

EXCMA. CÁMARA SEGUNDA EN LO CRIMINAL

JUEZ DE INSTRUCCIÓN-FACULTADES DEL JUEZ-CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 315 DEL C.P.P. : PROCEDENCIA

Cabe destacar que la cuestión ya ha sido materia de análisis de este Tribunal que ante un planteo similar se pronunció en el Fallo 4558 emitido en la causa “Prieto, Darío Daniel s/Robo en grado de tentativa” estableciendo que es criterio de esta Magistratura la constitucionalidad del artículo 315 del CPP, que autoriza al Juez instructor, en caso de discrepar con el Fiscal, a meritar las constancias del proceso y decidir mediante un auto fundado que deberá contener en puridad, exactamente los mismos requisitos que los exigidos para la elevación de la causa cuando es requerida por el Ministerio Fiscal (art. 314 última parte del CPP) -la individualización de la persona sometida a proceso y el hecho acerca del cual debe versar el Debate- por lo que no se puede válidamente alegar, que aquella decisión jurisdiccional, contradictoria con la conclusión del representante de la “vindicta pública” afecte la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Que independientemente de lo afirmado, también en dicho fallo se dejó sentado que ante la nueva corriente imperante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en el caso Quiroga -aunque no es similar al que nos ocupa- declara la inconstitucionalidad del artículo (348 del CPPN) que autoriza la consulta al Tribunal de Alzada, aparece como conveniente- a los efectos de suplir la falta de control del pedido desincriminatorio del Fiscal de instrucción, como asimismo de evitar un dispendio jurisdiccional en caso de coincidencia de criterio con su par, darle intervención al Fiscal de Cámara para que se expida sobre si hay mérito para el juicio, propiciándose de esta manera similar criterio que, pretorianamente la Excma. Cámara Primera en lo Criminal ha decidido ante planteos similares en varios fallos, entre otros el 7005.

Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar la nulidad del auto de elevación a juicio articulada por la defensa.

Causa: “Dra. Claudia Carbajal-Defensora Oficial de Cámara Subrogante s/Planteo de Nulidad” -Fallo N° 4625/07- de fecha 07/02/07; del voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

MINISTERIO PUPILAR-ASESOR DE MENORES-FALTA DE INTERVENCIÓN-NULIDAD : IMPROCEDENCIA

No resulta admisible el agravio referido a la falta de intervención del Asesor de Menores, en primer lugar porque la actuación del Ministerio Pupilar está contemplada en resguardo de los intereses del incapaz -en el caso la víctima- y no del imputado y la omisión de acordarle participación, si bien debe ser subsanada, no constituye un requisito fundamental con entidad para invalidar todo el proceso, como pretende la defensa, máxime cuando no se advierte la existencia de algún perjuicio para la menor cuyo interés debe protegerse, que justifique una sanción de tal magnitud, contemplada solo para casos de excepción.

Causa: “Enciso, Félix s/Abuso sexual simple agravado por el vínculo” -Fallo N° 4640/07- de fecha 15/02/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rubén Castillo Giraud.

USURPACIÓN-CAMBIO DE CERRADURA : CONFIGURACIÓN

El Juez de Instrucción entendió acreditada la usurpación por despojo, al verse impedido su libre acceso al lugar por una acción materialmente violenta, emprendida por la imputada de autos al proceder al cambio de cerradura y colocación de candados en los accesos al ámbito en cuestión.

Causa: “Gomez, María Elizabeth s/Usurpación” -Fallo N° 4664/07- de fecha 01/03/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

EXCARCELACIÓN-DOCTRINA DE LAS CÁMARAS PRIMERA Y SEGUNDA DE LA PROVINCIA-ART. 13 DEL CÓDIGO PENAL : ALCANCES

Las Cámaras Primera y Segunda en lo Criminal de Formosa sostienen igual criterio (Fallos 3837, 3838 de la Segunda y 6949 de la Primera). En cuanto a que, mantener la prisión preventiva del imputado sobre la base de la inviabilidad de una condena de ejecución condicional por probable aplicación de una pena de más de tres años de cumplimiento efectivo al ser juzgado en la presente causa importa un prejuizamiento en desmedro de las garantías constitucionales favorables al imputado que goza durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, pudiendo incluso a resultados del juicio ser absuelto, por lo que aún, tomando en consideración la sentencia condenatoria anterior dictada en su contra, nada autoriza a presumir que una futura y eventual condena a prisión efectiva, exceda de los tres años de pena, por lo que el imputado ya estaría superando en detención a la fecha, el límite temporal normado por el art. 13 del Código Penal, resultando factible el beneficio impetrado.

Causa: “Juarez, Oscar Daniel s/Excarcelación” -Fallo N° 4667/07- de fecha 06/03/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rubén Castillo Giraudo.

