurisdiccional acceda a conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, cabe apuntar que en las normas cuestionadas no advertimos ningún agravio de raigambre o naturaleza constitucional. Por otra parte, la existencia de este indispensable gravamen -federal o local- no ha sido explicitada en la audiencia preliminar por el defensor, en tanto se limitó a fundar su pretensión invalidante en la denominada ‘tesis amplia’ en materia de ‘probation’, que este Tribunal comparte, como quedara expuesto desde sus primeras decisiones en el rubro (cfr. causa n° 12, ‘Musa Martínez, Alejandro Rafael’, sent. del 30/12/98, R.I. n° 001/98, y a partir de

entonces, ininterrumpidamente, hasta el presente). Ese congénito déficit formal de la postulación defensiva resulta, *'per se'*, suficiente para determinar su suerte adversa..." (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

"...Sólo a mayor abundamiento, cabe puntualizar que los legisladores federales (art. 76 bis, CP) y locales (art. 404, CPP) han querido dejar, por razones de política criminal, en manos (al menos, en parte) del portavoz del interés colectivo (art. 6, CPP), el preciso deslinde de los casos merecedores de ser llevados hasta la sentencia definitiva, respecto de aquellos otros en los que es factible interrumpir la persecución penal, sometiendo a prueba al imputado, lo que implica una cierta constricción, si se quiere, al inveterado principio de legalidad procesal. Con otras palabras; consiste, en lo sustancial, de legislación que aplica (todavía, de manera incipiente) criterios de oportunidad, plenamente compatibles con aquel axioma, tratándose de una normativa emanada de una ley del Congreso Nacional (la n° 24.316; B.O.N. del 19/05/94), dictada por éste en el ejercicio legítimo de sus específicas competencias funcionales (CN, 75 inc. 12°). En tal sentido, debe advertirse que *'...el carácter vinculante de dicha oposición deriva del mandato constitucional que atribuye al Ministerio Fiscal, la promoción y el ejercicio de la acción penal (art. 120 C.N.), y como tal, cuando expresa su oposición a la suspensión del proceso no ejerce jurisdicción, sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción, y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión de ese ejercicio de la acción penal. El Tribunal que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello depende de la conformidad fiscal...'* (cfr. C.N.C.P., Sala I, sent. del 31/05/96, in re *'D.H. s/ rec. de casación'*, Reg. 1.023, Fallos B.J. C.N.C.P. 1.996-2; ídem, sent. del 12/08/96, in re *'B. R. y otros s/ rec. de casación'*, Reg. 1.086, Fallos B.J. C.N.C.P. 1996-2)..." (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

"...Y relacionando dicha preceptiva del código de fondo con lo regulado por el art. 404 del CPP, cabe tener presente lo resuelto por este Tribunal, en el sentido que *'...el motivo medular para el rechazo de la pretensión traída aparece plasmado, de modo intergiversable, en la legislación procesal bonaerense, configurada en una dirección tendencialmente acusatoria, donde en plena sintonía con la proclama que 'la acción penal pública se ejercerá exclusivamente' por el Ministerio Público Fiscal. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley' (CPP, 6; t. o. ley 12.059), se dispone -en el capítulo IV, título II, del libro III, y en la única cláusula destinada a reglamentar el funcionamiento operativo del instituto, en su dimensión procedimental- que 'el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, 'mediando conformidad Fiscal' (CPP, 404). Comentando la última de las normas aludidas, el co-redactor de la reforma procesal y hoy Presidente del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., Federico Domínguez, escribió que 'el juez puede conceder el beneficio, pero eso sí, la conformidad del fiscal en orden al respeto al principio acusatorio es fundamental' (cfr. 'Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.', edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, pág. 342)....'* (cfr. causa n° 656, *'Escot, Silvia Alejandra'*, sent. del 11/05/01, R. 082/01)..." (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

"...Por último, las normas impugnadas son constitucionales porque, aunque prevén la facultad de obstrucción fiscal, no sólo las leyes supremas nacional y provincial, aquella con el importante aditamento de las convenciones multilaterales de derechos humanos que se le introdujo con la reforma del '94 (arts. 14, 16, 18, 19, 28, 33 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional; arts. 1, 2, 6, 7, 8 y cctes. Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8 inc. 1° Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14 inc. 1°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 10, 11, 15, 25, 26, 45, 56 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), sino también hasta el mismísimo ceremonial del fuero (arts. 1°, 79 incs. 1°, 6° y 7°, 202 inc. 2° y 203 último párrafo del CPP), imponen al órgano jurisdiccional el insoslayable deber de realizar una valoración acerca de la razonabilidad y legalidad objetiva respecto de la actuación del Ministerio Público (LOMP, n° 12.061, arts. 1°, 17 inc. 1° y 54), pudiendo llegar a anular su disconformidad con la concreta aplicación del instituto de marras, si se violaren esas reglas o, también, si se afectara el principio constitucional de igualdad ante la ley (CN, 16; CPBA, 10), mediante posturas

arbitrarias, abusivas o infundadas, con lo que se comprueba que no se admitirá, en ningún supuesto, una oposición caprichosa, ciega, ni irrazonable a la *'probation'...*" (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

Funcionarios y empleados públicos. Alcance de la interdicción del art. 76 bis, 7° párrafo CP.

"...El beneficio *'sub examine'* está vedado, por ley, a los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones hubieran intervenido en el delito (CP, 76 bis, 7° párr.); la razón de ser de la exclusión no es difícil de comprender: *'la ley penal, en este caso, hace recaer sobre los funcionarios públicos - durante el ejercicio de sus funciones- deberes legales más fuertes que en relación a quienes no lo son, como un intento de resguardar a los individuos frente al poder público estatal. Se trata, en suma, de una decisión políticocriminal del Estado de someter a quienes ejercen la función pública a un trato penal más riguroso que a los demás'* (cfr. Vitale, Gustavo L. en *'Suspensión del proceso penal a prueba'*, Editores Del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 130)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.734, "García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa", [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

"...Para establecer los alcances del concepto jurídicopenal de funcionario público es innecesario acudir a otras ramas del conocimiento forense (por ejemplo, a las normas del derecho administrativo), desde que el propio codificador material lo ha definido como *'todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente'* (CP, 77, 4° párr.). Por consiguiente, para comenzar a decidir la cuestión en abordaje, faltaría determinar si el causante, al tiempo de la ejecución del injusto que se le atribuye en el requerimiento de elevación a juicio, revestía tal calidad funcional, puesto que de ser así la viabilidad del pedido en tratamiento estaría impedida *'ministerio legis'...*" (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.734, "García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa", [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

"...Obsérvese que en la audiencia judicial, el propio interesado sostuvo que su cargo en el casino local era el de Jefe Inspector, y que su función *'al tiempo de los hechos consistía en controlar a los pagadores de las minimesas, llegando en caso de existir un conflicto entre éstos y los apostadores, a tener que resolver el mismo o derivarlo a un Supervisor, quien está jerárquicamente por encima del nombrado...'* (textual). Ahora bien; de acuerdo a la redacción de la ley 11.536 (B.O.P. del 22/07/94), se ratificó el convenio celebrado el 10 de septiembre de 1.992 entre el Instituto Provincial de Lotería y Casinos y Lotería Nacional Sociedad del Estado, aprobado por decreto n° 327/93 del Poder Ejecutivo Provincial, en virtud del cual la Provincia de Buenos Aires reasumió la administración y explotación de los casinos autorizados en el territorio estadual. Ese traspaso trajo consigo el del personal que prestaba servicios en la referida repartición nacional (cfr. decreto n° 621/96 del 20/03/96; publ. en el B.O.P. del 10/04/96), quienes a partir de entonces pasaron a desempeñarse en el marco administrativo del Instituto Provincial de Lotería y Casinos..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.734, "García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa", [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

"...Por su parte, el citado Instituto Provincial de Lotería y Casinos fue creado por decreto n° 1.170/92 del 07/05/92 (B.O.P. del 18/05/92), como entidad autárquica de derecho público, manteniendo relaciones con el Gobierno bonaerense a través de su Ministerio de Economía, aprobándose por decreto n° 2.786/92 la estructura orgánica desagregada para el organismo, recientemente modificada por decreto n° 364/03 (del 27/03/03; publ. en el B.O.P. del 25/04/03) que prevé un nuevo diseño organizacional para el Instituto, aunque siempre manteniéndose dentro del ámbito del derecho público. Tampoco puede soslayarse que todo el personal de los casinos provincializados quedó sometido al sistema disciplinario del régimen jurídico de la función pública (ley 22.140; B.O.N. del 25/01/80), y a su decreto reglamentario n°

1.797/80 (B.O.N. del 08/09/80), puesto que así lo dispone en forma expresa el art. 3º del decreto provincial nº 4.406/96 (del 28/11/96). Considero, entonces, que no sólo por su pertenencia a un ente autárquico de derecho público (conforme la configuración institucional contenida en el decreto nº 1.170/92), cuyo personal se rige por el régimen jurídico de la función pública (de acuerdo a lo normado en el decreto nº 4.406/96), sino también por el cargo jerárquico que ostentaba y, en especial, por el preciso rol que cumplía al momento de la presunta comisión del ilícito que se le atribuye, como Jefe Inspector encargado del control de los pagadores de las minimesas, el causante revestía la condición de funcionario público, quedando, por ello mismo, marginado del sistema de suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis, 7º párrafo)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.734, “García, Roberto Alfredo s/ defraudación agravada contra la administración pública en grado de tentativa”, [S.J.P.], sent. del 07/08/03, R.I. 356/03).

