

## **EXCMA. CÁMARA PRIMERA EN LO CRIMINAL**

### **DECLARACIÓN INDAGATORIA-ABSTENCIÓN DE DECLARAR: EFECTOS**

Respecto al planteo del Defensor Oficial; el no prestar su consentimiento para la indagatoria no es una facultad que le corresponda al imputado, ya que a los efectos del trámite de la causa, es indiferente si lo hace o no, puesto que si no quiere declarar solo debe manifestarlo en oportunidad de su citación.

Que en otro orden de cosas, debe pensarse en las consecuencias nefastas que para el proceso traería la negativa arbitraria que pudiera plantear el imputado a la realización de la indagatoria.

Causa: “Defensor Oficial N°1 s/Planteo de Nulidad” -Fallo N° 6021/04- de fecha 17/02/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **DECLARACIÓN INDAGATORIA-ABSTENCIÓN DE DECLARAR : OBJETO; EFECTOS**

La declaración indagatoria está pensada para que las personas imputadas de un delito puedan efectuar su descargo y ejercer adecuadamente su derecho de defensa, señalando pruebas, testigos, etc.. Sin perjuicio de que si lo creyeren conveniente puedan abstenerse de declarar.

Que por otra parte y a los fines procesales, abstenerse de declarar y negarse a hacerlo es exactamente lo mismo, por lo cual, de ninguna manera deben considerarse circunstancias diferentes para la realización de este acto.

Causa: “Defensor Oficial N°1 s/Planteo de Nulidad” -Fallo N° 6021/04- de fecha 17/02/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **HOMICIDIO CULPOSO-ACCIDENTE DE TRÁNSITO-VIOLACIÓN AL DEBER DE CUIDADO : EFECTOS**

Sabido es que en el ámbito penal y en siniestros como el que nos ocupa, la culpa de uno no excluye la del otro, por lo cual, debe hacerse un análisis de la conducta del imputado, y en este sentido, la maniobra de giro en “U” hecha por el mismo, (informe pericial accidentalológico) sin salirse a la banquina, conduciendo un automóvil con los vidrios oscurecidos, implica un despliegue conductual imprudente, que se potencia por el dosaje de alcohol en sangre que presentaba, (0,5 g/l según pericia) lo que podría haber influido en su adaptación visual a la oscuridad, (recuérdese que el imputado en su declaración indagatoria dice no haber visto el automóvil), todos ellos elementos de cargo que revelan una falta del deber de cuidado en el manejo vehicular y sustentan con el grado de probabilidad necesaria en esta etapa procesal, la confirmación del auto recurrido.

Causa: “Gallardo, Héctor Andrés s/Homicidio Culposó” -Fallo N° 6031/04- de fecha 25/02/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

## **PODER JUDICIAL-FUNCIONARIOS JUDICIALES-AFIANZAR LA JUSTICIA-VERDAD OBJETIVA : OBJETIVO; FINALIDAD**

Como bien lo dijo uno de los Defensores actuantes, “todos debemos comprometernos y actuar en salvaguarda de las Instituciones”, y ello resulta necesario para evitar el desprestigio de las que actualmente gozan de un elevado concepto profesional y funcional en el concierto social de nuestra Provincia y aventar todo atisbo que tienda a degradarlas sobre todo si responde a causas endógenas.

Debe perseguirse como finalidad y objetivo, ordenar adecuadamente el ejercicio de la función para concretar el valor Justicia en cada caso y amparar la libertad e integridad de los ciudadanos, lo cual no puede lograrse si se elude atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la Causa con importante énfasis, actitud que no se compadece con la misión de administrar justicia. Los funcionarios judiciales deben investigar las conductas que vulneran la Ley por aplicación de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional, y en esa tarea deben adecuar sus actos al principio de legalidad por constituir una de las garantías más idóneas contra los avances irrestrictos de cualquier órgano o dependencia del Estado, cumpliendo de este modo con la finalidad de “afianzar la Justicia” establecida en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, que ha proveído al cumplimiento de este propósito con la organización del Poder Judicial y la adopción de normas que importan un resguardo de los Derechos del conjunto de los ciudadanos. Voto del Dr. Aguirre.

Causa: “Cañete, Hugo Ramón – Penayo, Sergio Ariel – Sánchez, Alberto Moisés s/ Homicidio Simple y Acumulada 179/03: Cañete, Hugo... s/ Hurto e Incendio” -Fallo N° 6044/04- de fecha 12/03/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo, Jorge Félix Aguirre.

## **EXCARCELACIÓN-LIBERTAD PERSONAL-LEY MÁS FAVORABLE: EFECTOS; ALCANCES**

Que aún en la hipótesis de que eventualmente correspondiera la calificación legal de “Abuso Sexual con Acceso Carnal en Grado de Tentativa”; como lo sostiene en otro de sus agravios el impugnante, por aplicación del caso “Calermo” que sigue los lineamientos dispuestos por la C.S.J.N., en lo referente a los máximos y mínimos de pena aplicables en casos de delitos tentados, (caso “Veira”); al imputado de todas maneras podría corresponderle condena de ejecución condicional, por lo que el beneficio excarcelatorio estaría bien concedido, además de que debe recordarse que las medidas que coarten la libertad personal deben aplicarse con un criterio absolutamente restrictivo, (art. 3° C.P.P.) es decir en casos en que hubiere motivos para sospechar que de estar en libertad el imputado no comparecerá a los estrados judiciales cuando sea requerido, o pueda perturbar la investigación, caso que no parece ser el del sublite.

Que sin perjuicio de los argumentos vertidos en el párrafo anterior, si del curso de la investigación surgieran circunstancias fácticas que implicaran la modificación de la calificación legal, ello no empece la revocación del beneficio concedido si así correspondiere, por todo lo cual la medida ordenada no causa gravamen a los intereses del Ministerio Público.