EXCARCELACIÓN-SENTENCIA DEFINITIVA-RECURSO DE CASACIÓN-DOCTRINA DE LA C.S.J.N. : IMPROCEDENCIA

A través de reiterados fallos la C.S.J.N. ha sostenido que la decisión que deniega la excarcelación es sentencia definitiva en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior (entre otros Fallos N°s. 300:642, 320:2105), el análisis de las actuaciones de marras permite inferir que al momento de solicitar el recurrente la soltura anticipada de su asistido no cuestionó la constitucionalidad de las normas que rigen la materia, no pudiendo desconocer los alcances del art. 293 inc. 1° del C.P.P., “a contrario sensu”, esto es, que no se concederá el beneficio en cuestión en caso de no corresponder condena de ejecución condicional (art. 26 del CP). Que en razón a ello, al no haber argumentado la inconstitucionalidad de dicho precepto en oportunidad de concretar la petición, mal puede invocarla en el escrito recursivo y como fundamento del mismo, defecto ante los cuales forzoso es concluir en la inadmisibilidad de recurso de Casación intentado, debiendo así ser declarado.

Causa: “Duré, Walter Daniel s/Excarcelación” -Fallo N° 4685/07- de fecha 20/03/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas.

EXCARCELACIÓN : IMPROCEDENCIA

Cabe aclarar que este Tribunal no ignora que el principio que prima en esta materia es el Derecho Constitucional de permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal, pero también que no es menos cierto que dicho derecho no constituye una regla absoluta pues su ejercicio se encuentra sometido a las leyes que lo reglamentan. Desde este punto de vista el legislador ha reglamentado su ejercicio al establecer el régimen que regula la libertad durante el proceso y que contempla los supuestos impositivos de la excarcelación con el propósito de asegurar la efectiva aplicación de la ley, procurando evitar riesgos de fuga o entorpecimiento por parte del procesado. Entre tales supuestos el ordenamiento procesal prevé justamente el caso bajo a examen, esto es, veda la posibilidad de excarcelación cuando la eventual pena a imponerse no sea de ejecución condicional ya que tal amenaza – pena en expectativa – permite suponer seriamente, una conducta elusiva de su parte. Así, dado los montos punitivos en juego (reclusión o prisión perpetua que prevé el ordenamiento legal para los delitos de los que se encuentra acusado –art. 144 terc. 2º del CP) ello impediría la aplicación del art. 26 del CP, dándose, en consecuencia, la situación de excepción que admite la restricción de la libertad del imputado (art. 293 inc. 1º del CPP, a contrario sensu), fundamentos que determinaron al rechazo del beneficio mediante la resolución que el defensor impugna.

Causa: “Duré, Walter Daniel s/Excarcelación” -Fallo N° 4685/07- de fecha 20/03/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas.

SENTENCIA DEFINITIVA-RECURSO DE CASACIÓN : REQUISITOS; IMPROCEDENCIA

Cabe señalar que se entiende por sentencia definitiva a aquella que pone fin al proceso, aunque este concepto ha sido ampliado doctrinariamente en la actualidad, dado que en sentido impropio se extiende a las resoluciones dictadas después del debate pronunciándose sobre cuestiones previas y a las que, dictadas antes del debate sobre el fondo o sobre cuestiones previas causan la extinción del proceso (conforme De la Rúa, “La Casación Penal”, págs. 180 y 181).

Por ello, resultando que el concepto de sentencia definitiva está ligado a la imposibilidad de reparar el perjuicio, si el agravio del apelante es superable por otro canal, la sentencia impugnada carece de dicha condición.

Al respecto la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal no ha admitido el recurso de casación en relación al auto que dispone continuar la tramitación de un proceso (Sala III, 19/11/93 causa 72, Cerboni, A.), el que revoca un sobreseimiento, pues no pone fin a la acción o aquel cuya consecuencia sea la alegación de seguir sometido a proceso Criminal (Sala II, 27/9/93, Freue J.).

Por lo tanto, la mayor flexibilidad para la concesión del recurso se extiende a ciertas y determinadas decisiones trascendentes como aquellas que deniegan la libertad del imputado durante el proceso, y siendo que en el presente caso, uno de los requisitos esenciales para la procedencia del recurso intentado no concurre, corresponde no hacer lugar al mismo.

Causa: “Dr. Hernandez, Gabriel Osvaldo s/Planteo de excepción de falta o insubsistencia de la acción penal” -Fallo N° 4635/07- de fecha 13/02/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

EXCARCELACIÓN-CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN LA EXCARCELACIÓN: IMPROCEDENCIA

Con relación a la Ley 24.390 citada por el Defensor como fundamento de su pretensión, sin perjuicio de dejar sentado que este Tribunal no desconoce los principios que rigen la misma y que tienen relación con el derecho de los imputados a ser juzgados dentro de un plazo razonable o ser puestos en libertad, cabe aclarar, que aún para el supuesto de que constituyera una reglamentación del art. 7, inc. 5° del Pacto de San José de Costa Rica en cuyo caso podría resultar de aplicación en el ámbito provincial, la misma autoriza, en determinadas circunstancias, una prórroga de los plazos de la prisión preventiva – art. 1° casos complejos - art. 3° cuando el Fiscal se oponga por la especial gravedad del delito que le fuere atribuido, como en el caso que nos ocupa, acotándose además, que el causante lleva dos años y días, privado de su libertad.

