

**PODER JUDICIAL DE SALTA  
REPÚBLICA ARGENTINA**



**FALLOS DE LA CORTE  
DE JUSTICIA DE SALTA**

**Derecho Penal  
Parte General  
I**

**Reseña Temática**

Fallos de la  
Corte de  
Justicia de  
Salta

Derecho Penal

Parte General

Reseña temática



## **CORTE DE JUSTICIA DE SALTA**

*Presidente:* Dr. Guillermo Alberto Catalano

*Vice-Presidente 1ro:* Dr. Ernesto Roberto Samsón

*Vice-Presidente 2do:* Dr. Sergio Fabián Vittar

*Jueces de Corte:* Dra. Sandra Cristina Bonari Valdés

Dra. Teresa Ovejero Cornejo

Dr. Pablo López Viñals

Dr. Horacio José Aguilar

Dra. María Alejandra Gauffin

Dra. Adriana María Rodríguez Faraldo



Guillermo Alberto Catalano (Director)

Marcelo Francisco Zenteno Núñez

Jorge Raúl Sosa Vallejo

Fernando Alfredo Gillieri

(Resolución de Presidencia N° 155/21)

# Fallos de la Corte de Justicia de Salta

## Derecho Penal

## Parte General

## Reseña temática



## **Presentación**

*Esta nueva reseña de fallos de la Corte de Justicia de Salta en materia penal, tanto sustancial como procesal, cuya edición presentamos, fue dividida en tres libros merced a la especialidad y teniendo en miras a sus destinatarios. Se enmarca en las mismas finalidades que aquella que fuera publicada en el año 2012, la que -por cierto- fue de gran utilidad práctica para todos los operadores de la administración de justicia.*

*En este sentido, resulta relevante destacar que difundir la doctrina del Máximo Tribunal Provincial sirve como sustento fundamental a los demás tribunales para cumplir con el deber de motivar sus resoluciones; ello en razón de que es el intérprete final de las Constituciones de la Nación y de la Provincia (art. 153 de la Carta Magna provincial), a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, medio impugnativo adecuado por el cual conoce y decide la Corte, cuando se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento, o bien, en los casos de sentencia arbitraria definida a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

*Observar y hacer observar con lealtad los principios y garantías constitucionales y de derechos humanos en la aplicación del derecho penal, es de suma trascendencia habida que son los límites en el ejercicio de la jurisdicción.*

*Finalmente, esta obra incluye las citas de fallos anteriores a la vigencia del Código Procesal Penal (Ley 7690 y modificatorias), que por su temática resultan de interés en virtud de la actualidad que mantienen.*

*Salta, julio de 2021.*

## CAPÍTULO I

### APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

#### **1. Fuentes del derecho penal – formales y materiales**

Con arreglo a nuestro derecho positivo, la ley, como norma escrita y general, sancionada y promulgada como tal, es la única fuente del derecho penal. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina no pueden constituir, ampliar o restringir la ley penal.

“Canchi”, Tomo 169:127

#### **2. Irretroactividad de la ley**

##### **2.1. Ley penal más benigna**

La regla general es la irretroactividad de la ley penal, en atención al principio de legalidad. Su excepción en el derecho penal, donde rige la tesis de la irretroactividad relativa, se verifica cuando la nueva ley al momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando normas cuya existencia ha dejado de ser necesaria. En síntesis, la ley posterior se debe aplicar a los hechos

cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones son más beneficiosas.

“Serrudo”, Tomo 189:159

Lo que debe entenderse por ley más benigna no puede establecerse de una manera general y abstracta. El concepto no se refiere a la totalidad de un código o cuerpo legal, sino que tiene un contenido totalmente relativo; la ley a la que alude el art. 2º del C.P., que puede ser dictada por el Poder Legislativo nacional, provincial o municipal, no significa la totalidad del cuerpo legal que constituye la vieja o la nueva ley, sino el conjunto de reglas de ella, en sí mismas o en sus relaciones con el resto del derecho vigente, aplicables para resolver el caso concreto. Por lo tanto, el examen acerca de la mayor benignidad debe hacerse en todo caso a la luz de cada instituto y no en relación a distintos artículos o disposiciones.

“Sánchez”, Tomo 164:743

La aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no debe ceñirse a la cuestión de configuración de la ilicitud o de diferencias en la sanción aplicable, sino que ha de entenderse abarcando cualquier situación que comporte una ventaja para el acusado respecto de la legislación aplicable a partir de la comisión del hecho.

“Acosta” Tomo 163:55

El criterio de la ley más benigna, que como garantía constitucional, no puede ser alterada por el legislador, encuentra su fundamento político en la modificación de la concepción represiva que sustenta a la ley anterior. En tanto que el principio de la ley más severa se limita a impedir que el imputado sea juzgado por una ley más gravosa posterior a su delito, el principio de la ley más benigna favorece a los imputados y condenados con la ley que más los beneficia, cualquiera que sea su orden temporal. De acuerdo con el art. 2º del C.P., si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito es distinta de la que existe al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplica siempre la más benigna; y si durante la condena se dicta una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

“Canchi”, Tomo 169:967

Por disposición del art. 18 de la Constitución Nacional, quien habita en su jurisdicción solo puede ser penado por un hecho definido y penado por una ley vigente al momento de su comisión. Sin embargo, el art. 2º del Código Penal al admitir la aplicación de una ley penal posterior a la comisión del delito, no contradice esta cláusula, porque ésta, como toda garantía constitucional, funciona en beneficio del imputado y no para evitar que éste goce de un beneficio, tal cual es la aplicación de una ley punitiva más benigna.

## **2.2. Ley procesal más benigna**

Las normas de naturaleza procesal resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite salvo expresa decisión de la ley sobreviniente, o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de actos procesales cumplidos y firmes bajo la vigencia de la normativa abrogada. La Ley 7690 expresamente dispone su aplicación a las causas que se inicien a partir de su vigencia, aunque los delitos que se juzguen se hayan cometido con anterioridad (art. 3º); es que no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos.

“Sandoval”, Tomo 208:425

En materia penal el principio de ley más benigna es de aplicación solo en lo relativo a las leyes sustantivas o de fondo; las leyes procesales, en cambio, rigen para las situaciones existentes desde el momento de su dictado salvo que dispongan otra cosa. En efecto, las normas de naturaleza procesal resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite, encontrando única excepción en la expresa decisión de la ley sobreviniente, o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de actos procesales

cumplidos y firmes bajo la vigencia de la normativa abrogada.

“Conte”, Tomo 188:51

En materia procesal penal rige, en general, el principio “tempus regit actum” que impone la regulación del caso por la ley adjetiva vigente al tiempo de su juzgamiento, es decir, al tiempo de cumplirse la actividad procesal respectiva.

“Caram”, Tomo 182:299

Las normas procesales son de inmediata aplicación a los juicios en trámite, regla que reconoce excepción si su recepción al pleito afecta la validez de los actos ya cumplidos de conformidad con las leyes anteriores.

En la especie, la aplicación de la Ley 7799 no agrava la situación de la imputada ni afecta actos procesales concluidos, toda vez que la resolución que dispone su sobreseimiento se dictó cuando la citada ley ya se encontraba vigente. Por ello, atento que el plazo dentro del cual debía practicarse la investigación penal preparatoria se encontraba en curso al momento de entrar en vigencia la nueva norma, corresponde aplicar la disposición en cuestión.

Si bien el Tribunal de Impugnación señaló la importancia de la reforma introducida en el art. 256 del C.P.P., omitió exponer razones valederas que expliquen la aplicación del precepto sustituido por el nuevo ordenamiento, lo que determina que el

pronunciamiento impugnado resulte una variante de las sentencias que desconocen o se apartan de la ley aplicable o que aplican la impertinente, pues debió resolver aplicando la ley procesal vigente.

“Rodríguez”, Tomo 204:477

### **3. Interpretación de la ley penal**

Para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho. Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la “ultima ratio” del ordenamiento jurídico, y con el principio “pro homine” que impone privilegiar la interpretación que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. (Del voto

de los Dres. Samsón y Posadas).

“N.N”, Tomo 201:695

Se debe agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, toda vez que es un remedio extremo, que solo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya canalización no puede ser republicanamente saludable. La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió; las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto. La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda

llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción.

“Sandoval”, Tomo 208:425

#### **4. Efecto temporal de la ley**

##### **4.1. Sucesión de leyes**

La Ley 7799 no contiene una norma sobre procesos pendientes ni regula expresamente las consecuencias de la sucesión legislativa operada. En consecuencia, resultan de aplicación las reglas generales de los arts. 2º y 3º del Código Civil (artículos 5º y 7º del Código Civil y Comercial de la Nación vigente) y, por ende, las nuevas disposiciones rigen para los procesos en trámite, salvo actos precluidos.

“Romero”, Tomo 200:1005

En razón de la sucesión de distintas leyes en el tiempo, corresponde dilucidar cuál de ellas resulta aplicable al presente caso. Para tal tarea se debe tener en cuenta: a.- que el encartado llega acusado solo por el delito de abuso sexual simple calificado por el vínculo, hecho previsto y reprimido por el art. 119, primer y último párrafo del Código Penal, que contiene una pena máxima de diez años de prisión o reclusión; b.- al no existir constancia de la fecha de la posible comisión del ilícito, debe estarse a la de la denuncia; y c.- que la prescripción de la acción penal se encuentra

interrumpida por el primer llamado a indagatoria.

La ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o la que establece pena menor pues puede tratarse también de la creación de una nueva causa de justificación o de inculpabilidad o de un impedimento a la operatividad de la penalidad.

Para determinar dicho carácter debe tenerse en cuenta tanto la ley, como sus efectos en el caso concreto. En el primer aspecto, debe comenzarse por la interpretación de la regla de derecho establecida, para luego examinar su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y su consistencia con los principios y valores constitucionales en juego.

En la especie corresponde estar a la redacción original del art. 63 del Código Penal –que no contenía norma alguna que dispusiera la suspensión o interrupción del curso de la prescripción cuando las víctimas fueran menores- por cuanto las sucesivas leyes que lo modificaron, además de ser posteriores al hecho, no resultan ser más benignas para el imputado.

Por lo expuesto, en atención a los arts. 59 inc. 3º y 62 inc. 2º del Código Penal y teniendo en cuenta la pena máxima prevista para el delito imputado –diez años de prisión o reclusión- se debe necesariamente concluir –como se hizo en las instancias anteriores- que la acción penal intentada en autos se encuentra prescripta, por lo que corresponde rechazar el recurso deducido por la actora civil y querellante conjunta.

“Galaverna”, Tomo 226:1041



## CAPÍTULO II

### DE LAS PENAS

#### **1. Pena y medida de seguridad**

Existen diferencias nítidas entre las penas y las medidas de seguridad: a) las penas tienen por presupuesto un delito punible; las medidas de seguridad, un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, si bien no es imprescindible que constituyan un delito punible; b) las penas se aplican solamente a personas imputables; las medidas de seguridad se orientan también a persona no imputables; c) las penas se aplican no solo después del hecho dañoso o peligroso, sino, asimismo, a causa de éste; en tanto las medidas de seguridad se aplican igualmente con posterioridad al hecho, pero no a causa de éste, porque el delito es solamente la ocasión, una de las condiciones para la aplicación de esas medidas; d) las penas son siempre la consecuencia jurídica de ese hecho ilícito que es el delito, y constituyen la reacción contra éste y la sanción jurídica por él; en cambio, las medidas de seguridad son adoptadas exclusivamente como medios de defensa contra el peligro, esto es, no son una reacción ni constituyen una sanción jurídica; e) las penas son

proporcionadas tanto a la gravedad como a la peligrosidad del agente; las medidas, exclusivamente a su peligrosidad; f) la imposición de penas, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial, es función exclusiva y específica de la jurisdicción penal; la de las medidas, si bien se confía a esos mismos órganos, lo es solamente por razones de oportunidad, en virtud del principio de economía procesal y por razones de garantía del ciudadano. Las características apuntadas marcan nítidamente las diferencias cualitativas que existen entre ambos institutos, dado que mientras la pena, vinculada al pasado, tiene como presupuesto la culpabilidad, la medida de seguridad se asienta en la peligrosidad y tiene un carácter estrictamente administrativo, en tanto que su naturaleza es eminentemente asistencial de la personalidad del sujeto y mira al futuro con finalidades preventivo-especiales. (Del voto de los Dres. Kauffman y Vittar).

“Herrera”, Tomo 174:649

## **2. Prisión perpetua**

No se advierte la contradicción que aduce el recurrente entre el régimen de prisión perpetua establecido en el art. 80 del Código Penal y el sistema emanado de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que la República Argentina ha suscripto y se encuentran incorporados a nuestra Constitución

Nacional (arts. 31 y 75 inc. 22), en tanto aquélla no es realmente perpetua pues permite al condenado mantener viva la posibilidad de volver a obtener su libertad, cumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

“Plaza”, Tomo 213:1049

La pena general –y puntualmente la de prisión perpetua que se impuso- no responde a un único fundamento, sino que persigue tanto fines retributivos como de prevención. Desde el primer aspecto, no puede negarse que la pena implica la privación de determinados bienes jurídicos y, como tal, necesariamente constituye un mal que, para ser consecuencia legítima del delito, debe ser previamente establecido y proporcional al mal causado a la sociedad; entonces, cometido el hecho punible y respetada tanto la especie de pena como la cantidad dispuesta para la lesión, no cabe ningún reparo al respecto.

En lo que hace a los fines de prevención, agotado el general, el especial cuenta con el reconocimiento constitucional (arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y legal (art. 1º de la Ley 24660), atiende al penado, se efectiviza en la etapa de ejecución y –con reserva de los cuestionados términos empleados en esas normas- persigue la “adecuada reinserción social”. Su cumplimiento responde al seguimiento del interno y, en el caso, la perpetuidad del encierro no es en verdad tal, pues el

condenado posee el derecho a obtener la libertad condicional cumplidos los treinta y cinco años de condena (art. 13 del C.P.) dependiendo de su progreso, en directa proporción a los fines preventivos apuntados y sin perjuicio de los otros institutos vinculados que prevé la ley de ejecución penitenciaria.

En síntesis, la pena de prisión perpetua es constitucional porque nuestra Carta Magna (art. 18) no prohíbe esa clase de pena, sino que protege la dignidad inherente a la persona humana, vedando las penas degradantes, crueles o inhumanas. Incluso, ninguno de los tratados internacionales mencionados (art. 75, inc. 22) ha abolido la pena de reclusión o prisión perpetua.

“Ávila”, Tomo 191:785

“Sánchez”, Tomo 197:119

“Montes”, Tomo 179:947

### **3. Inconstitucionalidad del artículo 14 del C.P. y del artículo 56 bis de la ley 24660**

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo del Código Penal y del artículo 56 bis de la ley 24660, porque vulneran los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad -esto es, la resocialización o readaptación social de los penados-, y el consecuente sistema

progresivo para la consecución de ese fin. En consecuencia, así debe declarársele para remover el obstáculo y permitir al condenado solicitar, en su oportunidad, la libertad condicional, las salidas transitorias u otros beneficios fijados para la ejecución de las penas restrictivas de la libertad personal. (Del voto de los Dres. Cornejo, Samsón, Díaz, Posadas, Vittar y Catalano).

Son inconstitucionales los artículos 14 segundo párrafo del Código Penal y 56 bis de la ley 24660, en tanto por razones de política criminal se considera que quienes han cometido delitos como el homicidio “*criminis causae*”, entre otros, no pueden acceder a la libertad condicional (anticipada), aun cuando hayan cumplido los 35 años de encierro, pues en esos casos el legislador se ha apartado del principio de readaptación que, por mandato constitucional preside la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo cual afecta el principio de igualdad ante la ley y es contrario a la dignidad del ser humano porque una pena a perpetuidad –sin posibilidad de egreso– es una forma de pena cruel, inhumana y degradante, que puede definirse como una pena de muerte en sentido material. (Del voto del Dr. Catalano).

Es constitucional el artículo 14 del Código Penal donde se incorpora a través de la Ley 25892, la prohibición de conceder la libertad condicional para el caso del delito de homicidio “*criminis causae*”, pues las razones de su agregado obedecen a la presencia

de un claro objetivo de política criminal: excluir el mayor tiempo posible de la sociedad a aquellos sujetos que sean condenados por la comisión de delitos considerados por el legislador como especialmente disvaliosos, con el fin de resguardar la vida como valor supremo.

Ni la Convención Americana de Derechos Humanos -en sus arts. 5 y 7- ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos -en sus arts. 7 y 10- (citados por la defensa como base de su planteo de inconstitucionalidad) prohíben la pena de reclusión perpetua y si bien el art. 5.6 (CADH) establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, ello no conlleva en todos los casos como finalidad la recuperación de la libertad mediante el instituto de la libertad condicional, si el legislador no quiso preverlo expresamente. (Del voto de la Dra. Kauffman).

“Costilla”, Tomo 200:537

La presente se inicia por la petición de libertad condicional solicitada a favor del imputado por el defensor oficial penal. A partir de esa presentación se recaban diferentes informes y se corrobora que ostenta una conducta ejemplar (9) y un concepto muy bueno (7), en tanto que el Consejo Correccional considera que, si bien el interno penado se adaptó de manera favorable al régimen progresivo de la pena, no se encuentra en condiciones de acceder al beneficio, conforme lo dispuesto por el

art. 14 del Código Penal, por lo que el Juzgado de Ejecución de Sentencia la deniega, y el Tribunal de Impugnación la confirma. Posteriormente la señora Defensora General de la Provincia solicita se le dé trámite como recurso “in forma pauperis” contra la resolución del “a quo”, por lo que luego de fundarlo el Tribunal de Impugnación lo reconduce y concede como recurso de inconstitucionalidad y habilita la instancia revisora.

Reunidas las condiciones normativas impuestas por el art. 13 del Código Penal y comprobada la aptitud individual del penado para comprender y acatar la ley y, en consecuencia, reinsertarse a la sociedad, “todo condenado” adquiere el derecho a que se le conceda la libertad condicional, en los términos y bajo los presupuestos previstos por el sistema penal.

Por tanto, si los arts. 5.6 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, confluyen en la manda que dispone que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado, tal objetivo no puede enfrentarse a un escollo inicial e insalvable que condicione de antemano la futura evolución de la persona detenida y la prive de obtener la posibilidad de un reintegro anticipado a la sociedad antes del vencimiento de la pena, aun cuando su esfuerzo personal y el logro de objetivos así lo recomienden.

En consecuencia, lo establecido en el art. 14, segundo párrafo, del Código Penal contradice todas las disposiciones que se

vienen comentando, violenta el principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, infringe los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesiona el principio de proporcionalidad, perdiendo legitimidad toda vez que coarta "ex ante" las mayores posibilidades disponibles desde el Estado para una mejor integración social a quienes hayan sido condenados por algunos de los delitos previstos, con total prescindencia de la evolución personal, nivel de integración corroborable y esfuerzo de resocialización del autor. (Del voto del Dr. Vittar).

Cabe considerar la progresividad del régimen penitenciario como un tránsito pautado y continuo desde los establecimientos cerrados a los abiertos, basados en la autodisciplina y donde las modalidades de ejecución incorporadas, tienen como caracterización el paso paulatino de la privación de la libertad a través de menores restricciones.

Por ello, el rechazo del beneficio no puede fundarse en la exclusiva circunstancia de que el interno haya sido condenado por un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente al texto legal de la norma cuestionada y del artículo 56 bis de la Ley 24660, se vería cercenada cualquier posibilidad de acceder a instituto liberatorio alguno. En efecto, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario ni las calificaciones de conducta y concepto que alcance en base a

su comportamiento intramuros, dado que, de cualquier forma, se encontraría imposibilitado en su acceso. De esta forma, la vulneración al principio de progresividad se presenta de manera palmaria, sobre todo en casos como el presente, donde el condenado reuniría todos los requisitos para su concesión.

Además, la prohibición contenida en la norma cuestionada viola los principios constitucionales de igualdad ante la ley.

Ello es así por cuanto de circunscribirse a la exégesis del texto legal, se estaría aceptando la implementación de un sistema diferenciado de ejecución de la pena privativa de la libertad, incompatible con el diseño constitucional expuesto en el punto precedente, de donde surge que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados. En verdad, el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha escisión configura un evidente menoscabo al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás.

La prohibición a obtener libertad condicional con fundamento exclusivo en el art. 14, segunda parte del Código Penal, constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva, al establecer la norma cuestionada una presunción “iuris et de iure”, “ab initio”, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de

gobierno, todo lo cual resulta claramente inconstitucional. (Del voto de los Dres. Catalano, Ovejero Cornejo, Posadas y Samsón).

De forma previa al análisis del fondo de la cuestión es dable advertir que el art. 14 del Código Penal fue objeto de diversas modificaciones, pues en su redacción original solo prohibía el otorgamiento de la libertad condicional a los reincidentes. Luego, la Ley 25892 extendió el impedimento a los casos previstos en los arts. 80 incs. 7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo; y, por último, la Ley 27375 amplió considerablemente la nómina, englobando en once incisos los tipos delictivos que han sido caracterizados como “aberrantes” o “gravísimos” y respecto de los cuales no es viable la aplicación del instituto en cuestión, además de introducir numerosas modificaciones a la Ley 24660.

Así las cosas, corresponde determinar cuál es la ley aplicable al caso, dado que desde que el defensor oficial solicitó la concesión del beneficio hasta el presente se ha producido una sucesión de normas penales entre las Leyes 25892 y 27375. No obstante ello, en lo que atañe específicamente al impedimento de acceso a la libertad condicional por el delito cometido en el caso ambas normas contienen idéntica prohibición y, por lo tanto, en nada ha innovado sobre el punto la ley penal posterior, por lo que en el “sub lite” se debe atener a los términos de la Ley 25892 toda vez que –en concreto– el pedido fue formulado durante su

vigencia y ha sido aplicada en la sustanciación y resolución del caso.

Se impone aclarar que no se abordará la validez constitucional del art. 56 bis de la Ley 24660 solicitada por la recurrente por resultar ajena su aplicación al caso bajo examen, lo que torna inoficioso cualquier manifestación al respecto habida cuenta que no le compete a este Tribunal la realización de declaraciones abstractas ante la ausencia de un interés jurídico inmediato o directo que origine una controversia actual y concreta.

Siendo ello así, cabe preguntarse si es razonable que a un condenado por el delito previsto en el art. 165 del Código Penal que ha transitado positivamente los diversos períodos durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, que posee una conducta ejemplar diez (10) y un concepto muy bueno siete (7), informes tanto psicológico como social favorables, la anuencia de su madre en cuanto a la posibilidad de que resida en su domicilio y que cumple los restantes requisitos legales, se le niegue la concesión de la libertad condicional. O, dicho de otra manera: si supera el test de constitucionalidad la negativa de acceso al instituto en cuestión por el solo hecho de haber sido condenado por el delito referido, con total abstracción de su tratamiento individualizado y de su evolución dentro del régimen progresivo de ejecución.

Al verificarse que la disposición legal aplicable se

encuentra en franca contradicción con lo dispuesto por los arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nacional, 1, 5.6 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, forzoso es concluir en que deviene inconstitucional para la resolución del caso y así debe ser declarado. (Del voto de la Dra. Bonari).

“Cañarima”, Tomo 226:947

#### **4. Inhabilitación**

La pena de inhabilitación es una sanción que supone la pérdida de capacidad para realizar determinada actividad, y su imposición tiene una finalidad readaptadora ante la posibilidad que durante el tiempo de exclusión el imputado reflexione o readapte su conducta a las exigencias de una determinada actividad, además de perseguir una finalidad reparadora frente a la víctima y la sociedad, en tanto se retribuye el delito impidiendo el ejercicio de un derecho directamente involucrado en su comisión. (Del voto de la Dra. Kauffman).

“Puca”, Tomo 168:23

#### **5. Decomiso**

El decomiso es una sanción accesoria de cualquiera de las penas principales previstas en el art. 5º del C.P. como tal, aun

cuando fuera dictada mediante un auto que integra la sentencia definitiva, procede contra el condenado y posee carácter personalísimo.

El art. 23 del C.P. refiere tanto a los instrumentos utilizados para cometer el delito como al producto de éste, pero no determina una específica calidad rea, como condicionante para su aplicación. Por ende, procede en sede penal como consecuencia natural de la condena y sin distinciones de hecho o derecho entre la tenencia, posesión o el dominio, aspectos cuya discusión se encuentran reservados a otra instancia procesal.

El 1er. párrafo “in fine” de la norma en cuestión, deja a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros; término, este último, que debe entenderse como toda persona ajena a la relación procesal penal. A su vez, el art. 538 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) realiza tal mandato sustantivo al ordenar que toda controversia sobre el bien es ajena al proceso penal y debe intentarse en jurisdicción civil.

El derecho de un tercero no puede prosperar como defensa del condenado ni evitar la imposición de la pena accesoria, pues la persona señalada como titular registral del vehículo comisado posee un interés ajeno a la condena y, en todo caso, de estimarlo, puede ocurrir por la vía civil para hacer valer su pretensión. (Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo y Ferraris).