Causa: “Valdez, Francisco Alcibiades s/Excarcelación” -Fallo N° 6077/04- de fecha 19/04/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraud, Jorge Félix Aguirre.

**RECURSO DE CASACIÓN-ART. 422 INC. 1º-DECLARACIÓN TESTIMONIAL-INSTRUCCIÓN-AUDIENCIA DE DEBATE : ALCANCES**

Los testimonios rendidos durante el debate -de los cuales no hay constancia específica de lo que dijo cada uno de los testigos- no tienen por qué ser iguales a los prestados durante la instrucción, y si bien las partes no lo han objetado, no es obligatorio para el Tribunal registrar cualquier modificación que hubiere.

Que estas pruebas testimoniales pueden generar en el ánimo del Juzgador, una certeza diferente de la que la probabilidad hubiera establecido en la etapa anterior respecto a la plataforma fáctica y la responsabilidad que hubiera tenido cada uno de los participantes, y en la especie la sentencia tuvo un sustento probatorio distinto del que la defensa invoca como hipotético según los registros anteriores al debate, por lo que la misma es ajustada a derecho conforme la facultad propia y exclusiva del Tribunal de fijar los hechos con las nuevas piezas ingresantes a la inmediatez del jugador y no con los medios de que se trata de valer el pretense mediante en los puntos a), b), c), d), e), y g), ya que estos testigos allí citados y venidos a debate conformaron la nueva historia que plasma la pieza decisoria puesta en crisis.

Que en base a los argumentos expuestos, este Tribunal estima que no se han dado los supuestos del Inc. 1º del Art. 422 C.P.P., por lo que en relación a este agravio corresponde declarar inadmisibile el recurso planteado, por variar la premisa del verdadero contenido depuesto y lo receptado en debate.

Causa: “Sosa, Osvaldo Antonio s/Homicidio” -Fallo N° 6084/04- de fecha 19/04/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraud, Jorge Félix Aguirre.

**EXCARCELACIÓN-SITUACIÓN PROCESAL DE LOS IMPUTADOS-PRINCIPIO DE INOCENCIA-DERECHO A LA LIBERTAD-FALTA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL : ALCANCES**

No puede soslayarse el principio rector que orienta la doctrina de este Tribunal, expuesto en numerosos antecedentes, de que las Causas, sin resolución no pueden ser computables a los efectos excarcelatorios, salvo que mediere un lapso irremediamente corto entre los distintos ilícitos, que no es el caso del sub lite. La existencia de esas Causas abiertas en sumario, sin resolverse la situación procesal no puede obstar a la concesión del beneficio.

Que por otra parte, el otorgamiento del beneficio no depende del mayor o menor trabajo de los juzgados que impidan resolver la situación procesal del encartado, sino del acatamiento del principio de inocencia consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional de tal suerte que si el imputado es inocente debe ser tratado como tal, lo que significa, no solo la prohibición de penarlo antes del Fallo condenatorio, sino también la de menoscabarlo en su derecho a la libertad en base a un sustento totalmente irrelevante e improcedente como son los sumarios donde no están resueltos, aunque sea

provisoriamente, el estado procesal de los imputados, siendo de destacar que la morosidad jurisdiccional no puede ponerse a cargo de aquellos (Fallos N°s. 985/84, 1869/88, 3230/94, 37/80, 55/80, 2033/89, 906/84, entre otros).

Causa: “Maidana, Carlos Ramón s/Excarcelación” -Fallo N° 6102/04- de fecha 28/04/04; voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL- ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN CALIFICADO POR EL VÍNCULO-DELITO CONTINUADO : CONFIGURACIÓN**

Habiendo el autor, abusado sexualmente con accesos carnales a su hija, antes de cumplir la misma los trece años de edad, el tipo penal aplicable, tal como lo calificaran la Fiscalía y la Defensoría (subsidiariamente) es el del art. 119, tercer párrafo con la agravante del inciso b) referido a la calidad de ascendiente del victimario, respecto a la víctima.

Con referencia a la cuestión de que por haberse comprobado la comisión de más de un hecho antijurídico, se tratarían de hechos independientes que concursan realmente, o si por el contrario se trataría de delito continuo, entiendo que en este caso en particular nos encontramos en el segundo supuesto. Esto es así, al considerarse que si bien se refirieron por la víctima cuatro o cinco hechos puntualmente descriptos, también se mencionó que la acción típica fue repetida en indeterminada cantidad de veces, periódicamente y durante mucho tiempo. Es indudable entonces que tanto la finalidad del autor como la acción delictiva no ha sido discontinua. Existió unidad de resolución de cometer un delito determinado, las veces que tenía oportunidad y deseos de hacerlo, la infracción se produjo al mismo tipo penal y del mismo modo comisivo, y también son los mismos el autor, la víctima y el escenario de los hechos.

Por todo lo cual, siguiendo la postura de Eugenio Raúl Zaffaroni (Manual de Derecho Penal -Parte General-, pág. 622), puede concluirse que el caso en examen es de los cuales en que la repetición de las conductas típicas no implicó un concurso real sino un delito continuado, debiendo condenarse al encartado en los márgenes punitivos del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal). Voto del Dr. Castillo Giraudo.