Que aclarada dicha cuestión y prosiguiendo con el análisis del tema, la gravedad de los hechos por los que el autor llega acusado a juicio y el quantum punitivo con que se hallan conminados los delitos imputados, conforme se hallan previstos en el Código Penal (arts. 80 inc. 6 en función con el 42), constituyen motivos razonables para considerar, sin que ello implique un prejuzgamiento, que en caso de recaer condena en este proceso, su cumplimiento será efectivo, posibilidad ante la cual, dada la proximidad de su domicilio con la República del Paraguay aparece factible, como lo sostiene el Fiscal, que el mismo intente eludir la acción de la Justicia, extremos ante los cuales y sin dejar de puntualizar la inminencia del debate a llevarse a cabo en la causa, corresponde denegar el beneficio incoado, por imperio del art. 293 inc. 1° del CPP, a contrario sensu.

Causa: “Fernandez, Victor Orlando s/Excarcelación” -Fallo N° 4765/07- de fecha 23/05/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-NULIDAD RELATIVA : REQUISITOS; RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

En relación al art. 72 del CP, la finalidad tuitiva del texto está dirigida hacia la protección para la víctima tanto por la lesión provocada al sufrir el delito como por la trascendencia que esa investigación conlleva (*strepitus fori*), es decir, que el principio de instancia privada es una prerrogativa de la víctima y nunca puede concebirse como una garantía a favor del imputado.

De este modo, al no haber una directa afectación al interés público, la presencia de alguna falencia producida en el cumplimiento del requisito fijado en la norma y alegada por la defensa provocaría la nulidad de las actuaciones pero una nulidad relativa. Igualmente, recordamos que no se encuentra taxativamente en el articulado del CPP ni en los supuestos genéricos del art. 151 la sanción de nulidad absoluta para esta situación enunciada. En este sentido lo consideró la jurisprudencia al permitir la posterior ratificación de la denuncia realizada por un menor al momento de adquirir la mayoría legal.

Causa: “Dra. Graciela Monteserín, Defensora Oficial de Cámara s/Planteo de nulidad por mal promoción de la acción penal” -Fallo N° 4781/07- de fecha 06/06/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

INSTRUCCIÓN-APERTURA DE LA INSTRUCCIÓN-FALTA DE REQUERIMIENTO FISCAL : RÉGIMEN JURÍDICO

Con respecto a la nulidad del auto de apertura del sumario judicial basado en las circunstancias de que el titular de la Acción Pública no formuló el requerimiento, cabe colacionar lo resuelto ante similar planteo por este Tribunal en el Fallo N° 4494/06. En dicho pronunciamiento, luego de un exhaustivo análisis del procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, se sostuvo que la actividad jurisdiccional instructoria puede ser excitada por la policía sin, que en tal supuesto, sea necesaria la intervención del Ministerio Público, por cuanto el art. 179 del código de rito determina los modos posibles de provocar el avocamiento instructorio en forma directa, en los casos de delito de acción pública, esto es: en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, es decir, que se encuentran plasmadas en dicha norma las dos posibles alternativas para impulsar la actividad jurisdiccional, de suerte tal –que en el caso bajo examen- en virtud del acto impulsor emanado de la prevención quedó promovida la acción penal salvándose, de ese modo, la valla impuesta por el principio “ne procedat iudex ex officio”.

Causa: “Gabriel Osvaldo Hernandez s/Planteamiento de nulidad y excepción de falta de acción” -Fallo N° 4828/07- de fecha 25/07/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-DELITO CONTINUADO : REQUISITOS; PROCEDENCIA

Resulta atendible el criterio del Sr. Fiscal en cuanto a que es aplicable al caso bajo examen la teoría del delito continuado, en virtud de existir unidad de resolución o de designio criminoso; pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica, existiendo, además, una continuidad y homogeneidad en el modus operandi y la misma víctima afectada. Si bien el Código Penal no contiene una disposición expresa sobre el delito continuado, éste ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia para imponer una pena única. En el caso, de acuerdo a lo que quedó acreditado en la primera cuestión, el acusado accedió carnalmente vía vaginal a la menor –unidad de resolución-; en distintas y numerosas oportunidades – pluralidad de acciones, existiendo en todos los supuestos lesión a un mismo bien jurídico (integridad sexual). Siendo así, a los fines de hacer efectiva una responsabilidad penal, aquél es un único delito punible, que aparece constituido por una pluralidad de hechos, cada uno en sí mismo delictuoso pero dependientes entre sí, ajustados a una misma norma penal. Voto de la Dra. Zanín.