“...Celebrada la audiencia prevista en el ritual (art. 404), comparecieron los intervinientes, quienes ratificaron aquel acuerdo, exponiendo el Agente Fiscal, con plena adhesión de la defensa, que *‘la calidad de empleada municipal de la imputada, a su criterio, no resulta obstáculo para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba acordada, toda vez que el hecho por el cual la nombrada ha sido investigada en esta causa es ajeno al ejercicio de su función’* (textual). En tributo a la verdad, diversa del precedente *‘García, Roberto Alfredo’* (causa nº 1.734, sent. del 07/08/03, R.I. 356/03), es la situación de la enjuiciada, quien si bien lleva quince años como agente comunal, desempeñaba a la época de la realización delictiva que se le atribuye en autos -y aún hoy cumple- tareas como personal de maestranza en un establecimiento escolar, conforme se desprende de autos. Por lo tanto, considero que la pretensión traída resulta no sólo temporánea, sino también admisible y procedente, habida cuenta que la veda mentada debe interpretarse en sentido doblemente restrictivo; a saber: en primer lugar, excluyendo de la misma a los empleados públicos, desde que la prohibición sólo se refiere a los funcionarios (es decir, al personal jerárquico), y, en segundo, porque la conducta típica y antijurídica debe cumplirse en el ámbito del ejercicio de sus funciones, no fuera de ellas, cual sería el caso de autos...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.204, “Núñez, Elvira y otros s/ administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública”, [S.J.P.], sent. del 11/09/03, R. 233/03).

Improcedencia. Casos.

“...Según se afirma en la requisitoria, la víctima habría sufrido herida contusa en cuero cabelludo de aproximadamente 10 a 15 cm. y fractura de calota craneana a la altura del ténoro- occipital derecho, quedándole un hematoma extradural subyacente; traumatismo que, además, provocó que el nombrado perdiera el conocimiento y debiera ser hospitalizado... Más allá de entender que la escala punitiva del art. 90 del CP, en abstracto, no es óbice para conceder este instituto y, sin llegar a emitir juicio de valor alguno sobre la calificación definitiva del hecho requerido a juicio por la fiscalía, ni respecto de la eventual autoría del imputado, considero que tal modalidad del acto ilícito, su medio comisivo y la entidad de las lesiones provocadas, no se corresponden con la suspensión del juicio a prueba...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 1.791, “D’Alessio, Marcos Gabriel s/ lesiones graves”, [S.J.P.], sent. del 08/07/03, R.I. 366/03).

“...Ello lo impiden los fines constitucionales y legales del proceso penal y razones de derecho de fondo, derivados de los principios de prevención general (¿qué incidencia tiene para la sociedad que el Poder Judicial no se pronuncie sobre tal hecho y, eventualmente, si existió el delito y hay sujeto responsable, se aplique o no la pena que legalmente corresponda?), y especial (¿si el imputado fuere realmente el autor responsable de tal acto, alcanza tal medida para dar por satisfecha la finalidad que con la sola advertencia de un proceso en ciernes, internalice la norma social en base a la que debería haberse motivado?)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa nº 1.791, “D’Alessio, Marcos Gabriel s/ lesiones graves”, [S.J.P.], sent. del 08/07/03, R.I. 366/03).

“...Aún cuando en el debate oral pudiera mantenerse la calificación con la que vienen las actuaciones al día de la fecha (CP, 90), y tanto por su concepto vecinal, como por el carácter de primario, el

causante, en caso de ser hipotéticamente condenado, pudiera ser merecedor de una pena de prisión en suspenso (CP, 26), las circunstancias fácticas referidas del injusto traído a juzgamiento y los principios constitucionales y legales aludidos, me llevan a expedirme por la negativa. Edgardo Alberto Donna, en su reciente libro *'El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia'* (edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As., junio 2.003, págs. 605 y sgtes.), cita un fallo de la Sala II de la C. N. Fed. C. Corr. del 26/06/97, "A. P. s/ Suspensión de Juicio a Prueba", Causa 13.468, Reg. 14.346, al que le agrega citas de Julio Maier en su trabajo *'Mecanismos de Simplificación del procedimiento penal'* (J A del 04/08/93, Doctrina pág. 3), conforme al cual se señala que *'los distintos caminos que hoy se buscan para simplificar, al menos parcialmente, el tratamiento de algunos casos penales, no reconocen su razón de ser en el siniestro propósito de abandonar o tornar más flexible el Estado de Derecho y los principios que lo gobiernan, sino, antes bien en verificaciones empíricas harto demostrativas de la imposibilidad práctica del sistema penal para abarcar todos los casos que existen...'*" (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.791, "D'Alessio, Marcos Gabriel s/ lesiones graves", [S.J.P.], sent. del 08/07/03, R.I. 366/03).

"...Coincidiendo con los fundamentos vertidos (y no sólo con la moción negativa explicitada) por quien me precede en el orden de votación, sostengo que hay ciertas conductas delictivas que resultan especialmente dañosas a la sociedad, donde es posible verificar efectos lesivos que trascienden el conflicto particular entre una víctima que las sufre y un victimario que las ocasiona; es decir, situaciones para las cuales el mecanismo de la suspensión del juicio a prueba no parece ser la mejor salida..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.791, "D'Alessio, Marcos Gabriel s/ lesiones graves", [S.J.P.], sent. del 08/07/03, R.I. 366/03).

"...De acuerdo a la doctrina de la orientación a las consecuencias en derecho penal, expuesta por Winfried Hassemer, puede decirse que el sistema penal al hacer justicia, tras describir (en abstracto), constatar y castigar (en concreto) el suceso criminoso, persigue (además, y a un tiempo) las metas de mejorar (o resocializar) a la persona autora del delito y contener (o prevenir) la delincuencia, habida cuenta que *'sin exigencias de legitimación, la teoría del derecho penal se retrotraería al bastión de la pura retribución de la culpabilidad. Por el contrario, en tiempos en los que la sociedad se interroga con preocupación sobre la justificación del fundamento del sistema penal, la teoría penal se ve obligada a entrar en la discusión acerca de las consecuencias que produce la acción punitiva'* (cfr. *'Fundamentos del Derecho Penal'*, edit. Bosch, Barcelona 1.984, § 5, pág. 35). En suma; considero, al igual que el Dr. Esteban Viñas, que el asunto de autos -conforme resulta, al menos, de su caracterización en el requerimiento para debate- es de aquellos que por sus singularidades merecen ser cuidadosamente examinados y sentenciados en juicio, tutelando los intereses y derechos fundamentales del imputado, de la víctima y de la sociedad..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.791, "D'Alessio, Marcos Gabriel s/ lesiones graves", [S.J.P.], sent. del 08/07/03, R.I. 366/03).

"...En el *'sub lite'* resulta inasequible el beneficio que en favor de la causante impetrara su defensor de confianza, atento que, como lo sostuvo el Agente Fiscal, *'...la naturaleza del hecho investigado no amerita la posibilidad de la suspensión del juicio a prueba...'* (textual), para lo cual entendemos inevitable remitirnos a la descripción objetiva del suceso criminoso que contienen la requisitoria fiscal y el consecuente auto de elevación a juicio, desde que dadas sus particularidades (sobre todo, por la presunta creación de una significativa fuente de riesgo prohibido en la propia vía pública, generadora de un peligro que, luego, se materializara en el luctuoso resultado conocido) es preferible su dilucidación, al igual que la hipotetizada autoría de la aludida en el mismo, mediante alguna de las dos formas del juicio penal; *'id est'*: oral, público y contradictorio, o bien en su versión simplificada, a elección de las partes..." (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

Oposición del Ministerio Público Fiscal.