Causa: “Martínez, Ramón s/Abuso Sexual con Penetración Calificado por el Vínculo” -Fallo N° 6124/04- de fecha 14/05/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudo, Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

### **IMPUTADO-EXAMEN MENTAL OBLIGATORIO-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-FACULTAD DEL TRIBUNAL DE LA CAUSA**

Corresponde aclarar “ab initio” sobre la lectura del Fallo cuestionado, la cual nos advierte en su contenido una fundamentación sustentada en pruebas que se detallan y analizan, tanto individualmente como en su relación con las demás, en el contexto de la Causa, circunstancia que, independientemente del acierto o error del Tribunal en su apreciación valorativa, permite desestimar el argumento referido al apartamiento del principio de la sana crítica racional, con mayor razón si se considera la prueba que el

apelante individualiza como tal en su escrito, la que en puridad no se trata de una prueba pericial propiamente dicha, sino de un examen obligatorio, al que deben ser sometidos los imputados de delitos graves, impuesto por el artículo 70, del Código Procesal. Va de suyo, por tal razón que, desde este enfoque, el apartamiento de la sana crítica aducido carece de toda relación de causalidad directa con el Fallo condenatorio, máxime si se tiene en cuenta que en ningún momento del proceso se adujo algún tipo de inimputabilidad del enjuiciado.

Que a mayor abundamiento, debe señalarse que el tribunal de juicio es soberano en el análisis del material probatorio, en tanto y en cuanto, brinde explicaciones razonables de los motivos por los que acoge alguna prueba y desestima o resta valor convictorio a otra, condición que aparece cumplimentada en la sentencia en crisis. Por otra parte, no siempre que se cuestione el valor de un testimonio, corresponde el procesamiento automático del testigo en los términos del art. 275 del Código Penal; por último y como ya se consignara “ut-supra”, el análisis de A.D.N. no guarda una relación causal directa con lo decidido, habida cuenta que la autoría del evento nunca estuvo cuestionado.

Causa: “Gonzalez, Luis Alberto s/Abuso Sexual con Acceso Carnal” -Fallo N° 6140/04- de fecha 26/05/04; voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rubén Castillo Giraudó, Rolando Alberto Cejas.

### **HURTO DE GANADO MAYOR-ABIGEATO : CONFIGURACIÓN**

Entiendo que al hurto comprobado no se le puede adosar la agravante derivada del cuerpo del delito (ganado mayor) en tanto y en cuanto el mismo se encontraba bajo el cuidado y vigilancia inmediato de su cuidador y no en “campo abierto” o en el sitio del establecimiento donde no se podía ejercer una protección directa y efectiva. “Dejados en el campo” decía la anterior redacción del art. 163 inc. 1° del Código Penal, aplicable al caso. En tal sentido, la lógica y la experiencia que informan el principio de la sana crítica racional, indica que en campo abierto la visibilidad a trescientos o cuatrocientos metros es perfecta en horas diurnas, en tanto que los ruidos tal como el cuidador los advirtió la noche del suceso, indicando incluso que eran diferentes a los comunes y si bien no salió a comprobar lo que sucedía, estaba en condiciones de hacerlo, circunstancia indicativa de la efectiva y directa vigilancia que en el momento de la sustracción ejercía sobre los vacunos. Esta versión de los ruidos diferentes escuchados por el cuidador fueron confirmados por el damnificado en la Audiencia porque aquél se los comunicó, incluso dijo que en el trayecto del traslado el animal pasó por el frente del puesto del peón, a unos quince o veinte metros del mismo.

La mayor tutela legal que se verifica en el abigeato se sustenta precisamente porque los bienes deben permanecer constantemente lejos de la vigilancia de sus dueños o cuidadores sin que respecto a ellos se pueda tomar mayores precauciones porque las condiciones campestres así lo imponen, de allí entonces, al decir de Carrara que “se deriva de ello la necesidad de que la defensa pública se muestre más enérgica donde la defensa privada es menos patente”. En consecuencia, la protección especial del ganado mayor y menor no está basada en su naturaleza sino en su situación.

Va de suyo que al no verificarse la condición para agravar el tipo delictivo, esto es que el animal se encontraba con cercana vigilancia, el suceso juzgado no supera la categoría del Hurto Simple, figura que adquiere trascendencia actualmente por su incidencia en la subsistencia de la acción penal. Voto del Dr. Aguirre

Causa: “Morínigo, Patricio s/Hurto de Ganado Mayor” -Fallo N° 6141/04- de fecha 26/05/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA-PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-TRIBUNALES INFERIORES : EFECTOS**

La adaptación funcional de seguimiento a la jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de Justicia, se impone no solo para evitar dispendio procesal inoperante, sino para integrarnos al sistema jerárquico que nos rige, puesto que si bien está claro que la magistratura máxima provincial decide en los procesos concretos que le son sometidos -y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos- los jueces inferiores tienen el deber (moral) de conformar sus decisiones a aquellos (conforme doctrina de fallos 25:364 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). De esa doctrina y de fallos 212:51 y 160 emana la consecuencia de que carecen de fundamentos las sentencias de los tribunales de las otras instancias que se apartan de los precedentes del máximo Tribunal sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la última instancia, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Provincial y de la leyes dictadas en consecuencia.

Causa: “Incidente de Excepción de Prescripción en Autos: Duarte, Ramón s/Amenaza y Lesiones” -Fallo N° 6143/04- de fecha 28/05/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **VISTA FISCAL : FINALIDAD**

El Requerimiento Fiscal del art. 313 del C.P.P., que posibilita la realización del debate contradictorio, tiene por finalidad establecer las circunstancias fácticas del suceso investigado en la Instrucción, las que se erigen en base y límite, a la vez del juicio, desde el momento que la resolución definitiva no puede apartarse de tal andamiaje.

Causa: “Dr. Céspedes, César O. s/Recurso de Nulidad en causa N° 152/03 y Recurso de Casación” -Fallo N° 6144/04- de fecha 28/05/04; voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó.

