

JURISPRUDENCIA

EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA DE RECURSOS

DESPIDO-DESPIDO POR JUSTA CAUSA-CAJERO-INJURIA LABORAL: CONCEPTO; ALCANCES

El reconocimiento del actor del pago de haberes jubilatorios sin verificar debidamente el cumplimiento de recaudos mínimos que hacen a su obligación como cajero de un banco, más allá de que hayan sido ocho o más o menos veces, demuestra una conducta injurianta suficiente para concluir en su despido con justa causa. Así se ha dicho que, puede conceptualizarse la injuria como todo acto u omisión de una de las partes del contrato que afecta intereses legítimos de la otra o como dice Ackerman y de Virgilio, es todo acto u omisión contrario a derecho que importe una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a una de las partes que lesione el vínculo contractual (ob. "Configuración de la Injuria Laboral", L.T. t. XXX pág. 685, citado en Fernández Madrid, Tratado Práctico de Dcho. del Trabajo T. II, pág. 1613). Y en el caso, el Tribunal ha dado acabados argumentos, con razonamientos válidos de por qué consideró en este caso denegar la pretensión indemnizatoria al actor. Voto del Dr. Hang.

Causa: "Bresanovich, Jorge Miguel c/Banco de Formosa S.A. s/Acción común" –Fallo N° 2671/07- de fecha 12/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Carlos Alberto Ontiveros, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

DESPIDO-PROCESO LABORAL-PRUEBA-DISTRACTO LABORAL- VALORACIÓN DE LA PRUEBA-ENTIDAD BANCARIA : ALCANCES

Corresponde señalar que en función a los principios formativos del proceso laboral es que existe una íntima correlación entre la ley ritual y el derecho de fondo, es por eso que conjuntamente con la actuación de la Magistratura configuran el tríptico sobre el cual se sustenta la justicia del trabajo, es por ello que la satisfacción de tal sustento hace posible la realización del derecho que corresponde a los litigantes para que la norma objetiva no se transforme en ilusoria, programática o mera declaración lírica.

Para el cumplimiento de lo señalado ut supra deviene inexorable el respeto irrestricto al valor que la legislación le otorga a cada una de las pruebas en función a su naturaleza. Así la falta de exhibición de los libros a requerimiento serán tenidos como presunción a favor del trabajador y aquí adquiere relevancia la mencionada Providencia, y digo que adquiere relevancia porque en el veredicto se observa la desnaturalización de este principio rector ya que lo que debió probarse con documentales es aceptada como válida por meros testimonios, situación que se agrava aún más cuando la parte demandada es un Banco que supone una organización jurídico-contable donde resulta impensable la imposibilidad de presentar pruebas que hagan verosímil las causas del distracto. Disidencia del Dr. Gonzalez.

Causa: “Bresanovich, Jorge Miguel c/Banco de Formosa S.A. s/Acción común” -Fallo N° 2671/07- de fecha 12/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Carlos Alberto Ontiveros, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

DESPIDO-PROCESO LABORAL-PRUEBA DE TESTIGO : ALCANCES

Chiovenda señalaba que la prueba de testigo es un medio indirecto que adquiere relevancia en el proceso laboral ya que el legislador ha dejado de lado la prueba tasada remitiendo a la conciencia del juzgador su apreciación. Si sumamos a esto la oralidad del proceso, el respeto del valor de las pruebas condiciona la merituación de los jueces siendo en esta instancia observar la decisión que desvirtúa en su esencia los principios que en forma de mandatos procesales y de fondo que en forma armónica y coordinada constituye el medio que el Estado brinda al justiciable para decidir las pretensiones laborales, normas que integran el Derecho Público interno del Estado que en su carácter regulan la actividad del Poder Judicial a través de sus órganos estableciendo las normas y límites de su actuación. (Obra consultada “La Prueba en el Derecho Laboral”, Alejandro Oscar Babio, Ed. Némesis, Bs. As. 1986). Disidencia del Dr. Gonzalez.

Causa: “Bresanovich, Jorge Miguel c/Banco de Formosa S.A. s/Acción común” -Fallo N° 2671/07- de fecha 12/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Carlos Alberto Ontiveros, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA-ESTADO DE NECESIDAD : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

En principio el planteo con el que se busca la revocación de la condena alude a que el imputado habría actuado en legítima defensa y subsidiariamente en el estado de necesidad del inc. 2° del art. 34 del Código Penal.

Creo que este último es de imposible aplicación por lo que solo cabe analizar la cuestión desde el inc. 6° del art. 34 del Código Penal. Las situaciones que plantea el inc. 2° son dos, la actuación de alguien violentado por la fuerza física o por amenazas intimidantes. Es decir cuando alguien comete un ilícito porque otro lo obligó físicamente o por un medio intimidatorio. Va de suyo que la somera lectura del evento, sea como lo fijó el “a-quo” o lo plantea la defensa, implica descartar cualquiera de las situaciones referidas.

En puridad el estado de necesidad es el comprendido en el inc. 3° del art. 34 del Código Penal (cf. Núñez “Tratado de Derecho Penal” Tomo I, pág. 316 y sgtes. Edit. Lerner, Cba. 1987). Pero a mi juicio él queda a su vez, comprendido como tal dentro de la legítima defensa. Es la legítima defensa una situación de necesidad, puesto que tiene una estructura similar en nuestra legislación. Adviértase que en materia de legítima defensa nuestra ley (no siguiendo otros ejemplos) incorpora la falta de provocación (en otras legislaciones los extremos son dos no tres), extremo este que es similar al del estado de necesidad cuando dice “...al que ha sido extraño”. Si ha sido extraño es porque no ha “provocado” la situación. Donde está la diferencia, es en la equivalencia de los bienes en juego, mientras el inc. 6° no establece otra proporcionalidad sino a través de la racionalidad del medio (si bien es cierto que fatalmente ello lleva al bien defendido); en el inc. 3 se establece una situación de mucha claridad; se trata de la defensa personal o de sus derechos, porque aquí no se establece una proporcionalidad basada en la categoría de los bienes en juego en

forma específica. Puede defenderse un bien menor causando un mal mayor. Evitar una lesión leve con una actividad de mayor envergadura (por ej. una amenaza). Voto del Dr. Hang.