“...Este Tribunal, en situación semejante, ha decidido que *‘la fundada oposición fiscalista al otorgamiento de la ‘probation’, que se exteriorizó en el mismo acto en el que se auspiciara su adopción, sella indefectiblemente la suerte adversa del pedido defensorista, al quedar insatisfecho el esencial ingrediente del art. 76 bis, 4º párr. del CP. Recurro, una vez más, a Gustavo Vitale en tanto argumenta que: ‘Una razón adicional para entender que el cuarto párrafo del art. 76 bis contempla un grupo de delitos distintos a los comprendidos en el primero y segundo, es que la ley penal requiere sólo en el cuarto párrafo el requisito del dictamen fiscal favorable (designado en la ley como ‘consentimiento fiscal’). Si sólo exige la manifestación de voluntad favorable del fiscal en el cuarto párrafo, es porque en él se comprenden supuestos de mayor gravedad en relación a los descriptos en el primero y segundo’* (cfr. op. cit., pág. 69). Julio de Olazábal (en *‘Suspensión del juicio a prueba’*, edit. Astrea, Bs. As. 1.994, pág. 75), Eleonora A. Devoto (en *‘Probation e institutos análogos’*, edit. DIN, Bs. As. 1.995, págs. 129/30), y Ricardo O. Sáenz (en *‘La suspensión a prueba del proceso penal’*, en *‘La Ley’*, del 15/07/94), coinciden, con algunas matizaciones, en la necesidad de contar con la anuencia del Ministerio Público para cubrir el recaudo emergente de la literalidad del texto legal sustantivo...” (causa nº 656, *‘Escot, Silvia Alejandra’*, sent. del 11/05/01, R. 082/01)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.796, *‘Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.’*, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...Añadióse que *‘el motivo medular para el rechazo de la pretensión traída aparece plasmado, de modo intergiversable, en la legislación procesal bonaerense, configurada en una dirección tendencialmente acusatoria, donde en plena sintonía con la proclama que ‘la acción penal pública se ejercerá ‘exclusivamente’ por el Ministerio Público Fiscal. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley’* (CPP, 6; t. o. ley 12.059), se dispone -en el capítulo IV, título II, del libro III, y en la única cláusula destinada a reglamentar el funcionamiento operativo del instituto, en su dimensión procedimental- que *‘el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, ‘mediando conformidad Fiscal’* (CPP, 404). Comentando la última de las normas aludidas, el co-redactor de la reforma procesal y hoy Presidente del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., Federico Guillermo José Domínguez, escribió que *‘el juez puede conceder el beneficio, pero eso sí, la conformidad del fiscal en orden al respeto al principio acusatorio es fundamental’* (cfr. *‘Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.’*, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, pág. 342). La validez constitucional de esa regulación, no ha sido controvertida por el tenaz defensor técnico de la causante, ni advierto que existan causas para ello...” (idem)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº 1.796, *‘Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.’*, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...Sin perjuicio de mi respetuoso disenso con algunas de las abundantes aseveraciones vertidas, en el curso de la extensa audiencia preliminar, por el Fiscal (argumentos que, según infero, han sido omitidos en el acta respectiva por causas de economía procesal; entre ellos, cito: -i- el relativo al carácter de parte plena -es decir, no adhesiva- que le asignara al particular damnificado, acaso, por un inadecuado deslinde entre lo que la ley *‘manda’ -‘de lege lata’-*, y lo que la ley *‘debería mandar’ -‘de lege ferenda’-*; -ii- lo concerniente a ciertos aspectos de su toma de postura acerca de la sempiterna problemática de la legitimación del poder punitivo del estado; y en fin -iii- al propio rol del Ministerio Público, tal vez, a raíz de sobredimensionar su vínculo con la tutela jurídica de los intereses de las víctimas), en la especie, ratifico el temperamento y las conclusiones del precedente que acabo de trasegar. Más aún, cuando no advierto justificación bastante para decir que es irrazonable la obstrucción fiscalista, en cuyo caso podría sancionársela de invalidez, por ser misión irrenunciable de la judicatura la de controlar la legalidad y la motivación de los actos de los poderes públicos, en general, y la de interdicar cualquier tipo de arbitrariedad o abuso de los funcionarios del Ministerio Fiscal, en particular, concebido éste como genuino representante del interés colectivo y *‘vigía de la ley’* (cfr. Gössel, Karl-Heinz en *‘El Ministerio Público en el Proceso Penal’*, publ. en *‘Doctrina Penal’*, Año 4, Nº 13/6, edit. Depalma, Bs. As. 1.981, págs. 622/59)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa nº

1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

"...Comparto el voto del colega que lleva la voz en el acuerdo en cuanto a mantener el criterio, ya sentado en este Tribunal, a partir del caso 'Escot, Silvia Alejandra' (causa n° 656, sent. del 11/05/01, R. 082/01), según el cual, en virtud del mandato emergente del art. 76 bis 4° párrafo del CP y el procedimiento regulado en el art. 404 del ritual, en delitos criminales, la disconformidad del Ministerio Público Fiscal es un óbice infranqueable para conceder la suspensión del juicio a prueba..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

"...Así como en el ejercicio del control que este órgano tiene de la legalidad y razonabilidad del proceder de dicho Ministerio Público, es posible (y a veces un deber jurídico constitucional) anular su actuación, del mismo modo cabe analizar si la oposición formulada, en este caso por el Sr. Agente Fiscal, cumple con aquellos parámetros (arts. 10, 11, 15, 25, 26, 45, 56 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 14, 16, 18, 19, 28, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 1, 2, 6, 7, 8 y cctes. Dec. Universal Derechos Humanos, art. 8 inc. 1 Conv. Americana Der. Humanos Ley 23.054; y art. 14 inc. 1° Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos Ley 23.313; arts. 1°, 79 incs. 1°, 6°, 7°, 202 inc. 2 y 203 último párrafo del CPP, t.o. ley 11.922), y, en definitiva, si se ajusta al deber de objetividad que le impone la Ley 12.061 (arts. 1, 17 inc. 1° y 54). En tal sentido, comparto lo resuelto por el Tribunal en lo Criminal n° 1 de Necochea, en cuanto a que '*...si bien es improcedente revisar las razones jurídicas, conceptuales y valorativas que pueden llevar a la fiscalía...* (a decidir por ejemplo un desistimiento de acción o como en el caso juzgado), ello no quita la posibilidad de verificar que dicha actividad sea realizada dentro de los parámetros que fija la Ley...' (cfr. causa n° 2.422, 'Guayán', sent. del 14/02/2000, publ. Rev. La Ley Bs.As., Año 7 núm. 6 julio del 2.000, págs. 678 y sgtes.)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

"...No puedo compartir la posición asumida por la Fiscalía en este caso, en cuanto pretendió otorgar a la víctima el carácter de titular del derecho de persecución penal; a punto tal que llegó a sostener, como expresión de deseo y postura intelectual, que si no hubiere víctima afectada e interesada en ello, los delitos no deberían juzgarse. Ello así, porque en una sociedad organizada como Estado, el único titular del '*jus puniendi*' (Derecho Penal Subjetivo: derecho de persecución penal) es, precisamente, aquel, quien asumiendo el conflicto privado (y si se quiere desplazando la venganza como forma de reacción primitiva, irracional y puramente retributiva), en resguardo de la paz social, ejerce tal poder ('*vindicta pública*'), buscando que las normas que dicta sean respetadas y cumplidas. La víctima (actúe o no como particular damnificado) sólo tiene derecho a una tutela judicial actual y efectiva (CPBA, art. 15), lo que se traduce, únicamente, en la garantía que sea un órgano jurisdiccional el que diga si se ha afectado o no un derecho subjetivo suyo, en su caso si tal afectación es delictiva, quien es el autor y cuál es el tipo de respuesta que, de acuerdo a la ley penal vigente, corresponde dar. Precisamente, a veces, la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis) es ya una respuesta suficiente para los fines de prevención general y especial que la ley penal busca satisfacer..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

"...La postura asumida, en esta causa, por el representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto ha privilegiado la posición de la víctima que mantiene un interés por la condena (retribución pura), al actuar como particular damnificado, frente a otros casos análogos en los que, al no haber actuado aquella, en tal rol procesal, ha entendido procedente la concesión del instituto de la suspensión del juicio a prueba, es notoriamente errática, incoherente, contradictoria e irrazonable por afectar los principios constitucionales de igualdad ante la ley y razonabilidad (CN 16 y 28; C Pcial. 11). Pero además no guarda el deber de objetividad (conf. ley 12.061, 1, 17 inc. 1° y 54). En efecto, de convalidarse tal actitud, tendríamos que en casos análogos (homicidio culposo agravado como el juzgado) personas a quienes se

les concede el beneficio del art. 76 bis del CP porque tuvieron la suerte de que la víctima no se presentara como particular damnificado, mientras que en otros, donde sí se presentó el damnificado impulsando el proceso, el Ministerio Público Fiscal obstruiría su concesión con la oposición que le permite el 4º párrafo de la norma citada...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 1.796, “Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.”, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...El Fiscal -no obstante su incuestionada buena fe- ha errado, estoy convencido, el sentido de su actuación y los fines y requisitos que la ley de fondo ha previsto para que sea viable el instituto de la suspensión del juicio a prueba, los que en este caso, para mí se dan plenamente. Tal actuación, a mi entender, debería ser, entonces, anulada, requiriéndose que la Fiscalía General designe un nuevo funcionario de dicho Ministerio Público a fin que cumpla con el rol constitucionalmente asignado a dicha parte en este proceso penal. Como bien afirmara el Dr. Roberto Atilio Falcone, en su voto en la causa ‘Colli, Carlos’ (cfr. Tribunal Oral Federal nº 1 M.d.P., sent. del 05/07/98, publ. y comentada en Suplemento Jurisprudencia Penal La Ley del 30/09/1998, pág. 34, con comentario Dr. Luis Darritchon donde se anula el requerimiento del M.P.Fiscal), ‘...los fiscales no están obligados a hacer prevalecer el fin persecutorio por encima del interés en la fiel y justa aplicación de la Constitución y la Ley... (ver Resol. Procurador General de la Nación, cabeza del Ministerio Públ. Nº 29.96)... El principio acusatorio recibe también su contenido de otros principios no menos importantes: la inderogabilidad del juicio penal y el de legalidad, ordenan que el juicio penal sea indeclinable, tal como lo reconoció por vez primera el art. 7 del ‘Bill of Rights’ en Inglaterra en 1.659. En un modelo garantista, los principios antes mencionados y el de sujeción de toda función judicial a la ley, juntamente con la indisponibilidad de las situaciones penales, excluyen la aceptación de criterios arbitrarios o puramente potestativos en el ejercicio de la acción penal’...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa nº 1.796, “Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.”, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...La argumentación concretada por el representante del Ministerio Público en la audiencia del art. 404 CPP me desconcertó. Sabía que la ciencia del Derecho es un campo que día a día se expande hacia nuevos rumbos, pero, en puridad, no imaginaba que la conceptualización jurídica, nos llevara a hipótesis insospechadas. Estaba en la creencia que el instituto de la suspensión del juicio a prueba es una excepción al principio de la legalidad, dentro del ámbito procesal, y que incorpora implícitamente el principio de oportunidad, por medio del cual el Ministerio Público -en algunos supuestos- puede renunciar a someter al juzgamiento ciertos delitos, por razones de conveniencia acorde a criterios selectivos de política criminal. Ahora bien, según lo acontecido en la audiencia a la que hiciera referencia, el Fiscal manifestó ante una propuesta de suspensión del juicio a prueba, que estimaba, o que su criterio era -palabra más o palabra menos- enancarse a la pretensión opositora del particular damnificado, o sea, que si dicha ‘parte’ no consentía esa posibilidad, él no prestaría su consentimiento a la propuesta en cuestión. En verdad, no alcanzo a comprender ese criterio, y pido se me perdone la torpeza de mi parte. Hasta ahora he entendido -y creo que en la mayor parte de Occidente es así- que los funcionarios de esa área de la Justicia, son órganos de persecución *objetivos e imparciales*, es decir, ‘custodios de la ley’, todo lo que conforme lo expresado por el Sr. Agente Fiscal, me desvirtúa el pensamiento...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.796, “Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.”, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...Si bien la víctima en el actual ordenamiento constitucional (CPBA, 15), y procesal (CPP, 83 y sgts.), es ampliamente considerada, ello no implica, en modo alguno, que se desnaturalice la primigenia función del Ministerio Público Fiscal como representante y guardián de la sociedad en su conjunto, considerada como un todo, y no como una especie de custodio del sujeto pasivo del delito, por grave que éste sea...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa nº 1.796, “Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.”, [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