“Herrera”, Tomo 173:241

El decomiso constituye una institución jurídica de marcado carácter preventivo-sancionador que ofrece un vasto y diverso campo de actuación. En efecto, aparece previsto tanto en el derecho penal sustantivo como en la legislación aduanera y tiene vinculación directa con la esfera de competencias que titulariza el poder público en orden a la consecución y preservación del bienestar general, fin primordial para cuya conquista se le reconoce al Estado el ejercicio de la función de policía (“*ius polittiae*”) como potestad administrativa reguladora y limitadora de los derechos ciudadanos en tutela y resguardo de la seguridad, moralidad y salubridad públicas.

Como todas las sanciones tributarias, el decomiso previsto en el art. 57 del Código Fiscal importa una medida de carácter estrictamente penal. En tal sentido, las infracciones y sanciones tributarias integran el derecho penal especial y les son aplicables, por tanto, las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario. La substancia del decomiso es la de sanción penal.

Asimismo, cabe reconocer la identidad esencial u ontológica existente entre la infracción fiscal -entendida como la violación de las normas jurídicas que establecen obligaciones tributarias sustanciales y/o formales- y el delito. En efecto, la índole administrativa de la autoridad que valora las infracciones e impone las sanciones en cuestión, además de no justificar ni sustentar racionalmente la antinomia entre “delito” y “falta”,

tampoco consiente soslayar, en cada caso concreto, el resguardo de los principios y garantías que informan al derecho penal constitucional.

La apuntada identidad implica, entonces, el sometimiento de las conductas sancionadas por los arts. 51 y 57 del Código Fiscal a los principios generales del derecho penal, de modo que se pueda confrontar y sopesar tales sanciones con las garantías y los límites impuestos al “ius puniendi” del Estado por la Constitución Nacional.

De allí que los principios constitucionales aplicables al ordenamiento penal rijan igualmente en esta materia, entre ellos, el “non bis in idem”, la aplicación de la ley penal más benigna, etc. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Cornejo y Kauffman).

“Dia Argentina”, Tomo 201:413

El decomiso es una pena para los condenados como participantes en el delito, cualquiera que sea la especie de esa participación, que recae sobre los objetos que les pertenecen. Es indiferente que el condenado sea autor o partícipe, y que el objeto haya servido a todos o solo a alguno de los intervinientes. Pero es necesario que sea de un “condenado” por el hecho, por lo cual si el objeto, aunque utilizado en el hecho, incluso por su propietario, pertenece a un sujeto absuelto, el decomiso no procede.

“Stupp”, Tomo 173:177

El decomiso resulta ser una medida adoptada por la autoridad estatal para privar a un particular de un bien con carácter definitivo, que puede tener distintos fundamentos, como el de haberse obtenido ese bien mediante una actividad ilegítima (enriquecimiento), o usado un objeto como instrumento para fines ilícitos, o porque el bien en sí mismo resulta peligroso o nocivo para la salud pública. Es decir que el comiso puede tener carácter reparatorio, o en caso de peligrosidad, resultar una medida directa del Estado para proteger intereses de la comunidad e individuales de terceros.

Puede sostenerse entonces que la naturaleza de la medida de decomiso, es generalmente de índole punitiva y accesoria a la pena principal, y es por ello que, en principio, es improcedente su aplicación si no ha mediado condena por haberse extinguido la acción. (Del voto de los Dres. Díaz y Kauffman).

“Bottaro”, Tomo 182:217

## **6. Penas alternativas**

Concretamente, en el art. 94, 2do. párrafo del C.P. las penas principales de prisión y de multa se encuentran conminadas de manera alternativa y no conjunta, como ocurre –a diferencia de aquéllas- con la sanción de inhabilitación también prevista por la figura en cuestión. Entonces, la imposición de una excluye, por

mandato legal, a la otra y no pueden concurrir, por añadidura, en una única condena penal.

Asimismo, la especie normativa de la culpabilidad que exige la figura -culpa-, por concepto y naturaleza, torna inaplicable la disposición general del art. 22 bis del C.P., ya que ésta -cualificando el elemento volitivo de la empresa delictiva- requiere que el hecho haya sido cometido “con ánimo de lucro”.

A tenor de ello, toda vez que al valorar las circunstancias objetivas y subjetivas que indican los arts. 40 y 41 del C.P. la juez “a quo” concluyó en la procedencia de una pena que afecta al patrimonio, cuya gravedad relativa es menor a la de la sanción privativa de libertad (arts. 5º y 57 del C.P.), no cabe otra solución que excluir a esta última, en tanto, ante el aludido error judicial, en el caso debe estarse a la situación más beneficiosa para el acusado.

“Isella”, Tomo 176:111



## CAPÍTULO III

# CONDENACIÓN CONDICIONAL

### **1. Reglas generales**

El art. 26 del Código Penal establece como facultad del tribunal, la de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años. De igual manera se podrá proceder en los supuestos de concurso de delitos, siempre que la pena impuesta no exceda los tres años de prisión. Por último, existe la posibilidad de conceder la suspensión por segunda vez si el nuevo delito fue cometido después de haber transcurrido ocho años desde la fecha de la primera condena firme, y diez años si ambos delitos fueran dolosos.

En cuanto a la naturaleza del instituto, no se trata de una sentencia condenatoria condicionalmente dictada, sino de una condena de ejecución condicional: la pena impuesta se ejecuta si el condenado no cumple la condición que se le impone. La condición más importante a la que está sujeta la suspensión del cumplimiento de la pena en nuestro ordenamiento legal es la abstención de cometer nuevos delitos durante el término de

cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia; a lo que se suman las reglas de conducta que complementariamente le imponga al condenado el tribunal con la finalidad de reforzar su efectividad, cuyo incumplimiento reiterado o sostenido podrá producir la revocación del beneficio.

Por último, cabe acotar que la regla general es la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, siendo la condicionalidad una excepción extraordinaria que debe fundarse bajo pena de nulidad. En otras palabras, la condena de ejecución condicional solo procede en los supuestos previstos por la ley y siempre que – de acuerdo a lo expresamente establecido por el Código Penal- la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y demás circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

“Flores”, Tomo 169:137

La condicionalidad de la pena no es una obligación del juez en casos de penas menores de tres años, sino una facultad que debe ser mensurada en cada caso.

“Chavarría”, Tomo 166:1029

Resulta evidente que, a diferencia de la libertad condicional, el instituto de la condenación condicional, aunque se

sustenta en principios humanitarios que impregnan todas nuestras leyes penales de fondo y de forma, y que hallan su fundamento en la Constitución Nacional, no constituye un derecho del condenado, sino que es una atribución judicial de carácter facultativo. (Del voto de los Dres. Catalano y Kauffman).

“Arjona”, Tomo 190:719

## **2. Incumplimiento de las reglas de conducta**

El beneficio de la condena de ejecución condicional puede ser dejado sin efecto por comisión de un nuevo delito o por incumplimiento de las reglas de conductas establecidas. En el caso en concreto, cabe aclarar que los agravios expuestos por la recurrente son dirigidos a esta última circunstancia - incumplimiento de las reglas de conducta- y no a la comisión de un nuevo delito. Sin embargo, a diferencia de la comisión de un nuevo delito -declarado por sentencia-, el cual produce inexorablemente la revocación de la condicionalidad de la condena, el incumplimiento de las normas de conducta que impone la aplicación del art. 27 bis del Código Penal, no acarrea, tal como podría pensarse, la revocación del beneficio, sino que atento a lo que dispone su último párrafo, ella recién se producirá si persistiere o reiterare el incumplimiento. Ante tal redacción, no puede haber otra interpretación; es que no basta solamente con el incumplimiento.

El simple incumplimiento de las reglas de conducta impuestas no es suficiente para la revocación del beneficio, sino que debe darse una situación de obstinación, demostrativa de la resistencia al sometimiento a control y vigilancia con la finalidad de lograr la reeducación en libertad del imputado. Solamente debe revocarse cuando exista una manifiesta voluntad del autor de sustraerse al plan de conducta establecido, y ante la continuidad y persistencia del quebrantamiento, el juzgador está facultado para ordenar la revocación de la ejecución condicional de la pena.

Si bien la defensa expresa que, por una parte, hubo confusión en la regla de conducta impuesta, ya que se notificó al condenado de la obligación de presentarse por ante la autoridad policial del domicilio real y no ante el patronato y, por otra parte, la ausencia en el domicilio fijado se debió a que se encontraba trabajando en la ciudad de Tartagal, el beneficiario no acreditó los motivos de carácter excepcional y justificables para residir fuera de la jurisdicción, ni que haya cumplido con las presentaciones mensuales ante la autoridad policial de dicha localidad, por lo que la regla de conducta impuesta se encuentra incumplida.

En consecuencia, se observa que el condenado ha violado la regla de conducta impuesta durante casi un año, denotando una manifiesta voluntad del autor de sustraerse al plan de conducta establecido, con carácter de continuidad y persistencia del quebrantamiento, cuya observancia resulta imperiosa toda vez que de ella depende la posibilidad de control del cumplimiento de

las demás reglas de conductas impuestas por el órgano jurisdiccional, como así también la actividad de asistencia moral y material por parte del patronato; vulnerándose así la naturaleza y finalidad del instituto, por lo que corresponde rechazar el recurso impetrado.

“Casas”, Tomo 168:1001



## CAPÍTULO IV

# REPARACIÓN DE PERJUICIOS

### 1. Reglas generales

Del análisis del artículo 30 de Código Procesal Penal se debe inferir que el objeto de la acción civil en sede penal es obtener la indemnización o reparación del daño causado por el hecho incriminado, por lo que resulta un presupuesto indispensable para su procedencia la existencia de un delito penal (ya sea doloso o culposo) como fuente de la responsabilidad civil.

En este caso, al haberse dispuesto la absolución de los encartados, corresponde rechazar la demanda civil interpuesta; sin perjuicio del derecho que les asisten a los damnificados, en orden a los hechos aquí analizados, de accionar en sede civil. Es que el art. 29 inc. 2º del Código Penal solo posibilita un pronunciamiento en materia resarcitoria civil en el fuero penal en caso de sentencia penal condenatoria, dejando –en el caso de la absolutoria- expedita la vía ante el fuero en lo civil que corresponda.

Ello así toda vez que la culpa y la responsabilidad civil difieren, en su configuración y en su graduación, de la

reprochabilidad penal. De allí que pueda indagarse en ámbito del derecho privado sobre esas cuestiones, sin perjuicio de la absolución en el proceso penal. Pues, si de lo que se trata es de determinar si ha mediado una falta o culpa civil que conlleve una responsabilidad patrimonial, la ausencia del correlativo reproche penal, no lo obsta.

No se trata de desconocer hechos que fueron admitidos por el juez penal como realmente sucedidos, sino de calificarlos desde una perspectiva diferente, las de las normas del derecho privado.

“Saladino”, Tomo 225:879

## CAPÍTULO V

# IMPUTABILIDAD

### **1. Concepto**

La imputabilidad es la condición del sujeto que lo hace capaz de actuar culpablemente –con dolo y con culpa- y, en el Derecho Penal Argentino, se encuentra sometido a la prueba de cada caso, pues, la actitud suficiente para comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones no se presume y surge de las circunstancias del hecho y la personalidad del acusado resultantes de cada proceso particular.

“Tirado”, Tomo 164:707

La imputabilidad penal no es una característica de la acción típica, sino una condición del autor. Por cuanto elegir es una cotidiana experiencia de la libertad. La imputabilidad, en sí misma, es una aptitud, mientras que la culpabilidad no puede ser sino una actitud. Capacidad personal para realizar el acto interior reprochable y actitud personal, o sea, auténtico acto interior susceptible de reproche. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Chavarría”, Tomo 179:465

La imputabilidad –es decir, capacidad para ser penalmente culpable- debe existir en el momento del hecho, conforme lo exige el art. 34 inc. 1º del Código Penal; y ese momento es el de la conducta causante del delito, que es al que refiere la exigencia legal de que el autor se comporte con arreglo a su conocimiento de lo que hace u omite. (Del voto de los Dres. Ovejero Cornejo, Posadas y Vittar).

“Saladino”, Tomo 225:879

Si bien es cierto que la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones (art. 34, inc. 1º, 1er párr. del C.P.) representan aspectos de la imputabilidad, que -a su vez- constituye el presupuesto de la culpabilidad y, en consecuencia, un requisito insoslayable que debe concurrir para que sea posible la respuesta punitiva estatal; no menos cierto es que, superado ese piso mínimo de exigencias, las circunstancias de referencia pueden tener impacto en la intensidad de ese castigo, pues inciden claramente en la reprochabilidad del hecho cometido con respecto a su autor.

“Paz”, Tomo 219:393

“Terrón”, Tomo 224:01

## **2. Alcoholismo**

No basta hablar de trastornos por abuso de alcohol para exculpar a quien los padece, pues para merecer la eximente, dichos trastornos deben, por su entidad, disminuir la razón y la conciencia de quien los sufre privándolo de comprensión y voluntad en la realización del acto ejecutado.

Cabe tener presente que la ingesta de alcohol “per se” no produce la situación de inimputabilidad, como tampoco la produce la influencia de otras sustancias abusivamente consumidas.

De tal modo, aun cuando quizás hubiera ingerido alcohol, resulta evidente que ello no excluyó la conciencia de la imputada al ejecutar el robo y debe, por consiguiente, tenerse por configurado el dolo necesario, sin que sea aplicable la causal de inimputabilidad prevista en el art. 34 inc. 1º del C.P.

“Terrazas”, Tomo 172:341

La alcoholización no es un factor que lisa y llanamente excluya el dolo tal como lo pretende la recurrente. La ejecución de la conducta típica en un grado de intoxicación profundo, no probado en la presente causa puede, en ciertos casos excluir la posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto o de dirección de las acciones y determinar la reconstrucción de la responsabilidad del sujeto conforme a los principios de la “*actio libera in causa*”. No verificándose tales extremos, la influencia de

la ebriedad solo opera como un elemento regulador del reproche sin alterar la válida atribución de un obrar culpable.

“Arapa”, Tomo 164:257

### **3. Exceso en la legítima defensa**

El exceso intensivo en la legítima defensa, en el que se supera la medida de la protección permitida, requiere de la existencia de una situación objetiva de defensa legítima, es decir, de una agresión actual y antijurídica, pues no podría excederse quien no se hubiera encontrado previamente en situación de defensa, asimismo, para aplicar esa atenuante es imprescindible que exista legítima defensa inicial, como presupuesto; pues la figura prevé una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada.

Por otro lado, la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa no deriva de su simple aptitud para contrarrestar la agresión, sino que involucra, además, la proporcionalidad entre la fuerza o reacción usada por el agredido y la usada por el agresor, con referencia al bien atacado, y la inevitabilidad del peligro que se corre. Es preciso que el agredido no pueda razonablemente acudir a otro medio más benigno o inocente para impedir el mal que lo amenaza, pero la valoración de la racionalidad del medio empleado debe ser efectuada en el caso concreto, tomando en consideración las distintas circunstancias

que la realidad de la vida impone, con sus variables del tiempo, lugar, modalidad, tipos de personas, sexo, contextura física, edad, alcoholización, medio social, etc., lo que impide la formación de cánones estrictos o enumeración de elementos a priori.(Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo y Posadas).

“Ríos”, Tomo 182:141

La aplicación de la causal de atenuación de exceso en la legítima defensa exige, como presupuesto indispensable de aplicación, que el accionar que a la postre se torna delictivo se haya iniciado con arreglo a los parámetros previstos por el art. 34 inc. 6° del C.P. Vale decir que no cualquier conducta desmedida que se ejecuta so color de salvaguardar un bien de una agresión externa cae en la órbita de la figura, sino que se requiere una actividad inicialmente lícita que luego se desvíe del cauce de la razón justificante prevista en la citada norma. La fórmula empleada para construir la figura del art. 35 del C.P., en la cual se hace referencia al que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, está señalando que la condición esencial para que exista exceso es la preexistencia de una situación objetiva de justificación; de modo que el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud. Por eso pues, llamase exceso a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. Tal aumento de la intensidad se refiere a la acción y determina que el accionar excesivo sea del mismo

género o naturaleza del accionar necesario o inicial.

Esta causa de justificación solo abarca los supuestos en que no es dable exigir al sujeto que soporte el desarrollo de una agresión actual, susceptible de producir o agravar la lesión de un bien jurídicamente protegido. La intencionalidad de la acción se deriva a partir de la lejanía que ella presenta respecto del principio de elección del medio eficaz menos dañoso como parámetro rector para medir la racionalidad del medio para repeler la agresión en la legítima defensa. (Del voto de los Dres. Cornejo, Ferraris, Vittar, Catalano y Posadas).

“Andrade”, Tomo 180:575

A diferencia de las causas de justificación, que excluyen el carácter antijurídico de la acción típica, el exceso previsto en el artículo 35 del Código Penal representa una conducta ilícita, pero atenuada en sus consecuencias. El proceso de subsunción de ambos extremos legales –justificantes y exceso– presentan diferencias que parten de sus respectivas naturalezas y que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de sus presupuestos, especialmente, al analizar la conducta y la razonabilidad de los medios empleados, en tanto un caso es acorde a derecho y el otro representa una oposición al marco jurídico que apareja una consecuencia represiva. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Ferraris y Kauffman).

“Cruz”, Tomo 179:213

#### **4. Nexo causal**

Cuando la muerte puede considerarse causada por la acción del agente, el tiempo transcurrido entre la realización de ésta y la producción de aquélla no altera jurídicamente la relación causal, salvo en los casos en que el derecho tiene en cuenta otro resultado intermedio para asignar responsabilidad por la posterior muerte de la víctima. Estamos en presencia de un delito de resultado, éste, es decir, la muerte, debe haber sido causada por la acción del autor, lo cual ocurre tanto cuando el ataque infligido es, de suyo, normalmente letal (p. ej., una herida de bala que atraviesa el corazón), como cuando, sin serlo normalmente, ha resultado letal en el caso concreto al unirse con circunstancias que han contribuido a la causación, sin haber interrumpido la secuencia causal entre la acción del agente y el resultado (p. ej., pequeña herida de arma blanca en la piel que produce una septicemia).

El problema no es el de la “causalidad”, sino el de la “causalidad típica”, lo que delimita, dentro de todos los factores que en un proceso natural pueden ser considerados como causas de un resultado, cuál de ellos es la causa jurídicamente reconocida como tal en el tipo, penal; ergo, causa del homicidio es la conducta que resulta adecuada para matar.

“Garnica”, Tomo 171:699

Los tipos culposos sancionan cualquier conducta que cause un determinado resultado lesivo, siempre que sea previsible y la conducta viole un deber de cuidado de modo determinante, lo que equivale a decir que se hace necesario establecer si entre la conducta del agente y el hecho existe un nexo de causalidad en tanto solo se justifica atribuir el resultado si éste fue causado por una conducta descuidada y por ello antijurídica.

“Tomás Aranda”, Tomo 195:373

En el caso concreto, surge innegable la infracción a la norma reglamentaria y, consecuentemente, el nexo de causalidad con el resultado acaecido, toda vez que el accionar del acusado supuso una trasgresión de los deberes de cuidado que debía observar en tanto conductor de un vehículo automotor. Dicha infracción ha contribuido causalmente a la producción del siniestro, es decir, se trata de una trasgresión tal que sin su concurso el hecho no se hubiere producido. La conducta culposa del imputado no se amoldó al deber de diligencia y previsibilidad exigido, lo cual generó la muerte de la víctima.

“Herrera”, Tomo 182:433

## **5. Imputación objetiva**

En autos, no existen elementos ciertos y contundentes que determinen la mecánica del hecho y por tanto, no cabe certeza

sobre el nexo causal, es decir que las lesiones leves sufridas por la víctima fueran producto de la imprudencia del imputado, el que además si poseía carnet habilitante para conducir a diferencia de la supuesta víctima. De otro modo, ante cualquier colisión se estaría resguardando siempre al vehículo de menor porte, incluso cuando el siniestro fuera por culpa exclusiva de la víctima, ya que hay mayores posibilidades de resultar lesionado quien se conduce en una bicicleta o motocicleta; de allí que deviene necesaria la comprobación del nexo causal y demás elementos que permitan acreditar la culpabilidad del acusado.

La teoría de la imputación objetiva intenta determinar, con carácter general, las propiedades objetivas que han de concurrir en un comportamiento para que éste sea imputable a un autor, con lo que se inicia el análisis de la exigencia de responsabilidades penales. La relación de causalidad es entonces, un elemento imprescindible para determinar la correlación entre la acción y el tipo penal.

Sin embargo, hay que tener en cuenta –aun en el tema de la imputación objetiva o de cualquier posición que intente salir del problema causal-, que en el primer nivel de cualquier tipo de imputación hay que determinar la relación fáctica que debe existir entre las características del comportamiento del autor y la producción del resultado y esta relación solo puede ser una relación causal. La causalidad, si bien no es la única forma de imputación, en cierto sentido es básica. Para el proceso natural,

no hay duda que es fundamental y es el primer supuesto de cualquier imputación. La verificación de concurrencia de un nexo causal entre acción y resultado supone entonces un primer juicio de carácter naturalístico donde, analizados los acontecimientos, se vincula un comportamiento humano que pueda operar como causa o consecuencia integradora del respectivo resultado del tipo.

Aceptado que el tribunal de alzada puede sustituir al de mérito en el análisis de los hechos y en lo referido a la suficiencia de la prueba, y en tanto no se magnifican o desvirtúan las limitaciones derivadas de la inmediación, la verificación de que el juicio, tal y como se llevó a cabo produjo una acumulación de evidencia que no podía servir para condenar, no puede tener otra consecuencia que el pronunciamiento liberatorio, que es lo que aquí puede establecerse a partir de las consideraciones precedentemente cumplidas, por lo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y absolver al inculcado conforme lo prescripto por el art. 4º del C.P.P., 20 de la Const. Prov., 18 de la C.N. y los instrumentos internacionales incorporados a ella.

“Diaz”, Tomo 165:295

## **6. Individualización de la pena**

### **6.1. Legal**

El objeto de la presente impugnación circunscribe la función revisora de esta Corte a la realización del pertinente

control de legalidad y fundabilidad del pronunciamiento condenatorio puesto en crisis a la luz de los principios de la sana crítica racional (lógica, experiencia común y psicología).

Antes que nada, cabe observar que el fallo impugnado ha violado el principio de legalidad respecto de la sanción finalmente aplicada, toda vez que junto con la pena privativa de libertad (un año de prisión en forma condicional) impuso una pena conjunta (inhabilitación especial para conducir vehículo automotor por el término de un año) inferior a la autorizada por la ley sustantiva (dieciocho meses; cfr. art. 94 “in fine” del Cód. Penal), en forma inadvertida, con lo cual el tribunal excedió los límites de su jurisdicción violando elementales pautas de legalidad, igualdad y seguridad jurídica.

En ese orden de consideraciones, sabido es que dentro de los juicios lógicos que deben efectuarse para realizar la ley penal se encuentra el de adecuación típica o subsunción, es decir, la conciliación del hecho fáctico con la norma jurídico penal prohibitiva, tanto en lo que respecta al presupuesto de imposición –la acción descripta– como a su legítima consecuencia –la pena establecida–. En esa operación se materializan los principios de legalidad (art. 18 de la C.N.) y reserva (art. 19 de la C.N.), que encuentran su máximo resguardo en la garantía de tipicidad y exigen que la ley penal sea cierta, previa, escrita y estricta.

Por ello, la tipicidad cumple una función de garantía respecto al acusado evitando la arbitrariedad y los excesos en el

castigo; además, condiciona, legitima y autoriza la reacción estatal asegurando a la sociedad que el delito será reprimido en la justa medida determinada en abstracto por el margen penal imponible, resultado apriorístico e inmutable del grado y la cantidad retributiva que merece la concreta transgresión.

En consecuencia, la norma jurídica, en general, y la norma penal, en particular, trasuntan un límite impuesto por el legislador al juez, como expresión latente del principio republicano de división de poderes o separación de funciones. Dicho límite, en sus extremos máximo y mínimo, traduce al mismo tiempo una autorización (para castigar dentro de la escala penal habilitada) y una prohibición (de exceder el límite máximo o reducir el límite mínimo). De tal modo, la habilitación punitiva establecida por el legislador fija el límite de la potestad sancionatoria acordada al juez penal y el marco de ejercicio legítimo de su jurisdicción.

En tal sentido, la función de los marcos penales no es, como podría pensarse, solo la de poner límites a la discrecionalidad judicial. No se trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez se puede mover libremente y sin dar cuenta de su decisión, sino que a través de ellos el legislador refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema. De este modo, se señala la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social. Para decidir cuál es la posición de un bien jurídico en relación con

otro, la intensidad de las sanciones previstas resulta un criterio decisivo, si no el único jurídicamente admisible. De este modo, ella se convierte en un punto de partida esencial para determinar la pena en forma racional, pues es el reflejo de la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la individualización de la pena no solo es judicial, sino, además, legislativa (amén de la faz ejecutiva), lo cual implica que se encuentra prohibida la desnaturalización práctica del modo de ser o de la medida de la pena conminada por la ley.