Causa: “Cuellar, Eulogio s/Homicidio” -Fallo N° 2673/07- de fecha 14/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Lucrecia Canavesio de Villalba.

DECLARACIÓN TESTIMONIAL-DECLARACIONES DIFERENTES: ALCANCES

La declaración de uno de los testigos, es atendible. Más allá de algunas diferencias en las sucesivas declaraciones, se trata de cuestiones menores y hasta si se quiere lógicas desde el punto de vista de la sicología del testigo. El paso del tiempo y la diferente situación en que se declara, imponen ciertas diferencias; las que, de no existir, llamarían por cierto la atención, puesto que se asemejaría a “lección aprendida”. Es normal que un testigo no declare exactamente igual en todas las ocasiones. No hay que olvidar que declarar en instrucción supone el asentimiento de la declaración en un acta y con ello la “traducción” del receptor, que muchas veces se transforma en intérprete, desfigurando a través de la jerga propia del discurso (policial, judicial) en algún aspecto la declaración. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Cuellar, Eulogio s/Homicidio” -Fallo N° 2673/07- de fecha 14/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Lucrecia Canavesio de Villalba.

ESTADO DE NECESIDAD-INIMPUTABILIDAD : RÉGIMEN JURÍDICO

No debe perderse de vista que el estado de necesidad exculpante presupone la necesidad de la conducta para apartar el peligro del mal amenazado, es decir, que teniendo el sujeto la posibilidad de realizar una acción conforme a derecho (o de menor contenido injusto) y siéndole exigible la misma, queda descartado el estado de necesidad exculpante (Zaffaroni, Tratado, Tomo IV pág. 252). Y ya vimos que en el caso de autos, además de haberse puesto voluntariamente en la situación conflictiva, el acusado persiguió a la víctima, la acometió por detrás y la apuñaló, datos objetivos que impiden considerar la percepción de sufrir un mal grave e inminente. No debemos olvidar que la norma exige que quien obra pretendiendo ampararse en el estado de necesidad exculpante previsto en el art. 34 inciso 2° del C.P., debe sentirse violentado por una fuerza física irresistible (extremo que lejos se encuentra de la situación de autos), o por amenazas de sufrir un mal grave e inminente, de lo cual se colige sin mayor esfuerzo, que el sujeto debe estar ante una serie de amenazas serias y graves, sobre la inminencia de un mal. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Cuellar, Eulogio s/Homicidio” -Fallo N° 2673/07- de fecha 14/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Lucrecia Canavesio de Villalba.

FRAUDE LABORAL-SOCIEDAD COMERCIAL-PERSONALIDAD JURÍDICA- USO ABUSIVO-RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS ADMINISTRADORES: ALCANCES

La doctrina del *disregard of legal entity* ha reconocido que hay muchas formas de uso abusivo de la personalidad jurídica, caso de la insolvencia o capital insuficiente; del funcionamiento irregular de la misma mediante la falta de aportes jubilatorios o de falta de registración laboral de sus dependientes, de la desaparición por venta de sus instalaciones o bienes, entre otras formas de abuso de la personalidad societaria. O en el caso de los socios administradores, cuando realizaren actos notoriamente extraños al objeto social (art. 58 de la Ley de Sociedades Comerciales), o que su obrar sea contrario a los deberes de lealtad y diligencia (art. 59 L.C.). En tales casos entonces, por haberse hecho un uso abusivo, debe dejarse de lado la ficción legal que en definitiva constituye el reconocimiento de una personalidad diferenciada e imputarse directamente a los socios la responsabilidad derivada (Responsabilidad de los administradores y socios de personas jurídicas en los casos de fraude laboral, de Diego Tosca, DT 2005-B, pág. 942 y sgtes.).

Causa: “Gayoso, Fortunato y otros c/Frigorífico Norte S.R.L. y otros s/Acción común” -Fallo N° 2675/07- de fecha 15/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Lucrecia Canavesio de Villalba.

FRAUDE LABORAL-GRUPO ECONÓMICO-PRUEBA : ALCANCES

No basta la existencia del grupo económico, si no se demuestra que mediante dicha figura se pretende realizar actos fraudulentos que lleve a perjudicar a los trabajadores o en su caso que disminuya su solvencia económica. Así se ha sostenido que: “ El hecho de que ambas sociedades estén integradas por las mismas personas, que ambas tengan idéntico administrador o que el lugar de trabajo fuera un ámbito de propiedad de una de ellas, no implica las maniobras dolosas o la conducción fraudulenta que permitan que cobre virtualidad la normativa contenida en el art. 31 de la ley de contrato de trabajo y el art. 54 de la ley de sociedades comerciales” (CNAT, sala VII 14/10/1997, “Alarcón, Alberto y otros c/Gonzalez, Norberto y otros” DT 1998-A-912).

Causa: “Gayoso, Fortunato y otros c/Frigorífico Norte S.R.L. y otros s/Acción común” -Fallo N° 2675/07- de fecha 15/02/07; voto de los Dres. Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Lucrecia Canavesio de Villalba.

PROCESO LABORAL-PRUEBA-VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS-FACULTAD DE LOS JUECES : ALCANCES

Si bien es cierto que los Jueces no están obligados a ponderar todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al proceso, no puede omitirse el análisis de aquellas que, como en el caso que nos ocupa, son relevantes para la solución del conflicto y aportan a un mayor grado de certeza en sus conclusiones. Si uno de los puntos controvertidos y que el Tribunal debía resolver, era el referido a la fecha de inicio de la relación laboral, y para su dilucidación existían elementos de prueba que son incompatibles entre si, lo menos que debe exigirse a la Magistratura es que indique por qué motivo asigna preeminencia a unas pruebas sobre otras, o desde un sentido inverso, por qué motivo decide desestimar la documental aportada por la demandada y no impugnada por la actora.