Causa: “Rivero, Marcos s/Abuso sexual c/Acceso carnal calificado reiterado” -Fallo N° 4834/07- de fecha 26/07/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas, Rubén Castillo Giraudo.

RECUSACIÓN-SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO-VALOR DE COSA JUZGADA: PROCEDENCIA

Si bien resulta criterio sustentado por este Tribunal siguiendo a la doctrina mayoritaria que así también lo entiende, los supuestos que consagra la norma que regula el instituto deben ser de interpretación restrictiva, en cuanto su finalidad es la de constituir una garantía a la recta administración de justicia, contribuyendo al buen orden y corrección de los juicios e impidiendo a las partes determinar a su arbitrio el juez natural de la causa, tampoco puede perderse de vista, que ante la duda razonable de parcialidad, las partes puedan fundadamente, acudir a dichos institutos a fin de conseguir que su pretensión sea dirimida por un juez imparcial.

Que continuando con el desarrollo de la cuestión, si bien este Tribunal en el Fallo 3811 (dictado en fecha 11/02/05) no ha admitido la inhibición del Juez que pretendía apartarse del conocimiento de una causa en la que había decretado la falta de mérito del imputado -que en la instancia apelatoria fue revocada (Fallo 3631/04)- el caso no es similar al que nos ocupa, puesto que acá, el auto dictado por el a quo y que se declaró nulo por cuestiones de índole formal (Fallo N° 4669), es el de sobreseimiento definitivo, pronunciamiento éste, que al poner fin al proceso con valor de cosa juzgada, impone al juez que lo dicta, efectuar una crítica valorativa de todas las constancias probatorias que integran el sumario y que por ende, permite razonablemente colegir, como lo resalta el incidentista, que ya ha tomado posición sobre el mérito de la causa, por lo que su apartamiento de las actuaciones, mediante el modo articulado, resulta pertinente.

Causa: “Héctor Ricardo Shur s/Rechazo de recusación” -Fallo N° 4883/07- de fecha 27/08/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas.

RESPONSABILIDAD PENAL-ENCUBRIMIENTO-DERECHO DE DEFENSA- DEBIDO PROCESO

Como puede inferirse palmariamente de las conclusiones finales de ambos representantes técnicos, han admitido expresamente como figura penal residual aplicable a la conducta desarrollada por sus respectivos pupilos el delito de ENCUBRIMIENTO, por ende, habiendo los acusados contado con la oportunidad de defenderse o contradecir las circunstancias que se le atribuían -y de hecho así lo han ejercido en sus respectivas indagatorias-, por lo que no se afecta el derecho de defensa en juicio consagrado y amparado por el art.18 de la C.N., este Tribunal se encuentra habilitado a expedirse en la disposición de la acción penal hasta lo que se ha acreditado con certeza, atento a que la hipótesis del acusador no ha resultado confirmada por el plexo probatorio reunido, debiendo, por lo tanto, responder ambos encartados por el delito de mención.

A tal punto no se lesionan las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio de los aquí juzgados que aún si luego de haberse emitido un pronunciamiento válido respecto a la responsabilidad penal de aquel que ha encubierto otro delito, surge que ha obrado a favor de su cónyuge u otro pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiera especial gratitud, sería ello un motivo para ejercer la acción de revisión (Tribunal en lo Criminal N° 6 de San Isidro, 11/07/07, Carrascosa, Carlos A., La Ley 17/07/07, Sup.

Penal 2007-julio/78); es decir, que aún en este eventual supuesto – que me atrevo a afirmar que no concurre en el caso en examen – las garantías mencionadas están a resguardo. Voto de la Dra. Zanín.

Causa: “García, Victor Domingo – Vera, Arnaldo Rafael s/homicidio” -Fallo N° 4911/07- de fecha 18/09/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rolando Alberto Cejas, Ricardo Fabián Rojas–en disidencia parcial-.

SENTENCIA-CAMBIO DE CALIFICACIÓN JURÍDICA-TIPO PENAL-ENCUBRIMIENTO : RÉGIMEN JURÍDICO

Atento a que la acusación tanto del Procurador Fiscal al momento de requerir la elevación de la causa a juicio, como la del Fiscal de Cámara al momento de concretar sus conclusiones, han sido referidas a la intervención de los acusados en un hecho de homicidio; esto es la acción de dar la muerte a una persona; y que la calificación de la actividad de los acusados se refiere al delito de encubrimiento; esto es hacer desaparecer los rastros del delito anterior de homicidio, entiendo que nos encontramos ante una violación del principio de congruencia, dado que si bien el art. 368 del C.P.P. establece que el tribunal podrá dar al “hecho” una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad”, este no es el supuesto de autos porque se tratan de dos conductas totalmente diferentes que encuadran en dos tipos penales bien diferenciados, el primero, por el que vinieron acusados los imputados que es “dar muerte a una persona”, un delito contra la vida, y otro “hecho” distinto que es el encubrimiento, un delito contra la administración de justicia, diferenciándose ampliamente las actividades de los autores de cada hecho; a modo de ejemplo, no es lo mismo atentar contra la libertad sexual de una persona, que ayudar (luego de cometido el hecho) al autor a eludir las investigaciones de la autoridad. Disidencia parcial del Dr. Rojas.