### **DECLARACIÓN TESTIMONIAL-PROHIBICIÓN DE DECLARAR-ART. 219 DEL C.P.P.-VERDAD REAL : OBJETO; EFECTOS**

El art. 219 del C.P.P. establece la prohibición de declarar en contra del imputado, por parte de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, bajo pena de nulidad.

Que interpretándose que esta prohibición no empece el comparendo de estos familiares, puesto que pueden atestiguar de manera útil en lo concerniente al acercamiento de la verdad real y simultáneamente pueden mejorar la situación procesal del integrante de su

seno familiar, la recepción formal no contraviene por si misma precepto procesal alguno.

Que la ponderación expuesta se corresponde con el bien jurídico protegido por la ley, cual es el de pretender mantener la armonía familiar, afán que hace cesar al Estado de su interés punitivo, pero ello no implica impedir el testimonio de aquél que diciendo la verdad de los hechos conocidos pueda contribuir a una derivación favorable para el imputado, siendo este último caso precisamente, el que más cumple con el designio protector del núcleo familiar conforme debe inferirse de la palabra “contra” insertada en el art. 219 del Código Procesal Penal, debiendo desecharse como sinónimos para el caso el mero comparendo y el comparendo cargoso, resultando lo primero factible y eventualmente con plenitud probatoria, en cambio la declaración imputativa del allegado que nos interesa, nunca puede tener efectos hábiles probatorios, contra el ser querido sometido a proceso, independientemente que traiga aparejado un efecto extensivo de cargo hacia otros imputados o que se haya tomado la declaración sin advertir previamente sus consecuencias nocivas para el familiar consignado por ley, situación esta última que posibilita un desdoblamiento valorativo hipotético, en aquellos casos que sea compatible la extracción de dichos favorables al reo siempre que se adecuen al descubrimiento de la verdad real, aunque provenga de un contexto agravante en el resto de la declaración.

Causa: “Dr. Perez Venturini, Rafael s/Nulidad” -Fallo N° 6146/04- de fecha 31/05/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

#### **PODER JUDICIAL-VERDAD REAL : FINALIDAD**

El Estado, en su interés superior de descubrir la verdad en los procesos sometidos a su jurisdicción, ostenta el poder de usar los objetos de prueba necesarios para la consecución de sus fines, y a esa búsqueda no es factible oponerle derechos garantizados por la Constitución Nacional ya que justamente la medida ordenada cuenta con la garantía constitucional invocada.

Causa: “Acosta Claudio s/Abuso Sexual Calificado Reiterado” -Fallo N° 6214/04- de fecha 28/07/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó.

#### **CAUCIÓN REAL-FIANZA JUDICIAL : REQUISITOS; PROCEDENCIA**

Para evaluar la ecuanimidad de la caución real, se impone ponderar entre otros factores mensurables la situación económica del interesado, pero también tiene implicancia el modo e intensidad del perjuicio irrogado contra los bienes jurídicamente protegidos, circunstancia esta última que en la especie justifica como plausible la caución real dispuesta por el Instructor, adquiriendo relevancia para el caso los tres animales denunciados como sustraídos y la suma de dos mil cien pesos (\$2.100) cuantificada como monto damnificado al propietario de los vacunos.

Causa: “Quintana, Ramón s/Exención de Prisión” -Fallo N° 6219/04- de fecha 29/07/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó.

### **HURTO DE GANADO MAYOR-ABIGEATO-TENTATIVA : REQUISITOS; CONFIGURACIÓN; IMPROCEDENCIA**

El solo ingreso clandestino a un campo ganadero portando armas y bolsos, no puede considerarse como un acto específico de comienzo de ejecución del delito de apoderamiento ilegítimo de ganado, porque en si mismo, no está definiendo ninguna conducta típica demostrativa del fin perseguido, pues se puede ingresar clandestinamente a hurtar o a robar tanto cosas muebles, como semovientes, alambrados o elementos de campo, como también para usurpar, dañar o cometer cualquier otro delito que requiera tal ingreso. Si se hubiera probado que los enjuiciados hubieran efectuado disparos en dirección a los vacunos, y con mayor razón si hubieran herido a alguno, tal encuadramiento acusatorio tendría plataforma fáctica, pero, más allá de existir indicios serios que justificaron el enjuiciamiento y la acusación, la falta de certeza en ese estado de definición procesal, deja solo el remanente probado del ingreso clandestino, insuficiente por sí, para la condena requerida por la Fiscalía, por considerarse tal acción como etapa preparatoria. Voto del Dr. Castillo Giraud.

Causa: “Ocampo, Lorenzo Miguel s/Homicidio Simple y Hurto de Ganado Mayor en Grado de Tentativa – Sánchez, Miguel Ángel - Zaracho, Sergio David- Romero, José Luis (prófugo) s/Hurto de Ganado Mayor en Grado de Tentativa” -Fallo N° 6240/04- de fecha 19/08/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraud, Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