El juez, entonces, al aplicar la ley, por imperio constitucional y como garantía de justicia, no debe exceder el máximo de pena previsto para el delito, pero tampoco puede transgredir el mínimo, porque la norma jurídica es una norma límite (sobre todo para los órganos del poder estatal que tienen estrictamente acotada su competencia a la expresa y categórica habilitación legal pertinente –de modo que no pueden hacer ni más ni menos de lo que la ley dispone). Razones de igualdad (art. 16 de la C.N.) así lo imponen, pues, no pueden disponerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Díaz, Ferraris y Kauffman).

“Tevez”, Tomo 169:161

## **6.2. Judicial**

Una vez tipificados los hechos en base al Código Penal, le

corresponde al juez sentenciante individualizar la pena a aplicar. Es éste el procedimiento por medio del cual la sanción punitiva abstractamente, determinada por la ley, se adecua al delito cometido por el autor.

En la tarea de adecuar o medir la pena, las escalas penales son el primer criterio a emplear, pues su función no es solo la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial, sino que éstas, también, fijan un esquema interpretativo del valor relativo de cada figura penal, permitiendo establecer la importancia o valoración que realiza el legislador de cada bien jurídico protegido dentro del sistema.

En aquella escala penal, para evitar la arbitrariedad, se hace necesario el respeto y seguimiento del sistema establecido en los arts. 40 y 41 del Código Penal para determinar la medida o cantidad de la especie de pena impuesta; y, a la vez, éstas deben ser interpretadas armónicamente con los fines de la pena y las reglas de la teoría de la imputación, debiendo el juez fundamentar explícitamente su decisión, para permitir su control crítico-racional del proceso.

El art. 40 del Código Penal establece que en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, se fijará la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. 41; éste último contiene las circunstancias que deben tenerse en cuenta y que, siguiendo la dogmática, deben ser distinguidas en:

referidas al delito, al autor y a las modalidades particulares del delito.

Las circunstancias o pautas de caracteres objetivos y referidos al delito, son: la naturaleza de la acción ejecutada por el condenado, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y del peligro causados por dicha acción. Respecto a ellas se debe aclarar que: a) no se alude a la realización típica del delito (prohibición de la doble valoración), sino al modo y a las circunstancias del comportamiento de que se ha valido el condenado para delinquir; b) los medios empleados comprenden los modos de los que se ha valido para llegar a esa consumación o intento (ej. engaño, seducción, amenaza); y c) la extensión del daño (típico o extra típico, siempre y cuando tales circunstancias hayan podido resultar previsibles o conocidas por el autor, conforme límites racionales del principio de culpabilidad) y del peligro causados atiende a las consecuencias materiales y morales para las víctimas o perjudicados por el delito, sea de daño o de peligro efectivo.

Las circunstancias relacionadas con la personalidad del autor son: la edad, educación, costumbres y conductas precedentes, como así también la reincidencia, los demás antecedentes y sus condiciones personales.

Las modalidades particulares del delito se encuentran circunscriptas a: los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento

propio necesario y el de los suyos; la participación que tuvo en el hecho; los vínculos personales entre el autor y la víctima; y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. Sobre esta última cabe decir que la evaluación de peligrosidad no debe ser entendida como un juicio de probabilidad de volver a delinquir, como lo sostenía la ya superada escuela positiva. La consideración respecto de la mayor o menor peligrosidad demostrada se reduce a aquella peligrosidad evidenciada en el acto en sí (peligrosidad por el hecho y no por el autor), que puede operar como un agravante, porque afecta la vigencia del ordenamiento jurídico y, cabe por ello, mayor sanción.

En el proceso valorativo de las circunstancias referidas por el art. 41 del Código Penal resulta importante tener en cuenta la prohibición de doble valoración. Para ello se debe recordar que los tipos penales describen conductas de las que derivan penas; se tratan de los requisitos mínimos para que alguien sea castigado. De allí que es ilógico que la pena que el juez selecciona para el caso se vea agravada por haber realizado un aspecto del hecho necesario para perfeccionar el tipo penal. Empero, si bien la mera afectación del bien jurídico protegido ya fue ponderada en abstracto por el legislador al tipificar aquella conducta como delito, por lo que no puede ser valorado por el juez a los fines de la individualización de la pena, sí puede tener incidencia, tanto como agravante o como atenuante, el grado de afectación a ese

bien (a modo ejemplo, la magnitud del perjuicio patrimonial).

En cuanto a las figuras agravadas, la regla es que el juez se encuentra vedado de hacer ponderaciones que tomen directamente en cuenta la circunstancia agravante para hacerla pesar en aumento de la pena al momento de su determinación concreta en la sentencia. Sin embargo, tal prohibición no es absoluta y debe ser evaluada en un contexto en que el factor agravante aparece contemplado junto a otros y asociados a una misma escala penal. Así, por ejemplo, la corrupción agravada de menores (art. 125, tercer párr. del C.P.), lo está tanto por la condición de padre de la víctima como por la de encargado de su educación o guarda, pero es más reprochable actuar desde la condición de ascendiente que desde la de un educador o guardador.

En cuanto al modo de ejecución del hecho, es una pauta que puede agravar o atenuar en la función de determinar la pena. Si bien el robo tiene como aspecto sustancial el uso de violencia, ésta puede ser evaluada como elemento objetivo agravante del comportamiento especialmente irracional del autor. En este caso no existe una doble valoración pues el exceso de violencia no integra el tipo, el que se satisface con el solo hecho de forzar las cosas o ejercer violencia en las personas, y el remanente puede ser apreciado para agravar la pena. Acá es importante la elección de los medios, pues al autor le será reprochado en términos de proporcionalidad el haber optado por un método de ejecución más

dañino y peligroso que otros.

Una buena técnica jurídica aconseja que, en la sentencia, en un considerando especial, se debe discurrir sobre las circunstancias o pautas objetivas y subjetivas que fueron ponderadas en el caso y que permitieron individualizar la pena en concreto; proceder que, además de posibilitar a las partes un mejor ejercicio del derecho de defensa, resulta una práctica expresamente requerida por el art. 487 del Código Procesal Penal.

“Paz”, Tomo 219:393

La individualización judicial de la pena implica la consideración combinada de la culpabilidad con el grado de peligrosidad demostrado por el delincuente al cometer el hecho, según sus circunstancias de modo, tiempo, lugar, ocasión y personas, al margen de la nota de peligro que pueda implicar la estructura típica de la figura penal concretamente atribuida.

Circunstancias tales como la premeditación, el engaño, la violencia, la desaprensión, tienen eficacia agravatoria de la punibilidad.

Las facultades del tribunal de juicio en materia de individualización de la pena son discrecionales, con la sola limitación que impone la observancia de las escalas penales conminadas para cada delito en la legislación de fondo.

Las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal resultan directamente conocibles por el tribunal de

sentencia por haber caído bajo la percepción sensorial de sus integrantes y dicho principio solo cede ante la total falta de motivación de la sentencia en lo concerniente a las consecuencias jurídicas del delito.

La motivación de la sentencia en cuanto a la imposición de la pena es suficiente si el tribunal, aunque de manera escueta, valoró al momento de imponerla las circunstancias que hacen tanto a la naturaleza de los hechos como a la personalidad del imputado.

“Vergara”, Tomo 170:311

Al determinar las pautas para la individualización judicial de la pena, con meridiana claridad y en armonía con las cláusulas supra legales, la ley de fondo precisa que “los tribunales fijarán la condenación” (arts. 40 y 41 del C.P.); a lo que cabe agregar que, la existencia de una acusación concreta y oportunamente intimada – base del juicio penal- cumple las exigencias del debido proceso y salvaguarda absolutamente el derecho de defensa, en un todo de acuerdo a las garantías de legalidad y de judicialidad; máxime cuando las circunstancias que inciden en la individualización de la pena se encuentran preestablecidas en la ley y la concreta imposición solo puede basarse en las constancias de la causa.

La potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público

Fiscal.

Ello constituye un corolario de la garantía penal de “judicialidad” consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pilar fundamental de nuestro derecho penal según el cual la pena debe encontrarse previamente establecida en la ley y únicamente puede ser impuesta por el juez competente. (Del voto de los Dres. Catalano y Posadas).

“Terrón Villagrán”, Tomo 215:717

La cuestión relativa a la mensura de la pena no es una materia que escape al deber de contralor del fallo que debe cumplirse conforme al criterio de máximo rendimiento, ya que disposiciones de jerarquía constitucional, como el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aclaran expresamente que el derecho a recurrir del que goza el acusado le permite solicitar a una instancia superior que se expida no solo respecto del fallo condenatorio sino también de la pena que se le ha impuesto.

El principio de prohibición de exceso o de la pena justa está ligado a la noción clásica de culpabilidad y exige que ésta guarde correlato con el grado de responsabilidad del agente delictual, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado.

El Código Penal, en los arts. 40 y 41, ha establecido el criterio para la fijación de la condena, acentuando la represión en el dualismo culpabilidad-peligrosidad; la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal y la peligrosidad como medida de ella.

El art. 40 delimita el ámbito de potestad del tribunal para fijar las penas divisibles en orden a las circunstancias atenuantes o agravantes y según las reglas del art. 41 que contiene las circunstancias que deben tenerse en cuenta: las referidas al delito, al autor y a las modalidades particulares del delito.

Las referidas al delito se encuentran contenidas en su inc. 1º y son: la naturaleza de la acción desplegada, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados. Las relacionadas con la personalidad del autor, previstas en su inc. 2º, son: la edad, educación, costumbres y conductas precedentes, como así también la reincidencia, los demás antecedentes y sus condiciones personales. También establecidas en el inc. 2º, las modalidades particulares del delito se encuentran circunscriptas a: los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos; la participación que tuvo en el hecho, los vínculos personales que ha ofendido y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

La falta de arrepentimiento no puede inscribirse como

circunstancia agravante, so riesgo de poner en tensión la garantía constitucional de que nadie está obligado a confesar la participación que le cupo en el ilícito penal, por lo que resulta acertado que fuera extirpado por el tribunal “a quo” al momento de valorar la pena impuesta.

“Herrera”, Tomo 219:953

La individualización de la pena es una operación que debe cumplir el tribunal de mérito a partir de la consideración puntual de un conjunto de circunstancias personales y objetivas que se describen en la ley de fondo.

El alcance y significado de los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, responde a los elementos de carácter objetivo, dirigidos a especificar la magnitud del injusto cometido –circunstancias referidas al delito- y a los elementos subjetivos necesarios para establecer la culpabilidad y peligrosidad del autor –circunstancias referidas al autor y a las modalidades particulares del delito-.

El art. 40 del Código Penal delimita el ámbito de potestad del tribunal para fijar las penas divisibles en orden a las circunstancias atenuantes o agravantes y según las reglas del art. 41.

La fijación del monto de la sanción, mientras cuente con suficiente fundamentación y el tipo y la escala hayan sido receptados, es una tarea que se encuentra dentro de los poderes

discrecionales del tribunal de juicio y por ello no puede ser atacada por la vía intentada, salvo evidente arbitrariedad.

En el caso, el recurrente pretende la sustitución del monto de la pena impuesta al imputado por la Sala IV del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro, de cinco años y nueve meses de prisión por resultar autor material y penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual simple y facilitación de pornografía infantil, en concurso real.

La concurrencia de otras circunstancias en orden a la mensuración de la pena, como ser –en relación a la comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de la niña– que la presencia de familiares de la menor y de su esposa embarazada en cercanías del hecho como así también de su hijo, a metros de los actos consumativos, no tuvieron incidencia alguna para motivar al condenado a no llevar adelante su accionar; circunstancias éstas de tiempo, lugar, modo y ocasión que fueron efectivamente valoradas para fundar la reprochabilidad de los hechos.

No procede el recurso de inconstitucionalidad si la sentencia del tribunal revisor concluyó en la inexistencia de elementos de los cuales asirse para sostener que el monto de la pena no se encuentre arreglado a derecho, revelando el recurso bajo examen una reedición de aquellos. (Del voto de los Dres. Bonari, Catalano, Posadas y Ovejero).

Las pautas objetivas y subjetivas para la dosificación de la pena deben ser objeto de una consideración particularizada, sin perjuicio de que algunos factores personales resulten comunes. De la cuantificación de todas ellas se podrá obtener, el monto de la pena a aplicar.

Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad denegado si, no obstante haberse verificado la existencia de circunstancias agravantes que motivan suficientemente el incremento de la sanción penal dentro del margen del tipo infringido y que fueron consideradas en ocasión de condenar al inculpado, su valoración no se refleja en la sanción impuesta. (Del voto de los Dres. Samsón y Vittar).

La pena es la consecuencia jurídica del delito, y como tal, para su imposición debe ser la conclusión fundada en la certeza de que la culpabilidad del causante fue debidamente acreditada en la causa.

La motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con la intensidad de la conducta ilícita. De allí, es que el art. 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las relativas a la personalidad del delincuente.

El principio de la culpa señala que solo se puede castigar

donde hay un fundado reproche de culpabilidad y que la gravedad de la pena debe corresponder a la gravedad de la culpa. El principio de proporcionalidad establece que la pena justa es la pena adecuada a la culpa.

Debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido si se arriba a un pronunciamiento condenatorio en el cual no se ha motivado la sanción a imponer. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Terrón Villagrán”, Tomo 224:01

La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos penales, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria. La misma debe interpretarse como una discrecionalidad jurídicamente vinculada, por ello deben seleccionarse los principios o criterios de orden valorativo que deben regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales.

En este sentido puede afirmarse que las operaciones que presiden la determinación de la pena discurren en dos niveles. El primer nivel comprende los fines de la pena: si bien las normas penales deben servir a la protección de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, la pena –y sin perjuicio de

los otros fines que la doctrina le asigna- es retribución por el mal causado por el delito. No obstante ello, un elemento propio de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta (retribución y prevención): el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correlacionada con la culpabilidad del autor, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido desde el punto de vista preventivo. La “sensación de justicia”, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece, y “merecida” es solamente una pena acorde con la culpabilidad. El segundo nivel incluye a los elementos fácticos de la individualización de la pena, cuya valoración ha sido prevista en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En esta función se debe tener presente que la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma; o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta se determina según el ámbito de autodeterminación que aquel haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto

ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechazó toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y solo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

La medida de la culpa determina la medida de la pena. Los demás elementos del delito -acción, tipicidad y antijuridicidad- no admiten graduación, de modo que únicamente en la posibilidad de graduación de la culpa puede sustentarse la medida de la pena.

La imposición penal responde a los elementos de carácter objetivo, dirigidos a especificar la magnitud del injusto cometido - circunstancias referidas al delito- y a los elementos subjetivos necesarios para establecer la culpabilidad y peligrosidad del autor -circunstancias referidas al autor y a las modalidades particulares del delito-.

A diferencia de lo que ocurría con los antecedentes legislativos nacionales, entre ellos el Código de 1886 que prescribía la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que se verificaran la existencia de agravantes y/o atenuantes, oscilando en más o en menos el monto de aquella al considerar pautas agravantes o atenuantes, en nuestro sistema actual no está previsto procedimiento o criterio formal alguno en el sentido indicado precedentemente. Ahora bien, que no exista una norma de derecho positivo explícita no significa que se pueda ingresar por cualquier punto. Podría sostenerse que si se lo hace por el medio de la escala penal se computarían como atenuantes

todos los correspondientes a una comparación respecto del caso imaginario que responda al medio de la escala penal y como agravantes todas las circunstancias que superen las detalladas para el caso imaginario medio. Pero no se avizora que este procedimiento sea una garantía para el condenado de que se evalúe correctamente su situación, ya que de inicio y en abstracto se lo sitúa desfavorablemente (porque se supondría que su caso es de mediana gravedad, lo cual no tiene razón de ser), y debería esperar a que se efectúen los cálculos disminuyentes que, de acuerdo a su caso, deberían aplicarse. En cambio, si se parte del mínimo, que es la posición que aquí se sustenta, se brinda una garantía inicial de contención frente al manejo de la punición, restándose posibilidades de arbitrariedad, porque para apartarse del monto del mínimo deberá justificarse -explícitamente- dicha ecuación. Se obliga así al juzgador a especificar y demostrar por qué se eleva una pena por arriba del monto mínimo, mientras que si se parte del medio ya se concede un margen de sanción sin justificación “a priori”.

El monto de pena taxativamente se deberá construir desde el mínimo, adosando o restando fragmentos de pena según agravantes o atenuantes que se computen. Esto conduce a que los jueces tengan que elaborar una detenida y detallada discriminación de lo que debe considerarse agravante y atenuante, siempre con relación o en comparación con el caso más leve. (Del voto de los Dres. Ovejero Cornejo, Rodríguez Faraldo,

Samsón, Vittar, Catalano y Gauffín).

Para evitar la discrecionalidad del juez a la hora de la cuantificación sancionatoria se debe establecer algún grado de consenso sobre un punto de partida desde el que se harán actuar las circunstancias que se consideren atenuantes o agravantes. En este aspecto, entendemos que no son válidas las doctrinas que toman en consideración los extremos de la escala como lugar de entrada para iniciar el proceso valorativo, pues esto conduciría a utilizar casos de una levedad o gravedad tal que prácticamente ya nada tendrían que ver con el caso a juzgar y que, por ello no pueden servir de referencia.

Desechada esa metodología, resulta más razonable adherir a la llamada doctrina del caso regular, concebido como concepto que da lugar a un tercer punto y que toma como referencia los extremos de la escala, respecto del cual exista consenso sobre la pena aplicable; hecha esta determinación se habrá de establecer el modo en que las circunstancias se apartan de la pena del caso regular, aplicando los criterios agravantes o atenuantes, y seleccionar así una mayor o menor sanción penal. Esto demanda la necesidad de perfilar ese caso regular y de definir la pena que le correspondería, que se situaría, aceptando que este es un punto arduamente disputado en doctrina, no en la mitad matemática de la escala, sino por debajo de ella, en el tercio inferior. (Del voto de los Dres. Aguilar y López Viñals).

### **6.2.1. Escasa instrucción**

Las circunstancias de tener escasa instrucción, de haberse criado en el ámbito rural, de haber padecido carencias afectivas y precariedad de recursos, la falta de referentes de autoridad y protección, pueden ser elementos válidos para disminuir el grado de reproche penal, pero no son aptos para excluir por sí mismos la culpabilidad. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Díaz, Ferraris y Kauffman).

“Cardozo”, Tomo 170:869

### **6.2.2. Circunstancias extraordinarias de atenuación**

En el caso concreto, el Tribunal de Impugnación hizo lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la Defensora Oficial, y aplicando lo dispuesto en el último párrafo del art. 80 del C.P., dispuso que la acusada cumpla una condena de veintitrés años de prisión al entender que mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación en el hecho cometido por aquella, en el cual resultara víctima su hijo de cuatro meses de edad.

Nuestro Código Penal no especifica cuáles son las circunstancias extraordinarias de atenuación que pudieron influir en el ánimo del autor al cometer un homicidio calificado por el vínculo, por lo cual deja librado al arbitrio del juzgador determinar en qué casos deben valorarse a fin de aplicar un grado

menor de culpabilidad por menor reprochabilidad de la conducta al autor del hecho.

En torno al examen de las circunstancias personales y en orden a la calidad de los motivos que la llevaron a delinquir, la condenada contaba al momento del hecho con veinte años de edad, dos hijos, sin pareja estable y sin el apoyo afectivo y económico de los padres de aquellos, un grado de instrucción secundaria incompleta y sin vicios conocidos. Según los informes pueden deducirse los factores sociales e individuales que influyeron en la formación de su personalidad. Tales penurias, propias de una vida sin esperanzas, sentimientos de exclusión y abandono junto a otros elementos, fueron tomados en cuenta por el tribunal casatorio para entender acertadamente que existieron circunstancias previas y concomitantes al desenlace, que el tribunal de juicio soslayó al aplicar la pena de prisión perpetua.

Asimismo, deben tenerse en cuenta factores que permiten presumir su potencial readaptación social.

No debe soslayarse que pese a las dificultades de su vida, procuró el afecto y cariño necesario a sus hijos y con el producto de diferentes trabajos informales proveyó lo necesario para ellos. Tales hábitos familiares y sociales permiten determinar su menor peligrosidad.

A igual conclusión se arriba al considerar la inexistencia de antecedentes penales y su demostrado arrepentimiento por el hecho cometido, como también, otras conductas posteriores,

entre las que se destacan el nacimiento de otro hijo y la normalidad del trato constatado.

Todas estas circunstancias, y en atención a lo dispuesto por el art. 41 del C.P., no pueden menospreciarse a la hora de evaluar la reprochabilidad penal, por lo que el castigo a imponer en el caso concreto debe guardar proporcionalidad con el grado de culpabilidad, evitando una sanción desproporcionada e injusta como la aplicada por el Tribunal de Juicio, pues ha quedado claro luego del plenario, que concurren circunstancias eminentemente condicionantes, cuantitativa y cualitativamente preponderantes, circunscriptas a la faz subjetiva, que por su magnitud influyeron en la determinación a delinquir, limitando su margen de opción o elección y restringiendo el juicio de reprochabilidad que, respecto al hecho debe efectuarse, lo que disminuye, por ende, su culpabilidad.

Del mismo modo, surge, la escasa peligrosidad de la autora, quien se presenta como una persona que por sus antecedentes personales, condición de primaria, modo de ejecución del hecho, conducta posterior desplegada y demás cuestiones examinadas no requiere de un tiempo de encierro a perpetuidad.

Por lo tanto, abstrayendo el análisis al marco de punibilidad establecido para el delito cometido, y en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo del art. 80 inc. 1º del C.P. le asiste razón al Tribunal de Impugnación respecto a que la justa

medida retributiva debe estimarse en veintitrés años de prisión.

Consideramos también para ello, la situación de que la condenada es madre de dos hijos menores todavía por criar y educar, siendo necesariamente razonable evitar que la legítima consecuencia del delito cometido acarree por su prolongación efectos nocivos superiores a los estrictamente necesarios, que, a la postre, terminen afectando no solo a la autora del hecho, sino además a terceros inocentes como son sus hijos.

En este sentido, el Tribunal no puede dejar de pensar en la finalidad resocializadora de la pena y tampoco en las consecuencias negativas que la misma suele tener para quienes componen el grupo familiar del penado y, particularmente, para quienes dependen económicamente del mismo. (Del voto de la Dra. Kauffman).

“Gómez”, Tomo 215:847

### **6.2.3. Pena menor al mínimo**

La pena impuesta en autos –tres meses de prisión de ejecución condicional- resulta menor al mínimo previsto para el delito condenado –portación de arma-. El vicio, que importa una violación del derecho aplicable, afecta los elementos esenciales de la parte resolutive del fallo impugnado (art. 409, inc. 4º del C.P.P.), y, por ende, impone declarar su nulidad.

“Pacheco”, Tomo 174:63

## **7. Audiencia de visu**

Respecto del agravio de la defensa, relativo a la violación del conocimiento “de visu” del imputado por parte del Tribunal de Impugnación, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales, la ley adjetiva local no prevé la realización de audiencia alguna en forma previa a resolver el recurso de casación. En efecto, el art. 549 dispone que el Tribunal dictará sentencia dentro de los diez (10) días sin previo debate, teniendo a la vista los recursos interpuestos, las pruebas producidas y los escritos que las otras partes hubieren presentado. Por lo demás y en relación a aquellos que sí requieren la realización de esta audiencia, corresponde recordar que el conocimiento “de visu” del imputado, a efectos de cuantificar la sanción, puede obviarse en supuestos en los que se impone el monto mínimo regulado para los tipos penales en danza o cuando la pena es perpetua, pues en ninguno de los dos casos el juez estaría facultado para modificar el monto de la sanción en beneficio del imputado.

“Tejerina”, Tomo 223:109

El derecho a ser personalmente oído, en esta instancia, se encuentra debidamente protegido con la presentación realizada por la defensa técnica, por lo que queda sin sustento la queja vertida por la defensa.

“Caliva”, Tomo 217:373

Se ajusta a derecho la sentencia en la que si bien el recurrente sostiene que no se cumplió con lo establecido en el art. 41 inc. 2 “in fine” del Código Penal toda vez que no se convocó a los familiares de la víctima a la audiencia “de visu”, se advierte que la misma se llevó a cabo con el comparendo del imputado, además, la disposición en cuestión no determina que el juez deba tomar conocimiento directo de los mismos.

“Girón Saldaño”, Tomo 216:503

La omisión del imputado de prestar declaración antes del dictado de la condena impuesta por el Tribunal de Impugnación, no viola el principio constitucional de defensa en juicio pues, por el principio de taxatividad en materia recursiva (art. 514 del C.P.P.), la ley adjetiva local no prevé la realización de debate alguno en forma previa a resolver el recurso de casación (art. 549 del C.P.P.). Además, el derecho a ser oído no necesariamente debe ejercerse en forma oral en todo procedimiento, ya que éste se encuentra debidamente protegido con las distintas presentaciones realizadas por la defensa técnica.

“Sandoval”, Tomo 208:425

## **8. Agravante genérica del art. 41 quater**

Probada la intervención de un menor de edad en la

consumación del hecho es aplicable el art. 41 quater del C.P., pues, del modo en que ha sido establecido el precepto, el delito se agrava ante la concurrencia de actos típicos, de colaboración o auxilio realizados por éste, su fin es desalentar la llamada “delincuencia juvenil” y no requiere que el mayor demuestre la intención de procurar su identidad ni se limita a los casos de autoría mediata.