La ausencia de motivación sobre un aspecto fundamental de la litis, conduce inexorablemente a la arbitrariedad del pronunciamiento, porque en verdad se conculca la garantía constitucional de la Defensa en Juicio cuando no se le dice a la parte, por qué razón la prueba que ha aportado para sostener determinada conclusión, resulta irrelevante o es de inferior calidad probatoria a otras que se mencionan en la sentencia. Los Jueces pueden, desde luego, asignar mayor valor probatorio a algunos elementos de convicción por sobre otros, y nada hay de extraño ni de arbitrario en esa selección, a condición de que expresen motivadamente por qué se opta por determinada prueba en detrimento de otra.

Causa: “Trangoni, Andrea Noemí c/Galarza, Catalina y/u otro y/o persona física o jurídica responsable s/Reclamo Laboral” -Fallo N° 2678/07- de fecha 07/03/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang, Carlos Alberto Ontiveros.

EXCARCELACIÓN-RESOLUCIÓN DENEGATORIA-RECURSO DE CASACIÓN-SENTENCIA DEFINITIVA-EXISTENCIA DE GRAVAMEN: ALCANCES; PROCEDENCIA

Si bien resulta cierto que la decisión que desestima un pedido de excarcelación resulta provisoria (art. 294 del C.P.P.), y por lo tanto insusceptible de ser calificada como definitiva o inmodificable, no es menos cierto que en cuanto cercena la libertad ambulatoria del individuo, produce un agravio que resulta de difícil reparación posterior, en el supuesto probable de que el imputado resulte inocente del hecho que se le atribuye o sea condenado por un delito de menor entidad, cuya primaria calificación le hubiera permitido gozar del beneficio de la libertad provisional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo reiteradamente que “gozando el imputado del derecho de permanecer en libertad durante el curso del proceso penal”, las resoluciones que deniegan la excarcelación o la eximisión de prisión, “producen un gravamen de imposible o dificultosa reparación posterior y resultan por ello, equiparables a sentencias definitivas” (CSJN, Fallos 314:791; 316:1934; 317:1388 y 320:2326).

Causa: “Dr. Giménez, Francisco Javier Vicente- Dr. Canteros, Julio Alberto s/Queja en autos: Dr. Giménez, Francisco Javier Vicente- Dr. Canteros, Julio Alberto s/Recurso de Casación c/Fallo N° 7224/06 (Genes, Carlos Alberto s/Abigeato calificado” -Fallo N° 2710/07- de fecha 27/03/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ACCIÓN DE AMPARO-RECURSO EXTRAORDINARIO-SENTENCIA-EXISTENCIA DE GRAVAMEN-DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN : ALCANCES

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos pronunciamientos que las sentencias dictadas en materia de amparo no son susceptibles de recurso extraordinario y ha entendido que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación posterior (Díaz, Silvia Adriana, “Acción de Amparo”, pág. 224, La Ley 2.001), y es que por sentencia definitiva se entiende a aquella que pone fin al pleito o impide su continuación (CSJN, Fallos 242-460; 245:204; 248:402) y en el caso que nos ocupa, el

rechazo de la acción de amparo se sustenta en que la cuestión planteada requería de mayor amplitud de debate o de prueba, en atención a la complejidad del caso y la propia legislación invocada por el amparista. Siendo así, lejos de estar cerrada la discusión de fondo, la desestimación de la acción de amparo por la razón invocada, habilitada por cierto el tratamiento del tema en una instancia posterior con mayor amplitud de debate.

Causa: “Romero, Mauricio Jorge s/Queja en autos: Romero, Jorge Mauricio c/Instituto de Asistencia Social s/Acción de Amparo” -Fallo N° 2714/07- de fecha 27/03/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievias, Eduardo Manuel Hang, Arminda del Carmen Colman.

QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA : RÉGIMEN JURÍDICO

El presentante solicita dos cosas distintas –queja por denegación y retardo de justicia- y que, a la luz de nuestra normativa procesal, no pueden ser confundidas y/o equiparadas.

El art. 441 del Código Procesal Penal reglamenta el recurso de queja que deviene aplicable cuando se niega indebidamente un recurso que en realidad procede ante otro tribunal; tribunal al que se recurre directamente para que pueda ser declarado mal denegado el recurso (conf. Levene y otros, Código Procesal Penal de la Nación, comentado y concordado, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.992, pág. 420). Es decir que la norma ritual comentada solo regula la procedencia del recurso de queja por denegación de un recurso, ya que para el retardo de justicia se adopta legalmente otra solución, la que regula el artículo 111.

Que ello es así en tanto y en cuanto la queja por retardo de justicia –artículo 111- implica un caso de superintendencia, y donde ante la demora en administrar justicia el presunto afectado tiene dos opciones: a) el pedido de pronto despacho ante el mismo juez que debe dictar una resolución; y b) la denuncia del retardo ante el superior que ejerza la superintendencia (conf. STJ Formosa Fallo N° 2.700-Tomo 2.007). Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Davis, Juan Eduardo (Dr.) s/Retardo de Justicia” -Fallo N° 2716/07- de fecha 28/03/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievias, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll-por sus fundam.-, Eduardo Manuel Hang-por sus fundam.-.