“...Participo mayoritariamente del pensamiento desarrollado por el Dr. Esteban Viñas, en especial, en cuanto a los calificativos de errática, incoherente y contradictoria de la postura fiscalista. Lo

primero, errática, por las consideraciones ya vertidas en el voto del colega y en éste; lo segundo, incoherente, en orden a la falta de lógica de la fundamentación del Agente Fiscal (cuya buena fe también destaco, igual que lo hiciera el Dr. Viñas); y lo tercero, o sea, contradictoria, no sólo porque en casos similares (y aún más graves) él ha consentido la vía alternativa en cuestión, sino también porque en el curso de la propia audiencia el funcionario aludido hizo pública fe de su credo 'garantista' y 'minimalista' del derecho penal, para, enseguida, acoplarse sin más a la postura obstruccionista del particular damnificado. De allí que reitero mi desconcierto, como antes decía..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

"...Conozco, y muy bien, las vallas que me significan las previsiones legales contenidas en el art. 76 bis, cuarto párrafo del CP, y en el art. 404 del CPP, y no las puedo superar, y si bien es cierto que el juez no debe convertirse en legislador -menos en este caso y ante un mandato tan claro y preciso de las normas legales precitadas-, sino que debe aplicar la ley conforme la interpretación que mejor consulte la solución de una determinada controversia; lamentablemente, con esa negativa infundada, a mi modo de ver, del Ministerio Público -calificativo que le agrego a los ya expresados por el Dr. Viñas-, no puedo menos que terminar compartiendo la argumentación vertida por el Dr. Favarotto, a cuyos términos me adhiero..." (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 1.796, "Pietrantuono, Crescencio Alberto s/ homicidio culposo agravado, etc.", [S.J.P. y J.A.], sent. del 26/09/03, R. 248/03).

Reparación del daño causado, en la medida de lo posible.

"...Hay una razón adicional para el rechazo de la postulación defensiva en análisis, habida cuenta que el peticionante ha soslayado por completo el esencial dispositivo del art. 76 bis, 3er. párr. del Código Penal. Este Tribunal ha sostenido acerca del mismo que *'...lo primero que se advierte, es que el imputado no ha satisfecho el extremo referido al 'ofrecimiento' de reparación, en la medida de sus posibilidades, y en cuanto la modalidad del hecho que se le enrostra lo permita, del daño causado (CP, 76 bis, 3º párrafo). Dicha reparación, en el marco normativo que lo regula 'no persigue estrictamente un fin resarcitorio (el que, sin embargo, en algún caso puede llegar a cumplirse igualmente), sino que procura brindar una respuesta a la víctima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pueda habersele causado, como un intento de internalizar en el imputado la existencia de un posible afectado por el hecho que se le atribuye' (cfr. Vitale, Gustavo L. en 'Suspensión del proceso penal a prueba', Edit. Del Puerto, Bs. As. 1.996, pág. 125). Es quizá, en función de este último propósito -demostrativo, además, de la verdadera intención del enjuiciado de solucionar el conflicto penal- que la exigencia analizada cobre mayor sentido y que, en el 'sub examine', se torne ineludible...'* (cfr. causa n° 402, 'Aguar, Ariel Augusto', sent. del 30/06/00, R. 134/00); aserto que no pierde entidad por la circunstancia -'prima facie' establecida- que en el episodio de autos el bien jurídico concretamente afectado resultó ser la vida de un púber..." (Por unanimidad, causa n° 1.816, "Costa, Susana Graciela s/ homicidio culposo", [I.], sent. del 27/11/03, R. 646/03).

TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA Y MUNICIONES DE GUERRA.

Concurso entre la tenencia de arma y la munición de guerra.

"...Es doctrina constante de este Tribunal que los párrafos tercero y quinto del art. 189 bis del código de fondo, constituyen un único tipo penal, con pluralidad de hipótesis enunciadas en forma alternativa (C.S.J.N., 'A.V.E. s/ tenencia de arma de guerra', sent. del 02/04/91, publicado en 'E.D.' del 20/08/93, con glosa de Nemesio González); y, por ende, hemos rechazado *'cualquier modalidad concursal -de tenencia de arma y municiones-, porque el elemento secuestrado, con sus proyectiles anexos, sólo comporta la acción típica de tenencia ilegal de arma de guerra (donde lo accesorio, las municiones, sigue a lo principal..., hipótesis a la que se refiere el párrafo tercero del art. 189 bis del Código Penal, en*

el texto ordenado por la ley 20.642 (con el indispensable complemento del decreto n° 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos n° 20.429)' (causa n° 82, 'Aimale, Fabián Francisco', sent. del 30/09/99, R. .056/99, y causa n° 643, 'Malvica, Venerando', sent. del 07/11/01, R. 223/01, entre otras)... (Del voto del Dr. Martinelli, al que adhirieron los Dres. Viñas y Favarotto, causa n° 1.652, "Ramos, Horacio Guillermo s/ lesiones leves, etc.", [J.A.], sent. del 10/09/03, R. 228/03).

Munición de uso prohibido. Clasificación.

"...Así lo expuso en su momento el Dr. Ricardo S. Favarotto, en voto -a cuyos términos me inscribo ahora- y que fuera acompañado, en su momento, por los Dres. Martinelli y Arrola de Galandrini: '*...acerca de los cartuchos con ojiva perforada, considerados por el idóneo policial como 'material de uso prohibido, sólo apto para la caza o tiro deportivo', escapan a la clasificación de municiones correspondientes a arma de guerra a la que se refiere el último párrafo del art. 189 bis del CP...*' (cfr. causa n° 620, 'Clemente, Juan Carlos', sent. del 08/03/01, R. 021/01)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.456, "Garde, Raúl Javier y otro s/ robo agravado por uso de arma, etc." [J.A.], sent. del 05/02/03, R. 005/03).

Tenencia compartida.

"...Si bien este Tribunal ha seguido en algunos de sus precedentes, la teoría de la tenencia compartida que permitiría atribuir la conducta ilícita del art. 189 bis 4° párr. del C.P. a más de un sujeto, en el caso particular, considero que, no siendo el caso del uso indistinto de tal instrumento por los dos sujetos asaltantes, ni habiéndose secuestrado la misma de un lugar común (auto, pieza, etc.), aplicar aquella doctrina significaría sostener un criterio de responsabilidad penal objetiva, ajeno a nuestro sistema constitucional penal (CN, 18 y 19; CPBA, 25)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.617, "Gómez, Juan Marcelo s/ tentativa de robo agravado por uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 16/05/03, R. 098/03).

Tipicidad objetiva. Diferencias con la portación.

"...Tal como lo expusiera al votar en la causa n° 1.499, 'Varejao, Luis Esteban' (sent. del 19/03/03, R. 042/03), con cita de la sentencia de la titular del Juzgado en lo Correccional n° 1 deptal., Dra. Jorgelina Camadro, en la causa n° 296, 'Rojas, Matías Damián' (sent. del 01/06/01), la Dirección de Asuntos Jurídicos e Institucionales del RE.N.AR. define que '*...la portación conlleva dos elementos característicos: en primer término, en cuanto hace a las condiciones de uso inmediato, lo que implica que el arma debe estar cargada y dispuesta para ser utilizada. Y en segundo lugar, el de lugar público o acceso público*'. Y en cuanto a su diferenciación objetiva con el delito de tenencia ilegal de armas, es decir, respecto de las características y condiciones del bien que se porta o tiene en cada figura, agregué: '*...mientras la tenencia puede ser definida como el acto por el cual su titular '...puede disponer de él físicamente en cualquier momento sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente...*' (cfr. Carlos Creus, en 'Derecho Penal. Parte Especial', vol. 2, Astrea, pág. 29), la simple portación según la valorización técnica del RE.N.AR. (ver fallo Dra. Camadro, ya citado) consiste '*en la acción de llevar armas de cualquier clase que fuere en lugares públicos en condiciones de uso inmediato*', conforme lo establece el art.3° inc. 16 del Dec. Ley 395/75 que recoge el espíritu de su antecesor, el Dec. 4693 del 21/05/73 (derogado), tal como lo señalara Frank Jorge L. en su obra '*Legítima defensa con armas de fuego*', Ad-Hoc, 2000 pág. 222.' (cfr. sent. en la causa citada)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 1.686, "Luque, Alejandro Damián s/ tentativa de robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 127/03).