“Lujan”, Tomo 163:589

La imposición de la agravante genérica procede ante la participación -probada en el caso- de un mayor y un menor de edad, ya que la norma prohibitiva persigue evitar que se inicie prematuramente a los jóvenes en el camino de la delincuencia, sin interesar si son utilizados como "salvoconducto" de impunidad o como meros colaboradores o consortes. (Del voto de los Dres. Samsón, Vittar, Catalano, Díaz, Kauffman y Posadas).

En relación a la agravante referida cabe suscribir a la postura más restrictiva que entiende que la participación del mayor de edad debe poner en evidencia, en forma diáfana, que se ha pretendido descargar, transferir o diferir la responsabilidad penal en los menores, o que éstos han sido instigados por los adultos para intervenir en el hecho.

El artículo 41 quater del Código Penal debe ser interpretado en sus justos límites y, de acuerdo a las

circunstancias particulares de la causa y las pruebas colectadas durante el proceso, evaluar si efectivamente el menor fue utilizado como mero instrumento inimputable en la comisión del ilícito o si, en su caso, actuó como resulta evidente como copartícipe de la acción criminal que culminó con la imposición de la pena al causante y la declaración de responsabilidad del menor interviniente en el injusto. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Carmen”, Tomo 194:231

En relación a la agravante prevista en el art. 41 quater del Código Penal, se aplica al mayor por el solo hecho de participar un menor, sea de una u otra manera. La búsqueda de la propia impunidad no aparece de ningún modo enunciada en la norma en cuestión, como un elemento que condicione su aplicación; sino, por el contrario, en tanto que el artículo alude a “la intervención”, autoriza una comprensión del texto que excluya la autoría, permitiendo la consideración de actuaciones accesorias que no son aptas para evadir la responsabilidad del agente principal.

El mensaje es claro como política criminal de Estado, lo que pretende el legislador es que no se inicie prematuramente a los jóvenes en el camino de la delincuencia, sin interesar si son utilizados como salvoconducto de impunidad o como meros colaboradores o consortes; lo importante es que los mayores, de los que se espera que tengan mejores posibilidades de reflexionar sobre las consecuencias de sus actos, no inmiscuyan en sus

empresas delictivas a ningún menor.

“Vargas”, Tomo 232:703

## CAPÍTULO VI

### TENTATIVA

#### **1. Concepto**

La tentativa de un delito determinado requiere que quien comienza su ejecución, no lo consume por razones extrañas a su voluntad. En consecuencia, exige la concurrencia de tres elementos para ampliar el radio de punibilidad: el fin de cometer un delito determinado, el comienzo de ejecución y la no consumación por causas extrañas a la voluntad del agente.

“Lizondo”, Tomo 172:913

La tentativa de comisión de un delito queda acreditada con la concurrencia de tres recaudos: una intención manifiesta, es decir, la existencia de dolo como elemento subjetivo; el comienzo de ejecución, evidenciado por actos materiales constitutivos del tipo objetivo y, por último, la falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente que se había propuesto cometer el delito.

“Gutiérrez”, Tomo 161:161

## **2. Pena de la tentativa**

El imputado fue condenado a la pena de seis años y cuatro meses de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (arts. 119 3er. párrafo y 42 del C.P.). Entonces, merced a que -según lo establecido por el tribunal de grado- el delito no se consumó, el margen punitivo que corresponde al hecho cometido en autos es de cuatro a siete años y seis meses de reclusión o prisión; ello es así porque, en caso de tentativa y de conformidad al art. 44 del C.P., para determinar la escala penal imponible a los delitos que conminan penas divisibles, debe reducirse un tercio del mínimo previsto por la figura y la mitad de su máximo. (Del voto de los Dres. Posadas, Catalano y Kauffman).

“Banegas”, Tomo 184:129

## **3. Desistimiento voluntario**

De conformidad con nuestro ordenamiento punitivo, el autor de tentativa, o sea, quien con la finalidad de cometer un delito determinado comienza a ejecutarlo, pero no lo consuma, solo es punible si la frustración se debió a “circunstancias ajenas a su voluntad” (art. 42 del Cód. Penal), quedando, en cambio, exento de pena si desistió voluntariamente (art. 43 del Cód. Penal). Por ello, iniciado el camino del delito, puede ser interrumpido de dos maneras: por causas accidentales ajenas a la voluntad del agente

(tentativa punible), o por causas derivadas de la propia voluntad del agente (desistimiento impunible).

Se pueden distinguir dos clases de tentativa, según su diverso grado de completitud ejecutiva: la tentativa acabada, que es aquella en la cual el autor realizó todos los actos necesarios para satisfacer el fin delictivo propuesto, sin obtener el resultado planeado; y la tentativa inacabada, que tiene lugar cuando hay interrupción de la conducta y frustración de la ulterior secuencia criminal consumativa. A partir de tal distinción, se ha ubicado al desistimiento voluntario en el ámbito conceptual de la llamada tentativa inacabada (mientras que en la órbita de la tentativa acabada posicionó a otra modalidad de abandono delictivo: el llamado “arrepentimiento activo”) y concluyó que si el autor no ha agotado todos los hechos conducentes a la producción del resultado (tentativa simple o inacabada), las exigencias de un desistimiento válido son: a) Supresión de actos de agotamiento de las acciones tendientes a consumir el delito; b) La voluntariedad del desistimiento.

El desistimiento previsto en el art. 43 del Código Penal traduce el abandono voluntario, definitivo y oportuno del propósito de cometer el delito por parte del autor; que no todo desistimiento se adecua a la figura del art. 43. Únicamente lo hace el realizado voluntariamente. Esa voluntariedad concurre cuando el autor de la tentativa abandona intencional y definitivamente la finalidad de cometer el delito que tenía el propósito de consumir.

El desistimiento debe ser oportuno. Por lo tanto, debe realizarse una vez comenzada la ejecución del delito, pero antes de su consumación.

En el desarrollo secuencial del “iter criminis” (ideación, preparación, ejecución y consumación) el desistimiento se ubica en la etapa de ejecución, antes de llegar a la consumación, y que en esa etapa ejecutiva se hallan las dos clases de tentativa ya referenciadas (acabada e inacabada). En consecuencia, no puede relacionarse al desistimiento con los actos preparatorios, como se refiere en el fallo atacado. Ello, deviene contradictorio: lógica y jurídicamente.

Asimismo, para que funcione el “premio de carácter personal” que representa la solución absolutoria, el desistimiento de la tentativa debe ser realmente voluntario, es decir, dotado de discernimiento, intención y libertad (art. 897 del Cód. Civil); puesto que si son las circunstancias las que impiden la consumación, el desistimiento será involuntario, y el hecho será punible según los arts. 42 y 44 del Código Penal. Haciendo una distinción de la tentativa con el desistimiento, podemos decir que en ambos, no se llega a la consumación. Sin embargo, las razones por las cuales el delito no se consuma son distintas, y es lo que pone la debida distancia entre la tentativa y el desistimiento. En la primera, el autor quiere, pero no puede porque las circunstancias le impiden la consumación; en el desistimiento el autor puede, pero no quiere. Prefiere salvar él mismo, mediante el

desistimiento, al derecho protegido que puso en peligro.

En el caso de autos no medió un desistimiento voluntario con significación jurídica absoluta, sino que, por el contrario, hubo un desistimiento involuntario impuesto por las circunstancias (resistencia de la víctima y llegada de un móvil policial), de modo que la falta de agotamiento consumativo obedeció a factores externos al acusado, ajenos a su voluntad.

Entonces, no puede afirmarse que el imputado haya desistido voluntariamente de concretar su accionar delictivo, pues en realidad fue la férrea y decidida resistencia de la víctima la que le impidió proseguir con su accionar delictivo; a ello se sumó la inmediata presencia policial en el lugar, circunstancia que fue determinante para desalentar la prosecución de cualquier propósito criminal.

Así las cosas, resulta apropiado sostener que en el caso la resolución de abandonar la empresa criminal, estuvo directamente determinada por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Todo lo dicho permite concluir que el supuesto bajo análisis no encuadra en las previsiones del art. 43 del Código Penal.

“Lamas”, Tomo 169:201

En relación a la figura del desistimiento voluntario prevista en el art. 43 del Código Penal, se configura cuando el

autor no prosigue su conducta ejecutiva del delito, porque ha cambiado definitivamente de actitud respecto de su finalidad de consumarlo, aunque no se requiere el arrepentimiento.

En idéntico sentido, podemos decir que existe desistimiento si, en primer lugar, el autor abandona su propósito delictuoso, vale decir, cambia de opinión, ya no desea lograr el objetivo que lo llevó al comienzo de la ejecución. Pero, en segundo lugar, el abandono del propósito delictivo debe ser definitivo, por lo que no es tal la detención temporaria de la ejecución ni su suspensión es una excusa absolutoria que tiene su razón política en la conveniencia de estimular el desistimiento de las malas acciones empezadas, ofreciendo la impunidad. Se trata de una causa personal de exclusión de la pena.

El desistimiento debe ser además voluntario y solo resulta eficaz si es oportuno. Es voluntario si el abandono del propósito de delinquir no es forzado, si se debe al temor a la pena, y será oportuno si se produce después de comenzada la ejecución, pero antes de la consumación del delito.

En ese marco, de las constancias incorporadas a la causa se advierte la decisión voluntaria y libre del autor, que abandona intencional y definitivamente la finalidad de cometer el delito, pues luego de agredir a su conviviente, procuró que reciba atención médica en forma oportuna y adecuada. En efecto, tras ejecutar el disparo –y lejos de insistir en su cometido primigenio no obstante encontrarse en condiciones de hacerlo- el encausado

cubrió la herida de la víctima para evitar que continuara sangrando, la llevó en su motocicleta hasta un hospital y permaneció con ella durante los dos días que estuvo internada. Y si bien del informe médico incorporado se desprende que la paciente no corrió riesgo de vida, tal extremo resultaba desconocido por el agresor.

En consecuencia, se verifica en la especie el desistimiento voluntario impeditivo de la consumación que la ley exige para eximir de pena al autor de la tentativa, y que determina la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 43 del Código Penal.

Finalmente, y atento que la impunidad establecida en el citado art. 43 se limita al delito desistido y no a los ya consumados en el tramo de la ejecución realizada por el autor, la condena al acusado por resultar autor material y penalmente responsable del delito de lesiones leves doblemente calificadas por mediar una relación de pareja y violencia de género y agravadas por el uso de arma de fuego, impuesta por el tribunal “a quo”, resulta ajustada a derecho.

“Espinoza”, Tomo 227:407

La impunidad se refiere a la tentativa del delito desistido, pero no a los delitos ya consumados por el autor: si el autor que ya ha lesionado a la víctima, desiste voluntariamente de darle muerte, no está sujeto a pena por tentativa de homicidio, pero sí

por lesiones. (Del voto del Dr. Catalano).

“Magno”, Tomo 193:543

## CAPÍTULO VII

### PARTICIPACIÓN CRIMINAL

#### 1. Autor

Es autor el que ejecuta el hecho, es decir quien realiza actos que integran la prohibición penal, por ser típicamente consumativos o materialmente complementarios de aquéllos. (Posadas, Vittar, Catalano, Cornejo y Ferraris).

“Vidal”, Tomo 167:55

#### 2. Coautor

Lo que caracteriza a un coautor es que tiene el dominio del hecho, entendido ello como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito. El concurso previsto en el art. 45 del C.P. implica la convergencia material e intencional de dos o más personas para cometer un determinado delito que no exige codelincuencia.

“Sagle”, Tomo 195:895

La coautoría abarca a los que cometen actos típicamente

consumativos y a quienes cumplen otros que ayudan o complementan dichos actos. Requiere, subjetivamente, el ánimo de obrar en común, mientras, objetivamente, el coautor puede intervenir en forma igual a otros sujetos o por una división de funciones.

“Palavecino”, Tomo 193:733

Ambos acusados revisten la condición de coautores si, queriendo el hecho como obra propia, cumplieron actos que integran la objetividad y subjetividad del suceso delictivo, los cuales no se han limitado accesoriamente en un hecho de otro, sino que revisten el carácter de empresa común conjuntamente realizada.

“Ríos”, Tomo 195:289

La coautoría se basa en la división del trabajo: cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito y responde por el todo. Se exige una ejecución común del hecho, y a ella pertenecen: a) La decisión común al hecho: el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común de aquél que puede establecerse hasta el momento de la consumación. Cada coautor responde solo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro; b) La ejecución común del hecho: cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común y,

objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien, en posesión de las cualidades personales de autor, 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 manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. (Del voto del Dr. Vittar).

“Guerrero”, Tomo 172:625

### **3. Partícipe necesario**

El criterio para determinar la participación que corresponde a esta especie de complicidad, es el del valor del aporte. Este debe ser necesario, pero no en el sentido de una “conditio sine qua non” de la posibilidad de delinquir. Se trata de un criterio fundado en la eficiencia del auxilio o cooperación en la estructura concreta del delito cometido. Esa eficiencia existe siempre que la supresión del aporte se traduzca en una variación de la ejecución del delito. Significan aportes directos que, en el caso concreto y con arreglo a sus características, resultan posibilitadores de su consumación tal como se realizó. (Del voto de la Dra. Bonari).

“Jiménez”, Tomo 219:281

#### **4. Partícipe secundario**

La condena impuesta a la imputada no es ajustada a derecho, situación que surge, por si, del encuadre legal otorgado a su conducta. En efecto, sin perjuicio de que -como se verá- su responsabilidad penal alcanza a un hecho más grave, allí se la tiene como cómplice primaria del delito de robo en despoblado y en banda (art. 166, inc. 2o, 2do. supuesto del C.P.), caso de coautoría necesaria que requiere la intervención de al menos tres personas y que, de acuerdo a las circunstancias fácticas de la causa, siendo tres los partícipes, jurídicamente se opone a la adecuación -complicidad- contenida en la sentencia.

La participación criminal exige la existencia de concierto doloso y de un hecho objetivamente único -acción típicamente antijurídica-; presupuestos que se encuentran absolutamente probados en autos. Por su lado, si bien no es dable afirmar -superando el margen de la probabilidad- que la acusada haya tomado parte en la ejecución del homicidio, en cambio, el desarrollo integral del "iter criminis" -según las circunstancias debidamente acreditadas- demuestra una actuación accesoria de ella.

Concretamente, amén de las colaboraciones ulteriores dirigidas a ocultar el hecho cometido, la presencia de la acusada por si misma constituye un aporte integrador de la acción de los coautores pues, de acuerdo a los dictados de la experiencia común, su condición de mujer otorgó cierto margen de confianza a la

víctima para, en horas de la noche, aceptar el viaje a Rosario de la Frontera y consentir el cambio repentino de itinerario, que lo alejó de destino -zona urbana- y lo ubicó en un lugar descampado, propicio para culminar la empresa criminal.

Objetivamente, tal conducta configura una cooperación - y no un auxilio concomitante- que, ciertamente, podría haber sido determinante de agotarse en un delito contra la propiedad, pero no reúne esa condición en relación al homicidio, frente al cual solo se erige como una ayuda, que no fue esencial pero que configuró un supuesto de participación, aun secundaria, en el hecho principal.

Esta responsabilidad de segundo grado se identifica con todo aporte no necesario ni imprescindible a la específica forma de comisión, ya que la fórmula "de cualquier modo" contenida en el art. 46 del C.P. es residual de su art. 45 y ubica al agente en una situación penalmente distinta, caracterizada por su menor criminalidad y penalidad.

Subjetivamente, la convergencia intencional que unió la conducta de la acusada con la de los coautores también alcanza al delito finalmente cometido -a la sazón, homicidio "criminis causae"-. Por el contrario, en autos no cabe aceptar un exceso cualitativo ni cuantitativo en la ejecución del delito que sea extraño a la culpabilidad de la imputada o suponer que su aptitud anímica criminal resultó ajena al hecho de sangre.

Ello es así porque la medida del hecho que el cómplice

quiso cometer está determinada por el alcance del dolo eventual; lo que significa que también es responsable por las consecuencias del hecho principal en los posibles casos de asentimiento o egoísta indiferencia respecto del resultado producido.

Ese particular estado anímico de la imputada surge indubitable de las constancias de autos y determina su concreta responsabilidad penal. Específicamente -a la par de otros actos que lo indican de modo general, como son, viajar a la ciudad de Metán conjuntamente con los coautores, tomar el auto de alquiler luego secuestrado, abandonar a la víctima moribunda y realizar distintos actos posteriores dirigidos a ocultar el delito- es la propia acusada quien expresa que -previo a emprender la empresa criminal- Guerrero le habría ofrecido terminar con la vida de su concubino y afirma que "era capaz de cumplir con su ofrecimiento de matar"; ese mismo concepto es manifestado en su entrevista psiquiátrica cuando alude que su primo -refiriendo al acusado de mención- "mató a un muchacho a puñaladas en su pueblo".

La representación del resultado luctuoso -aun cuando los fines originales fueran los de robar- surge latente de sus propias creencias sobre la predisposición criminal de uno de los coautores y se intensifican ante las circunstancias de comisión del hecho emprendido -abordar un remis con el objeto de apoderarse ilegítimamente de él y dirigir a su conductor a un lugar despoblado-; ergo, al aceptar participar en el delito, despreció una consecuencia -muerte de la víctima- que, aun hipotética,

ciertamente se colegía como posible.

En virtud de lo expuesto, la imputada debe responder en calidad de cómplice secundaria del delito de homicidio "criminis causae". Razón por la cual, resta determinar la pena que corresponde imponer de conformidad a los arts. 40 y 41 de ese ordenamiento legal. (Del voto de los Dres. Catalano, Díaz y Posadas).

“Guerrero”, Tomo 172:625

Resulta correcta la adjudicación del carácter de partícipe secundario en los términos del art. 46 del Código Penal, por cuanto se entiende generalmente por complicidad mediante actos omisivos aquel supuesto en el cual un sujeto tiene la obligación jurídica de actuar, sea ésta impuesta por un precepto jurídico específico, por una obligación contraída especialmente a ese fin, o que por un actuar precedente ofrece, acuerda, promete (o mejor aun, simplemente decide) no hacerlo, para de esa forma facilitar, cooperar en la consumación de un hecho penalmente típico.

“Caliva”, Tomo 217:373

Cómplice secundario es el que realiza un aporte para la ejecución que no tenga la naturaleza del que caracteriza a la intervención del primario (o necesario) que contribuye con su obrar a la ejecución del delito sin el cual no habría podido cometerse tal como se cometió en sus formas, modalidades, etc.;

es decir, que el aporte del secundario no debe haber sido determinante de la configuración de la acción típica tal como ella se realizó en la forma, modo o mecánica del concreto delito.

El criterio para determinar la participación que corresponde a esta especie de complicidad, es el del valor del aporte. Este debe ser necesario, pero no en el sentido de una “conditio sine qua non” de la posibilidad de delinquir. Se trata de un criterio fundado en la eficiencia del auxilio o cooperación en la estructura concreta del delito cometido. Esa eficiencia existe siempre que la supresión del aporte se traduzca en una variación de la ejecución del delito. Significan aportes directos que, en el caso concreto y con arreglo a sus características, resultan posibilitadores de su consumación tal como se realizó.

Resulta una buena base material para determinar cuándo existe cooperación necesaria, la que ofrece la teoría del dominio funcional del hecho y la idea de esencialidad obtenida mediante la determinación de bienes escasos, concretada en el desbaratamiento del plan, siempre y cuando se separe plenamente la primera teoría, del campo de la determinación de la autoría, para hacerla valer solo en las dos formas de participación. Si bien la teoría de la escasez es una excelente manera de determinar la esencialidad del aporte, no es un método que por sí mismo sea satisfactorio en todos los casos.

“Guanca”, Tomo 169:829

## CAPÍTULO VIII

### REINCIDENCIA

#### **1. Declaración**

Se ajusta a derecho la resolución que declara reincidente al acusado conforme a los parámetros de la reincidencia real, si ha cumplido anteriormente en forma efectiva y parcial una condena privativa de la libertad, sin que incida la circunstancia de que el penado registre un período de fuga durante el beneficio de semilibertad, y posteriormente ha cometido nuevos delitos dentro del plazo que prevé el artículo 50 del Código Penal.

La declaración de reincidencia que corresponde aplicar al acusado no es una materia que pueda considerarse legalmente abarcada por el acuerdo de juicio abreviado, en tanto alternativa para llegar a la condena sin que se realice el juicio oral, porque su declaración no ha quedado supeditada al convenio de las partes, sino que es ordenada por el Código Penal.

Para adquirir la calidad de reincidente es necesaria la existencia de una condena anterior impuesta por un delito, la cual debe estar firme, por no admitir recurso alguno; la pena debe ser privativa de libertad, de cumplimiento efectivo y conforme al

sistema vigente, y es menester que el condenado haya cumplido su pena, al menos parcialmente, en encierro efectivo. Finalmente se requiere que la persona incurra en un nuevo delito, reprimido por la ley con prisión o reclusión y que su comisión sea declarada mediante una sentencia que imponga una pena de efectivo cumplimiento, siempre que lo sea antes de un plazo igual al de la pena impuesta en la condena anterior, el que no puede ser inferior a los cinco años ni superior a diez.

A los fines de la reincidencia, lo que interesa es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce, y es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de la libertad, independiente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de prevención especial de la pena.

“Llavera”, Tomo 189:63

## **2. Plazo de caducidad**

El art. 51 del C.P., en su segundo párrafo inciso 2º establece que, después de transcurridos diez años de la extinción de una condena, el registro de la sentencia respectiva caducará a todos sus efectos. Se ha entendido que la ley consagró –por una vía

indirecta- la prescripción de la reincidencia y que, en consecuencia, a los tribunales les queda vedado tomar en consideración el pronunciamiento condenatorio ya caducado.

Corresponde revocar la resolución que deniega el pedido de suspensión del juicio a prueba fundada en que el peticionante posee una condena anterior, que carece de la condición de primario y es posible la procedencia de una pena efectiva, si omite ponderar que por la fecha de la extinción de la condena anterior, su registro ha caducado a todos los efectos.

Si bien es potestad de los jueces de la causa concluir en la necesidad de celebrar el juicio oral y público a efectos de adquirir la certeza necesaria sobre el hecho, sus particularidades de comisión, su calificación definitiva y el reproche penal que concretamente cabría imponer, esa decisión debe encontrar debida motivación y otorgar sustento jurídico suficiente a la denegación del beneficio, extremos que no se cumplen si en el caso la resolución se sustenta en una circunstancia que por imperio legal no podía considerarse. (Del voto de los Dres. Samsón, Vittar, Catalano, Díaz, Kauffman y Posadas).

“Rodríguez”, Tomo 193:429



## CAPÍTULO IX

### CONCURSO DE DELITOS

#### **1. Concurso real**

##### **1.1. Escala penal aplicable**

La escala penal aplicable al caso –que por el concurso de delitos determina que la pena tenga como mínimo el mínimo mayor y como máximo la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos, art. 55 del C.P.- resulta determinado, en primer lugar, por las condiciones objetivas de la acción señaladas en el art. 41 del C.P.; esto es, la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y del peligro causado, y las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión que comprueban la gravedad del injusto y, por ende, el grado de culpabilidad del autor.

“Herrera”, Tomo 219:953

#### **2. Unificación de penas**

La unificación de penas, prevista en el art. 58 del C.P., es un mecanismo que garantiza la imposición de una sola sanción,

consagrando el principio de pena total o prohibición de coexistencia de penas. Sus disposiciones tienen el propósito de evitar que quien resulta múltiplemente condenado en jurisdicciones distintas o en épocas sucesivas quede sometido a un régimen punitivo plural.

La norma citada, encierra las dos reglas que gobiernan la unificación de penas y que imponen, cada una de ellas, diferentes requisitos para la viabilidad de dicho instituto. La primera exige que el ya condenado y nuevamente juzgado “esté cumpliendo pena por otro hecho distinto”, sin distinguir entre reiterante y reincidente, por lo que, en tal supuesto -que no se haya agotado la pena- deberán unificarse ambas sanciones. Por el contrario, la unificación no procederá si la primera condena se encuentra agotada. Por su parte, la segunda de las reglas contempla una situación diferente: que se hubieran dictado dos o más sentencias firmes con violación de las del concurso. En tal caso es requisito indispensable que se haya omitido aplicar los arts. 55 y 56 del C.P.

En el segundo supuesto, la unificación supone: a) que la pena no haya sido unificada en las situaciones referidas por los arts. 55, 56 o 58, párr. 1º, 1ª regla; b) que subsista un interés en la unificación, sea a los efectos de ejecutar la pena unificada, sea a los fines que ésta sirva de base para la prescripción u otra institución vinculada a la naturaleza o medida de la pena. Por lo tanto, no es indefectible que todas o algunas de las penas a ejecutar no estén compurgadas o extinguidas.