COSA JUZGADA ÍRRITA-SENTENCIA FIRME : REQUISITOS

Si bien es cierto que existen numerosos antecedentes en el país tendientes a admitir la revisión de las sentencias por cosa juzgada írrita, uno de los requisitos esenciales para la admisibilidad de su planteo es que la sentencia impugnada sea una sentencia firme, con cualidad de cosa juzgada, ya sea porque el fallo atravesó todas las instancias procesales posibles, consumiendo los recursos ordinarios y extraordinarios, o bien porque el plazo para su interpretación se agotó.

Que en autos, sin lugar a dudas, la acción de nulidad no se presenta como el medio procesal idóneo para obtener la finalidad pretendida, ya que no solo el fallo impugnado al momento de la interposición de la acción de nulidad aún no se encontraba firme y por lo tanto no había pasado en autoridad de cosa juzgada, sino que además se encuentra pendiente de resolución la admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario interpuesto por el aquí presentante contra el fallo dictado por este Tribunal.

Que efectivamente, no debe perderse de vista que se trata de una acción de carácter excepcional, y como tal una vía de reparación que se presenta como única alternativa por la inexistencia de otra diferente, siguiéndose por lo tanto sin mayor esfuerzo, en razón de lo hasta aquí expuesto, la manifiesta inadmisibilidad de la acción promovida. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Alonso, Roberto c/Sucesores de Francisco María Sierra S.A.C.I.F.I.A. y/u otros s/Ordinario” -Fallo N° 2720/07- de fecha 28/03/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang, Rolando Alberto Cejas.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN LABORAL-PLAZOS PROCESALES: RÉGIMEN JURÍDICO

Puesto al análisis de la cuestión no existe duda alguna de que el principio es que las partes deben estar presentes a la hora fijada para la celebración de la audiencia de conciliación (arts. 34 y 35 del C.P.T.) y/o posterior contestación de demanda, pues se trata de actos procesales que deben indefectiblemente ser cumplidos en el día y hora previamente fijados en forma precisa y puntual, todo ello en resguardo de la igualdad procesal de las partes en el proceso.

El tiempo y plazo de la audiencia resulta perentorio y solo puede prorrogarse en las condiciones establecidas en los arts. 155 y 157 in fine del C.P.C.C. (aplicable por el reenvío del art. 89 del C.P.T.), existiendo al respecto acuerdos de partes y justificación de la existencia de fuerza mayor, mientras que aquí realmente sólo existe invocación de esta última, tal como lo señalan los juzgadores.

“... que razones de seguridad jurídica obligan a poner un momento final para el ejercicio de ciertos derechos, pasado el cual y sin extenderlo más, deben darse por perdidos, sin que pueda ello obstar la circunstancia de que el particular haya cumplido, aún instantes después, con la carga correspondiente (CSJN 30/09/03, jurisprudencia citada en el Fallo 2620/06 de este Superior Tribunal de Justicia).

Que conforme surge del fallo cuestionado, la ahora recurrente se encontraba debidamente notificada de la audiencia prevista en el art. 34 del rito y no concurrió a la misma, importando ello negligencia de su parte.

Que siendo así, el escrito recursivo carece de seriedad en el planteo, adoleciendo de insuficiencia técnica a los fines de la apertura de la instancia extraordinaria, y siendo dicho requisito (autosuficiencia) particularmente riguroso –puesto la excepcionalidad que ello implica a los fines de la descalificación de un fallo por arbitrariedad, corresponde sea desestimado el recurso de queja deducido. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Miguez, Valeria Valentina s/Queja en autos: Baez Rodriguez, Mirta Elizabeth c/Miguez, Valeria Valentina propietaria de la Boutique Cash y/o quien resulte jurídicamente responsable s/Reclamo Laboral” -Fallo N° 2724/07- de fecha 30/03/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang-por sus fundamentos.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN-PLAZOS PROCESALES-PRUEBA: ALCANCES

Los plazos son de necesidad para establecer un orden en las causas judiciales, de no ser así el proceso caería en un caos que lo tornaría inmanejable. Apelaciones a la verdad objetiva (si es que ésta existe) por sobre la verdad formal (el Derecho como sistema tiene numerosas situaciones de tal tenor), no pueden válidamente sostenerse en este caso. En particular porque si realmente hay justificante para la demora, ellas debieron tener su base probatoria que las sostenga. En cuanto a "Colalillo", el tan a menudo citado fallo de la Corte, refería a una cuestión que no es igual o similar a lo que estamos tratando, de allí que como precedente su valor no excede de sentar un principio genérico que todavía debe vincularse al caso concreto para ser efectivo. Como se expresó tal vínculo carece de demostración efectiva, con lo que el argumento deviene insustancial. Voto del Dr. Hang -según sus fundamentos.

Causa: "Miguez, Valeria Valentina s/Queja en autos: Baez Rodriguez, Mirta Elizabeth c/Miguez, Valeria Valentina propietaria de la Boutique Cash y/o quien resulte jurídicamente responsable s/Reclamo Laboral" -Fallo N° 2724/07- de fecha 30/03/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang -por sus fundamentos.

DEPÓSITO PREVIO : NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza del depósito previo que exige el art. 76 del C.P.T. para la concesión de los recursos contra la sentencia condenatoria importa asegurar el cumplimiento de la condena, resultando en definitiva una razonable medida precautoria impuesta en salvaguardia del interés de la parte obrera, pero esa garantía ha evolucionado jurisprudencialmente desde su primigenia rigidez hasta la aceptación de sustituciones por otras medidas cautelares, tal como inclusive se reconoce en el mismo resolutorio ahora cuestionado.