Causa: “García, Victor Domingo – Vera, Arnaldo Rafael s/homicidio” -Fallo N° 4911/07- de fecha 18/09/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rolando Alberto Cejas, Ricardo Fabián Rojas–en disidencia parcial.

SENTENCIA-CAMBIO DE CALIFICACIÓN LEGAL-TIPO PENAL-HOMICIDIO-ENCUBRIMIENTO : ALCANCES; EFECTOS

En esta línea de pensamiento, entiendo que como surge de las constancias de la causa, y dado que luego de culminada la recepción de las pruebas, se difirió la recepción de los alegatos (que se realizaron en la ciudad de Formosa y sin la presencia de los acusados), donde la acusación (por parte del Fiscal de Cámara) fue por el delito de Homicidio, y si bien los defensores técnicos de ambos acusados deslizaron en la audiencia la posibilidad de que existiera encubrimiento, negando participación en el delito de homicidio de la víctima, no puede soslayarse que tal manifestación de los defensores técnicos, es de imposible traslación a sus pupilos, toda vez que los mismos, fueron imputados, indagados, procesados, acusados y alegados por el delito de homicidio (agravado por el uso de armas de fuego), y nunca fueron informados que existía la posibilidad de ser tenidos como responsables del delito de encubrimiento. Disidencia parcial del Dr. Rojas.

Causa: “García, Victor Domingo – Vera, Arnaldo Rafael s/homicidio” -Fallo N° 4911/07- de fecha 18/09/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rolando Alberto Cejas, Ricardo Fabián Rojas–en disidencia parcial-.

SENTENCIA-CAMBIO DE CALIFICACIÓN LEGAL-TIPO PENAL-HOMICIDIO-ENCUBRIMIENTO-FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL-DEFENSA EN JUICIO : ALCANCES; EFECTOS

Asimismo considero que tal calificación al momento de dictar sentencia resulta vulneratoria de la garantía constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio; en el primer caso, porque *“la acusación fiscal es un requisito ineludible de toda condena penal”*, conforme lo tiene resuelto nuestro Superior Tribunal de Justicia en Fallo 2544 del 25/09/2006 – voto del Dr. Coll, al que adhiero en sus consideraciones, y en igual sentido, voto del mismo Ministro en Fallo 2652 del 25/12/2006, al señalar (en caso equiparable a la violación de la garantía de la defensa en juicio) que *“...el tribunal de mérito comienza no dando por probado el hecho supuestamente cometido ...”*, para luego agregar que *“Notorio resulta entonces que habiendo sido acusado por un hecho ... mal puede ser acusado (por otro distinto, lo que me pertenece) ... cuando el acusado no tuvo la oportunidad de alegar sobre una cuestión de hecho relevante y de la cual se entera recién en la sentencia. El fallo así dictado resulta nulo por ausencia de fundamentación suficiente en orden al delito por el cual fuera condenado, contradiciéndose con las constancias de autos que la misma sentencia invoca, en especial respecto al hecho por el que fuera acusado y el delito por el cual finalmente se aplicara pena (art. 371 inc. 3° del C.P.P.)*.

Aún más, al ser sometidos a proceso, juzgados y acusados en la audiencia de debate por el delito de Homicidio, ambos enjuiciados han *“ignorado totalmente”* la posibilidad de recibir una sanción por encubridores, desconociendo durante la duración de todo el proceso la posibilidad de aceptar su responsabilidad en lo referido a tal ilícito, tanto procesalmente (juicio abreviado; acuerdo; arts. 503 a 506 del C.P.P.), como en la materia de fondo; es decir si respecto de alguno o de ambos existía alguna de las causales que justificara la exención de responsabilidad criminal contemplada en el inciso 3° del art. 277 del Código Penal, si se tratara de alguna de las personas a la que debiesen especial gratitud, lo que indiscutiblemente lesiona el debido proceso al cercenarse la posibilidad de ejercer tales derechos.