“Zelada”, Tomo 169:433  
“Liendro”, Tomo 176:769 (Del voto de los Dres. Catalano,  
Cornejo, Ferraris y Posadas)  
“Aisama”, Tomo 189:937 (Del voto de los Dres. Catalano,  
Cornejo y Posadas)

No es atendible el agravio relativo a la improcedencia de la unificación de penas fundado en el cumplimiento de la primera condena, si en el caso debieron unificarse las condenas en ocasión de concretarse el segundo juzgamiento, lo que no ocurrió, por lo que la cuestión se desplazó hacia el segundo supuesto previsto en el artículo 58 del Código Penal, disposición que no exige –a diferencia de la anterior- que el condenado esté cumpliendo pena, lo que habilita la posibilidad de que alguna, algunas o todas las penas impuestas estén extinguidas al dictarse la sentencia unificadora, a pedido de parte interesada.

Si bien el cómputo de pena no es susceptible de recurso de casación y que en caso de considerarlo incorrecto el recurrente debió observarlo en los términos y dentro del plazo previsto por el artículo 502 del Código Procesal Penal, debe admitirse la posibilidad de su corrección, aun de oficio cuando el mismo hubiera sido erróneamente practicado, por el Juez o Presidente del Tribunal, pues no existe resolución que haga cosa juzgada.

Tampoco son insubsanables los errores del cómputo aprobados, pues la condena objeto de la ejecución no es la que

resulta del cálculo, sino la impuesta por la sentencia ejecutoriada, y el cómputo no es un medio para rectificarla o completarla; se trata de una modificación que, en definitiva, restablece la intangibilidad de la cosa juzgada de la sentencia condenatoria. (Del voto de los Dres. Samsón y Díaz).

“Méndez”, Tomo 197:955

El principio de la pena total establece, como regla, que la pluralidad de conductas debe ser juzgada en un mismo juicio y reprimidas con una única pena. Pero es posible que esta regla no se aplique porque el juez o tribunal omita cumplirla o porque no la pueda cumplir, por lo que el Código Penal ha previsto en el artículo 58 que las normas del concurso también deberán aplicarse en esos supuestos, oportunidad en la que procede la unificación de penas o sentencias. (Del voto de los Dres. Samsón, Vittar, Díaz y Kauffman).

“Aisama”, Tomo 189:937

Debe rechazarse la pretensión de la defensa de que en la resolución de unificación de las condenas impuestas al acusado exista una motivación exhaustiva y detallada, de corte aritmético-explicativo, porque una precisión aritmética no es fácticamente posible ni funcionalmente exigible a la judicatura y resulta contraria al método compositivo que decide la concurrencia de penas a unificar y las traduce en una pena única, total o global.

La unificación de las penas no involucra la revisión de las sentencias firmes y debe respetar, por tanto, las declaraciones de hechos contenidas en ellas.

La pena total cuestionada deviene razonablemente proporcionada a la entidad material-objetiva y subjetiva de los delitos en cuestión, en especial del juzgado en último término, si el tribunal ha sopesado la naturaleza de la acción, la violencia empleada para ejecutarla, la extensión del daño y del peligro causados, así como las demás pautas previstas en el artículo 41 del Código Penal.

“Aramayo”, Tomo 181:173

### **3. Delito continuado**

Frente a un caso de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el vínculo y la convivencia, se ajusta a derecho que el tribunal de juicio desestimara en el caso la figura del concurso real propuesta en la acusación fiscal y aplicara, en cambio, el instituto del delito continuado, en virtud de la indeterminación cuantitativa de las reiteradas agresiones sexuales, su considerable prolongación temporal y su esencial unidad cualitativa de sujetos, de propósito criminoso, de conducta penalmente típica –o modalidad ejecutiva- y de bien jurídico lesionado. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Samsón, Catalano y Díaz).

“Santillán”, Tomo 192:691

No procede la calificación de delito continuado cuando se juzga una pluralidad de acciones y de designios independientes, como es el caso que nos ocupa, tal como correctamente lo ha ponderado el Tribunal de Impugnación al tipificarlos como constitutivos de un concurso real en los términos del art. 55 del Código Penal.

En ese sentido, ante la falta de consagración legal expresa del supuesto de delito continuado, debe exigirse a la jurisdicción la mayor meticulosidad posible en la justificación de su aplicación, puesto que no existe total consenso de la doctrina y la jurisprudencia respecto a qué hipótesis delictivas se extiende, como así tampoco cuáles son los requisitos de mínima y de máxima que se exigen para afirmar su concurrencia.

Por ello, aun cuando el recurrente enumere ciertos requisitos que entiende presentes, no se logra revertir la conclusión de que en el supuesto en análisis no haya habido una "unidad de resolución o designio única", esto es, un dolo único que abarque los hechos que se suscitaron.

Además, la pretendida aplicación de la continuidad delictiva en los casos de los delitos contra la integridad sexual ha obtenido reparos de peso en el derecho comparado.

En efecto, son variadas las voces que ante ofensas a bienes jurídicos calificados como "eminente o altamente personales" niegan la posibilidad de que la aplicación del delito continuado permita abarcar el desvalor total de la conducta realizada por el

autor, en la idea de que el menoscabo seriado del mismo bien jurídico compromete en tales hipótesis intereses de la persona relacionados de forma íntima con la "dignidad humana y su indemnidad". Por ello es que en tales supuestos se exige que deban ser valorados, protegidos y sancionados de forma especial e individual por el derecho penal, pues su afectación es irreversible a su estado original tras culminar el ataque antijurídico.

La exigencia a nivel subjetivo ha sido criticada con razón, porque es absurdo otorgar el privilegio de la continuación y, por consiguiente, de un solo hecho, a quien ha concebido desde un principio el "dolo total" y se aprovecha cada vez de nuevo de la misma oportunidad para su acción punible (por ejemplo, abusar siempre de nuevo del mismo niño), y se pone de manifiesto, así, una voluntad delictiva especialmente intensa, en contraposición con el que cede reiteradamente a la tentación que se le presenta.

La unidad de acción tiene su límite en los delitos contra las personas, en especial el privilegiar la delincuencia en serie y el de "simular" el dolo único. En definitiva, la del delito continuado se trata de una teoría antigua en el mal sentido de la palabra, dejada de lado por la doctrina y la jurisprudencia y aparece, especialmente en este tipo de delitos (en referencia a los delitos contra la integridad sexual) como una forma de simulación del dolo que dogmáticamente es inexplicable.

En España, aun cuando el Código Penal regula en forma expresa la unificación típica continuada, razones político

criminales llevaron a establecer que su aplicación resulte facultativa en casos de infracciones contra el honor, la libertad e indemnidad sexuales, disponiendo así que en estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. (Del voto de los Dres. Samsón, Vittar, Catalano y Ovejero Cornejo)

La legislación española regula el delito continuado y demanda para su tipificación de una unidad de propósito, pluralidad de acciones y homogeneidad jurídica, aplicándose el instituto también a los delitos que afecten la libertad e indemnidad sexuales de un mismo sujeto pasivo. Con relación al elemento subjetivo, requiere –como se dijo– de un dolo unitario, no siendo aplicable a acciones en las que el elemento subjetivo se renueva en cada hecho.

Más allá de no adherir a la utilización del delito continuado en casos de afectación de bienes personalísimos, debo rescatar que en España se acrecienta la escala punitiva con su aplicación. En nuestro país, en cambio, la pena aplicable sería la de un único delito, aminorándose su punibilidad.

Por lo expuesto, considero inadmisibles la utilización del instituto en el juzgamiento de delitos cometidos contra la integridad sexual y, en razón de ello, el agravio tendiente al reemplazo de la aplicación del concurso real por la figura del delito continuado no puede prosperar. (Del voto de la Dra. Bonari).

La aplicación del delito continuado no solamente es errónea en los casos de múltiples delitos cometidos contra la integridad sexual cuando no es posible la precisa determinación de cada hecho, sino también –y aquí radica, fundamentalmente, la importancia de censurar su utilización– es peligrosa cuando se pretende aplicarlo extensivamente para los casos en los que cada hecho pudo ser acreditado e individualizado.

La calificación dada a los hechos tanto en la sentencia del tribunal de juicio como en la del Tribunal de Impugnación son equívocas, toda vez que el imputado debió ser condenado como autor de los delitos descriptos previamente en concurso real. Empero, no pasa por alto que el fiscal –en la discusión final– consideró aplicable la modalidad del delito continuado en los hechos investigados y solicitó la pena de ocho años de prisión para el imputado, lo que –en definitiva– fue acogido favorablemente por el órgano jurisdiccional.

Así las cosas, al ser más benigna para el acusado la calificación dada a los hechos no puede modificarse, pero cabe una vez más advertir que la pena impuesta lo fue por uno solo de los delitos cometidos. (Del voto de los Dres. Bonari y Catalano).



## CAPÍTULO X

### EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS

#### **1. Prescripción de la acción penal y plazo razonable**

Es válida la resolución que dispone el sobreseimiento de los querellados por prescripción de la acción penal, si al momento de resolver se advierte que se trata de un proceso de muy larga duración, extendido más allá de aquello que se podría considerar ajustado a derecho y conforme a las razones de política criminal que se tuvieron en cuenta al establecer el instituto de la prescripción y sus causales de suspensión e interrupción.

La prescripción de la acción penal por delitos con pena temporal, no puede, en ningún caso, exceder de doce años, toda vez que corresponde al Estado federal garantizar en todo el territorio de la República un conjunto de limitaciones temporales máximas que impidan una persecución punitiva gravemente irracional.

Los plazos del artículo 62 son excepcionales (umbral máximo de perseguibilidad), pero la prescripción de la acción penal puede operar antes si, una vez afianzada la imputación precisa (y luego de la declaración indagatoria) vencen los plazos

que la ley procedimental fijó como términos razonables para la duración de los procesos. (Del voto de los Dres. Catalano y Cornejo).

“N.N”, Tomo 201:695

Si el caso exhibe una evidente complejidad actuarial que lo aleja de los supuestos de excepción que importan una violación de la garantía de la duración razonable del proceso, toda vez que el trámite procesal originario se vio constantemente interferido por la sucesiva acumulación de causas, y en todas se habría cumplido el curso de la prescripción de conformidad a la pena máxima de los delitos allí requeridos en concurso real, al tratarse de una cuestión de orden público y declarable de oficio, resta constatar, mediante los informes actualizados del Registro Nacional de Reincidencia, si en el transcurso del proceso se dictó una sentencia condenatoria que haya interrumpido el término de la prescripción.

Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el juicio penal.

La vulneración del principio de celeridad tiene lugar

cuando el proceso sufre dilaciones indebidas, es decir, cuando dentro del mismo se constata la existencia de “tiempos muertos”, de paralización de la actividad procesal que carecen de justificación.

La aplicación de las reglas sobre la prescripción de la acción penal y de los actos que de acuerdo a la ley la interrumpen, no puede significar una conculcación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El plazo razonable es un concepto que no puede ser mensurado de manera directa, sino que requiere de una apreciación subjetiva de las condiciones que demuestran que el tiempo que lleva en trámite el proceso es excesivo. (Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Díaz, Ferraris y Posadas).

“Chocobar”, Tomo 181:155

Se ajusta a derecho la resolución que rechaza el pedido de sobreseimiento por insubsistencia de la acción penal fundado en que la duración del proceso ha excedido el tiempo razonable, si el tribunal tuvo en consideración que el caso no corresponde a un supuesto donde la aplicación estricta del sistema de prescripción de la acción penal -con sus actos interruptivos taxativamente fijados- o el transcurso del tiempo acontecido en virtud del planteamiento de recursos por las partes, haya producido una desmesura temporal de tal magnitud que justifique la operatividad de la garantía por excesiva duración del proceso, al

haber existido una adecuada progresión en su desarrollo y además, numerosos planteos y de conductas de los acusados que, miradas en su conjunto, tuvieron un efecto dilatorio que produjo una demora normal en el trámite del expediente.

Los principios de progresividad y preclusión como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal.

El concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición y para establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, es necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso.

“Cuello”, Tomo 181:995

## **2. Curso de la prescripción**

### **2.1. Notificación personal del imputado**

Si al momento de resolver, el plazo de prescripción se encuentra cumplido, para dictar el sobreseimiento solo resta

verificar si se dictó contra el imputado una sentencia condenatoria por otro delito que haya interrumpido dicho plazo, mediante los informes actualizados del Registro Nacional de Reincidencia.

Si bien el fallo de esta Corte constituye sentencia firme en orden a la condena impuesta en la causa, su falta de notificación personal al acusado al no ser habido por el tribunal de grado, impide el inicio de la etapa de ejecución penal, por lo cual el proceso todavía no se encuentra concluido, la acción penal no agotó su cometido y continuó corriendo el lapso de prescripción. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Cornejo y Ferraris).

Es improcedente la solicitud de que se declare la extinción de la acción por prescripción, si el proceso penal se encuentra culminado con el dictado de la sentencia de condena del imputado que adquirió el carácter de firme, por lo cual la acción penal agotó su cometido y en consecuencia, se debe declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación.

El imputado que no se encontraba a derecho por haberse evadido no puede pretender los beneficios de la prescripción de la acción bajo pretexto de que la sentencia no ha quedado firme y en consecuencia ha seguido corriendo el plazo, solo porque no se le ha notificado de la sentencia de casación que él mismo había interpuesto a través de la intervención de su defensa técnica. (Del

voto de los Dres. Díaz y Kauffman).

“Farías”, Tomo 184:33

## **2.2. Delito de impedimento de contacto**

El impedimento de contacto del menor con el padre no conviviente puede ser permanente (se comete hasta que sea restablecido el contacto) o instantáneo (por ej. cuando se interrumpe la comunicación telefónica entre padre-menor).

Tratándose en el presente caso de un delito de comisión permanente, no es dable trasponer los límites señalados en el requerimiento fiscal acudiendo a una presunción de continuación que se extienda durante todo el trámite del proceso, provocando que este tipo de ilícitos se conviertan en infracciones prácticamente imprescriptibles. Lo expuesto significa que, en tanto se pretenda influir en el curso de la prescripción más allá de los límites del acto requirente, será necesario que éste se reedite, sea mediante sucesivas ampliaciones o a través del mecanismo previsto en el art. 386 del C.P.P. (Ley 6345 y sus modificatorias). (Del voto de los Dres. Catalano, Díaz, Posadas y Granata).

“Punta”, Tomo 172:153

## **2.3. Delitos contra la integridad sexual**

En los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad el plazo prescriptivo no comienza a correr sino a partir de la medianoche del día en que éste haya alcanzado la

mayoría de edad.

La responsabilidad del Estado es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir los derechos de las mujeres y niñas a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquéllas que son abusadas, física, psíquica o sexualmente por una persona que convive con ellas en el hogar, con la que se encuentran en una posición de dominación-sometimiento.

Es violencia contra la mujer cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (Del voto de la Dra. Kauffman).

Resulta improcedente el planteo de prescripción formulado por el acusado si, en los términos de la condena, el abuso sexual gravemente ultrajante constituyó una unidad delictiva continua y progresiva que cesó de cometerse en noviembre de 2009, fecha en la que el acusado accedió carnalmente la menor (semanas antes de que ésta radicara la denuncia).

En efecto, el ataque sexual inicialmente considerado fue valorado por el tribunal “a quo” como una unidad delictiva continuada e ininterrumpida (2004-2009), cuya prolongación en el tiempo (desde que la víctima tuviera nueve años -2004- hasta que alcanzara la edad de catorce años -2009- ) determinara,

razonablemente, su calificación como abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, 2do. párrafo, del C.P. –reprimido con pena de cuatro a diez años de prisión o reclusión-). Ello impone que el término de prescripción pertinente (diez años) deba computarse a partir de noviembre de 2009 (pues en tal fecha cesó de cometerse el delito y se concretó el acceso carnal). Por ello, resulta evidente que no ha operado aun la prescripción de la acción penal correspondiente al mencionado delito y que el pronunciamiento de la condena recurrida interrumpió válidamente dicho plazo.

A igual conclusión cabe arribar respecto del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo –que se cometiera en noviembre de 2009-, previsto en el art. 119, 4º párrafo, inc. b), 1er. supuesto, del C.P. (reprimido con pena de reclusión o prisión de ocho a veinte años). Ello es así por el juego armónico de las normas precitadas con los arts. 62 inc. 2º y 67, 4º párrafo, inc. e) del C.P. (Del voto de los Dres. Posadas, Samsón, Vittar y Díaz).

“Olivera”, Tomo 192:257

El instituto de la prescripción constituye la renuncia del Estado a la potestad represiva, en tanto cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las que los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del tiempo y al minimizar el peligro del castigo estatal por actos

ocurridos en un pasado lejano.

La declaración de la prescripción tiene carácter de orden público, motivo por el cual debe ser dispuesta aún de oficio, pues se produce de pleno derecho por el mero transcurso del plazo pertinente, corre y se opera en relación a cada delito, aun cuando exista concurso de ellos.

Los plazos de prescripción deben estar legalmente determinados con carácter previo y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el contrario. Es que, para suspender o prorrogar un plazo, éste necesariamente debe estar vigente.

En el caso, conforme surge de la denuncia efectuada el 10/03/2017, del requerimiento de elevación a juicio, de la propia testimonial de la víctima vertida en el debate, de los alegatos finales del fiscal y, en especial, de la sentencia dictada por el tribunal de juicio el 18/05/2018, los ilícitos habrían ocurrido desde los siete (7) hasta los trece (13) años de edad de la víctima -es decir hasta el año 2000- período en que la norma penal (art. 67) no contemplaba ninguna causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal para casos como el aquí examinado (abuso sexual cuando la víctima es menor de edad).

Las reformas introducidas al Código Penal por las leyes 26705 (B.O. N° 32249, 05/10/2011) -conocida como “Ley Piazza”- y 27206 (B.O. N° 33253, 10/11/2015) -“Ley de respeto a los tiempos de las víctimas”- no rigen en el presente por cuanto, además de

ser “leyes ex post facto”, son más gravosas que la vigente al momento de ocurrencia de los hechos denunciados en perjuicio de A.A.V.Ch.; razón por la cual corresponde concluir que la acción penal derivada de este hecho ya estaba prescripta aún antes de la denuncia penal.

En materia de aplicación de la ley en general y de la ley penal en particular rige el principio romano “tempus regit actum”, vale decir que por principio los hechos habrán de juzgarse conforme la ley vigente a la fecha de su comisión. Sin embargo, el art. 2° del Código Penal consagra excepciones a dicha regla en atención a la mayor o menor benignidad de la ley anterior o posterior a la fecha de comisión del delito.

Tal disposición importa reconocer no solamente la retroactividad de la nueva ley más benigna, sino también la ultractividad de la ley anterior más benigna, quedando el principio general de la irretroactividad de la ley penal, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, interpretado en el sentido de que él se refiere solamente a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho.

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de legalidad ha sido reconocido desde sus inicios como uno de los fundantes en los principales instrumentos (arts. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 15.1 del PIDCP) y su corolario de la irretroactividad de

la ley penal más gravosa ha recibido también consagración expresa (art. 9 de la CADH y 15.1 del PIDCP). Su relevancia es tal que, en el sistema regional de derechos humanos, los principios de legalidad y de retroactividad más benigna no pueden ser suspendidos ni aun en “casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte” (art. 27.2 de la CADH).

No existe disposición alguna del derecho internacional de los derechos humanos que impida a que los Estados partes establezcan reglas de prescripción de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual –ni menos aún más graves, como el homicidio, que atenta contra el bien jurídico más importante de nuestro ordenamiento penal- cometidos por personas particulares que no sean agentes del Estado ni obren con su aprobación o bajo su dirección. En efecto, por más aberrante que sea el delito de abuso sexual u otras formas de abuso infantil, no están comprendidos en ninguna disposición de un instrumento internacional que establezca su imprescriptibilidad.

Las únicas excepciones reconocidas por los órganos regionales son los antecedentes referidos a sucesos en los que los hechos constituyen un crimen de guerra, de lesa humanidad, tortura, o en caso de graves violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, los hechos que motivaron la presente causa no alcanzan la entidad ni los requisitos necesarios mínimos para ser catalogados como “crímenes de lesa humanidad”, de acuerdo al

estándar establecido por la Corte Federal al compartir y hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General en Fallos, 330:3074.

La sola incorporación de los instrumentos internacionales al derecho interno, como lo ha hecho la reforma constitucional del año 1994 al conformar el “Bloque de Constitucionalidad”, no puede ser esgrimida como fundamento, entre otros, para afectar los principios y garantías tanto convencionales como constitucionales. En efecto, cuando el art. 72 inc. 22 de la Constitución Nacional incorpora los instrumentos internacionales de derechos humanos, expresamente dispone que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

La expresión “en las condiciones de su vigencia” significa, ni más ni menos, que las convenciones y tratados detallados en la norma constitucional deben ser aplicados en la República Argentina según la jurisprudencia de los tribunales internacionales y demás órganos competentes para su interpretación. En esa idea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos que analizó, no ha concluido como regla la imprescriptibilidad para cualquier tipo de delito, pues si bien en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos, lo cierto es que ha determinado que debe

tratarse de graves o muy graves violaciones a los derechos humanos, en los términos del Derecho Internacional (tortura o el asesinato cometidos durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos; cuando se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En el caso, los hechos investigados se refieren a presuntas agresiones sexuales que el imputado habría cometido, las que no obstante la gravedad de los extremos denunciados, remiten a episodios acaecidos donde no intervinieron representantes de la autoridad pública, como tampoco se aprecia ninguna actividad por parte del Estado que pudiera interpretarse como obstructora de la posibilidad del ejercicio de la acción penal, lo que impide que sean considerados como crímenes de lesa humanidad. (Del voto de los Dres. Ovejero Cornejo, Vittar, Catalano, Gauffin y Polliotto).

La interacción recíproca del interés superior del niño y del derecho a la tutela judicial efectiva pone a consideración un marco de principios o derechos fundamentales que constituyen insoslayables mandatos de optimización. Las normas del derecho constitucional que los establecen, especialmente posicionadas en

la jerarquía jurídica que surge del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no tienen contenidos específicos; crean sí, la expectativa de que tal contenido sea otorgado mediante otras disposiciones que adquieren la función de reglas que el Estado está obligado a proveer para la vigencia del respectivo derecho.

En estas condiciones se impone una intervención judicial que en lugar de hacer prevalecer la aludida protección insuficiente y la consiguiente cancelación del derecho fundamental en juego, efectúe una interpretación que de la preeminencia merecida a las disposiciones de orden constitucional.

Esto es así pues el derecho a la tutela judicial efectiva amparaba a la víctima al momento de los hechos, porque nuestro país ya había suscripto la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 23849, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 23054. En la primera se encontraba “positivizado” el deber del Estado de priorizar el interés superior del niño y en ambas convenciones se reconoce expresamente el derecho reclamado por la víctima a contar con una tutela judicial efectiva.

Esto significa que al momento de los sucesos denunciados estas normas ya contaban con jerarquía normativa superior a los del Código Penal. Luego, con la reforma constitucional de 1994, adquirieron inclusive jerarquía constitucional mediante la expresa disposición del art. 75 inc. 22

de la Constitución Nacional, lo que pone de manifiesto la relevancia que adquieren los derechos allí contemplados y la preeminencia que han tenido desde su mismo reconocimiento.

A partir de lo antes indicado, cabe concluir que la expectativa de justicia de sujetos especialmente vulnerables, protegida por disposiciones convencionales de rango constitucional -receptadas en disposiciones de derecho interno de orden nacional que refuerzan la potestad de persecución penal- no puede ser completamente cancelada por una ponderación inadecuada del interés del imputado en liberarse de la persecución penal que no resulta amparado por el principio de legalidad en la misma medida que la que dictan otras necesidades de certeza del orden penal, conforme a las exigencias del Estado de Derecho.

Por tal motivo se debe entender que el mantenimiento de la vigencia de la acción penal en las instancias precedentes del proceso ha sido acertado. (Del voto de los Dres. López Viñals y Samsón, con la adhesión de los Dres. Aguilar y Rodríguez Faraldo).

La especial naturaleza de los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad impone, en definitiva, la conclusión de que una interpretación jurídica que conduzca a tener por operada la prescripción con fundamento en el principio de legalidad, despreciando los concretos postulados de las Convenciones de Belém de Pará, de los derechos del Niño, sobre la eliminación de

todas las formas de discriminación contra la mujer y las razonables expectativas de justicia de la sociedad, colisionaría con los exigibles estándares de convencionalidad en materia de derechos humanos y resultaría, por ende, de manifiesta arbitrariedad. (Del voto de los Dres. Aguilar y Rodríguez Faraldo).

“Chinque”, Tomo 237:555

#### **2.4. Delitos de acción privada**

En los procesos por delitos de acción privada los actos que se identifican con los señalados taxativamente por el Código Penal y que interrumpen el curso de la prescripción de la acción penal son: la interposición de la querella, la citación a juicio y la sentencia condenatoria en el proceso en cuestión, aun cuando no se encontrare firme. (Del voto de los Dres. Catalano y Cornejo).