Causa: "Camiletti S.A. s/Queja en autos: López, Manuel Abdón c/Camiletti S.A. y otro s/Acción Común" -Fallo N° 2725/07- de fecha 04/04/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

ASESORÍA DE MENORES-FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL-MENOR DE DIECIOCHO AÑOS-INTERVENCIÓN : ALCANCES

Respecto a la denunciada falta de legitimación de la Señora Asesora de Menores para intervenir en autos atento haber cumplido la menor víctima los dieciocho años de edad, corresponde señalar que la actuación de la misma no puede estar circunscripta a tal situación, ya que su accionar debe entenderse concatenado con toda la actividad que ha desplegado en el expediente en defensa de los intereses de la menor víctima, actividad que debe comprender poder recurrir una sentencia desfavorable a esos intereses; mucho más cuando la víctima, al día de la fecha, aún resulta menor de edad a los fines de la ley. Voto de la Dra. Colman.

Causa: "Agonil, Luis Alberto s/Abuso sexual c/Acceso carnal" -Fallo N° 2727/07- de fecha 13/04/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-, Héctor Tievas-en disidencia.

ASESORÍA DE MENORES-FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL-RECURSO DE CASACIÓN : PROCEDENCIA

Ya en el caso "Lezcano, Ignacio s/Abuso Sexual sin acceso carnal calificado", tuve oportunidad de señalar, que la función del Asesor de Menores "no puede nunca trascender los límites que le impone el art. 59 del Código Civil, en cuanto constituye su fuente de legitimidad. En ese aspecto, al Ministerio de Menores, en su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces, lo considera la Ley, parte legítima y esencial en toda cuestión judicial o extrajudicial, sea contenciosa o voluntaria, en donde estén en juego la persona o los bienes del incapaz, sea como demandante o demandado. El maestro Cifuentes, por su parte, señaló que en general, la actuación del Ministerio de Incapaces, es de asistencia, velando por los intereses de sus defendidos y dictaminando en los Juicios para opinar sobre lo que más le convenga (Cifuentes, Elementos de Derecho Civil, parte general, N° 119)". Va de suyo entonces, que si esas son sus funciones no pueden equipararse a la potestad acusadora en un proceso penal que está a cargo del Ministerio Fiscal (art. 58, C.P.P.). El Asesor de Menores dictamina, opina, puede solicitar medidas en beneficio de los menores, pero no tiene atribuciones para formular acusación penal alguna. Disidencia del Dr. Coll.

Causa: "Agonil, Luis Alberto s/Abuso sexual c/Acceso carnal" -Fallo N° 2727/07- de fecha 13/04/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-, Héctor Tievas-en disidencia.

ASESORÍA DE MENORES-FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL-RECURSO DE CASACIÓN : ALCANCES; EFECTOS

La inactividad recursiva del Señor Procurador General titular de la acción, no legitima procesalmente a la Señora Asesora de Menores de Cámara N° 2 para la presentación del presente recurso, dado que la menor víctima no se encuentra en estado de abandono y la representación de la funcionaria es promiscua sólo cuando está dada conjuntamente con los padres de la menor, razón por la cual, el presente impulso excede sus facultades. Disidencia del Dr. Tievas.

Causa: "Agonil, Luis Alberto s/Abuso sexual c/Acceso carnal" -Fallo N° 2727/07- de fecha 13/04/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-, Héctor Tievas-en disidencia.

RECURSO DE CASACIÓN-FALTA DE FUNDAMENTACIÓN-EXPRESIÓN DE AGRAVIOS : ALCANCES

Luego de argumentar sobre la exigencia de motivación -requisito que por cierto no se discute- la Defensa transcribe innecesariamente el contenido de los votos de los Jueces que dictaron la condena impugnada. Y, permítaseme la disgresión, ratifico la futilidad de la transcripción, porque el requisito de la autosuficiencia recursiva no implica repetir textos que ya están incorporados al expediente y a los cuales sólo basta referirse con una simple localización en la foliatura. La fundamentación suficiente significa explicarle al Tribunal Superior por qué - a criterio del recurrente - el argumento del inferior se encuentra equivocado, resulta ilógico o se aparta del mandato legislativo. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Britez, Alberto Catalino - Martinez, Victor Ramón - Florentin, Daniel Armando - Duarte, Luis Anselmo - Ibañez, Emilio Walter - Perez, Eladio s/Homicidio Calificado” -Fallo N° 2733/07- de fecha 24/04/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

SENTENCIA-“SUFICIENTE CERTEZA”: ALCANCES

En orden al argumento referido a la suficiencia de la certeza, mas allá de su curiosidad, es absolutamente vano como elemento desacreditante de la sentencia recurrida. Es cierto que la certeza, como estado del conocimiento humano, es una sola, y en todo caso, la mención de la Juez Zanín al emitir su voto, cuando habla de "suficiente certeza", no hace más que calificar con mayor énfasis lo que no necesita mayor aditamento, en todo caso es una redundancia, pero de allí a sostener que la certeza a la que alude la Magistrada no es tal porque es "suficiente", tratando de llegar por ese camino a un razonamiento inverso, es un argumento que no resiste el mayor análisis. Las sentencias no deben leerse fragmentadamente, creyendo descubrir en un párrafo menor la llave maestra que permita descalificar todo un pronunciamiento. En el procedimiento de motivación que los Jueces están obligados a respetar, existen varios pasos o momentos, en función de la complejidad del caso y de las cuestiones planteadas, dotados de precisa significación pero que deben leerse como un todo, de manera que la conclusión que se expresa en su parte resolutive, sea una consecuencia lógica y concatenada de los argumentos que se fueron exponiendo a lo largo de la sentencia. La "certeza" en una sentencia, no existe por que el Juez exprese que la misma está presente, la certeza se funda en el análisis que de los elementos de prueba realiza el Magistrado, y que le permitan llegar a la convicción que un determinado hecho ha ocurrido de determinada manera y no de otra. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Britez, Alberto Catalino - Martinez, Victor Ramón - Florentin, Daniel Armando - Duarte, Luis Anselmo - Ibañez, Emilio Walter - Perez, Eladio s/Homicidio Calificado” -Fallo N° 2733/07- de fecha 24/04/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO EXTRAORDINARIO-EXPRESIÓN DE AGRAVIOS-AUTOSUFICIENCIA DEL AGRAVIO : ALCANCES