De tal forma, entiendo que ante la falta de acusación por parte del fiscal no puede condenarse, ya que se impondría condena sin potestad jurisdiccional, en razón de que la acusación no fue por el delito de “Encubrimiento”, porque *“la acusación fiscal es requisito ineludible de toda condena, ya que lo contrario importaría una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio (cf. Fallo del caso ‘Cattonar’ de la CSJN, La Ley 1996 – A, y más recientemente en ‘Mostachio’, sentencia del Alto Tribunal del 17 de febrero de 2004 publicado en ‘La Ley online’) – del voto del Dr. Coll en Fallo 2248 dictado en la causa “Alcura, Antonio s/Homicidio” del 07 de Junio de 2.005; por lo que corresponde absolver de culpa y cargo a los enjuiciados. Disidencia parcial del Dr. Rojas.*

Causa: “García, Víctor Domingo – Vera, Arnaldo Rafael s/homicidio” -Fallo N° 4911/07- de fecha 18/09/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Rolando Alberto Cejas, Ricardo Fabián Rojas—en disidencia parcial-.

TORTURAS-APREMIOS ILEGALES-DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL : CONFIGURACIÓN

La diferencia entre Torturas y Apremios se había sostenido en el grado o intensidad mayor que presenta la primera respecto de la segunda; así lo entendió la Sala Sexta de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, al calificar como constitutivo del delito previsto en el artículo 144 bis inc. 2° el actuar del imputado G.Ch. cuando: “en circunstancias en que se encontraba con el uniforme de la Policía Federal Argentina conduciendo el vehículo marca ...detuvo a M.A.D. mediante la exhibición de un arma de fuego ... y luego le propinó golpes de puño y patadas que le ocasionaron lesiones en el cuerpo” CNCCorr. Sala VI, 15-07-2002 “C., O.C. y otros s/Apremios ilegales”, en situación similar a la sometida a juicio en la presente causa. Voto del Dr. Rojas.

Causa: “Mendez, Rubén Alberto s/Tortura y homicidio culposo en concurso ideal” -Fallo N° 4934/07- de fecha 02/10/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, María de los Angeles Nicora Buryaile, Beatriz Luisa Zanín.

TORTURAS-FUNCIONARIO PÚBLICO-CALIFICACIÓN LEGAL : RÉGIMEN JURÍDICO

La especial calidad de funcionario público que requiere el tipo del art. 144 bis inc. 2° del Código Penal en relación al sujeto activo, también se cumplimenta en el caso dada la condición de personal policial en servicio que ostentaba el actor al momento de los hechos; configurándose asimismo, los extremos legales previstos por la agravante del último apartado de la norma en análisis, en tanto el poder vulnerante de la energía física impuesta por el actor a la víctima, denotan su obrar violento, desproporcionado e irracional, adelantándose en indicar que ello no aparece constitutivo de la figura agravada que regulaba el art. 144 tercero inc. 2° del Código Penal, puesto que la tipicidad de la tortura requiere un maltrato material o moral de particular crueldad, que no se verificaba en el caso.

La jurisprudencia ha resuelto que, sobre la base de la aplicación de las normas penales, inexorablemente fundadas en el principio de culpabilidad, para que proceda la atribución de este tipo agravado por el resultado muerte, es menester demostrar, con la certeza apodíctica que un juicio de condena reclama, que existió dolo de atormentar o hacer sufrir excediendo el marco de la simple opresión. Entiendo, además, que debe descartarse un estado de emoción violenta en el autor, ya que la conducta del enjuiciado no evidenció un ánimo conmocionado ni violento con aptitud para relajar sus frenos inhibitorios. Su obrar fue consciente, libre y voluntariamente determinado a atacar la incolumidad física del joven víctima, situación esta que impide encuadrar su accionar en el tipo previsto por el art. 81 inc. 1° apartado a) del Código Penal. Por tales fundamentos, me inclino en sostener la calificación legal y la sanción retributiva que adjudicara mi predecesor, coincidiendo

con las restantes materias por él tratadas en la presente cuestión. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Mendez, Rubén Alberto s/Tortura y homicidio culposo en concurso ideal” -Fallo N° 4934/07- de fecha 02/10/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, María de los Angeles Nicora Buryaile, Beatriz Luisa Zanín.

QUERRELLA POR CALUMNIAS E INJURIAS-PRUEBA DOCUMENTAL PUBLICADA EN INTERNET : PROCEDENCIA

El querrellado reviste la calidad de imputado en cuanto resulta sujeto pasivo en un proceso penal de acción privada. Sentado ello, la mera circunstancia de que el estado haya delegado la potestad persecutoria en el particular ofendido, para aquellos delitos taxativamente contenidos en la ley penal sustancial y que por los bienes jurídicos que afectan resultan intrascendentes en el campo social, dicha circunstancia no enerva el principio de la amplitud probatoria que debe imperar a fin del resguardo del efectivo derecho de defensa de quien se encuentra imputado. A la luz de tal principio, aparece arbitraria la medida decretada por el Juez rechazando la prueba ofrecida por el querrellado. Procede en consecuencia, revocar la decisión impugnada disponiendo que en la baja instancia se provea a la incorporación de la documental identificada y publicada en Internet y a la admisión de la ofrecida como prueba nueva.