"...En lo atinente a la segunda parte del voto del Dr. Viñas, voy a agregar que la expresión '*portar*', como ya tuviera oportunidad de afirmarlo en la causa n° 586, '*Indragoli, Martín Ezequiel*' (sent. del 28/11/00, R. 221/00), '*representa en su sentido técnico, una relación directa entre una cosa (en el*

caso, un arma de fuego de uso civil) y una persona que la detenta; es decir, 'portar' es 'llevar consigo' -y no de cualquier otra manera-, ya sea en el cuerpo, en las ropas y hasta en el auto, en un lugar público o de acceso público. Aunque en el último caso, sólo a condición de que se pueda predicar que existe univocidad en el vínculo entre el portador y el arma...' Es más; recibo con beneplácito -desde que habrá de servir en lo sucesivo para restringir todavía más el ámbito de aplicación de la mentada norma sancionatoria, de por sí problemática por su escasa o nula lesión del bien jurídico- el criterio que emerge del voto del colega preopinante, en cuanto sostiene que, además, la portación conlleva como elemento característico y consustancial las condiciones de uso inmediato del arma, con lo que se desplaza la tipicidad objetiva de aquella que esté desprovista de municiones o que, por cualquier otro motivo o factor, resulte inidónea para ser utilizada y, por tanto, para afectar -al menos, potencialmente- la seguridad común..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.686, "Luque, Alejandro Damián s/ tentativa de robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 127/03).

"...Por mi parte, voy a incorporar otro argumento adicional, aunque no menos importante que los anteriores, que permite diferenciar, en situaciones análogas, a las armas de guerra de las de uso civil. Obsérvese que un arma de guerra, aún desprovista de pertrechos para ser lanzados, no deja de constituir una de las hipótesis normativas de la tenencia de tales objetos bélicos, toda vez que en el último párrafo del art. 189 bis del C.P. (t.o. ley 25.086; B.O. del 14/05/99), se prevén las mismas sanciones para los que tuvieren o acopiaren '*municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de éstas e instrumental para producirlas*'. Y allí finca, precisamente, el aspecto distintivo de la situación del '*sub judice*', esto es, que la hipótesis jurídica se refiere, en forma exclusiva, a las partes (entiéndase por tales a las piezas esenciales o a los repuestos indispensables) de las armas de guerra; excluyendo, de adverso, a las de uso civil..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 1.686, "Luque, Alejandro Damián s/ tentativa de robo agravado por el uso de arma, etc.", [J.A.], sent. del 03/06/03, R. 127/03).

TENTATIVA.

El dolo de la tentativa.

"...Si por dolo debe conceptuarse al humano designio de ejecutar el tipo penal objetivo, con pleno conocimiento de todos sus componentes, es menester suplementar que '*tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: el dolo directo (o intención), el dolo indirecto (o de consecuencias necesarias) y el dolo eventual. Las distintas formas tienen relación con la distinción entre consecuencias principales y accesorias de la acción. En las tres formas el autor debe haber tenido conocimiento del peligro concreto creado por su acción para la realización del tipo*' (cfr. Bacigalupo, Enrique en '*Derecho penal. Parte general*', 2ª edición, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.999, pág. 323, n° 614). A pesar de ello, siempre de acuerdo al calificado autor, '*la teoría de las formas del dolo puede considerarse superada una vez que se ha eliminado el llamado elemento volitivo del dolo. En efecto, las distintas formas del dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en la que todas las 'formas de dolo' tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo*' (op. cit., pág. 324, n° 618)..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirió los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, "Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio", [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

"...Sin embargo, aún avizoro incierto ese preconizado progreso dogmático, por lo que fiel a la clásica tripartición del dolo, y en respuesta al planteo defensorista, sostengo que al no existir un dolo propio para la tentativa, el dolo del autor en el delito tentado es el mismo que en el delito perfeccionado, o, lo que es igual, que la tentativa puede darse con dolo directo, indirecto y eventual (claro, siempre y cuando el ilícito consumado también admita esas modalidades), en razón de que '*la referencia a delito determinado no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual, pues la palabra determinado del art. 42 del CP tiene otro sentido, dado que de ninguna manera puede haber un fin de cometer un delito indeter-*

minado, lo que sería una monstruosidad ontológica (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl *'Derecho Penal. Parte General'*, en coautoría con Alagia y Slokar, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, pág. 708, n° 3). En idéntico sentido se expiden M. Sancinetti (cfr. *'Tentativa y dolo eventual'*, publ. en *'Doctrina Penal'*, edit. Depalma, año 1.987, págs. 781/90), G. Fernández (cfr. *'Código Penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial'*, bajo la dirección de Baigún y Zaffaroni, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.002, tomo 2, págs. 116/7), H. Welzel (cfr. *'Derecho Penal Alemán'*, 4ª edic. castellana, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1.993, pág. 224), H. Jescheck (cfr. *'Tratado de Derecho Penal. Parte General'*, 4ª edic., edit. Comares, Granada 1.993, pág. 466), E. Bacigalupo (cfr. op. cit., 1ª edic., 1.987, pág. 291), F. Muñoz Conde (cfr. *'Derecho Penal. Parte General'*, en coautoría con García Arán, 3ª edic., edit. Tiran lo blanch, Valencia 1.998, págs. 462/3), y O. Gómez López (cfr. *'El homicidio'*, edit. Temis, Bogotá, 1.997, tomo I, pág. 173), entre otros..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.234, "Pérez Corrales, Jorge Daniel s/ tentativa de homicidio", [J.O.], sent. del 30/06/03, R. 157/03).

TESTIMONIOS.

Eficacia probatoria de la declaración de la víctima o de sus parientes.

"...Es aplicable a este caso la cita jurisprudencial realizada por el Dr. Eduardo Carlos Hortel en el *'Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires ley 11.922'* (edit. Buenos Aires 1.998, pág. 326), conforme a la cual *'...el continente sencillo de los testigos que declararon en la audiencia, la fulminante inmediatez de las respuestas dadas al tribunal, la diafinidad con que expresaron sus sentimientos de dolor y hasta su falta de artificio... son circunstancias que convencen de su sinceridad, a pesar de que sean parientes de la occisa... y de que hayan dado vivas muestras de animosidad hacia el acusado'* (Cám. Ap. de Pergamino, S/1994-I-Reg. 77)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

"...Tengo presente que, como lo ha resuelto reiteradamente la Suprema Corte de Justicia Provincial, *'...la calidad de hábil asignada al testimonio de la víctima no puede ser conmovida, si ni siquiera se ha puesto en tela de juicio la capacidad, probidad, conocimiento del hecho sobre el que depone, ni su imparcialidad'* (SCBA., P. 37.885, *'Chela, Carlos Alberto'*, sent. del 02/08/88), máxime cuando *'...declaró en forma llana y directa, siendo sus dichos concordantes con otras pruebas de la causa'* (SCBA., P.37.885, *'Chela, Carlos Alberto'*, sent. del 02/08/88; P. 36.569, *'Rodríguez, Héctor Omar'*, sent. del 30/08/88; P. 40.080, *'Castilla, Roberto E.'*, sent. del 30/07/91; P. 41.921, *'Díaz, Alberto'*, sent. del 09/03/93 entre muchos otros)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

"...Este Tribunal, en su integración originaria ya resolvió que resulta posible condenar al acusado en base a un testimonio directamente sindicativo, cuando: *'...Tan clara y contundente fue la declaración prestada..., que hace aplicable al caso lo sostenido por el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., cuando sentenció que 'un testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido' (cfr. Sala 1ª, causa n° 185, 'Benítez, Carlos s/ homicidio', del 08/09/99)...*' (causa n° 686, *'Ramírez Rossi, Cristian Mauricio'*, sent. del 10/09/01, R. 173/01)..." (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirió el Dr. Martinelli, causa n° 791, "Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.", [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

"...Comparto lo sostenido con relación a que el testimonio de la víctima puede considerarse como un elemento probatorio idóneo y adecuado para formar la convicción del juez y utilizarse como fundamento de una sentencia condenatoria. Es evidente que el estado de certeza judicial, como fin de la

prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su cantidad...” (Del voto del Dr. Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

Testigo único.

“...Personalmente participo de la idea que los testimonios no se suman, sino que se pesan, abarcando ello la forma de expresión y el recuerdo que se tenga de determinada vivencia. Lo expresado lo afirmo teniendo en cuenta la derogación del sistema de prueba tasada, y la instauración del sistema de libre valoración de la prueba (CPP, 209), que por un lado admite, a mi entender, la viabilidad del testigo único en el proceso penal, y que permite determinar que en la prueba procesal, no son relevantes los aspectos cuantitativos, sino los cualitativos. La pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial, la convicción judicial, no depende de un mayor o menor número de evidencias, sino en la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia reitero, de su pluralidad...” (Del voto del Dr. Martinelli, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Con relación a la cantidad de testigos cabe recordar los términos de Bentham en el sentido que *‘los testimonios se pesan, no se cuentan’*. En verdad, las cualidades y capacidades del testigo deben predominar sobre la cantidad de ellos a los efectos de su valoración. Cabe destacar que en la práctica es improbable que se presente un caso donde el único medio probatorio sea un testimonio; siempre existen en todo cuerpo del delito, o en los rastros o huellas, objetos constitutivos de pruebas materiales, o el más ínfimo elemento que habría de adunarse a ese único testimonio. Así cabe concluir que el antiguo principio *‘testis unus, testis nulus’* de que un solo testigo era terminantemente ineficaz ha perdido modernamente toda su vigencia. El sistema de libre convicción para valorar las pruebas y el principio de la verdad real e histórica, no comulgan con tan tajante atadura al análisis de los jueces. No obstante, lo que ante la moderna concepción del sistema de valoración resulta incompatible, es concebir una presunción que sin admitir prueba en contrario imponga al juzgador a considerar ineficaz el testigo único. Sin embargo, ello no significa que el tradicional axioma sirva como orientador en la ponderación de la prueba, máxime cuando recordamos los consejos de Mittermaier en cuanto a que *‘un testigo aislado constituye una afirmación imposible de comprobar’*, apreciación que se refuerza con la lucidez de Garraud: *‘la desconfianza ante un testimonio aislado constituye un acto juicioso y de prudencia, que no hay necesidad de aconsejar a los magistrados con experiencia’*. Por su parte, Framarino sostiene que aun cuando el delito esté subjetivamente comprobado y el acusado niegue su participación, se presentan dos aciertos inconciliables, el del testigo único del delincuente, no puede provocar aquella certeza que es legítima base de una condena (cfr. *‘Lógica de las pruebas en materia criminal’*, t. II, pág 253)...” (Del voto del Dr. Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