Debe recordarse que en materia de recursos extraordinarios, en cuanto al remedio procesal, se debe presentar ante el mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada, siendo entonces que el análisis primario de admisibilidad debe realizarlo ese mismo tribunal, no circunscribiéndose solamente a la mera y mecánica verificación del cumplimiento de los requisitos formales tales como su temporánea presentación, legitimación para recurrir, carácter definitivo de la sentencia, etc., sino que también debe realizar un examen provisional o aproximativo de los agravios vertidos, tendiente a verificar la seriedad de los mismos en orden a las garantías constitucionales que se consideran vulneradas, pero cuando los agravios son insuficientes, pocos serios o consisten en meras discrepancias, el tribunal de la causa debe declarar la inadmisibilidad formal del recurso planteado.

Causa: “De Vido, Juan Alberto s/Queja en autos: De Vido, Juan Alberto c/De Vido, Miguel Angel s/Exclusión como socio de la empresa constructora Juan M. De Vido e hijos SCA s/ordinario” -Fallo N° 2738/07- de fecha 03/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas,

Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Rubén Castillo Giraudo.

RECURSO DE QUEJA : REQUISITOS

El recurso de queja debe contener argumentos referidos al equívoco de la resolución denegatoria del recurso de apelación, siendo insuficiente el escrito que se limita a analizar las cuestiones de fondo debatidas en la causa.

Causa: “De Vido, Juan Alberto s/Queja en autos: De Vido, Juan Alberto c/De Vido, Miguel Angel s/Exclusión como socio de la empresa constructora Juan M. De Vido e hijos SCA s/ordinario” -Fallo N° 2738/07- de fecha 03/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Rubén Castillo Giraudo.

ABIGEATO-GENDARMERÍA NACIONAL-REQUISA PERSONAL-COMPETENCIA ORDINARIA : RÉGIMEN JURÍDICO

La primera pregunta que surge es respecto a la legitimidad del procedimiento de Gendarmería Nacional. Al respecto, parece evidente que si se encontraba cumpliendo funciones propias e inherentes a esa Fuerza de Seguridad en una ruta nacional, asiste razón al Procurador General subrogante, cuando invoca la aplicación al caso del art. 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación, que expresamente faculta a **“los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial” a requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves, buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito...de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo, y siempre que sean realizados, con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas y cuando el procedimiento se realice en la vía pública o en lugares de acceso público”**. La última parte de la misma norma, autoriza por cierto la inspección de vehículos en la vía pública.

La aplicación de la norma procesal nacional, es evidente teniendo en cuenta el lugar donde se realiza el procedimiento (ruta nacional) y el carácter federal de la Fuerza de Seguridad que lo lleva a cabo inicialmente. Ello no obsta a que, existiendo elementos que permitan, como en el caso, concluir en la presunción de que se está ante la comisión de un delito de competencia de la Justicia ordinaria, las actuaciones se deriven como luego se hicieron, al Juez provincial con competencia en el lugar. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Pereyra, Julio; Villalba, Miguel Angel; Silva, Gerardo Ramón; Cáceres, Daniel s/Abigeato calificado” -Fallo N° 2744/07- de fecha 09/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ABIGEATO-GENDARMERÍA NACIONAL-REQUISA PERSONAL: PROCEDENCIA

El art. 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación, autoriza la requisa de automóviles, supeditándolas a dos condiciones: a) la concurrencia de circunstancias previas o

concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dicha medida, y b) que el procedimiento se desarrolle en la vía pública. Este último aspecto, está fuera de toda duda. El procedimiento se llevó a cabo en un Puesto de Control de Gendarmería Nacional en una ruta nacional, ergo, en una vía pública. En cuanto al primer requisito, la Defensa cuestiona que los Gendarmes intervinientes en el procedimiento, pretendieron justificar el mismo aduciendo “nerviosismo” en los ocupantes del vehículo y “olor a carne”. Si el primero de ellos, puede ser una apreciación subjetiva, fundada en todo caso en la mayor o menor experiencia de los funcionarios que integran una Fuerza de Seguridad, y que por cierto tampoco cabe descartar totalmente, el “olor a carne” no es un dato menor, cuando el procedimiento se realiza a las 23,30 horas y ante un vehículo no habilitado para el transporte normal de productos cárnicos, no siendo el faenamiento clandestino de animales vacunos un hecho precisamente excepcional en la Provincia de Formosa.

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de señalar que “resulta legítima la requisa del automóvil y la detención de los ocupantes, practicadas por funcionarios policiales, si éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto, interceptaron el automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior, se hallaban en actitud sospechosa de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al Juez” (Caso “Fernandez Prieto”, Fallo 321:2947).

El citado precedente se ajusta notablemente al caso que nos ocupa, en tanto ante los elementos que perciben los preventores, se realiza la requisa y se constata una gran cantidad de carne, en cuatro grandes bolsas, sin que exista documentación que avale su tenencia y cuando por la cantidad, precisamente, excedía la posibilidad de que fuera para consumo personal. Concretado el procedimiento, al igual que en el caso “Fernández Prieto”, se dio inmediata intervención al Juez competente. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Pereyra, Julio; Villalba, Miguel Angel; Silva, Gerardo Ramón; Cáceres, Daniel s/Abigeato calificado” -Fallo N° 2744/07- de fecha 09/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ESTADO-GARANTÍAS INDIVIDUALES-PREVENCIÓN DEL DELITO: ALCANCES