Causa: “Ontiveros, Carlos Alberto s/Querrela por calumnias e injurias c/Hernandez, Gabriel” -Fallo N° 4960/07- de fecha 11/10/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

EXCARCELACIÓN-PENA EN EXPECTATIVA : RÉGIMEN JURÍDICO

Este Tribunal no ignora el derecho constitucional del que goza toda persona sometida a un proceso a ser juzgada dentro de un plazo razonable y a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso penal, pero no es menos cierto que este último derecho no constituye una regla absoluta pues su ejercicio se encuentra sometido a las leyes que lo reglamentan. Desde este punto de vista es dable destacar que el legislador ha reglamentado su ejercicio al establecer el régimen que regula la libertad durante el proceso y que contempla los supuestos impeditivos de la excarcelación con el propósito de asegurar la efectiva aplicación de la ley, procurando evitar riesgos de fuga o entorpecimiento por parte del procesado. Entre tales supuestos, el ordenamiento procesal prevé justamente el caso bajo a examen, esto es, veda la posibilidad de excarcelación cuando la eventual pena a imponerse no sea de ejecución condicional ya que tal amenaza –pena en expectativa– permite suponer seriamente, una conducta elusiva de su parte, dándose en consecuencia, la situación de excepción que admite la restricción de la libertad del incurso (art. 293 inc. 1° del CPP, a contrario sensu).

Causa: “Martín, Edgardo s/Excarcelación” -Fallo N° 4987/07- de fecha 30/10/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, Beatriz Luisa Zanín.

DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA-QUERELLANTE PARTICULAR-FACULTADES DEL QUERELLANTE PARTICULAR-IMPULSO PROCESAL : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

El tema a resolver se circunscribe a determinar, si es posible iniciar un proceso por un delito de acción pública, cuando no median actuaciones policiales ni requerimiento del fiscal –como el caso en examen- y con la sola excitación jurisdiccional del pretense querellante.

En este aspecto y como ya lo ha sostenido este Tribunal (Fallos Nros. 4494/06, 4828/07, entre otros), tratándose de delitos de acción pública, sólo a través de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, es posible provocar el avocamiento del órgano jurisdiccional, siendo éstas las dos posibles alternativas que surgen de lo específicamente normado por el art. 179 del Código Procesal Penal para habilitar la iniciación del proceso, de manera tal –que en el sub examine- no se ha salvado la valla impuesta por el principio “ne procedat iudex ex officio”. Este es también, el criterio imperante en la Excma. Cámara Primera en lo Criminal ratificado mediante el reciente Fallo 7847.

No obstante lo afirmado, a partir de la incorporación de la figura del querellante particular instrumentada a través de la Ley Provincial N° 1487, el criterio señalado, debe ser revisado.

Esa tarea indispensablemente conlleva la necesidad de determinar los alcances de la modificación que la citada ley hizo al art. 6° del Código Procesal Penal, al eliminar el término “exclusivamente” que contenía la anterior redacción. Una lectura sesgada del texto actual de dicho artículo permite advertir que en él, expresamente se menciona que en lo referente al ejercicio de la acción penal pública, es el Ministerio Fiscal “el que deberá iniciarla de oficio” (text.), por lo que cabe poner de resalto que su interpretación no puede ser aislada del resto del marco regulatorio establecido por el legislador, el que sin lugar a dudas, concedió al presunto ofendido por delito de acción pública una participación que no puede caracterizarse como la de un acusador con plena autonomía.

En ese entendimiento y en consonancia con la manda del art. 120 de la Constitución Nacional, la ley no le ha dado a ningún otro sujeto, ni siquiera al querellante la llave de apertura al procedimiento, pues esa atribución permanece en poder del órgano estatal; pero en cambio, una vez abierto éste le reconoce –en general- facultades de impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción y argumentar sobre ellos (art. 70 bis primer párrafo del C.P.P.), otorgándole también –aunque limitadamente- la posibilidad de interponer recursos (art. 70 quinqués del C.P.P.).

Esa inteligencia es la que emerge del contexto normativo que introdujo la Ley Provincial N° 1487, al conferir al querellante particular la facultad de “impulsar el proceso”, lo que no significa por cierto –como se ha visto- dotarlo de autoridad para promover por sí la iniciación del proceso, tal como se pretende en el caso de marras.

Tampoco escapa de la cuestión en estudio, que precisamente esa interpretación aparece coherente con el derecho a la jurisdicción que implícitamente consagra el art. 18 de la Constitución Nacional y con el de la tutela jurídica efectiva que reconocen los arts. 8 y 25 de la C.A.D.H.. Al respecto sirve de ejemplo la sentencia de la Corte Suprema en el caso

“Bulacio”. Allí los requirentes –familiares de la víctima- habían pretendido que la Corte Interamericana impusiera al Estado Argentino el deber de “garantizar que la familia Bulacio sea incorporada a la causa penal como querellante”, no obstante el Tribunal Supremo de la Nación no declaró la existencia de un derecho de “querella”, sino de participación en los procedimientos de acuerdo a la ley interna.