### **CORRUPCIÓN DE MENORES-ABUSO SEXUAL-DELITO CONTINUADO-CONFIGURACIÓN-AGRAVANTES DE LA PENA-IMPROCEDENCIA**

Disiento con el representante del Ministerio Público por entender que a pesar de la reiteración de actos similares, no se tratan de figuras penales en concurso real, sino de un delito continuado, con una finalidad específica de acceder a la víctima mientras durara su estadía y cumpliera aquella a través de etapas de prosecución que se iniciaron con la confusión, intimidación y preparación del sujeto activo a través de diálogos y tocamientos para lograr lo que se esperaba en los siguientes actos, al punto que habiéndose vencido la inicial resistencia, los accesos posteriores fueron el resultado de tal intencionalidad. Finalmente excluyo la tipificación de tal conducta como de corrupción calificada, del que también resultan acusados con invocación del art. 125 tercer párrafo del Código Penal, por entender que no ha existido distorsión del sentido natural y sano de la sexualidad, tampoco actos sexuales que resulten anormalmente prematuros, ni excesivos ni perversos. La anormalidad no surgiría por el tipo específico de actos, ya que existió solamente accesos de un varón por vía vaginal natural, lo cual conforma la relación sexual normal. La edad de la víctima tampoco aparece como tal factor tipificante. Lo único que aparece como anormal sería la presencia de la tía en el lecho donde tenían lugar las cópulas, pero no aparece que la pariente tomara parte activa de su desarrollo o actuara como “voyere” incitando la desviación de la víctima hacia exhibicionismos o sexo grupal, por lo cual tampoco tal presencia puede considerarse corruptora. Además de todo ello, el rechazo que tales actos produjo en la menor,

excluye la idoneidad de los mismos para desviar la normalidad que siguió orientando la conducta de aquella. Voto del Dr. Castillo Giraudó.

Causa: “Benítez, Máximo Gregorio s/Promoción de Corrupción de Menores y Abuso Sexual c/ Acceso Carnal Agravado Reiterado- Rojas, Felipa s/Promoción de Corrupción de Menores Agravado” -Fallo N° 6263/04- de fecha 27/08/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

### **CORRUPCIÓN DE MENORES-ABUSO SEXUAL-INTIMIDACIÓN-FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA**

El hecho que no se la lesionara, o se forzara sus ropas como tampoco que aparecieran lesiones en el cuerpo del autor, no implica prueba de consentimiento al coito, por el contrario, demuestra la eficiencia del proceso intimidatorio de ambos enjuiciados. Va de suyo que no es dable exigir que una niña de trece años de edad, sin experiencia sexual, confundida y acosada por su tía y el concubino, lejos de su familia, en la soledad de una habitación, en una casa aislada de vecinos, haya ofrecido una resistencia enérgica, intensa, a gritos. El miedo a estar sola en un lugar desconocido, la “vis compulsiva” verbal, los manoseos preparatorios, la vergüenza, la presencia de la tía en la misma cama donde era accedida y la innegable influencia de poder de sus guardadores, con quienes debía convivir temporariamente, han sido factores decisivos que afectaron toda posibilidad de decisión voluntaria de aceptar los accesos, que por esas mismas razones, no solo son posibles, sino totalmente creíbles que así sucedieran. Voto del Dr. Castillo Giraudó.

Causa: “Benítez, Máximo Gregorio s/Promoción de Corrupción de Menores y Abuso Sexual c/ Acceso Carnal Agravado Reiterado- Rojas, Felipa s/Promoción de Corrupción de Menores Agravado” -Fallo N° 6263/04- de fecha 27/08/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

### **EJECUCIÓN DE LA PENA-PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD-REINCIDENCIA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Debe entenderse que si la ejecución de la pena privativa de libertad, cualquiera sea su modalidad, tiene por fin lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar la ley, comprendiéndola, y que el tratamiento penitenciario conduce, o debe conducir de ordinario a procurar una adecuada reinserción social, puede señalarse a modo imperativo de esta última parte -art. 1° Ley 24.660-, que existe riesgo de daño para él mismo y para su entorno social, cuando el tratamiento institucional es rechazado o no aceptado por aquél, toda vez que habiéndose aplicado correctivos en varias oportunidades, reincidió, lo que es demostrativo que impide hasta el momento que actúe en él, la finalidad propuesta por la ley.

Causa: “Sosa, Antonio Fulgencio (Incidente de Ejecución Penal)” -Fallo N° 6266/04- de fecha 31/08/04; voto de los Dres. Ana María Brunel de Antinori, José Luis Pignocchi, Martha Ofelia Neffen de Linares.

## **SENTENCIA PENAL-NULIDAD-RECURSO DE CASACIÓN : IMPROCEDENCIA**

Puestos a discernir el ataque nulificante que alude el representante técnico de los condenados, se denota en su esencia, una disconformidad con la plataforma fáctica fijada por el Tribunal de Mérito y un desentendimiento con la selección de pruebas acogidas, todo lo cual, no constituye ninguno de los supuestos de causas de nulidad que establece el art. 371 del compendio normativo instrumental específico del fuero, por lo que deviene rechazable la pretensión de nulificación planteada por el incidentista.

Que en lo concerniente al argumento sustentable en que se sostiene el recurso de Casación, adolece del mismo vicio al anunciado precedentemente, siendo que es criterio inveterado del Superior Tribunal de Justicia de Formosa, la exclusión del control casatorio en lo atinente a la construcción material de los hechos dados por probados y su apoyatura justificante de los medios invocados, siempre y cuando en esa relación no aparezcan razones de absurdidad o ilogicidad que destruyan la coherencia entre los hechos, la fundamentación probatoria y la decisión recaída, elementos inhabilitantes que no se avizoran en el resolutorio de marras, por lo que no se corresponde viabilizar el recurso casatorio, ante la improcedencia de los motivos que se quiere hacer valer.

Causa: “Dr. Boonman, Lorenzo Olivier s/Planteo de Nulidad” -Fallo N° 6275/04- de fecha 08/09/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

## **DECLARACIÓN TESTIMONIAL-SANA CRÍTICA RACIONAL : ALCANCES**

La sana crítica racional lleva a erigir en ciertas las apreciaciones testimoniales que se conjugan con otros medios corroborantes y que se internalizan como irrefutables en la introyección valorativa del juzgador, es por eso que al ser receptores de vivencias ajenas, a veces podemos ser presa de una conjura conceptual construida maliciosamente por los responsables de sacar a luz la verdad real. Voto del Dr. Cejas.