“...Pero también es cierto que el testimonio único adquiere realmente relevancia en aquellos casos -especialmente los delitos contra la libertad sexual- en los que dado el marco de clandestinidad o privacidad donde son consumados, hace que los dichos de la víctima tenga carácter fundamental al ser, en la mayoría de las ocasiones, el único medio para probar la realidad de la infracción penal. Esto último no sucedió en el sub-judice... Es por ello que, aún cuando se lo admita como prueba de cargo, el testimonio único debe ser rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria. Y precisamente es la ausencia de otro dato objetivo que avale los dichos de la testigo, lo que me genera una invencible duda sobre los fundamentos de la acusación contra el encausado...” (Del voto del Dr. Dominella, causa n° 791, “Savaría, Roberto Carlos s/ robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda, etc.”, [J.O.], sent. del 17/03/03, R. 036/03).

Testimonio infantil.

“...Según la psicóloga municipal los parámetros que en el caso le permitían validar, de un modo que dijo era *‘contundente’*, las afirmaciones de la niña abusada: a.) la coincidencia plena del relato que le hiciera a ella con el contenido de lo que le expresara, antes, a su propia madre; b.) el resultado de sus exploraciones con un diagnóstico de fuerte ansiedad, con temores nocturnos, enuresis y cambios de carácter, así como producción de dibujos agresivos (por ejemplo, tiburones), frente a los que la nena se colocaba como agredida; c.) la expresión clara e inequívoca de lo que le había sucedido, rodeando al hecho en sí de elementales referencias de tiempo, modo y lugar; y d.) la base teórica y técnica, a la que la terapeuta hizo puntual alusión con cita de autores especializados, en la que se sustentara sus conclusiones. Agregó la profesional aludida que, de acuerdo a la bibliografía más autorizada en la materia (por caso, citó a Diana Sanz, Master en EE.UU. sobre la temática del abuso infantil, en su obra *‘Violencia y Abuso en la Familia’*, edit. Lumen Humanitas, Lanús Oeste, Bs. As. 1.999), en casos como el aquí juzgado, cuando un menor exterioriza tales conductas sufridas, hay que creerle porque no es posible que las invente y no resultaría acertado, revictimizarlo por ello...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

“...Recurriendo, precisamente, a la obra precitada encuentro que sus autores (Diana Sanz y Alejandro Molina), al referirse a los factores asociados a la validez de las declaraciones de un niño víctima de esta clase de delitos, señalan que: *‘...el testimonio infantil es el sostén básico en las investigaciones acerca del abuso... los niños recuerdan eventos con menos detalles que los adultos; esto no implica afirmar que dan datos incorrectos, sino solamente que brindan menos información. Esto se observa muy acentuadamente en niños menores de cinco años, aunque se considera que, a la edad de tres años, el niño ya está en condiciones de recordar y relatar experiencias de abusos’*” (pág. 170). Con relación a las diferencias entre la fantasía y la realidad en tales víctimas, esos autores dicen que *‘...si bien es cierto que, en determinadas áreas, los niños pueden adornar los hechos reales con producciones de sus fantasías, esto no ha sido encontrado correlacionado con el abuso sexual. Un niño no puede fantasear sobre algo que está fuera de su campo de experiencias, por lo tanto no hay evidencia empírica que pueda sostener que, cuando un niño relata detalles de experiencias de victimización sexual, esto deba atribuirse a su imaginación...’* (pág. 171)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

“...En cuanto a la posibilidad de sugestión por experiencias externas que puedan alterar su memoria, la psicóloga Sanz y el abogado Molina, afirman que *‘...los estudios realizados indican más una tendencia en los niños a negar experiencias que han ocurrido y que han sido percibidas como traumáticas, que a hacer aseveraciones falsas sobre hechos que no han ocurrido...’*” (pág. 172). Y, finalmente, en cuanto a la mentira, aquellos calificados profesionales sostienen que *‘...a partir de los cuatro años, un niño está en condiciones de distinguir la verdad de la mentira, puede internalizar el sentido de que mentir está mal. Los niños pequeños no pueden sostener por mucho tiempo una mentira... el porcentaje de alegatos falsos de abusos fue ubicado por varios autores (Conte, 1.992; Faller, 1.990; Jones y Mc Graw, 1.987, en un porcentaje entre el 6% y el 8% ...’* (pág. 172). De un modo coincidente el Juez Carlos Alberto Rozanski, en su obra *‘Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar’* (edit. Carolina Di Bella, Avellaneda Bs. As. 2.003, págs. 87/8), al exponer los métodos de investigación de abusos infantiles, puntualiza que ocupan un lugar primordial, los síntomas o huellas del propio cuerpo de la víctima, sus signos (conducta de la niña) y su palabra. Y respecto del testimonio de la menor, distingue los casos, según que el agresor sea ajeno a la familia (en cuyo supuesto es común que lo verbalice a sus padres), de cuando se trata de un integrante del propio grupo familiar...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

“...Así, sostiene el Dr. Rozanski, cuando se trata de un *‘...abuso intrafamiliar se producen aquellos fenómenos como la acomodación o los trastornos disociativos que con frecuencia impiden la*

comunicación. En estos casos, la confusión que vive la niña es de tal magnitud que no está en condiciones de hacer saber lo que está sucediendo. De hecho, resulta absurdo y hasta perverso pretender de la menor un relato pormenorizado y fluido, sobre todo en el ámbito policial-judicial... Glaser y Frosh... sostienen que (cuando la víctima es un adolescente) la comunicación tiene como fin el cese del abuso, pero (en cambio) en el de los más pequeños, en general la verbalización se produce de manera no intencional: el niño no tiene la intención de efectuar una revelación con ese fin, simplemente lo comenta a un docente, compañero, la madre, etc... Eso se denomina 'revelación no intencional' y se produce 'más por necesidad de verbalizar una situación que es perturbadora que por el objetivo consciente de lograr el cese del abuso'...' (obra citada, aunque lo que consta entre paréntesis me pertenece)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

“...Esto último lo vinculo con las dificultades que la menor víctima de autos pudo haber tenido para contar lo sucedido, en primer lugar, a su propia madre, con el hecho probado de que antes que a nadie se le contó a la celadora (o 'tía', como suelen denominarla) del Patronato de la Infancia, atento que su agresor era otro familiar, y con el modo concreto, directo, sin aditamentos, ni terceras intenciones (perjudicar a alguien) con que lo hizo. Por su parte, la psicóloga forense dejó constancia que en la entrevista con la niña, ésta dijo que ‘...su padre la acostaba en la cama junto a él y le tocaba la vagina. Señala la zona genital...’, e indicó como daños psíquicos que ‘...presenta temores nocturnos, accesos de llanto, conductas regresivas, introversión...’, por todo lo que aconsejó: ‘urgente tratamiento psicológico para ella’. A criterio de la experta, tanto las alusiones al abuso sexual, cuanto a la individualización de la persona del agresor, por parte de la niña, le parecieron verídicos, descartando que pudieran ser inducidos o sugeridos por terceros. Basó dicha afirmación en que sería inadmisibles, técnicamente, no creerle a un menor de cuatro años, cuando relata un abuso sexual infantil sufrido (como el aquí juzgado), porque carece de la capacidad intelectual para inventar experiencias de tal naturaleza, en virtud de todo lo cual, concluyó sosteniendo, en el nivel de las afirmaciones categóricas (dijo que con un 99% de certeza), la existencia de ambos extremos fácticos...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

“...Con base en todas las pruebas reseñadas, en mi opinión, cabe establecer inequívocamente (y no sólo por los dichos de la víctima, o de su madre) que aquella vivió la situación de abuso sexual infantil que se describiera en el primer párrafo de este voto, desde que así resulta también de las distintas evaluaciones psicológicas que se le practicaran, con intervención de incuestionadas y capacitadas especialistas en la materia, y en tanto la menor les contara lo sucedido, exteriorizara síntomas y adoptara actitudes y gestos que, con riguroso criterio técnico, implican inequívocas referencias de haber experimentado ese ilícito (al menos, con un grado de probabilidad del 99%, según se dijo)...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron los Dres. Favarotto y Martinelli, causa n° 977, “Rojas, Sergio Fabián s/ abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo”, [J.O.], sent. del 24/10/03, R. 280/03).

Valor acreditativo.