“Iacuzzi”, Tomo 193:639

Las causas por delitos contra el honor, se inician exclusivamente mediante el ingreso en sede judicial del escrito de acusación por parte del querellante. La naturaleza y contenido de este escrito, en el que se promueve la acción penal privada, permiten tener a su presentación como constitutiva de la causal de interrupción indicada en el inc. c) del 4to. párr. del art. 67 del C.P., lo que atípicamente le confiere una prioridad temporal dada la peculiaridad de la mecánica procedimental de la querella.

El siguiente acto al que corresponde asignar entidad

interrumpitiva en los procesos por delitos de acción privada, conforme a lo dispuesto en el art. 67, 4to. párr., inc. d), es el auto de citación a juicio, previsto en el art. 437 del C.P.P. (Ley 6345 y sus modificatorias), mediante el que se emplaza a las partes a comparecer, formular las propuestas de prueba y deducir excepciones.

“Serrudo”, Tomo 189:159

Se ajusta a derecho la resolución que declara la prescripción de la acción por el delito de calumnias, si el tribunal ha valorado que desde la fecha de la denuncia por el supuesto delito falsamente atribuido al querellante hasta el día de presentación de la querrela ya había transcurrido el término de prescripción.

“Carranza”, Tomo 167:751

## **2.5. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**

El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar puede definirse en sus aspectos centrales como un delito doloso de mera inactividad y de carácter permanente. Es una infracción permanente, siendo indispensable para que el tipo se realice, que la omisión de prestar alimentos se prolongue en el tiempo y se mantenga en ese estado antijurídico, la perfección del delito supone un cierto estado y no un solo acto, siendo el estado de consumación susceptible de prolongarse mientras la obligación

continúe sin cumplirse.

La operatividad del derecho a la duración razonable del proceso que ostenta todo justiciable (y la consiguiente declaración de insubsistencia de la acción penal) se ha condicionado a su conducta procesal en el caso concreto: la insustancialidad de la acción penal es una causal extintiva, por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, siempre que el imputado haya agotado sin éxito los mecanismos legales para obtener un pronunciamiento, vale decir, para efectivizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable -pronto despacho y queja por retardada justicia-, ya que la consecuencia procesal de la garantía no puede ser otra que el sobreseimiento.

Como bien se ve, el funcionamiento práctico de la garantía del plazo razonable requiere de parte del sujeto interesado un comportamiento activo, responsable y comprometido con la regular sustanciación del proceso, que no se compadece con la actitud que evidenciara en autos el imputado.

Por ello, es necesario en el "sub lite" compatibilizar el tipo de delito bajo examen (permanente) y su trascendencia dogmática y político-criminal con el derecho de todo acusado a obtener un pronunciamiento justo, en tiempo útil y oportuno, en el marco de un proceso sustanciado sin dilaciones indebidas (duración razonable del proceso). En este sentido, cabe resaltar las reiteradas inasistencias del imputado y su comportamiento esquivo frente a los diversos llamados jurisdiccionales. En tal

contexto, resulta evidente que el encausado no puede invocar válidamente la garantía de la duración razonable del proceso, toda vez que su prolongación obedeció, en definitiva, a su propia conducta evasiva, sin que mediara afectación o menoscabo a sus derechos ni dilación, postergación o denegación alguna del trámite por parte de los órganos judiciales actuantes. (Del voto de los Dres. Samsón y Vittar).

En cuanto a la vigencia de la acción penal respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cabe señalar que una correcta interpretación acorde con el texto de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, principalmente en relación a aquéllos que amparan el derecho de la familia a contar con la asistencia de quienes están obligados a prestarla lleva a sostener que, respecto del delito de incumplimiento de asistencia familiar tipificado por el art. 73 del C.P., el curso de la prescripción se inicia cuando se acredita que dejó de cometerse y que esta afirmación no violenta el principio de congruencia ni el derecho a obtener sentencia en un plazo razonable. Ello, en razón de la naturaleza del delito imputado, del contenido de las funciones y facultades del Ministerio Público en relación a la promoción de la acción penal; finalmente, de entender el alcance del instituto de la prescripción en el contexto de la particular naturaleza de este delito y en el marco de la trama constitucional que protege distintos derechos de igual y

fundamental jerarquía, teniendo en cuenta que dichas garantías se relacionan con el bien jurídico protegido y los valores en juego en cada caso y, principalmente, con la necesidad de una visión integral del actual bloque de constitucionalidad.

Conforme su naturaleza, el delito imputado en esta causa es de carácter permanente -lo que, además, se encuentra indiscutido en autos-. Supone esta figura el mantenimiento de una situación típica por la voluntad del autor, durante un lapso en el que se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma, se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo.

En consecuencia, omitido el cumplimiento de asistir a su familia, por parte de quien está obligado a ello, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha omisión dure días, semanas, meses, años. Desde la inicial verificación del incumplimiento hasta la cesación de la permanencia, perdura la consumación.

Desde el punto de vista del derecho interno, es menester señalar que la Sra. Juez del Tribunal de Juicio luego de efectuar un análisis jurídico-legislativo sostuvo concretamente, para fundar

su decisión, que existen dos intereses en pugna en autos, el del imputado a ser juzgado en plazo razonable y el interés superior del niño, al que hizo prevalecer. Ello es así, dadas las particularidades del caso, toda vez que el encartado fue renuente a presentarse a estar a derecho en la causa que se sigue en su contra, siendo necesaria la conducción por la fuerza pública.

Sin embargo, para que la aplicación de esa causa de extinción de la acción penal tenga andamio, debe verificarse la concurrencia de las condiciones estipuladas a tal fin, de acuerdo al tipo de delito de que se trata; lo que no ocurre en autos y al respecto es sumamente ilustrativo la renuencia del imputado y la ausencia de comprobantes que acrediten que el imputado haya cesado en la omisión. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Varela”, Tomo 202:523

El último acto con idoneidad para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, que prevé una pena máxima de dos años, fue el decreto de citación a juicio, de fecha 01/07/2008. En consecuencia, la acción penal se extinguió el día 01/07/2010, transcurridos dos años desde el citado decreto de citación a juicio.

No se niega aquí el carácter permanente del delito atribuido al imputado, pero debe enfatizarse que, en cuanto al momento en que deja de cometerse, señalado por la ley de fondo como circunstancia que marca el inicio del curso de la

prescripción, no es dable trasponer los límites señalados en el requerimiento fiscal acudiendo a una presunción de continuación que se extienda durante todo el trámite del proceso, provocando que este tipo de ilícitos se conviertan en infracciones prácticamente imprescriptibles. Lo expuesto significa que, en tanto se pretenda influir en el curso de la prescripción más allá de los límites del acto requirente, será necesario que éste se reedite, sea mediante sucesivas ampliaciones o a través del mecanismo previsto en el art. 386 de la ley 6345. (Del voto de los Dres. Catalano, Diaz, Ferraris y Posadas).

En cuanto a la vigencia de la acción penal respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cabe señalar que una correcta interpretación acorde con el texto de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, principalmente en relación a aquéllos que amparan el derecho de la familia a contar con la asistencia de quienes están obligados a prestarla (entre otras normas, los arts. VI de la Decl. Americana de los Derechos del Hombre, 17.1, 19 y 32 del Pacto de S.J. de Costa Rica, 10.1 del Pacto de Derechos Ec., Socs. y Cult., 24 del Pacto de Derechos Civ. y Políticos) lleva a sostener que, respecto del delito de incumplimiento de asistencia familiar tipificado por el art. 73 del C.P., el curso de la prescripción se inicia cuando se acredita que dejó de cometerse y que esta afirmación no violenta el principio de congruencia ni el derecho a

obtener sentencia en un plazo razonable. Ello, en razón de la naturaleza del delito imputado, del contenido de las funciones y facultades del Ministerio Público en relación a la promoción de la acción penal; finalmente, de entender el alcance del instituto de la prescripción en el contexto de la particular naturaleza de este delito y en el marco de la trama constitucional que protege distintos derechos de igual y fundamental jerarquía, teniendo en cuenta que dichas garantías se relacionan con el bien jurídico protegido y los valores en juego en cada caso y, principalmente, con la necesidad de una visión integral del actual bloque de constitucionalidad.

Conforme su naturaleza, el delito imputado en esta causa es de carácter permanente -lo que, además, se encuentra indiscutido en autos-. Supone esta figura el mantenimiento de una situación típica por la voluntad del autor, durante un lapso en el que se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma, se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, como lo hace notar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estas estructuras típicas está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo. (Del voto de los Dres. Cornejo, Kauffman y Vittar).

“Ruiz”, Tomo 169:229

En función del carácter permanente del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, el curso de la prescripción se inicia cuando se acredita que dejó de cometerse; lo que puede ocurrir con la prueba del efectivo cumplimiento del deber asistencial, o de la imposibilidad atendible de hacerlo por parte del sujeto obligado, o al alcanzar los alimentarios la mayoría de edad, momento éste en que cesa la obligación que pesa sobre aquél. (Del voto de los Dres. Cornejo, Kauffman y Vittar).

Para que se pueda extender el curso de la prescripción más allá de los límites del propio acto requirente será necesario, pues, que éste ponga de relieve la continuación del incumplimiento inicialmente atribuido al imputado. Ello es así, pues el derecho de la víctima a la jurisdicción supone también su correlativo deber de colaboración con la justicia para establecer con precisión las circunstancias referidas al cese de la actividad delictiva que la afectara, aporte sin cuya incorporación al proceso no será posible ampliar la actividad persecutoria, pues ésta no debe fundarse en meras suposiciones imaginarias carentes de corroboración material que extralimiten la descripción originaria del hecho. (Del voto de los Dres. Posadas, Catalano, Ferraris y Díaz).

“Peralta”, Tomo 168:07

En cuanto a la vigencia de la acción penal respecto del

delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el curso de la prescripción se inicia cuando se acredita que dejó de cometerse, en razón de la naturaleza del delito imputado y del contenido de las funciones y facultades del Ministerio Público en relación a la promoción de la acción penal.

Omitido el cumplimiento de asistir a su familia por parte de quien está obligado a ello, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha omisión dure días, semanas, meses, años. Desde la inicial verificación del incumplimiento hasta la cesación de la permanencia, perdura la consumación. (Del voto de los Dres. Cornejo, Kauffman y Vittar).

El carácter permanente del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar respecto del momento en que cesa de cometerse, no implica que sea posible trasponer los límites señalados en el requerimiento fiscal acudiendo a una presunción de continuación que se extienda durante todo el trámite del proceso, haciendo que este tipo de ilícitos se conviertan en infracciones prácticamente imprescriptibles.

Corresponde sobreseer al acusado si se encuentra extinguida la acción penal en relación al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar al haber transcurrido desde el último acto interruptivo el término máximo de pena previsto en el art. 1º de la ley 13944, sin que además se advierta durante ese período la comisión de otro delito. (Del voto de los Dres. Díaz,

Catalano, Ferraris y Posadas).

“Gutierrez”, Tomo 171:291

### **3. Suspensión de la prescripción**

#### **3.1. Funcionario público**

La suspensión de la prescripción de la acción penal solo puede operar una vez que esta ha sido promovida, pues no es posible hablar de suspensión de una acción que no se ha concretado aun. Si bien la referida suspensión está prevista en la ley penal sustantiva, es necesario articularla con la actuación de la ley adjetiva.

En materia de suspensión de la prescripción, el Código Penal se refiere al concepto procesal de acción, no al sustantivo, pues desde este punto de vista la acción nace desde el delito, y los únicos obstáculos sustantivos son las cuestiones prejudiciales, y los casos de acción privada o de instancia privada.

El art. 67 del C.P. dispone que la suspensión de la prescripción operará mientras los funcionarios públicos permanezcan en el cargo, y siendo que la calidad de escribano público no está naturalmente destinada a cesar sino solamente en supuestos excepcionales, si no se siguiese el criterio que expuse y se considerase que la suspensión de la prescripción opera, aun cuando la acción penal no haya sido promovida, el transcurso del plazo quedaría suspendido “sine die”.

De ese modo se establecería, por vía de interpretación, la imprescriptibilidad del delito, circunstancia que no solo no ha sido prevista por la legislación, sino que implicaría un agravamiento de la situación jurídica del imputado evidentemente violatoria de sus derechos.

El instituto de la prescripción cabe en el concepto de ley penal, en tanto ésta comprende no solo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva. Consecuentemente, tanto la regulación legal de la prescripción como su interpretación y aplicación deben guardar adecuación al principio de legalidad –lo que incluye la prohibición derivada de analogía “in malam partem”-. (Del voto de los Dres. Samsón y Posadas).

“N.N.”, Tomo 201:695

La posible intervención de un funcionario público en cualquier delito es una cuestión atinente a las específicas modalidades de ejecución, es decir, salvo los tipos funcionales (casos de autoría necesaria), depende de la conducta que despliegue en el perfeccionamiento del hecho punible, que será relevante si constituye un acto ejecutivo, de colaboración, auxilio o de instigación directa.

Es así que esa característica particular que incide en el cómputo de la prescripción no constituye una tipología abstracta

que surja de la simple calidad y, muy por el contrario, se configura si el delito ha sido llevado a cabo “con motivo” del ejercicio funcional, valiéndose de la función como “medio” sin el cual el hecho no podría haberse ejecutado del modo en que se cometió, amén de que ello se encuentre o no previsto como un elemento del tipo en cuestión; cuestión que también atañe a los extremos fácticos de cada caso particular.

“Lostal”, Tomo 188:553

### **3.2. Empleado judicial**

El actual texto del 2do. párrafo del art. 67 del C.P., introducido por ley 25188, amplía el supuesto de suspensión de la prescripción a todos los delitos cometidos en ejercicio de la función pública y, por otro, hace extensivo ese efecto a todos los partícipes mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. Mientras el sujeto activo detenta un cargo público, es lógico que la suspensión preserve la punibilidad del hecho que cometiera mientras dura tal cargo.

Esa especial calidad funcional y las consecuencias que –tuvo en cuenta el legislador– puede producir en el ejercicio de la potestad represiva estatal, constituye una excepción fundada en legítimos motivos que autorizan la diferencia normativa en orden al curso de la prescripción y exige su concreta aplicación siempre que se verifiquen los requisitos subjetivos y objetivos previstos en la ley.

El concepto de funcionario o empleado público es de carácter funcional. Éste, se relaciona con la participación de la persona en la función pública de acuerdo con el propio art. 77 del C.P.. Ello así en tanto, merced a la interpretación auténtica, contextual y obligatoria de nuestra ley penal, el término funcionario público alcanza a todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas cualquiera sea el modo de designación, y así la amplitud de la calidad de funcionario público y el ejercicio de esa función se encuentra determinada, y equipara a los efectos del mentado código el ejercicio de tal función, prescindiendo de toda calificación extrapenal y distinciones de régimen, rango, escalafón o jerarquía.

El agente cesó en la administración de justicia el día 08/02/2007, y se encontraba suspendido en sus funciones desde el 10/07/2003. El primer llamado a indagatoria data de esta misma fecha.

Por lo tanto, en autos operó una suspensión del curso de la prescripción, motivada en el carácter de empleado judicial que revestía el acusado a la fecha del ilícito imputado (08/07/2003), la que se extendió desde el día del cese de sus funciones el 08/02/2007. Desde esta última fecha, no ha transcurrido el plazo mínimo para que opere el instituto de la prescripción, que en el caso “sub examine” asciende a seis años.

La especial calidad de funcionario público y las consecuencias que tuvo en cuenta el legislador puede producir en

el ejercicio de la potestad represiva estatal, son suficientes razones para establecer la diferencia normativa en orden al curso de la prescripción y en relación a otros imputados que no posean tal calidad, siendo además que la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

“Barboza”, Tomo 167:727

### **3.3. Personal policial**

Si bien el legislador ha previsto el instituto de la prescripción basado en la desaparición de la alarma social y de una supuesta ausencia de la voluntad persecutoria estatal, ha tenido en cuenta también que el citado instituto no puede regir lisa y llanamente en ciertas situaciones especiales. Así, conforme el segundo párrafo del art. 67 del C.P. la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

Mientras el sujeto activo ejerce un cargo público, es lógico que la suspensión preserve la punibilidad del hecho que cometiera mientras dura tal cargo.

La “ratio legis” de la Ley 25188 (Ética en el Ejercicio de la Función Pública) –que reformó el art. 67 del Código Penal en su segundo párrafo- en tanto suspende el curso de la prescripción de

la acción penal para aquél que se encuentre desempeñando un cargo público, no es la de preservar la incolumidad del servicio público, el buen desempeño del funcionario o empleado, sino aventar toda posibilidad de que permaneciendo en el cargo pueda usar su influencia para impedir o entorpecer la investigación.

Sobre la calidad de funcionario público corresponde resaltar además que la Convención Interamericana contra la Corrupción del 23/3/96, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 24759, con un criterio funcional, define a la función pública como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Dentro de ese marco conceptual corresponde resaltar que el imputado al momento de cometer el hecho que se le imputa ostentaba la calidad de funcionario público toda vez que se desempeñaba como Director General de Seguridad con el rango de Comisario General, cargo con el que es designado por el Poder Ejecutivo Provincial conforme con el inc. 7 del art. 144 de la Constitución Provincial.

Por las razones expuestas resulta claro que el delito se habría cometido en cumplimiento de funciones públicas motivo por el que en autos operó una suspensión del curso de la prescripción.

En consecuencia, dado el delito investigado y la función

desempeñada por el imputado resulta de aplicación el art. 67 inc. 2º segundo párrafo del Código Penal, de modo que no corrió el plazo de la prescripción.

“Rodríguez Sánchez”, Tomo 206:391

Se ajusta a derecho la sentencia que rechaza el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción, si se funda en la suspensión del curso del plazo que dispone el artículo 67, 2do párrafo del Código Penal por la calidad de funcionario público del imputado y el ejercicio funcional en la ejecución del delito.

La función policial reviste el indudable carácter de pública, en tanto implica el desempeño de una actividad que se ejecuta en nombre y representación del Estado, que permite a quien la detenta ejercer la influencia que determina el establecimiento de la causal de prescripción.

Resulta intrascendente para la ley penal la calidad o rango detentado por los imputados dentro del escalafón policial. (Del voto de los Dres. Cornejo, Díaz, Kauffman, Posadas, Vittar, Catalano y Samsón).

“Chavarría”, Tomo 191:931

### **3.4. Agente de tránsito**

Si el imputado, al momento de cometer el hecho que se le imputa, se desempeñaba como funcionario público, toda vez que se encontraba realizando tareas encomendadas por el Poder

Ejecutivo Municipal consistentes en hacer cumplir a los ciudadanos las normas de tránsito, momento en el cual labró un acta de infracción, el curso de la prescripción se encuentra suspendido, y tal circunstancia de manera alguna afecta la igualdad ante la ley ni la jerarquía de la Constitución Provincial.

Existe función pública cuando el Estado encarga o delega en una persona, de manera exclusiva o en colaboración con otros, de modo continuo, bajo formas y condiciones determinadas, en una esfera de competencia restringida, la facultad de formar, constituir o ejecutar la voluntad del Estado, la cual se orienta a la realización de un fin público.

La función de los agentes de tránsito reviste el indudable carácter de pública, en tanto implica el desempeño de una actividad que se ejecuta en nombre y representación del Estado ya que la ley no ha efectuado distinciones relativas a la jerarquía del agente público o a otras razones que permitan a quien la detenta ejercer la influencia que determina el establecimiento de la agravante.

Corresponde el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 67, 2º párrafo del Código Penal, si el interesado no demuestra claramente de qué manera la norma contradice la Constitución y le causa de ese modo un perjuicio por la aplicación de la disposición.

“Ríos”, Tomo 195:707

La modificación al 2do. párrafo del art. 67 del C.P. introducida por ley 25188 –ocurrida con anterioridad a los hechos de la causa- extiende los supuestos expresos de delitos funcionales que anteriormente enumeraba a todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública. Al respecto, la calidad de funcionario público y el ejercicio de esa función se encuentran determinados, mediando interpretación auténtica y contextual, de manera obligatoria, en el art. 77 del C.P. que equipara a los efectos del mentado código el ejercicio de tal función, prescindiendo de toda calificación extra penal y sin distinciones de régimen, rango, escalafón o jerarquía.

De las constancias de autos surge que, al momento del hecho, el acusado se desempeñaba como inspector de tránsito y que el hecho imputado habría sido cometido en ejercicio de dicha función. Sin embargo, previo a dictar el auto impugnado, la continuidad o no de esa causal suspensiva no fue objeto de verificación por parte del juzgador, según lo exige el art. 67, 2do. párrafo “in fine” del C.P., por lo que corresponde revocar el mismo.

“Brunotto”, Tomo 169:309

### **3.5. Médico de hospital público**

En el caso, y de acuerdo al requerimiento fiscal, el hecho imputado habría sido cometido por el acusado en desempeño de una actividad pública prestada en su calidad de profesional de las

ciencias médicas en el Hospital San Vicente de Paul, sito en la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán. Por lo tanto, ante el expreso obstáculo legal, no resulta procedente la prescripción de la acción penal. (Del voto de los Dres. Vittar, Catalano, Cornejo, Ferraris y Posadas).

“Villagrán”, Tomo 170:923

#### **4. Interrupción de la prescripción**

##### **4.1. Llamado a indagatoria**

En primer lugar, cabe consignar que en virtud de la sucesión de leyes devenida a lo largo del presente proceso, corresponde aplicar retroactivamente la Ley 25990 de 2005, norma que de manera taxativa establece una serie de actos con virtualidad interruptora del término de prescripción.

Entre esos actos de procedimiento interruptores, se tiene al primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado.

En los presentes autos el primer llamado a indagatoria tuvo lugar en fecha 22 de febrero de 2000. La invalidez del mismo respondió a una declaración de incompetencia en razón de la materia y no a una imputación deficiente relativa al estado intelectual de sospecha por parte del juez, lo que, en su caso, por su carácter intrínseco, sí privaría al llamado a declarar del

referido efecto interruptor de la prescripción.

La convocatoria de la acusada a participar en la renovación del procedimiento oportunamente invalidado, de ningún modo puede asignársele un efecto interruptivo adicional de la prescripción dado que la norma aplicable solo atribuye esa consecuencia al primer llamado efectuado a una persona con el objeto de recibirle declaración indagatoria. (Del voto de los Dres. Díaz, Posadas, Vittar y Catalano).

Si el juzgado de instrucción resolvió hacer lugar al planteo de la defensa del acusado y en su mérito declaró la nulidad de los actos procesales, ante aquella decisión la nueva declaración indagatoria tiene el carácter de acto interruptivo de la prescripción, pues la indagatoria que fuera tomada por ante un juez incompetente es un acto carente de valor jurídico alguno y no puede servir de base para el cómputo de la prescripción.

Contraviene la doctrina de los actos propios el planteo de la propia defensa técnica que fue quien advirtió y solicitó la nulidad de los actos procesales llevados a cabo, a lo que el tribunal hizo lugar y le notificó adecuadamente sin que articulara ninguna oposición, razón por la cual mal puede en otro estadio pretender que lo que ha perdido validez sobre ahora vida en razón de un mero interés estratégico para articular su defensa, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propias actitudes, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta

jurídicamente relevante y plenamente eficaz. (Del voto de la Dra. Kauffman).

“Pérez Pérez”, Tomo 189:829

#### **4.2. Requerimiento acusatorio**

No cabe duda de que cuando el art. 67 del C.P. se refiere al requerimiento acusatorio de elevación a juicio, alude al acto en que el representante del Ministerio Público Fiscal se pronuncia acerca de la relevancia penal de un hecho y a la necesidad de que ésta se dirima mediante un pronunciamiento jurisdiccional. Es fácil comprender que el pronunciamiento del Fiscal, desprovisto de cualquier otro recaudo adicional, tiene trascendencia interruptiva, porque, “per se”, traduce la subsistencia del interés de la sociedad que ese funcionario representa, en que se esclarezca el hecho y se determinen sus consecuencias jurídicas. (Del voto de los Dres. Cornejo, Ferraris, Posadas y Catalano).

“Velázquez”, Tomo 164:997

En virtud del art. 67 inc. c) del C.P., la prescripción se interrumpe –además de los otros supuestos taxativamente enumerados por la norma- por el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente.

Para producir efectos, el acto debe pertenecer al proceso, de acuerdo a lo que establezcan sus normas reguladoras. En ese

orden, conforme al cargo de recepción, el requerimiento de juicio posibilitó el avocamiento jurisdiccional el 15/10/08, sin que pueda estarse a otra fecha distinta que no implica actividad procesal.

El delito por el que viene requerida la imputada prevé una pena máxima de dos años. Por lo tanto, el decreto de citación a juicio del 13/10/10, fue dictado encontrándose vigente la acción penal. (Del voto de los Dres. Posadas, Catalano, Cornejo, Díaz, Ferraris y Kauffman).

“Soto”, Tomo 167:611

#### **4.3. Comisión de otro delito**

Solo puede considerarse causal interruptiva del curso de la prescripción la comisión de un ilícito declarado mediante sentencia firme, lo que implica que para constatarlo se torna imprescindible acudir al informe actualizado del Registro Nacional de Reincidencia. Si no se cuenta con información fehaciente que permita descartar con el grado de certeza requerido para la emisión de un pronunciamiento liberatorio definitivo, que el acusado no incurriera en actividad delictiva durante el curso de todo el plazo de prescripción, corresponde considerar que el sobreseimiento se ha dispuesto sin motivación que incluya razonamientos adecuados acerca de todos los aspectos vinculados a la posible extinción de la acción y ello determina la nulidad de la resolución. (Del voto de los Dres. Vittar y Díaz).