Causa: “Cabañas, Alberto - Benitez, Luis Alberto s/robo de Ganado Mayor en Grado de Tentativa” -Fallo N° 6280/04- de fecha 09/09/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudo, Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

## **PENA-SUSPENSIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA : REQUISITOS; PROCEDENCIA**

La suspensión de la pena se justifica en los términos del art. 26 del Código Penal y en el criterio de antaño de esta Judicatura que considera más provechoso para la sociedad la no contaminación con los otros presos más avezados de parte del aquí sancionado, brindándosele la oportunidad de proseguir con sus actividades sociales comprendidas (repartidor de gaseosas) y sometiéndoselo al cumplimiento de ciertas condiciones por el término de dos años, que consistirán en las siguientes: 1) Fijar residencia dentro de la jurisdicción provincial, de la que no podrá ausentarse por periodos prolongados sin autorización del Tribunal, y 2) Someterse al control del Patronato de Liberados y Excarcelados de la Provincia (art. 27 bis del Código Penal). Voto del Dr. Cejas.

Causa: “Bordón, José María s/Homicidio (art. 84 del C.P.)” -Fallo N° 6288/04- de fecha 14/09/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **AMPARO POR USURPACIÓN-PEDIDO DE INFORMES AL INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA : EFECTOS**

Del art. 514 C.P.P. puede interpretarse inequívocamente que el pedido de informe al I.P.V. debe aplicarse en casos inversos al de autos puesto que el amparista no invoca la propiedad del inmueble, sino la tenencia, por lo que a los efectos solicitados dicho pedido de informe es innecesario, y el hecho que la vivienda esté a nombre del actor no justifica que invocando su título tenga derecho a expulsar a quien él mismo habría permitido que viva en dicho inmueble, por lo tanto, la inobservancia del pedido de informe al ser innecesario su ausencia no nulifica la cautelar dictada.

Causa: “Sandoval, José Armando s/Amparo por usurpación” -Fallo N° 6295/04- de fecha 20/09/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **DECLARACIÓN TESTIMONIAL-AMISTAD CON EL DAMNIFICADO-VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

El hecho que las personas que deponen en la causa sean “amigas” del damnificado, (no probado hasta el momento), no obsta a que puedan decir la verdad.

Causa: “Sandoval José Armando s/Amparo por usurpación” -Fallo N° 6295/04- de fecha 20/09/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **AMPARO POR USURPACIÓN : OBJETO**

El delito que sustenta esta vía amparista está dirigido a proteger al ocupante pacífico del inmueble sin tenerse en cuenta el titular de la propiedad a los fines de evitar el ejercicio de actos de justicia por propia mano.

Causa: “Sandoval José Armando s/Amparo por usurpación” -Fallo N° 6295/04- de fecha 20/09/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **ACTOS DE LA POLICÍA-FACULTADES DE LA POLICÍA : ALCANCES**

Según lo establecido por el artículo 167 del Código Procesal Penal, la policía tiene facultades autónomas de investigación en los delitos de acción pública cuando toma conocimiento de ello a través de una denuncia (como sucedió en autos) y la obligación de individualizar a los culpables y reunir las pruebas necesarias para la acusación posterior.

Causa: “Dra. Zieseniss, Claudia Isabel s/Recurso de Nulidad” -Fallo N° 6299/04- de fecha 22/09/04, voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

### **ACTOS DE LA POLICÍA-ALLANAMIENTO-ORDEN JUDICIAL-RADIOGRAMA-EXCESIVO RIGOR FORMAL : ALCANCES**

Con respecto al allanamiento practicado, cabe aclarar que la orden para su realización fue emitida por el Juez competente y comunicada a la autoridad policial vía radiograma

por la distancia existente entre el asiento del Juzgado y el lugar de su realización ya explicado “ut supra”, y a fin de asegurar el éxito de la investigación, encontrándose copia del tal comunicación rubricada por el funcionario preventor y el secretario actuante, conteniendo los requisitos que para su validez exige el art. 201 2do. párrafo “in fine” del rito, ya que debe aclararse que la orden fue ejecutada por la policía, y no por el Juez interviniente para el cual la formalidad resulta diferente. Sin perjuicio de estas consideraciones debe señalarse que el radiograma no ha sido cuestionado ni en su formalidad ni en su contenido por lo que la pretensión de que conste la orden original, si bien formalmente podría resultar lo aconsejable, no deja de erigirse en un excesivo rigorismo formal en tanto y en cuanto no afecta ninguna garantía de raigambre constitucional; tampoco puede obviarse que la parte interesada tiene la suficiente capacidad procesal para requerir la incorporación del original de tal documentación en cualquiera de las etapas del proceso.

Causa: “Dra. Zieseniss, Claudia Isabel s/Recurso de Nulidad” -Fallo N° 6299/04- de fecha 22/09/04, voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas.

#### **ACCIÓN PENAL-EJERCICIO DE LAS ACCIONES-PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD-ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL-MENOR DE EDAD-AUSENCIA DE PROGENITORES : ALCANCES**

Si bien en materia de persecución penal rige el principio de oficiosidad consagrado por el art. 71 del Código Penal, y las excepciones al mismo deben ser interpretadas restrictivamente dado que su enumeración es taxativa, no puede soslayarse al mismo tiempo la finalidad protectora que el ordenamiento jurídico tiene hacia los incapaces. Por lo tanto, las disposiciones que rigen las acciones no deben escindirse de dicha intención. Así, analizado el texto legal que supuestamente fulmina con la nulidad a las denuncias hechas por quien no cuenta con el instrumento legal que acredite su calidad, la redacción de la norma legal citada por la apelante permite una amplitud interpretativa de sus preceptos en el sentido de facilitar la investigación de hechos cometidos contra menores de edad aún de oficio, además de que en el caso de autos, a lo dicho anteriormente, debe sumarse la ausencia de los progenitores de la menor.