Comparto con la Defensa que el Estado debe ser muy cuidadoso en el respeto a las garantías individuales, que la lucha contra el delito no habilita cualquier tipo de procedimiento y que los funcionarios encargados de aplicar la Ley, deben ser los primeros en ajustarse a ella. Pero ello no implica admitir la existencia de un Estado bobo, donde los funcionarios encargados de la prevención de los delitos, se abstengan de intervenir por ausencia de orden judicial, cuando las circunstancias razonablemente impongan una intervención prudente, ajustada a las pautas que el código procesal establece y sujeta siempre a revisión jurisdiccional. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Pereyra, Julio; Villalba, Miguel Angel; Silva, Gerardo Ramón; Cáceres, Daniel s/Abigeato calificado” -Fallo N° 2744/07- de fecha 09/05/07; voto de los Dres. Ariel

Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

MENORES DE EDAD ANTE LA LEY PENAL-DERECHO A SER OIDO: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

Habiendo analizado las constancias de autos, incluyendo el Incidente de Medidas Tutelares agregado por cuerda ..., se advierte que luego de la Sentencia N° 6088 – Tomo 2004, que declaró en su punto 6° la Responsabilidad Penal de A. G., por los delitos que allí se indica, mandando realizar un tratamiento tutelar por el término no inferior a Un (1) año, al concluir el período señalado, con el dictamen de la Asesoría de Menores agregado a aquel Incidente de Medidas Tutelares, el Tribunal de mérito, esto es, la Cámara Primera en lo Criminal, se vuelve a reunir después de recibir el citado Incidente y procede a dictar sin más trámite, el Fallo 7130 – Tomo 2006, donde luego de diversas consideraciones que no vienen al caso ahora analizar, establece la pena para el mismo de Ocho (8) años y Seis (6) meses, en función de aquellos delitos por los que se lo declarara penalmente responsable.

Notoriamente se ha vulnerado así, el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los arts. 2, 3 inc. b) y 27 inc. a), b) y d) de la Ley 26.061.

La primera disposición, de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), impone la necesidad de que el menor sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la Ley Nacional. (art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). No está demás recordar que el Tratado internacional resulta aplicable a todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1°), como así también que la “consideración de la minoridad al momento del hecho” resulta constitucionalmente obligatoria (CSJN, Fallos 328:4343).

A su vez, la Ley nacional 26.061, vigente desde Octubre de 2005, que precisamente se dicta en función de la Convención sobre los Derechos del Niño, disponiendo su aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, para toda la República (arts. 1° y 2°), establece en este segundo artículo el derecho de niños, niñas y adolescentes, a ser oídos en todos los ámbitos, derecho – entre otros - que califica de irrenunciable, de orden público, interdependiente, indivisible e intransigible.

El derecho a ser oído se reitera en el art. 3° inciso b) de la misma Ley 26.061 y más específicamente, en el ámbito de los procedimientos administrativos y judiciales, es ratificado en el art. 27 incisos a), b) y d), debiendo ser escuchado en todo procedimiento que afecte cualquiera de sus derechos.

Como claramente se advierte en el caso de autos, luego de dictada la responsabilidad penal de A. G., referida a los hechos que le fueron atribuidos, nunca volvió a comparecer ante el Tribunal de mérito, dictándose la pena que ahora es impugnada, en un procedimiento posterior y sin haber sido oído. Voto del Dr. Coll.

Causa: “G. A.; Duarte, Miguel Angel s/Abuso Sexual Agravado y Robo a mano armada y Ac. n° 154/03 ‘Florentin, Rogelio Hernán – G., A. ...’” -Fallo N° 2745/07- de fecha 09/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

MENOR DE EDAD ANTE LA LEY PENAL-DERECHO A SER OÍDO-DOCTRINA DE LA C.S.J.N. : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

Si bien la Defensa invoca en principio en su recurso, el requisito de la impresión directa por parte del juez, con cita del art. 4° de la Ley 22.278, como así también el art. 40 del Código Penal, que remite a la obligación del Juez, de tomar conocimiento directo y de visu, de quien resulte condenado, parece necesario señalar que tales dispositivos podían entenderse cumplidos en la medida que durante el Juicio, el acusado estaba efectivamente ante la Magistratura, de donde podían extraerse las impresiones personales que permitieran tener por cumplida la exigencia. Sin embargo, ahora y en materia de menores, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte alguno de sus derechos, tiene raigambre constitucional y ha sido considerado de orden público por la Ley 26.061, siendo su cumplimiento insoslayable para los Jueces.

No resulta ocioso señalar que la presencia del menor ante el Tribunal de Juicio en oportunidad de realizarse el Debate oral, tenía como objetivo la materialización del Juicio en si mismo, es decir, discernir si el menor era o no autor y en su caso responsable penal de los hechos que se le atribuyen. Sin embargo, la instancia de la aplicación de pena, regulada por el art. 4° de la Ley 22.278, constituye un procedimiento posterior, perfectamente separado, en donde deben verificarse los extremos que la Ley menciona, pero además el resultado del tratamiento que indica el inciso 3° del mismo artículo. En ese procedimiento, no puede soslayarse la presencia del menor.

Así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia en el caso “Maldonado”, al indicar que “si algún efecto ha de asignársele a la Convención sobre los Derechos del Niño es, sin lugar a dudas, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal”, agregando posteriormente que “desde el punto de vista de la Ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada, y si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el Tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria” (CSJN, Fallos 328:4343; Daniel Maldonado y Otro).

Que habiéndose omitido la necesaria intervención del menor en el procedimiento que regula el art. 4° de la Ley 22.278, el pronunciamiento recurrido deviene nulo en función de la operatividad del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de lo que disponen las normas ya citadas de la Ley 26.061, por haberse prescindido de un requisito esencial e insoslayable para la determinación de las posibles medidas que podían aplicarse en función del precepto mencionado en primer término.