“Chavarria”, Tomo 163:1071

El dictado de una resolución de la magnitud del sobreseimiento, que pone fin a la pretensión persecutoria del Estado en el proceso penal, exige de parte del tribunal que lo va a dictar, en razón de lo dispuesto por el art. 67 del C.P., que el plazo de prescripción no se haya interrumpido, hecho que solo se puede verificar a partir de los correspondientes informes, planilla prontuarial y del R.N.R., los que, sin lugar a dudas, deben reunir las exigencias normativas, en tanto constituye una exigencia del principio de legalidad. No cumplen ese recaudo los informes nominativos que se producen omitiendo el cotejo de las huellas dactilares que la ley manda para conferir a los datos la certeza y seguridad necesaria, y que esos informes, sin duda irregulares, deben ir sucedidos por la correspondiente ratificación.

La ley 22117 dispone que antes de dictar resoluciones en las cuales deban tenerse en cuenta los antecedentes del causante, es obligación solicitar el informe respectivo al Registro creado por ley 11752. Exigencia que se compatibiliza con el art. 67 del C.P. y con la naturaleza del organismo que concentra la información específica en todo el territorio nacional. Los datos que proporcione el R.N.R. permitirán, eventualmente, descartar la existencia de un hecho interruptivo de la prescripción, no pudiendo en modo alguno soslayarse el trámite pertinente sin grave riesgo de quebrantar el orden legal establecido.

“Ibañez”, Tomo 167:963



## CAPÍTULO XI

### DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

#### **1. Acción pública**

Frente a la noticia de un hecho, eventualmente punible, perseguible por acción pública, es obligatorio promover la persecución penal y, tras el trámite procesal pertinente, arribar a la decisión judicial que solucione el caso según las normas del derecho penal y ponga fin al proceso.

Así, la acción penal es el instrumento jurídico por medio del cual se actúa la potestad represiva del Estado de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las sanciones jurídicas necesarias a la defensa y al mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos. Vale decir, que si el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico, el delito que los vulnera exige, más que determina, la actividad del Estado, en el cual se concentran naturalmente las facultades que promueven y realizan la actuación de los órganos estatales. La función penal es de índole eminentemente estatal.

La acción penal debe definirse como el requerimiento por parte del ministerio público de una decisión del juez sobre una “notitia criminis” que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal.

La acción pone límite a la jurisdicción en cuanto a la realidad juzgable. La jurisdicción solo puede pronunciarse dentro del ámbito ficticio (procesal) que le presenta el órgano de la acusación, órgano éste que es titular del ejercicio del poder de acción del Estado. Fuera de ese ámbito, la jurisdicción se extralimitaría en la extensión de su poder. (Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo y Posadas).

“Ola Castro”, Tomo 201:327

### **1.1. Denuncia anónima**

Corresponde señalar, respecto al reparo que la investigación se inició con una denuncia anónima, que nada obsta a que sea considerada “notitia criminis” y dé lugar a la intervención fiscal (art. 241 del C.P.P.) y/o policial (art. 238), cuando se trata de delito de acción pública, como el de autos.

“García”, Tomo 216:533

## **2. Acción dependiente de instancia privada**

El fundamento del límite de la persecución penal pública en los delitos contra la integridad sexual, cuya acción depende de

instancia privada, está dado por el respeto a la intimidad de la persona afectada, pretendiéndose con ello evitar las consecuencias del “strepitus fori”. Es decir que se deja en manos de la víctima y en uno de sus representantes legales, la valoración sobre la necesidad y conveniencia de juzgar la conducta delictiva, en función de que el proceso puede exponerla al público de forma tal que se vea doblemente afectada. (Del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Díaz, Ferraris y Kauffman).

“Cardozo”, Tomo 170:869



## CAPÍTULO XII

### SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA

#### **1. Antecedentes condenatorios del imputado**

El primer requisito para la viabilidad de la suspensión de juicio a prueba es la condición de “primario” del acusado a cuyo favor se solicita; es decir, se exige que el beneficiario no haya sido anteriormente condenado por un delito reprimido con pena privativa de libertad. Ello surge de la interpretación armónica de los arts. 76 bis, cuarto párrafo y 26 del Código Penal, pues la suspensión del juicio a prueba es viable en los mismos supuestos en que procede la suspensión de la pena. En virtud de ello, también resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 27 del mismo cuerpo normativo, por lo que, transcurridos los plazos allí previstos desde la primera condena, ésta no será considerada y podrá otorgarse la suspensión del juicio a prueba.

Al encontrarse acreditado que el imputado registra condena por homicidio culposo y lesiones culposas de fecha 15/10/02, no habiendo transcurrido -hasta el momento del hecho que por esta causa viene acusado (23/07/08)- el plazo fijado en el art. 27 del C.P. (ocho años, en este caso), el pedido de la defensa es

improcedente. (Del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Vittar, Díaz, Catalano y Ferraris).

Al no existir razonabilidad en la imposición de un plazo, y que por lo demás su inclusión el Código Penal se fundó exclusivamente en el mero arbitrio del legislador, no aparece compatible con el sistema de garantías en que reposa el Estado Republicano de Derecho, lo cual no importa sostener la impunidad, ni nada que se le parezca, sino establecer, armónicamente, la adecuada proporción que debe existir entre la imposición de una pena efectiva y sus consecuencias, con la posibilidad de que el autor de un delito que pueda suspenderse su sanción sea capaz de reparar el daño, que es lo que se avizora en la especie.

Así las cosas, para la opinión que aquí se sustenta, conforme las facultades que constitucionalmente tiene asignada esta Corte, tiene que hacerse lugar al recurso de casación y en consecuencia ordenarse la suspensión del proceso a prueba, porque de lo contrario se vulneraría inequitativamente la garantía de igualdad consagrada por la Constitución Nacional. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Landriel”, Tomo 161:227

No procede la suspensión del juicio a prueba si se encuentra acreditado que el imputado registra una condena de

ejecución condicional anterior, circunstancia que obsta a la concreta posibilidad de una nueva condena de ejecución en suspenso y del beneficio solicitado, al no haber transcurrido el plazo fijado en el 2º párrafo del artículo 27 del Código Penal.

La aplicación de los términos previstos en el artículo 27 del Código Penal resulta de una aplicación armónica que compatibiliza el beneficio de la suspensión del juicio a prueba con los recaudos previstos para la condena de ejecución condicional, mediando una interpretación sistemática.

La solución prevista para un beneficio que requiere condena no puede ser aplicada textualmente a otro que presupone la inexistencia de una sentencia definitiva, pues sus fines radican en evitar la sustanciación del debate y la eventual estigmatización del acusado, que precisamente ocurriría ante la condena del segundo hecho.

La única manera de compatibilizar -y por ende aplicar a favor del acusado- los lapsos del artículo 27 del Código Penal, es computarlos desde la primera condena firme y hasta el hecho investigado en la segunda causa, aun cuando éste no sea técnicamente un delito cuya comisión haya sido declarada judicialmente. (Del voto de los Dres. Posadas, Samsón, Catalano y Cornejo).

“Cinco”, Tomo 189:319

## **2. Ofrecimiento de reparación de los daños**

Para obtener el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, conforme lo prescripto en el tercer párrafo del art. 76 bis del Código Penal, el acusado debe ofrecer hacerse cargo de la reparación de los daños ocasionados por el delito en la medida de lo posible, por lo que no resulta suficiente, para ello, reproducir textualmente la letra de la ley, sino que tal ofrecimiento, para ser real y cumplir con la exigencia de control jurisdiccional, debe ser específicamente cuantificado, sin que dicho ofrecimiento implique confesión o reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente.

Dicha propuesta debe partir de las posibilidades del imputado y, además, ser proporcionales a la entidad del supuesto daño producido, demostrando, como objeto perseguido, su internalización con el damnificado y el hecho que, jurídicamente imputado, constituye una tragedia de la vida real.

Para que la propuesta no resulte inexistente, el ofrecimiento debe consistir en una obligación pura, simple, cierta y determinada, susceptible de ser cuantificada, todo ello en razón de saber, a ciencia cierta, el límite del compromiso económico del acusado y valorar su razonabilidad, requisito necesario e ineludible que debe cumplir el “a quo” a los fines de la concesión del instituto.

No es condición, para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, que el damnificado directo se haya constituido en

actor civil ni tampoco la aceptación del ofrecimiento de reparación efectuado por el imputado, quedando, en su caso, expedita la vía civil para reclamar la indemnización que nace del hecho ilícito. Es por ello que, independientemente de la aceptación o no por parte del damnificado directo, la viabilidad del instituto recae en la valoración del magistrado sobre la razonabilidad del ofrecimiento, dependiendo de ello, que se tenga por cumplida la exigencia legal, ya que la misma persigue, como objeto fundamental, determinar si se cumplen los fines de internalización del acusado.

Conforme lo expuesto, podemos concluir que, pese a los esfuerzos realizados por la Cámara a fin de ubicar a la víctima, la concurrencia de la misma resulta necesaria a los fines de la aceptación del ofrecimiento, no así para la determinación del mismo, por lo que su ausencia en el proceso no obstaba a que la defensa cuantificara la reparación ofrecida y, con ello, permitir la valoración judicial de su razonabilidad, conforme los parámetros y fines enunciados en el considerando anterior. En consecuencia, ante el incumplimiento del art. 76 bis, 3er. párrafo del C.P. apuntado, no corresponde otorgar la suspensión del juicio a prueba en el presente. (Del voto de los Dres. Ferraris, Vittar, Catalano, Díaz, Garros Martínez y Posadas).

“Lozano”, Tomo 160:103

Uno de los requisitos que establece el art. 76 bis del C.P.

para acceder al beneficio de la suspensión del proceso es que el imputado ofrezca "hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible". El ofrecimiento del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible significa que sea razonable, presupuesto de viabilidad para la concesión del mentado beneficio; que si bien el ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente, de ninguna manera se cumple mediante el concreto ofrecimiento de donaciones mensuales por el valor de \$ 50 (pesos cincuenta) al Hogar Casa Cuna y/o institución social que el "a quo" estime pertinente, carente de cualquier vinculación con las supuestas víctimas; y que por otra parte, confunde el ofrecimiento de reparación del daño con un ofrecimiento de donación, que tampoco constituye tarea comunitaria -que, por lo demás, no halla sustento legal alguno-.

Tampoco con el ofrecimiento de pago de \$ 100 (pesos cien), por única vez, a cada una de las supuestas víctimas, aumentado \$ 50 (pesos cincuenta) más, de absoluta nimiedad frente a la entidad y modalidad del delito, toda vez que el imputado está acusado de haber obtenido un beneficio económico indebido mediante maniobras desapoderativas de aproximadamente \$ 450 (pesos cuatrocientos cincuenta), como lo destacan el dictamen fiscal y la resolución impugnada.

El ofrecimiento debe ser cuantificable, claro y serio, de

conformidad con las constancias de la causa. Ello es así porque para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba es condición esencial el haber ofrecido, en la instancia de grado, una reparación suficiente, razonable y acorde a la magnitud del daño causado a la supuesta víctima y a sus propias posibilidades que, si bien no debe coincidir exactamente con los montos reclamados civilmente a título de indemnización o resarcimiento, tiene que alcanzar niveles suficientes para ser estimado como un gesto serio y sincero que demuestre la internalización del acusado con la supuesta víctima y con el hecho; no representando el compromiso proporcionalidad entre lo dañado y la reparación sugerida.

Esta obligación 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 él la existencia de un posible afectado por el hecho que se le atribuye, lo que no se visualiza en autos, toda vez que la idea principal de la reparación se vincula con la actitud del imputado mostrando su voluntad de saneamiento del conflicto para hacerse merecedor del beneficio.

De tal modo, el incumplimiento al 3er. párr. del art. 76 bis del C.P. impide por sí conceder el beneficio con absoluta prescindencia de los otros requisitos que impone la norma, y ello torna innecesario tratar los restantes agravios esgrimidos. (Del voto de los Dres. Catalano, Díaz, Kauffman, Posadas, Samsón y Vittar).

El art. 76 bis del C.P. no exige la reparación integral sino un ofrecimiento que, por razonable, demuestre la internalización del acusado con el perjudicado y el hecho investigado.

Teniendo en cuenta que el delito atribuido al acusado es el de robo –por la suma aproximada de cinco mil pesos- el compromiso de abonar dos cuotas de cincuenta pesos no representa proporcionalidad entre lo dañado y la reparación sugerida. (Del voto de los Dres. Vittar, Catalano, Ferraris, Díaz y Posadas).

En cuanto al requisito que exige la ley para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, esto es, el ofrecimiento por parte del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, el juez no necesariamente debe tomar las pautas de la reparación civil por daños y perjuicios sino en un sentido más flexible, pudiendo incluso, dadas las circunstancias, entender que una disculpa franca y expresa del peticionante –aceptada por la víctima- resulta ser reparación razonable.

En el caso de que el sometido a proceso se encontrara imposibilitado de prestar alguna reparación, tal ofrecimiento dejará de ser condición de admisibilidad del instituto, pues un presupuesto de legitimidad de la exigencia de recaudos será

siempre la posibilidad de su cumplimiento.

Sostener lo contrario de lo aquí dicho quebrantaría directamente el “principio de igualdad ante la ley”, contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional. De tal modo que analizarse la “probation” con criterios indemnizatorios, se tornaría un derecho de las minorías, pues solo aquellos pocos que posean dinero suficiente para reparar íntegramente el perjuicio podrían acceder al beneficio.

En síntesis, una norma de alcance general dictada por el Congreso de la Nación no puede por interpretación judicial volverse de alcance particular.

Finalmente, prueba acabada de que la reparación del daño debe ser únicamente dentro de las posibilidades del imputado, y que no puede ser fijada con criterios indemnizatorios, radica en que no sería necesaria la habilitación de la vía civil en la norma cuando no se acepta la reparación ofrecida en la “probation”, pues tal posibilidad se encontraría agotada en sede penal a través de la suspensión del juicio a prueba.

Así las cosas, para la opinión que aquí se sustenta, conforme las facultades que constitucionalmente tiene asignada esta Corte, tiene que hacerse lugar al recurso de casación y en consecuencia debe revocarse la resolución que denegó el beneficio de suspensión del juicio a prueba, porque de lo contrario se vulneraría inequitativamente la garantía de igualdad consagrada por la Constitución Nacional. (Del voto del Dr. Cornejo).

El “quantum” total del ofrecimiento (pesos dos mil) es verdaderamente irreal frente a la naturaleza del bien jurídico lesionado –la vida–, contraviene los fines perseguidos por el instituto con su exigencia y bajo ningún concepto demuestra algún tipo de internalización del acusado con los damnificados y el hecho que, jurídicamente imputado, constituye una tragedia de la vida real.

Si bien el ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente y debe formularse en la medida de lo posible, no es razonable el monto ofrecido, en orden al resultado objetivo de la muerte de la damnificada. (Del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Kauffman y Vittar).

“Castrillo”, Tomo 167:431

### **3. Participación de la víctima**

Para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba resulta necesario contar no solo con el ofrecimiento de la reparación del daño sino también con la valoración de su razonabilidad por parte del órgano judicial y, sobre todo, tener en cuenta la posible oposición de la víctima. Por ello, la omisión de correr vista del ofrecimiento de reparación del daño a la parte

civil impide resolver favorablemente el pedido de suspensión del juicio a prueba, pues resulta indispensable oír a todas las partes damnificadas.

La falta de intervención de la víctima implica una inobservancia esencial de la ley, en cuanto el ofrecimiento se dirige al damnificado del delito que puede o no aceptarlo, pero que siempre debe tener, necesariamente, la posibilidad de manifestarse sobre el punto en forma previa al ulterior examen jurisdiccional sobre su razonabilidad, no después de recaído el pronunciamiento o mediante el ejercicio de facultades distintas como las recursivas.

El beneficio de la suspensión del juicio a prueba solo puede concederse si la parte damnificada ha sido debidamente anoticiada del ofrecimiento y lo ha aceptado o rechazado; en consecuencia, resulta nula la resolución que concede el beneficio de la suspensión del proceso a prueba sin mediar noticia alguna a la parte afectada. (Del voto de los Dres. Posadas, Samsón y Vittar).

La inexistencia de intervención de los damnificados en el trámite del instituto vicia el procedimiento seguido e impone afirmar que el examen sobre el particular contenido en el auto denegatorio contiene una falencia que impide calificarlo como derivación razonada del derecho vigente. (Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Díaz y Kauffman).

“Ávalos”, Tomo 201:0553

El ofrecimiento de reparación de los daños se dirige al damnificado del delito, que puede o no aceptarlo, pero siempre, necesariamente, debe tener la posibilidad de pronunciarse previamente al examen sobre su razonabilidad que, luego, efectúa el tribunal; de ese modo, el instituto incorporado al Código Penal por ley 24316, a la par de los efectos penales, permite también, eventualmente superar el conflicto civil.

El mandato surge de la ley de fondo (3er. párrafo del art. 76 bis del C.P.) y encuentra concreta realización adjetiva en el art. 281 bis del C.P.P. que, amén de ordenar la formación de incidente, expresamente dispone el deber de correr traslado de la propuesta económica a las partes y, aun a los damnificados no constituidos como tales.

De tal modo, la inexistencia de intervención de los aludidos en el trámite del instituto vicia el procedimiento seguido e impone afirmar que el examen sobre el particular contenido en el auto denegatorio contiene una falencia que impide calificarlo como derivación razonada del derecho vigente.

Conforme lo expuesto, se observa que en el itinerario lógico seguido en la resolución en crisis se ha prescindido, al momento de su motivación, de valorar un elemento indispensable cual es oír a todas las partes damnificadas sobre el ofrecimiento de la reparación del daño propuesto por el imputado, por lo que la resolución impugnada no satisface, sino en forma aparente, el

requisito de raíz constitucional de constituir una derivación razonada del derecho aplicable con adecuada referencia a los hechos de la causa, lo que deriva necesariamente en la nulificación del acto atacado, correspondiendo el dictado de un nuevo resolutorio en el que se otorgue la participación de todos los damnificados, a los fines de aceptar o no la reparación que ofreciere el imputado.

Razón por la cual, corresponde dejar sin efecto el auto recurrido y ordenar que se dicte un nuevo auto resolutorio previa participación del damnificado y cumplimiento de los demás requisitos que impone el art. 281 bis del C.P.P. (Del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Kauffman y Vittar).

“Gay”, Tomo 167:901

Corresponde declarar la nulidad de la resolución que deniega al imputado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, si el tribunal, ante el ofrecimiento de reparación del daño por parte del imputado, omitió correr previo traslado al damnificado a fin de que se expida sobre su aceptación o rechazo, lo cual configura un vicio "in procedendo" que descalifica como acto jurisdiccional válido al auto recurrido. (Del voto de los Dres. Samsón, Díaz, Kauffman, Posadas y Catalano).

“Ruarte”, Tomo 200:27

### **3.1. Habilitación de la vía civil**

Si la parte damnificada, que persigue su reparación civil en el proceso penal expresa su disenso, el mismo será solo un elemento a ponderar por el juez en el marco de la razonabilidad, ya que la ley, en caso de suspensión del juicio, declara habilitada para el damnificado la vía civil correspondiente, e inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil. Si bien la norma le asigna al damnificado la posibilidad de ser oído respecto a la reparación, el magistrado debe fallar teniendo en cuenta la valoración de todos los elementos que integran el instituto, ya que la negativa de aquél a aceptar la reparación ofrecida por el imputado no provoca el rechazo de la solicitud de la suspensión del juicio. Para el caso que el damnificado no acepte la reparación ofrecida queda abierta, para él, la vía de reparación en sede civil. La víctima debe ser oída como condición previa a considerar el otorgamiento del beneficio, pero su falta de aceptación no obsta al otorgamiento del mismo.

En efecto, si entendiéramos que el juez al evaluar la reparación ofrecida, debe tomar como parámetro de razonabilidad lo que los damnificados, a su juicio, comprenden satisfaría la lesión sufrida, podríamos llegar a que el otorgamiento de ciertos institutos dependa del arbitrio de estos últimos. Si la reparación debida solo se logra con la condena –para el caso de ser encontrado culpable–, no faltará tiempo en que surjan casos en que únicamente resultará reparadora la condena de cumplimiento

efectivo, luego aquella que lo sea por el tiempo total impuesto e incluso hasta llegar al extremo que solo la pérdida del mismo bien quitado restaurará lo que el delito canceló en la víctima. Y en este recorrido veremos que institutos penales como la suspensión del juicio a prueba, condena condicional –pudiendo incluso trascender al régimen de semilibertad y libertad condicional– entre otros, irán disminuyendo en su aplicación hasta su derogación de “ipso”, merced a que la decisión sobre la oportunidad de los mismos dependerá predominantemente de los sentimientos de justicia del querellante de turno, cuya opinión cobrará carácter prevaleciente sobre la del fiscal.

En tal sentido, la razonabilidad de la reparación ofrecida por el imputado debe practicarse teniendo en cuenta lo manifestado por la víctima, el imputado y tomando como parámetros de referencia la extensión del daño causado por el delito y las posibilidades reales del acusado para hacerle frente, toda vez que la norma señala que la reparación ofrecida deber ser en la medida de lo posible. Valoraciones de otra índole, como la expuesta por el tribunal de juicio, ponen en jaque a instituciones penales presentes, las cuales son fruto de largos años de evolución, cuya aceptación o rechazo por parte de la ciudadanía correspondería –de así estimarse– se canalicen por, las vías democráticas correspondientes ante el fuero legislativo, quien por ser delegado de la soberanía del pueblo, evaluará si las mismas se condicen con el sentimiento de justicia actual que declaman sus

mandantes. (Del voto del Dr. Cornejo).

“López”, Tomo 169:855

#### **4. Pluralidad de imputados**

Ante el supuesto de concurso real de delitos, no es viable conceder la suspensión del juicio a prueba para uno o alguno de los delitos imputados y para otros no, máxime si no se dictó auto liberatorio en las otras causas que surgen de la planilla prontuarial, pues tal proceder resulta contrario a las expresas previsiones del Código Penal. (Del voto de los Dres. Samsón, Díaz y Kauffman).

Ante el supuesto de concurso real de delitos, no es viable conceder la suspensión del juicio a prueba para uno o algunos de los delitos imputados y para otros no, pues la selectividad del trámite del instituto respecto de solamente un imputado infringe la finalidad que lo rige y actualiza distintas aplicaciones del derecho inconciliables entre sí, que constituyen vicios graves que afectan los actos cumplidos y el debido proceso, provocando una nulidad de carácter absoluto. (Del voto de los Dres. Catalano, Posadas y Cornejo).

“Ruarte”, Tomo 200:27

Concretamente, se observa una primera violación al

derecho sustantivo con repercusión procesal ante la parcializada concesión de la suspensión del juicio a prueba. Ello es así porque, pesando acusación contra ambos imputados por un concurso real de hechos delictivos, no era viable conceder la suspensión del juicio a prueba para uno o algunos de los delitos imputados y para otros no, puesto que tal proceder es contrario a la expresa previsión del art. 76 bis 2do. párrafo del C.P. que no puede ser obviada o desconocida por el fiscal ni por el juez.

Además, el vicio conculca la naturaleza y los fundamentos del instituto que, a la par de impedir la estigmatización del acusado, radican, como su nombre lo indica, en evitar la realización del debate y en descomprimir el sistema judicial. Por ende, el proceder de autos contraría en esencia esos objetivos e imposibilita, de manera real y efectiva, su obtención.

En esa línea, se advierte otra oposición al derecho: los beneficios fueron objeto de tratamiento cuando ya había iniciado la audiencia de debate, es decir desconociendo la previsión del art. 281 bis del C.P.P. y la preclusión -que ya había operado- de la oportunidad para su tratamiento. Justamente, esa disposición impide que, mutación mediante, el instituto sea desvirtuado y utilizado con mera especulación en detrimento al proceso, como finalmente sucedió en el caso.

“García”, Tomo 164:303

Al ser único el hecho, encontrarse todos los acusados

presentes y debidamente asistidos, su juzgamiento también debió ser único; no cabía bajo ningún concepto definir la situación procesal de una acusada -incluyendo el delito supuestamente cometido por una pluralidad de personas- y dejar librada la de los otros a una sentencia futura, puesto que la responsabilidad penal de todos surge de un mismo acontecer fáctico sometido a idéntica prueba que es sustanciada en comunidad para las partes y que no permite desdoblamientos ni reproducciones que atentan directamente contra el proceso.

Por ello, en el caso se efectuaron distintas aplicaciones del derecho inconciliables entre sí, que implican sendas violaciones a la ley vigente y constituyen vicios graves que afectan los actos cumplidos y el debido proceso, actualizando una nulidad de carácter absoluto, que -por su naturaleza- no puede ser subsanada y debe ser declarada en cualquier grado y estado del proceso, aun por este Tribunal de alzada.