Causa: “Dra. Mirna Gamarra s/Planteo de nulidad en Expte. 1803/04 “Ruiz Díaz, Eugenio s/Abuso sexual con acceso carnal” -Fallo N° 6315/04- de fecha 21/10/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

#### **ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : EFECTOS; IMPROCEDENCIA**

Yendo específicamente al punto cuestionado por la defensa, surgiría de autos una gravísima negligencia por parte de los dos funcionarios actuantes, no obstante este hecho, no debe confundirse con el tipo penal de abuso de autoridad endilgado por el Juez a-quo. Ello así porque la figura de abuso de autoridad penal enrostrada, requiere para su existencia que las resoluciones u órdenes sean dictadas en contra de la constitución y las leyes. El artículo pone a los funcionarios que actúan cuando la ley no

les permite hacerlo o cuando no actúan estando obligados a hacerlo. El delito requiere que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la contrariedad, es decir con el fin específico de violarla, y para ello es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, esto es el dolo específico de cometer el acto.

Que en el caso de autos, dicho elemento no se encontraría presente, ya que de las piezas probatorias estimadas como cargosas por el Juez de la baja instancia no se desprende que ambos imputados hayan querido realizar la conducta contraria a la constitución o las leyes, con la específica intención maliciosa como lo prevé el tipo penal del art. 248 C.P., sino que la misma constituiría como se dijo antes o una negligencia o un error de hecho vencible, basado en el entendimiento que el permiso otorgado al imputado para realizar una terapia laboral resultaba beneficiosa para el mismo, por su condición de inimputable; situación que fácilmente se hubiera aclarado con un simple pedido en tal sentido, por parte de los funcionarios encargados de la custodia.

Que tal vez este hecho podría merecer otra sanción pero no la que establece el artículo del Código Penal citado en la pieza procesal atacada, pues no es competencia del Poder Judicial merituar la culpabilidad o no de los funcionarios policiales en los actos de servicio, salvo aquellos que constituyan delitos, lo que no sucedió en este caso.

Causa: “Jojot, Gustavo Edmundo – Rivarola, Miguel Angel – Avalos, Rubén s/Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de Funcionario Público” -Fallo N° 6328/04- de fecha 27/10/04; voto de los Dres. Rolando Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

### **ACUSACIÓN FISCAL-FALTA DE ACUSACIÓN : EFECTOS**

Ante la ausencia de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal, este Tribunal, conforme criterio adoptado en anteriores pronunciamientos, no debe expedirse sobre los hechos traídos a juzgamiento, y en consecuencia, tampoco atribuir responsabilidad penal alguna a quien resulta imputado en el caso.

Tal postura encuentra sustento en el Fallo “Mostaccio” de la Corte Suprema Nacional, emitido en el presente año, a través del cual reinstaló la doctrina sentada en los antecedentes “Tarifeño” (Fallo 325:2019) y “García” (Fallo 317:2043), entre otros, en la que se estableció el principio señalado en el párrafo precedente y que fuera adoptado por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia a través de sus Fallos 1381/01, 1785/03 y 1885/04, entre otros, circunstancias que aún por economía procesal, que permiten prescindir de criterios personales al respecto, autorizan la adopción de la conclusión descripta.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que la abstención Fiscal constituyó el producto de una elaboración técnica y jurídica a todas luces correcta según lo percibido en el Debate, habida cuenta que no se advirtió que haya existido posibilidad de comprobar, a través de los diferentes datos convictorios producidos en el Juicio, que las circunstancias fácticas, que sirvieron de base a esta etapa del Juicio, hayan ocurrido en los términos reseñados en el acto procesal pertinente y/o que haya existido posibilidad de concluir que el imputado intervino en términos de ilicitud. Voto del Dr. Aguirre.

Causa: “Portillo, Elías s/Promoción de la Corrupción de Menores y abuso Sexual con Acceso Carnal calificado Reiterado en concurso Ideal” -Fallo N° 6346/04- de fecha

08/11/04; voto de los Dres. Jorge Félix Aguirre, Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

**ACCIDENTE DE TRÁNSITO-CULPA-PRIORIDAD DE PASO-IMPRUDENCIA DEL VEHÍCULO DE MENOR PORTE-SOBRESEIMIENTO : PROCEDENCIA**

Si bien es cierto que la imputada circulaba a mayor velocidad que la permitida para el lugar (encrucijada), ello en sí mismo no es causal de imputación del delito, toda vez que debe comprobarse que las lesiones sufridas por las ocupantes de la motocicleta, fueron producidas como consecuencia de dicho exceso, hecho que no surge de autos, ya que según el croquis ilustrativo del hecho, el accidente se produjo una vez que el móvil de mayor porte había cruzado el centro de ambas calles, es decir habiendo traspasado el centro de la calle, y según el testigo, la conductora de la motocicleta no hizo maniobra de frenar sino que pretendió, previa parábola, cruzar por delante del automóvil, es decir que ella con un obrar imprudente habría generado el accidente.

Que establecido que el vehículo de mayor porte tenía prioridad de paso por circular a la derecha según el art. 41 de la Ley Nacional 24.449 a la que Formosa se encuentra adherida por Ley Provincial N° 1150 y Municipalidad local por Ordenanza N° 3378, la automovilista intentó traspasar la bocacalle confiando en que la conductora de la motocicleta disminuiría la velocidad de su móvil al verla, hecho que no se produjo sino todo lo contrario, la motocicleta en vez de darle paso aceleró y pretendía cruzar por delante cuando se produjo la colisión, obrar de la sujeto pasivo que por aparecer como imprevisible, y por ende inevitable, no hubiese impedido el efecto producido por más que la velocidad impulsada por la imputada hubiera sido de 30 km./h en lugar de 45 km./horarios.