Causa: “Gaona, Antonio s/Denuncia” -Fallo N° 5012/07- de fecha 19/11/07; voto de los Dres. María de los Angeles Nicora Buryaile, Beatriz Luisa Zanín.

SECUELA DE JUICIO- INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL-REQUERIMIENTO FISCAL DE ELEVACIÓN A JUICIO : PROCEDENCIA

En cuanto al carácter de secuela de juicio del que debe dotarse al requerimiento de elevación a juicio, cabe destacar no solamente la postura que en tal sentido ya asumiera esta Magistratura en el Fallo N° 1511/98, en el que se reconoció su efecto interruptor a los fines prescriptivos, adhiriendo a la moderna jurisprudencia y doctrina que señalan su importancia como acto revelador de la real pretensión punitiva del Estado, sino que además ello se condice con la interpretación dada por nuestro máximo tribunal local en el Fallo 1467/99, donde reafirma el carácter interruptor del auto de procesamiento, imprimiendo mayor amplitud al concepto de secuela del juicio al otorgar aptitud para interrumpir la prescripción a todo acto procesal necesario, que implique un impulso cierto y firme en la marcha del proceso y del que además, se evidencie el interés inequívoco del Estado de movilizar la causa hacia la obtención del fin último de actuar la ley sustantiva, a través de los órganos predispuestos a tal fin. De ello, necesariamente se colige que el requerimiento fiscal de elevación a juicio como acto a través del cual el acusador concreta, objetiva y subjetivamente, la pretensión punitiva del Estado constituye “secuela de juicio”.

Causa: “Ballester, Cristóbal –Gomez, Reinaldo Ariel –Justo, Emiliano –Dasso, Gedeon s/Robo” -Fallo N° 5013/07- de fecha 19/11/07; voto de los Dres. María de los Angeles Nicora Buryaile, Beatriz Luisa Zanín.

USO DE ARMA DE FUEGO-HOMICIDIO-DEBER DE CUIDADO-CALIFICACIÓN LEGAL

Es violatorio del deber de cuidado la conducta del que omite adoptar los recaudos necesarios en el manejo de un elemento riesgoso toda vez que es harto conocida la peligrosidad que implica el manipuleo de cualquier arma de fuego y más aún en el caso de autos, donde quien portaba la misma maneja armas desde los 12 años como lo afirma en su declaración indagatoria, por ende, ello presume un conocimiento acabado sobre su uso y riesgo. En nada empece, a las conclusiones aquí arribadas, las circunstancias que por las particularidades indicadas más arriba no se haya podido determinar con exactitud la forma en que se desencadenó el disparo, principalmente qué hacían en ese momento los protagonistas del evento y la ubicación tanto del tirador como de la víctima, pero lo cierto es que el imputado ha impulsado con su conducta el curso causal de los hechos ocasionando un resultado letal y debe responder por la figura penal endilgada. Calificación

legal esta (homicidio culposo agravado por el uso de arma de fuego, arts. 84 y 41 bis del C.P.) sobre la cual hubo coincidencia entre las partes. Voto de la Dra. Zanín.

Causa: “Figueredo, Venancio s/Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego” -Fallo N° 5014/07- de fecha 21/11/07; voto de los Dres. Beatriz Luisa Zanín, Ricardo Fabián Rojas, María de los Angeles Nicora Buryaile.

EXCARCELACIÓN : RÉGIMEN JURÍDICO

Reiteradamente lo ha sostenido el Tribunal en anteriores fallos, que si bien el principio rector en esta materia es el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso penal, no es menos cierto que dicho derecho no constituye una regla absoluta pues su ejercicio se encuentra sometido a las leyes que lo reglamentan y en el caso, el legislador ha reglamentado su ejercicio –art. 292 sptes. y ccdtes. del CPP- fijando pautas que deberán observarse durante el proceso y que contempla los supuestos impositivos de la excarcelación, con el propósito de asegurar la efectiva aplicación de la ley, procurando evitar riesgos de fuga o entorpecimiento por parte del procesado. Entre tales supuestos prevé justamente el caso bajo examen, esto es, un delito cuyo “quantum” punitivo veda la posibilidad de la excarcelación, por cuanto no permitiría su ejecución condicional.

Causa: “Teves, Raúl s/Excarcelación” -Fallo N° 5041/07- de fecha 12/12/07; voto de los Dres. Ricardo Fabián Rojas, María de los Angeles Nicora Buryaile, Beatriz Luisa Zanín.