“Alsogaray”, Tomo 166:609

“Lazarte”, Tomo 176:781

La finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba radica en evitar la realización del debate, la estigmatización del imputado, descomprimir el sistema judicial, siendo necesario que tal beneficio no resulte incondicionado. Por ello, suspender la celebración del juicio -para un imputado- y a la vez efectuarlo -para otros-, son aplicaciones inconciliables en un

mismo proceso, lo que contraría, en esencia, sus objetivos, imposibilitando de manera real y efectiva su obtención.

En ese contexto, resulta inadmisibile la presentación impetrada en tanto la suspensión del juicio a prueba solo fue solicitada a favor de uno de los imputados, debiendo declararse la nulidad del decreto, al imprimirle el trámite previsto en el art. 281 bis del C.P.P., y de todos los actos posteriormente cumplidos a partir de aquél en el presente incidente, y ordenar que bajen los autos al tribunal de origen a fin de que disponga continuar el trámite de la causa según su estado. (Del voto de los Dres. Samsón, Díaz, Kauffman, Posadas).

“González”, Tomo 194:325

## **5. Delitos con pena de inhabilitación**

Para obtener la suspensión del juicio a prueba sin violar los fines de prevención especial amparados ni los demás preceptos en vigencia, cuando el delito acusado sea homicidio culposo, es necesario que el imputado reúna todos los requisitos exigidos, voluntariamente acepte que se imponga la incapacidad por el plazo necesario y, además, consienta que –cumplido dicho plazo– los efectos previstos en el 4º párrafo del artículo 76 ter del Código Penal procederán a resultas de la valoración que efectúe en ese momento el magistrado respecto al cumplimiento de la regla de conducta impuesta de conformidad al 2º párrafo del artículo 20 ter

del mismo código. (Del voto de los Dres. Vittar, Catalano, Ferraris y Kauffman).

No procede la suspensión del juicio a prueba en los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en virtud de la prohibición expresa establecida en el artículo 76 bis del Código Penal. (Del voto de los Dres. Posadas y Díaz).

“Martinez”, Tomo 167:1077

Para que la prohibición del último párrafo del art. 76 bis del C.P. sea superada, resulta necesario que el fin de prevención especial perseguido por la ley sea cumplido mediante el ofrecimiento personal y voluntario del imputado de auto inhabilitarse. De tal modo, al no cumplirse con el requisito que en el supuesto viabiliza el instituto -ofrecimiento de auto inhabilitación para conducir vehículos automotores- no corresponde conceder la suspensión del juicio a prueba. Siendo, por lo demás, que tampoco se aprecia motivo válido alguno que fundamente la negativa del imputado a someterse a la incapacidad y evitar, sin satisfacer los fines de prevención especial, la sustanciación del debate. (Del voto de los Dres. Ferraris, Vittar, Catalano y Kauffman).

“Alonso Crespo”, Tomo 166:227

El pedido formulado por la defensa, no cumple con los

requisitos mínimos establecidos por las leyes de fondo y de forma -ofrecimiento de auto inhabilitación inferior al mínimo de la escala penal prevista para el delito de homicidio culposo y ofrecimiento de reparación del daño insuficiente atento las consecuencias del hecho- e impide resolver favorablemente el pedido de suspensión del juicio a prueba y por consiguiente corresponde rechazar el recurso intentado. (Del voto de los Dres. Vittar, Catalano, Ferraris y Kauffman).

“López Linares”, Tomo 166:137

### **5.1. Pago del mínimo de la multa**

El imputado de escasos recursos puede solicitar al juez el pago de la multa prevista en el artículo 76 bis del Código Penal en cuotas o bien, el trabajo libre como forma de cumplimiento de la pena, y dicha solicitud será analizada por el magistrado según las circunstancias del caso concreto.

Resulta plenamente válida la resolución que rechaza el pedido de suspensión del juicio a prueba si se basa en el dictamen negativo del representante del Ministerio Público Fiscal que se funda en que no fue ofrecido el pago mínimo de la multa en los escritos de presentación de la defensa.

No procede el beneficio de la suspensión del juicio a prueba frente a la negativa de la acusada a abonar el mínimo legal de la multa correspondiente y someterse a la inhabilitación

provisoria, dejando sin protección los fines de prevención especial perseguidos por el artículo 76 bis del Código Penal, y ello excluye la posibilidad de exceptuar la celebración el juicio oral y público a efectos de determinar -positiva o negativamente- la responsabilidad penal en el hecho imputado. (Del voto de los Dres. Vittar, Catalano, Ferraris y Kauffman).

No resulta imprescindible la total tramitación del proceso hasta alcanzar sentencia que declare la culpabilidad e imponga condena, pues tomando en consideración la falta de peligrosidad, y la insolvencia económica, resulta posible, siempre en los supuestos de delincuentes primarios, obtener la resocialización, lograr su recuperación como ser útil de la sociedad y evitar la posibilidad de que reincida en el delito.

Debe concederse el beneficio de la suspensión del juicio a prueba en todos aquellos casos en que el imputado no tenga posibilidades de afrontar el pago del mínimo de la multa, de manera acorde al principio constitucional de igualdad ante la ley, pues nunca podrá obligárseles a enfrentar un riesgo de condena, fundando la exclusión de un derecho en la falta de medios económicos de una persona. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Camacho”, Tomo 165:787

En el presente caso surge que, al solicitar el beneficio, el acusado no ha ofrecido el pago del mínimo de la multa

correspondiente para el delito imputado, requisito que la ley sustantiva prescribe como condición de procedibilidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba, pudiendo incluso cumplir con dicho pago en cuotas durante el plazo de duración del beneficio.

Por último, cabe precisar que, si bien este Tribunal se ha pronunciado en numerosos precedentes a favor de eximir del pago de la multa a que alude el quinto párrafo del art. 76 bis del C.P., ello ocurre siempre que, una vez ofrecido el pago, se encuentre debidamente acreditado que el solicitante es una persona de escasos recursos, lo cual no ha ocurrido en autos, toda vez que el imputado no solo ha incumplido uno de los recaudos establecidos en la ley de fondo para la procedencia del instituto, sino que, además, no surge de las constancias de la presente causa la imposibilidad de poder afrontar su pago, el que podría incluso hacerlo en cuotas durante el lapso de duración del beneficio. (Del voto de los Dres. Ferraris, Kauffman, Vittar, Catalano y Cornejo).

“Rodríguez”, Tomo 182:883

Corresponde revocar la resolución que deniega el pedido de suspensión del juicio a prueba del acusado, si en el itinerario seguido para arribar a esa decisión no ha existido la oportunidad de que el imputado pueda ofrecer o no el pago mínimo de la multa correspondiente, toda vez que el escrito efectuado por la defensa oficial, omite contemplar ese requisito y ello no fue subsanado

posteriormente en la audiencia pertinente, lo que motivó un dictamen fiscal negativo basado en el incumplimiento de lo previsto en el artículo 76 bis, 5to. párrafo del Código Penal. (Del voto de los Dres. Catalano, Kauffman, Samsón, Vittar y Posadas).

“Barroso”, Tomo 192:649

## **6. Supuestos de improcedencia**

### **6.1. Funcionario público**

Se desprende que entre los imputados de autos se encuentra una persona que detenta la calidad de escribana, a quien se le acusa del delito de desbaratamiento de derechos acordados en concurso ideal con el de falsedad ideológica de instrumento público, lo que impide a la solicitante, dada su calidad de partícipe del hecho, gozar del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, conforme lo contempla el penúltimo párrafo del art. 76 bis del Código Penal.

El término funcionario público alcanza a todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas cualquiera sea el modo de designación, entre ellos, los escribanos públicos.

De tal modo, uno de los imputados en la causa reviste la calidad de funcionario público toda vez que los escribanos tienen ese carácter, pues, la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial

público que corresponde a los notarios con registro.

La prohibición funcional bajo examen no se limita al agente que detenta la función, sino que, establecida bajo las fórmulas de carácter general “no procederá la suspensión del juicio a prueba” y “hubiese participado en el delito”, en sistemática remisión a los arts. 45 a 48 del C.P., extiende sus efectos impeditivos alcanzando a todos los que participen en el hecho delictivo, sea a título de autor, cómplice o instigador.

En la solución -de manera similar a la que sucede con el art. 67 2do. párrafo del C.P.- el legislador se ha guiado por un criterio objetivo en el sentido de priorizar la efectiva realización de los juicios por delitos en donde haya tenido participación algún funcionario público, enervando las posibilidades de que el mismo o alguno de sus coimputados intenten evitar una definición jurisdiccional.

“Salto”, Tomo 178:1063

“Brito”, Tomo 171:461

En lo que respecta al agravio dirigido a alegar que se estaría ante un acto discriminatorio violatorio de la garantía constitucional de igualdad, es dable recordar que, en realidad, a lo que refiere la ley aplicable (art. 76 bis 7mo. párrafo del C.P.), no es tanto a la calidad del sujeto, sino a la infracción de un deber propio del ejercicio de la función o a la prestación de servicios. A partir de los deberes de probidad, integridad y honradez

inherentes al quehacer funcional, puede decirse que el fundamento básico de la exclusión viene dado por la específica ofensividad de la conducta del funcionario que, en gestión pública, incurre en delito.

Esta exclusión o tratamiento diferenciado carece de un sentido discriminatorio como el que se aduce y encuentra lógico fundamento en la política criminal de persecución de hechos que representan un abuso en la situación de poder que habitualmente despliegan los funcionarios, con mayor rigurosidad todavía, si tales conductas, como hipótesis fáctica, pudieron significar la violación de derechos elementales como la libertad o la integridad física de personas privadas de libertad, respecto de lo cual existe un deber de persecución por parte del Estado impuesto por tratados internacionales. (Del voto de los Dres. Díaz, Kauffman, Posadas y Vittar).

La prohibición funcional bajo examen no se limita al agente que detenta la función, sino que extiende sus efectos impeditivos alcanzando a todos los que participen en el hecho delictivo, sea a título de autor, cómplice o instigador.

En el presente caso, es claro que el delito de apremios ilegales agravado por el uso de violencia se habría cometido en cumplimiento de funciones públicas y en el marco de éstas, lo que impone necesariamente el rechazo del recurso de casación, dada la prohibición funcional contenida en el penúltimo párrafo del art.

76 bis del C.P. impide al recurrente gozar del beneficio.

En ese marco, la especial calidad de funcionario público y las consecuencias que –tuvo en cuenta el legislador– puede producir en el ejercicio de la potestad represiva estatal, son suficientes razones para establecer la diferencia normativa con relación a otros imputados que no posean tal calidad, siendo además que la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros y exige su concreta aplicación siempre que se verifiquen los requisitos subjetivos y objetivos previstos en la ley (Del voto de los Dres. Catalano y Cornejo).

“Romero”, Tomo 195:649

## **6.2. Violencia de género**

Es improcedente la tacha de arbitrariedad si el tribunal ha adoptado una solución posible, sin que se vislumbre la aducida irrazonabilidad de la sentencia y los argumentos del recurrente no alcanzan a rebatir eficazmente las razones que sustentan las conclusiones del pronunciamiento.

En tal orden, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el fallo cuestionado no se aparta de la situación concreta planteada ni de las constancias de la causa, pues justamente en base a ellas tuvo especialmente en cuenta que el

hecho requerido se cometió en un contexto de violencia de género, circunstancia impeditiva de la suspensión del proceso conforme al mandato de las normas supranacionales y de la jurisprudencia que resultan aplicables al caso. (Del voto de los Dres. Posadas, Samsón, Catalano, Cornejo y Díaz).

Por vía de principio, la naturaleza del delito imputado no debe erigirse en criterio rector a fin de establecer categorías de inculpados para luego despojarlos, con prescindencia de las circunstancias del caso concreto, del acceso a ciertos derechos o beneficios de que pueden gozar a raíz de la garantía constitucional del estado de inocencia que los ampara, por más aberrante que sea la imputación.

Por lo tanto, estimo indispensable atender a las constancias del caso concreto a efectos de dilucidar si la concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto de quien carga con tan grave imputación lleve necesariamente a incumplir el deber asumido por el Estado de adoptar las políticas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

En consecuencia, no habiendo sido valorado por el tribunal “a quo” el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para la concesión del beneficio ni tampoco motivo de agravios la reparación de los daños ofrecida, corresponder hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y disponer que bajen los autos para que el tribunal se pronuncie en ese sentido. (Del voto del Dr.

Vittar).

“Olmos”, Tomo 203:719

No procede la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género, porque el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el acceso efectivo al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria.

La suspensión del juicio a prueba es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías en los casos que impliquen alguna forma de violencia contra la mujer. (Del voto de los Dres. Posadas, Samsón, Vittar y Catalano).

La suspensión del juicio a prueba resulta inconciliable e incompatible con el deber del Estado de prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, pues importaría brindar a la sociedad un mensaje que minimiza la violencia de género como problema social, máxime cuando surgen claramente los antecedentes de violencia familiar en que incurre el imputado.

La adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral, como la suspensión del juicio a prueba o “probation”, es improcedente.

La realización de la audiencia con la presencia de la mujer víctima de violencia sería atentatoria para su dignidad y autonomía además de afectar su derecho de acceso a justicia, vía legítima para reclamar el cumplimiento de los derechos ante el sistema judicial y para garantizar la igualdad ante la ley.

Contemplar la posibilidad de un acuerdo conciliatorio es una estrategia inviable, porque una mediación y/o conciliación exitosa implica siempre la participación voluntaria de las partes en situaciones de igualdad, a fin de arribar a un acuerdo justo. Esta igualdad de poder no se presenta en aquellas relaciones de pareja o en las relaciones familiares afectadas y atravesadas por la violencia. (Del voto de la Dra. Kauffman).

Se debe confirmar la resolución que deniega la suspensión del juicio prueba, si la calidad del hecho investigado motiva, tanto fáctica como jurídicamente, la validez de la decisión recurrida, toda vez que el imputado se encuentra acusado de lesionar reiteradamente a su ex-pareja.

Dentro de las facultades concedidas por la ley, y en virtud del carácter provisorio que informa a las resoluciones anteriores a la sentencia definitiva, los jueces pueden concluir en la necesidad de celebrar el juicio oral y público a efectos de adquirir la certeza necesaria sobre el hecho, sus particularidades de comisión, su calificación definitiva y el reproche penal que concretamente cabría imponer. Extremos que, de encontrar debida motivación,

otorgan sustento jurídico suficiente a la decisión de denegar el beneficio. (Del voto del Dr. Díaz).

No procede la suspensión del juicio a prueba, si se observa que de las circunstancias particulares del caso surge como posible una situación de violencia de género suscitada entre el imputado y la víctima, en forma reiterada.

Si el delito investigado es el de lesiones, se torna necesario celebrar el debate a efectos del descubrimiento de la verdad real y la aplicación concreta de la ley penal sustantiva evitando así toda resolución anticipada que pueda perjudicar a la víctima de violencia de género, el interés general de la sociedad y el particular del propio acusado.

Corresponde al Estado dilucidar la responsabilidad del acusado la que solo podrá ser determinada tras un juicio oportuno, brindando de esa forma a la víctima un efectivo acceso a la justicia conforme lo establece el artículo 7º inciso f) de la Convención de Belém do Pará, cuadro que resulta totalmente contrario al instituto de la suspensión del juicio a prueba. (Del voto del Dr. Cornejo).

“Cruz”, Tomo 195:475

## **7. Efecto suspensivo de la prescripción**

Con la concesión de la suspensión del juicio a prueba se

suspende el curso de la prescripción de la acción penal, que se reanuda en caso de revocación del beneficio; sin embargo, puede ocurrir que esta se produzca bastante después de vencido el plazo por el que se otorgó la suspensión, o que dicho plazo se vea largamente superado sin que se hubiera adoptado resolución alguna –lo que sucedió en la especie–, supuestos en los que puede operar la prescripción de la acción. (Del voto de los Dres. Cornejo, Ferraris, Posadas y Catalano).

“Cayo”, Tomo 170:551

### **8. Reglas de conducta**

El cumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el órgano judicial, constituye uno de los requisitos imprescindibles para la vigencia del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y la posterior extinción de la acción penal.

Corresponde revocar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba si el acusado no cumplió con las reglas de conducta que le fueron impuestas, no obstante haber sido citado en varias oportunidades, de modo tal que las justificaciones que se ensayan en el recurso de casación no pueden disimular la notoria negligencia del interesado, quien aceptó inicialmente y después no satisfizo las obligaciones establecidas con el objetivo preciso que señala el artículo 76 ter del Código Penal.

“Ávalos”, Tomo 164:165

Corresponde revocar el beneficio de suspensión de juicio a prueba ante la reiterada reticencia del acusado en sus deberes de comunicación para con la Secretaría de Derechos Humanos y con el tribunal, respecto de lo cual cualquier justificación defensiva centrada en la ausencia de notificación personal deviene improcedente, en atención a que una de las obligaciones esenciales ordenadas al momento de la concesión de la suspensión del juicio a prueba consistía justamente en comunicar cualquier cambio de domicilio, siendo el constituido en autos donde se realizaron todas las notificaciones.

En consecuencia, el hecho de asumir sin reparos la postura del recurrente en el sentido de presumir un simple desconocimiento de las citaciones del sistema de justicia, es incompatible con las expresas y múltiples obligaciones asumidas por el solicitante cuando se le otorgara el beneficio, a lo que cabe recalcar la omisión de concurrir justamente a la audiencia establecida para ser oído acerca del cumplimiento o incumplimiento de las reglas de conducta.

“Altamirano”, Tomo 161:905

El simple incumplimiento de las reglas de conducta impuestas no es suficiente para la revocación del beneficio, sino que debe darse una situación de obstinación, demostrativa de la resistencia al sometimiento a control y vigilancia con la finalidad

de lograr la reeducación en libertad del imputado. Solamente debe revocarse cuando exista una manifiesta voluntad del autor de sustraerse al plan de conducta establecido, y ante la continuidad y persistencia del quebrantamiento, el juzgador está facultado para ordenar la revocación de la suspensión del juicio a prueba. (Del voto de los Dres. Catalano, Cornejo y Ferraris).

“Torino”, Tomo 168:817

No corresponde revocar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba sin previamente citar al acusado y corroborar así, fehacientemente, el incumplimiento reiterado de las reglas impuestas, ni acordar una solución que le permitiera cumplimentar las mismas. En consecuencia, no encontrándose debidamente acreditado el incumplimiento reiterado e injustificado, toda vez que no se le otorgó la intervención que hubiera correspondido en forma previa a la revocación del beneficio a él o su defensa, las justificaciones que se ensayan en los fundamentos del recurso de casación no pueden ser desatendidas.

“Montilla”, Tomo 178:215

El fallo impugnado carece de fundamentación suficiente y no resulta la derivación lógica del razonamiento efectuado por el tribunal “a quo”, el cual se limitó a reseñar las vicisitudes acaecidas con posterioridad al otorgamiento del beneficio de la

suspensión del juicio a prueba que nunca fue conocido por la imputada; entonces, la revocación por las causales invocadas en la resolución –incumplimiento de regla de conducta- no es ajustada a derecho, sin perjuicio de deber del tribunal “a quo” de examinar la situación procesal de la imputada y resolver en consecuencia. (Del voto de los Dres. Ferraris, Posadas, Vittar, Catalano y Cornejo).

“Rueda”, Tomo 180:1047

### **9. Constitucionalidad del artículo 76 bis, sexto párrafo del C.P.**

Se ajusta a derecho la resolución que rechaza el pedido de suspensión del juicio a prueba del acusado, por incumplimiento de abandonar a favor del Estado los bienes que podrían ser decomisados en caso de recaer sentencia condenatoria conforme establece el artículo 76 bis, sexto párrafo del Código Penal, si del análisis de la causa surge que la motocicleta secuestrada era utilizada para la comisión del delito, por lo cual su abandono es requisito necesario para acceder a beneficio, y la defensa utilizó una errónea y distorsionada interpretación de la norma mencionada.

No procede la declaración de inconstitucionalidad del artículo 76 bis, sexto párrafo del Código Penal, porque al exigirse el cumplimiento del requisito de abandonar a favor del Estado los bienes que podrían ser decomisados en caso de recaer sentencia

condenatoria, lejos se está de poner al imputado en situación de condenado y de atentar contra el principio de inocencia, ni se ve afectado el derecho de propiedad. (Del voto de los Dres. Cornejo, Díaz, Kauffman, Posadas, Samsón, Vittar y Catalano).

Mediante el artículo 76 bis, sexto párrafo del Código Penal, se exige como condición el cumplimiento de un comiso hipotético. La regla tensiona los alcances de la institución, pues aparenta ser la aceptación de una pena, aunque accesoria, antes de una condena. Se trata de una condición de un beneficio excepcional, fundada en razones de prevención en el caso de los instrumentos, pero difícilmente fundamentable con relación a los productos de un delito que jurisdiccionalmente no existirá.

En los casos de abandono en favor del Estado, como verdadero comiso anticipado, requerirán de la prudencia del tribunal para su estimación. Si el beneficio se revoca y el imputado es absuelto, estos bienes se devuelven. (Del voto del Dr. Catalano).

“Martínez”, Tomo 185:63

# ÍNDICE



**CAPÍTULO I**  
**APLICACIÓN DE LA LEY PENAL**

1. Fuentes del derecho penal- formales y materiales...	09
2. Irretroactividad de la ley .....	09
2.1 Ley penal más benigna .....	09
2.2 Ley procesal más benigna .....	12
3. Interpretación de la ley penal.....	14
4. Efecto temporal de la ley .....	16
4.1 Sucesión de leyes .....	16

**CAPÍTULO II**  
**DE LAS PENAS**

1. Pena y medida de seguridad .....	19
2. Prisión perpetua .....	20
3. Inconstitucionalidad del artículo 14 del C.P. y del artículo 56 bis de la Ley 24660.....	22
4. Inhabilitación .....	30
5. Decomiso .....	30
6. Penas alternativas.....	34

**CAPÍTULO III**  
**CONDENACIÓN CONDICIONAL**

1. Reglas generales.....	37
2. Incumplimiento de las reglas de conducta.....	39

**CAPÍTULO IV**  
**REPARACIÓN DE PERJUICIOS**

1. Reglas generales.....	43
--------------------------	----

**CAPÍTULO V**  
**IMPUTABILIDAD**

1. Concepto .....	45
2. Alcoholismo .....	47
3. Exceso en la legítima defensa.....	48
4. Nexo causal.....	51
5. Imputación objetiva.....	52
6. Individualización de la pena.....	54
6.1. Legal .....	54
6.2. Judicial.....	57
6.2.1. Escasa instrucción.....	74
6.2.2. Circunstancias extraordinarias de atenuación .....	74

6.2.3. Pena menor al mínimo .....	77
7. Audiencia de visu .....	78
8. Agravante genérica del artículo 41 quater del C.P ...	79

## **CAPÍTULO VI**

### **TENTATIVA**

1. Concepto .....	83
2. Pena de la tentativa .....	84
3. Desistimiento voluntario .....	84

## **CAPÍTULO VII**

### **PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

1. Autor.....	91
2. Coautor .....	91
3. Partícipe necesario .....	93
4. Partícipe secundario.....	94

## **CAPÍTULO VIII**

### **REINCIDENCIA**

1. Declaración .....	99
2. Plazo de caducidad .....	100

**CAPÍTULO IX**  
**CONCURSO DE DELITOS**

1. Concurso real.....	103
1.1. Escala penal aplicable.....	103
2. Unificación de penas .....	103
3. Delito continuado .....	107

**CAPÍTULO X**  
**EXTINCIÓN DE ACCIONES Y PENAS**

1. Prescripción de la acción penal y plazo razonable ...	113
2. Curso de la prescripción .....	116
2.1. Notificación personal del imputado .....	116
2.2. Delito de impedimento de contacto .....	118
2.3. Delitos contra la integridad sexual.....	118
2.4. Delitos de acción privada.....	128
2.5. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.....	129
3. Suspensión de la prescripción.....	138
3.1. Funcionario público.....	138
3.2. Empleado judicial.....	140
3.3. Personal policial.....	142
3.4. Agente de tránsito .....	144
3.5. Médico de hospital público.....	146

4. Interrupción de la prescripción .....	147
4.1. Llamado a indagatoria.....	147
4.2. Requerimiento acusatorio .....	149
4.3. Comisión de otro delito.....	150

**CAPÍTULO XI**  
**DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES**

1. Acción pública .....	153
1.1. Denuncia anónima .....	154
2. Acción dependiente de instancia privada.....	154

**CAPÍTULO XII**  
**SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA**

1. Antecedentes condenatorios del imputado .....	157
2. Ofrecimiento de reparación de los daños .....	160
3. Participación de la víctima .....	166
3.1. Habilitación de la vía civil .....	170
4. Pluralidad de imputados .....	172
5. Delitos con pena de inhabilitación .....	175
5.1. Pago del mínimo de la multa .....	177
6. Supuestos de improcedencia .....	180
6.1. Funcionario público.....	180
6.2. Violencia de género .....	183

7. Efecto suspensivo de la prescripción.....	187
8. Reglas de conducta .....	188
9. Constitucionalidad del artículo 76 bis, sexto párrafo del C.P .....	191