Que lo relatado hace surgir la inexistencia de conducta culposa del imputado en la producción del resultado, toda vez que por una maniobra imprudente de la conductora de la motocicleta se produjo la colisión siendo por los argumentos expuestos, procedente la confirmación del sobreseimiento apelado, criterio similar al vertido por este Tribunal en el Fallo N° 5476.

Causa: “Tejeda, Dorys Inés s/Lesiones Art. 94 del C.P.” -Fallo N° 6378/04- de fecha 26/11/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

**RECURSO DE APELACIÓN-FACULTADES INSTRUCTORIAS DEL JUEZ : IMPROCEDENCIA**

El decreto dictado por el Juez, en el marco de sus facultades instructorias, por su naturaleza jurídico procesal, no constituye el tipo de resoluciones declaradas apelables ni tiene entidad suficiente para causar gravamen irreparable, conforme las claras previsiones del art. 415 del C.P.P., por lo que la apelación interpuesta fue correctamente rechazada, y en consecuencia la queja intentada no debe admitirse.

Causa: “Dres. Ovelar, Luciano R. – Flores, Oscar D. s/Recurso de Queja por Apelación Denegada” -Fallo N° 6380/04- de fecha 26/11/04; voto de los Dres. Rolando Alberto Cejas, Rubén Castillo Giraudo.

### **ACTOS DE LA POLICÍA-ACTA DE SECUESTRO-DISCREPANCIA: EFECTOS**

Respecto a las discrepancias entre lo vertido por el personal policial en el acta de secuestro y el secuestro mismo, no es nulo un acto procesal ni un acta que dice que se realiza en un lugar diferente al lugar del hecho cuando dicha cuestión es irrelevante y no significa una seria contradicción.

Causa: “Virgilio, Horacio Alberto y Otros s/Robo con Arma en Concurso Real c/Portación de Armas de Guerra” -Fallo N° 6396/04- de fecha 16/12/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **PORTACIÓN DE ARMAS-TRANSPORTE DE ARMAS : CONCEPTO; ALCANCES**

La doctrina dice que portar un arma es llevarla encima o consigo, teniendo la posibilidad de esgrimirla de inmediato ante cualquier circunstancia que exija su utilización. En el caso de autos el imputado no tenía la posibilidad de utilizar las armas en forma inmediata, ya que las mismas no estaban a su alcance.

Que no debe confundirse entre transporte y portación, ya que son conceptos distintos y regulados en forma diferente por la Ley de Transporte (Dec. N° 395/75) será cuando un sujeto lleve el arma de un lado a otro sin respetar las formas establecidas, pero no necesariamente este hecho será portación.

Que si el legislador hubiera querido ampliar el concepto de portación debería haberlo indicado expresamente de manera que considera que aquella incluye casos de simple transporte ilegal donde el arma no se lleva consigo, sino en el automóvil -como en el caso de autos- resultaría una extensión indebida del tipo, contraria al principio constitucional de legalidad ( art. 18 C.N.).

Que no obstante, el hecho de haberse encontrado dos armas de guerra en el interior del automóvil que conducía el imputado, sin la debida autorización hacen encuadrar dicha conducta en las previsiones del tipo previsto en el art. 189 bis inc. 2° C.P..

Causa: “Virgilio, Horacio Alberto y Otros s/Robo con Arma en Concurso Real c/Portación de Armas de Guerra” -Fallo N° 6396/04- de fecha 16/12/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.

### **ACCIÓN PENAL-EJERCICIO DE LAS ACCIONES-PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD-MENOR DE EDAD-INTERESES CONTRAPUESTOS : PROCEDENCIA**

Si bien en materia de persecución penal rige el principio de oficiosidad consagrado por el art. 71 del Código Penal, y las excepciones al mismo deben ser interpretadas restrictivamente porque su enumeración es de carácter taxativo, al mismo tiempo no puede soslayarse la finalidad protectora que el ordenamiento jurídico tiene hacia los incapaces, y por lo tanto, las disposiciones que rigen las acciones no deben escindirse de dicha intención. Así, analizado del texto legal que supuestamente fulmina con la nulidad a las denuncias hechas por quien no cuenta con el instrumento legal que acredite su calidad, la redacción de la norma legal citada por la apelante permite una amplitud

interpretativa de sus preceptos en el sentido de facilitar la investigación de hechos cometidos contra menores de edad, aún de oficio.

Que analizado el caso de autos, aún cuando la menor cuenta con sus padres, surge que la misma habría puesto en conocimiento de sus progenitores que tanto ella como su hermano de 8 años eran abusados por su medio hermano, sin que éstos tomaran medida alguna al respecto, generándose por este motivo una situación de indefensión de la menor.

Que ante esta circunstancia, no debe exigirse la aplicación a rajatabla del requisito invocado por la defensa, habida cuenta que ese excesivo rigorismo formal traería aparejado el desamparo de la menor de orden legal, repugnante a los principios establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Tratado de rango constitucional incorporado a nuestra legislación por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Que esta situación por parte de la menor, hace encuadrar el hecho en las previsiones del art. 72 última parte del Código Penal (intereses contrapuestos), y habilita la actuación de oficio por parte de la representante del Ministerio Público en la tutela de los intereses de los menores.

Causa: “Dra. Carbajal Zieseniss, Claudia I. s/Planteo de Nulidad” -Fallo N° 6418/04- de fecha 29/12/04; voto de los Dres. Rubén Castillo Giraudó, Jorge Félix Aguirre.