“...Puntualmente, en relación al crédito convictivo asignable a los antedichos relatos entiendo que, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 233 del rito, que deja librada a valoración judicial, el análisis de la capacidad de atestiguar de las personas, no encuentro razones valederas para desconfiar de la veracidad de sus declaraciones, perfectamente complementarios y relacionables entre sí. No puedo exigirles, a los nombrados, una memoria fotográfica y detallista respecto de sucesos ocurridos hace ya tres años, siendo importante, sí, que sean compatibles entre sí y con otros elementos probatorios de la causa, en lo que resulta medular del hecho juzgado, conforme lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia Provincial, reiteradamente (conf. SCBA., P. 39.290, del 21/11/89; P. 38.552, del 20/3/90, e/o). Finalmente, destaco, que no he podido advertir en ninguno de estos tres testigos, parcialidad o interés de perjudicar al imputado, cuestión reconocida por la defensa...” (Del voto del Dr. Viñas, al que adhirieron

los Dres. Adler y Martinelli, causa n° 1.231, “Dufau, Federico Rubens s/ coacción y lesiones leves en concurso ideal”, [J.O.], sent. del 22/08/03, R. 213/03).

TIPO PENAL.

Función.

“...Como es sabido, pero no está demás hacerlo constar, el tipo penal cumple una indudable función de garantía, en tanto limita el ejercicio del *‘ius puniendi’*. Para Carlos Creus, debe concebirse *‘como la visualización (anticipada) general de la característica de la conducta propuesta para la pena’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte General’*, 4ª edición act., edit. Astrea, Bs. As. 1.996, § 154, pág. 151), y de acuerdo a Zaffaroni, en su última obra en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *‘es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte General’*, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, § 29, pág. 414)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 1.487, “Chávez, Walter Alejandro y otro s/ tenencia ilegal de arma y munición de guerra, etc.”, [J.A.], sent. del 16/05/03, R. 100/03).

UNIFICACION DE PENAS Y SENTENCIAS.

Cuestiones competenciales. Jurisdicción ordinaria o federal. Diversidad de reglas para la unificación de penas.

“...Aún cuando la postura en el rubro de Ricardo C. Núñez (en quien abrevaran los jueces federales aludidos, citándolo varias veces en su decisorio), ha merecido ciertas críticas (en todo caso, por ser tibia e inconsecuente), como la que en tiempos cercanos le dirigiera Carlos S. Caramuti, al sostener que *‘entendemos que la posición del maestro cordobés no es coherente, ya que, si el fundamento de la limitación es el carácter restrictivo de la justicia federal, ésta nunca podría dictar la unificación considerando sentencias de tribunales provinciales, ni aun cuando fallare en último término, pudiendo hacerlo únicamente cuando todas las sentencias sean federales, tesis que sostiene Zaffaroni [112, t. V, págs. 430 a 432] y a la que nos adherimos’* (cfr. *‘Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial’*, bajo la dirección de Baigún y Zaffaroni, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.002, tomo 2, pág. 547), comparto las atinadas consideraciones de la defensa, respecto de la excluyente incumbencia en el caso de la jurisdicción común, tanto por haberse dictado aquí la última condena impuesta a su asistido (CP, 58, 1ª párr.), cuanto porque el principio de la pena total (o de la unidad de la reacción penal, para la aplicación y el cumplimiento de las sanciones punitivas), como norma, margina a la judicatura federal, cuya competencia de excepción sólo le permitiría hacer uso del mecanismo unificador cuando las diversas penas requeridas de fusión hubiesen sido aplicadas por órganos federales...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 871, “Cabrera, Daniel Agustín s/ robo agravado en despoblado y en banda, etc.”, [S.U.], sent. del 19/05/03, R. 102/03).

“...Justamente ese último es el temperamento que sustenta Eugenio R. Zaffaroni, al que se plegara Caramuti; en tanto, a pesar de admitir que *‘el primer párrafo del art. 58 tiene redacción y puntuación poco clara, lo que ha dado lugar a confusiones que -por lo visto- son demasiado frecuentes en toda esta materia...’* (cfr. su última obra: *‘Derecho Penal. Parte General’*, aquí en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, § 65, pto. VI. 1, pág. 979), desde antiguo viene sosteniendo, en abierta oposición al pristino criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme al

cual no puede prevalecer la justicia ordinaria, porque también sería un exceso de jurisdicción si unificase penas impuestas por la justicia federal; Fallos: t. 277, p. 111), que *'en caso que la justicia federal haya entendido en el primer proceso y la ordinaria lo haga en el segundo, lógicamente será la ordinaria la que aplique la regla primera. Igualmente, cuando deban unificarse sentencias, aunque la justicia federal haya aplicado la pena mayor, creemos que no puede unificar, puesto que también implicaría revisar sentencias de la justicia ordinaria. Por consiguiente, los únicos casos en que la justicia federal puede unificar penas y condenas o penas únicamente, a nuestro juicio, son aquellos encuadrados dentro de cualquiera de las dos reglas del párrafo primero del art. 58, en que sólo haya tenido intervención el fuero federal'* (cfr. su obra unipersonal: *'Tratado de Derecho Penal'*, edit. Ediar, Bs. As. 1.988, t. V, pto. 652, pág. 432). Como corolario, en sintonía con las expresiones defensoristas y, al mismo tiempo, haciendo propias las motivaciones de las autorizadas ponencias científicas transcritas, emito mi voto en sentido asertivo, al tratarse de mi sincera y razonada convicción (CP, 58; CPP, 209/10)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa n° 871, “Cabrera, Daniel Agustín s/ robo agravado en deshabitado y en banda, etc.”, [S.U.], sent. del 19/05/03, R. 102/03).

Procedencia. Unidad de la reacción penal. Intangibilidad de la cosa juzgado material. Revocación de la reincidencia.

“...Cuando el (o los) nuevo(s) hecho(s) por el (o los) que se juzga al acusado ha(n) sido cometido(s) con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva en otra causa por delitos independientes, corresponderá la unificación de sentencias por fusión de condenas prevista en el art. 58, 1ª párr., 2ª regla del CP, aún cuando la pena impuesta en virtud de este decisorio jurisdiccional haya sido íntegramente cumplida con antelación al tiempo de sentenciar el (o los) nuevo(s) ilícito(s), toda vez que, en tales situaciones, si se procediese de otra manera se infraccionarían las reglas que gobiernan el concurso material de delitos del art. 55 del CP; en cambio, tal unificación sería improcedente si se hubiera cometido otro ilícito después de la sentencia irrevocable del primero, salvo que el condenado no hubiere extinguido el cumplimiento de la sanción anterior (esto es, unificación de sentencias por simple unificación de penas, del art. 58, 1er. párr., regla 1ª)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...De ese modo lo implica el principio de unidad de la reacción penal o de concentración de la injerencia punitiva, en virtud del cual no pueden coexistir penas impuestas en forma independiente, en el caso que *'un sujeto haya cometido varios delitos sin haber sido condenado en firme por ninguno (concurso real), debiendo imponer la pena total el tribunal que conoce de todos los delitos o el que conoce respecto del último de ellos o, si no lo hubiere hecho, el que impuso la pena más grave (condena única o unificación de condenas)'* (cfr. Zaffaroni, Eugenio R. en su última obra: *'Derecho Penal. Parte General'*, en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, edit. Ediar, Bs. As. 2.000, § 65, pto. I.8, pág. 965; y más de veinte años antes en *'El sistema de la pena total en el C.P. Argentino'*, publ. en *'Doctrina Penal'*, Año 1 N° 3, Bs. As. 1.978, págs. 487/529)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Esa regla fue interpretada con una extensión semejante, entre otros, por Ricardo C. Núñez, quien -volviendo hidalgamente sobre sus propios pasos- sostuvo que *'la opinión de que la condena no debe estar compurgada o extinguida en el momento de dictarse la nueva sentencia (ver Núñez, II, 514, nota 595), se debe abandonar porque lo que determina la aplicación de las reglas del concurso y, por consiguiente, exige que la pena ya impuesta esté subsistente, no es la nueva condena, sino el 'otro hecho distinto' cometido por el condenado'* (cfr. *'Manual de Derecho Penal. Parte General'*, 3ª edic., edit. Marcos Lerner, Cba. 1.980, pág. 318, nota n° 28). También Carlos S. Caramuti en su aportación al *'Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial'* (edit. Hammurabi, Bs. As. 2.002, tomo 2, págs. 525/8)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli,

causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Cabe objetar que, en ciertos casos, habiendo el sujeto cumplido íntegramente la primera condena, puede eventualmente resultar perjudicado si se le aplica el art. 58, por influir esa primera condena agravatoriamente en la graduación de la pena conforme a los arts. 55 y 56. Sin embargo, esta su-puesta ultraactividad agravatoria de una condena ya cumplida -fuera de ser excepcional- no es incompati-ble con el sistema general del art. 58, que tiende, justamente y a expensas de la cosa juzgada, a rectifi-car (en caso de hecho anterior) un error al omitirse la aplicación del régimen legal...” (cfr. de la Rúa, Jorge en ‘Código Penal Argentino. Parte General’, edit. Depalma, Bs. As. 1.997, págs. 1.016 y 1.017)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Y ello es así, en opinión de Zaffaroni -que comparto y hago propia-, habida cuenta que ‘con-forme a lo que dispone el art. 58 (primer párrafo, 2ª regla) corresponde a pedido de parte dictar sentencia única cuando se hubieren pronunciado dos o más sentencias firmes sin observar lo dispuesto en los arts. 55, 56, 57 y 58 (párrafo 1º, regla 1ª)..., resultando también cierto que esto corresponde ‘aunque una, varias y excepcionalmente todas las penas se encuentren agotadas o extinguidas, siempre que exista interés legítimo en la unificación o ésta sea necesaria’ (C.C.C.Cap. Fed., plenario ‘Palacios’, sent. del 29/12/70, en ‘La Ley’, 142-285), pero creemos que con la advertencia de que semejante amplitud única-mente puede admitirse tratándose de supuestos de unificación de condenas, pero no en casos de pura unificación de penas, donde no puede tener mucho sentido unificar penas que ya no existen’ (cfr. ‘El sistema de la pena total en el C.P. Argentino’, trabajo ya citado, págs. 521/2)...” (Del voto del Dr. Favarot-to, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...En sintonía con esos puntos de vista, se ha sentenciado que ‘cuando los hechos por los que se condena en sede provincial son anteriores a la sentencia condenatoria firme, deben considerárse-los en concurso real con los que dieron lugar a la primera, resultando procedente la unificación. Los úni-cos hechos distintos posteriores que no pueden funcionar como presupuestos de unificación cuando la pena preexistente ya está extinguida al recaer sentencia sobre ellos, son exclusivamente los perpetrados luego de que la condena firme pasó en autoridad de cosa juzgada, requisito que no se da en el caso’ (C.N.Fed. C.Corrrec., sala I, del 28/10/98, ‘M., R., s/ Unificación de pena’, causa n° 30.905; publ. en ‘El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia’, de Edgardo A. Donna y otros, edit. Rubinzal Cul-zoni, Bs. As. 2.003, tomo I -arts. 1º a 78 bis- pág. 534)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Sentado ese criterio general, en la especie, opino que le asiste razón al reo y a su defensa técnica, al peticionar la fusión de las condenas impuestas al aludido. En efecto, adviértase -en primer lugar- que a la época de perpetrar los dos injustos que motivaron la sentencia condenatoria recaída en la causa n° 80 de este Tribunal (letra ‘b’), el fallo del Juzgado en lo Correccional n° 14 de Gral. Roca (letra ‘a’), todavía no se había dictado, lo que recién ocurrió varios meses después... Y otro tanto aconteció, al tiempo, cuando el imputado ejecutara los dos sucesos criminosos que dieran lugar a la formación de este proceso, y que determinaron la condena judicial ya informada (letra ‘c’), en tanto que la sentencia de la causa anterior (la n° 80 de este Tribunal), recién adquirió firmeza con posterioridad a la desestimación del recurso casatorio interpuesto por la defensa del aludido. El reclamo traído, en mi concepto, resulta atendible y es por ello que expido mi voto por la afirmativa (CPP, 18 y 209/10; CP, 55 y 58, 2ª parte)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...En efecto, en esos precedentes este Tribunal sostuvo que ‘...*el referido art. 58, en cuanto consagra y garantiza la unidad de la pena en todo el país, evita que un individuo condenado reiteradamente, pero en distintas jurisdicciones o épocas sucesivas, quede sometido a un régimen punitivo plural*’ (Cám. Nac. Casac. Penal, Sala III, sent. del 08/09/99, causa n° 1.824, ‘Aguirre, Juan Carlos o Alonso, Rodolfo Manuel o Alonso Rivero s/ rec. de casación’, Reg. n° 413, Fallos de la Casación Penal, 2.001-3-280). Y acerca de la metodología utilizable para concretar la auspiciada combinación sancionatoria..., considero, en términos generales, preferible la acumulación jurídica, donde las distintas penas son sustituidas por una pena total que se obtiene con criterio de equidad, y no por un mero cálculo matemático’ (textual)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Respecto de las repetidas declaraciones de reincidencia del nombrado (CP, 50), estimo, al igual que la defensa, que las mismas deberán perder virtualidad jurídica, no sólo en razón de tratarse de un típico caso de reiteración delictiva (CP, 55), sino también porque este Tribunal viene sentenciando desde antiguo que ‘a pesar de la doctrina legal emergente de reiterados fallos de la Suprema Corte de Justicia provincial sobre la materia (P. 37.474, sent. del 20/12/88; P. 41.334, sent. del 12/12/89; P. 39.863, sent. del 20/03/90; P. 46.755, sent. del 07/04/92; P. 50.592, sent. del 01/03/94; P. 56.325, sent. del 04/06/96; P. 44.368, sent. del 16/09/97; P. 55.102, sent. del 17/02/98; P. 61.511, sent. del 03/08/99; etc.), y ahora también de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense (causa n° 542, ‘Ordinas, Néstor Luis’, sent. del 16/02/00, por mayoría), donde se predica la asimilación o equivalencia -entendiendo que ‘in malam partem’- de la prisión preventiva al cumplimiento total o parcial de la pena restrictiva de la libertad, al que alude el art. 50 del código sustantivo, del mismo modo en que se los equipara -aquí, ‘in bonam partem’- a los fines de la libertad condicional (CP, 13), o del cómputo de las sanciones penales (CP, 24), considero que el encarcelamiento cautelar -por su naturaleza, desprovisto de finalidades correctivas o resocializadoras- no logra llenar aquel presupuesto indispensable de la reincidencia real. En efecto, esa corriente jurisprudencial bonaerense debe ser soslayada porque afecta principios esenciales al haberse hecho un uso indebido de la analogía en el ámbito del derecho penal. Luigi Ferrajoli ha demarcado con claridad ese linde, al exponer que ‘en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluida si es ‘in malam partem’, mientras que se la admite ‘in bonam partem’, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del ‘favor rei’, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad’ (cfr. ‘Derecho y razón. Teoría del garantismo penal’, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 382)...’ (causa n° 257, ‘Gorosito, Héctor Germán’, sent. del 19/04/00, R. 045/00; ídem, maguer con su renovada integración, a partir de la causa n° 1.371, ‘Granadino, Roberto Daniel’, sent. del 16/10/02, R. 218/02)... Obsérvese que en el ‘sub lite’ no hay constancias de que Jaime haya cumplido pena, siquiera fragmentariamente, como lo exige el sistema de la reincidencia real instituido en el art. 50 del CP, según la versión de la ley n° 23.057 (B.O.N. del 05/04/84), y a propósito de sus condenaciones previas...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego Ceferino s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

“...Acercas del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada material, argumento invocado para mantener las preexistentes declaraciones de reincidencias del reo, voy a cambiar de parecer, en tanto el acto jurisdiccional unificador tiene un inevitable carácter de revisión limitada respecto al unificado, tal como lo pusiera de relieve Zaffaroni en ‘El sistema...’ (ob. cit., pág. 523). Por consiguiente, se deberán dejar sin efecto las declaraciones de reincidencia del penado Jaime, contenidas en los fallos anteriores, en razón de no darse los presupuestos normativos del art. 50 del Código Penal...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Viñas y Martinelli, causa n° 1.659, “Jaime, Diego s/ tentativa de robo agravado por escalamiento, etc.”, [S.U.], sent. del 07/10/03, R. 256/03).

VIOLACION.

En concurso real con privación ilegal de la libertad agravada (CP, 142 inc. 1º).

“...Los injustos descriptos en el veredicto deberán quedar subsumidos como violación (CP, 2 y 119 inc. 3º, según ley 11.719), y privación ilegal de la libertad agravada (CP, 142 inc. 1º). Ahora bien; descartada la superposición plena y total de los espacios típicos (concurso de tipos penales o aparente de leyes), cuando las figuras en juego aprehenden, como aquí sucede entre los dos ilícitos aludidos, aspectos diferentes de la conducta criminal, lo que todavía queda por resolver es si se aplican a la conexión delictiva todos los tipos penales (concurso real: CP, 55), o sólo el de la pena mayor (concurso formal: CP, 54). Nelson R. Pessoa distingue al concurso ideal donde los tipos convergentes sobre el hecho funcionan como círculos secantes, del concurso real donde actúan como círculos independientes (cfr. *‘Concurso de delitos. Teoría de la unidad y la pluralidad delictiva’*, edit. Hammurabi, Bs. As. 1.996, pág. 131). Por su parte, Edgardo A. Donna, en forma más específica, expone que la privación de la libertad queda absorbida por la conducta descrita en el art. 119 del CP, siempre y cuando se trate del lapso estrictamente necesario para reducir a la víctima y consumar la violación, a la par que *‘la postura dominante sostiene que cuando la privación de libertad se prolongue en el tiempo se computará como un hecho independiente que concurrirá real o materialmente con el delito de violación’* (cfr. *‘Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I’*, edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1.999, pág. 414)...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.198, “Villarruel, Diego Bernardo s/ privación ilegal de la libertad agravada y violación”, [J.O.], sent. del 20/06/03, R. 150/03).

“...En el caso, en el comienzo del ataque sexual se advierte una superposición de espacios típicos con la privación ilegítima y agravada de la libertad, que serviría de fundamento a las hipótesis del concurso aparente o ideal, según la visión del interprete. Pero una vez que el coito quedara perfeccionado, dentro de una de las galerías del cementerio de *‘La Loma’*, el prolongado constreñimiento ulterior a la víctima, calculable en unos treinta minutos, siempre bajo el rigor intimidante de un objeto colocado en su espalda y las amenazas de muerte, constituye un ilícito autónomo de la violación, toda vez que este atentado a la libertad individual no era necesario para perpetrar el ultraje carnal (ya consumado), ni para asegurar la impunidad del victimario; menos aún si se tienen en cuenta las repetidas súplicas de la joven para que su victimario se quede hasta con el dinero del salario que iría a percibir, pero que la libere sana y salva. Entonces, ambos ilícitos son autónomos entre sí (CP, 55), como lo postulara la representante del Ministerio Público Fiscal, sin objeciones de la defensa...” (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Martinelli y Viñas, causa nº 1.198, “Villarruel, Diego Bernardo s/ privación ilegal de la libertad agravada y violación”, [J.O.], sent. del 20/06/03, R. 150/03).