Siendo así, voto por declarar la nulidad de la sentencia recurrida, en tanto la misma es de carácter absoluta, por afectar la intervención del imputado en el procedimiento de fijación de pena (art. 151 inc. 3°, C.P.P. y art. 4° de la Ley 22.278) y debe ser declarada de oficio por violación al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional (art. 152 in fine del C.P.P.), mandando dictar nuevo pronunciamiento por el Tribunal de mérito, con la integración de los Jueces que corresponda por subrogación, y en un plazo no mayor a 45 días de dictarse el presente fallo, en orden a las dilaciones ya observadas por este Tribunal y expuestas en el Fallo 2379 - Tomo 2006. Voto del Dr. Coll

Causa: "G. A.; Duarte, Miguel Angel s/Abuso Sexual Agravado y Robo a mano armada y Ac. n° 154/03 'Florentin, Rogelio Hernán – G., A. ...'" -Fallo N° 2745/07- de fecha 09/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

EXCARCELACIÓN-RECURSO DE CASACIÓN : IMPROCEDENCIA

No habiéndose dado fundamentos sólidos y convalidables, sino posiciones doctrinarias "conjeturales", y no siendo prudente que el Superior Tribunal de Justicia violente sin más, mediante sus decisiones, políticas criminales dispuestas por otro Poder del Estado, y fundamentalmente tratándose de una decisión reafirmada en dos instancias jurisdiccionales, que es precisamente la garantía en beneficio de quien hoy recurre en una "tercera" instancia, y recordando que los tratados internacionales y normas constitucionales si bien tienen en miras la mayor protección posible de los derechos del imputado, ello exige su aplicación de forma razonable atendiendo al interés social que persigue el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto, confirmándose en consecuencia el fallo recurrido. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: "Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación" -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-.

EXCARCELACIÓN-ABIGEATO-CONDICIONES PERSONALES DEL IMPUTADO: ALCANCES

En el transcurso de la audiencia de informe la Defensa aludió genéricamente a violaciones de tratados internacionales con supremacía constitucional y, en un afán desmedido manifestó, con un tono insolente teñido de soberbia a mi parecer, que su defendido es una persona que posee bienes, más precisamente campos, y familia, por cuyo argumento este Tribunal debe tener por acreditado el desistimiento de cualquier intención de "escapar de la justicia".

A "contrario sensu", siguiendo con esta línea argumental, los centenares de casos de hechos similares (hurto de ganado mayor), hasta famélicos en algunos casos, también deberían gozar de la misma presunción, ya que en ese orden de ideas es de presumir que quien hurta para satisfacer necesidades básicas lejos está de cualquier posibilidad de eludir la acción de la justicia por carencias económicas y por lazos familiares que lo arraigan al lugar; así, transformaríamos en letra muerta la voluntad del legislador que responde a una política provincial institucionalizada para prevenir este tipo de delitos teniendo presente la ubicación geográfica con amplitud fronteriza y el impacto que produce en la economía provincial.

La disímil condición de rico o pobre no puede generar decisiones diferentes en este tipo de casos, ya que, antes bien, de ser así, el rigor de la ley en los delitos de hurto debería aplicarse con mayor estrictez a aquél que teniendo solvencia económica originó con su conducta un proceso penal como el que se ventila, sin perjuicio de todas las garantías constitucionales y supra-constitucionales. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación” -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-

FALLOS DEL SUPERIOR TRIBUNAL PROVINCIAL-FALLOS DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN-OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE : ALCANCES

En lo que hace a referencia a tribunales de extraña jurisdicción, y mas allá que se piense en una garantía de la Constitución Nacional abarcativa de cualquier regulación local, no puede desconocerse que precisamente las reglas locales deben primar (art. 76 inc. 12 de la Carta Nacional a contrario y arts. 121 y 122). Esto permite sacar dos consecuencias, los Fallos Propios de la Justicia Nacional no tienen un carácter de obligatorio en nuestro medio provincial y por lo demás se asientan en reglas diferentes, los que entonces como precedente parecen tener una influencia acotada. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación” -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-

EXCARCELACIÓN-PRINCIPIO DE INOCENCIA : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

La regla primaria y fundante es la del inc. 1° del art. 293 del ritual. Ella concretamente nos dice que la concesión de la libertad caucionada depende de una futura y posible condena condicional. Va de suyo que es colacionable el art. 26 del C. Penal respecto de las condiciones bajo las que puede otorgarse esa condicionalidad. Una de ellas es la temporalidad del fallo condenatorio (hasta tres años), luego en el presente caso el tipo enlazado al procesamiento, al tener cuatro años de mínimo, excluye en principio condicionalidad y secuentemente la posibilidad excarcelatoria. La pregunta entonces a formularse es si aparece como inconstitucional la regla al violar el art. 18 de la Carta Nacional en lo que hace al principio de inocencia. La regla es en principio objetiva e igualitaria, lo único que podría argüirse en su contra es si establece una presunción irracional y esta sería que la posible condena de prisión efectiva movería al individuo a extrañarse del proceso. En principio no me parece que la citada presunción se tiña de irracional ya que la gravedad de ciertas conductas (y su recuente punición) pueden alentar la no presentación de estar a derecho. La regla no es desconocida a la Corte Interamericana al referirse al art. 8.2 C.A.D.H. “Acosta Elderon”, “Tibi”, “Suarez Rosero” son algunos de los fallos en cuestión.

Sin embargo ya en tales sentencias aparece otra cuestión, la del alargamiento de la prisión y con ello la probable violación del plazo razonable. Este “standar” si bien no traído explícitamente a los agravios, se me ocurre es el que puede, en una examinación comparativa, abrir la posibilidad, de conceder la libertad caucionada. Convengo que el tema no es nuevo en nuestra jurisprudencia, allí esta “Todres” para certificarlo (Fallos, 280-257).

Tampoco lo es para nuestra ley procesal provincial, que contempló diversas cuestiones que hacen al encarcelamiento preventivo y su proporcionalidad frente al transcurso del tiempo, teniendo este en cuenta diversas etapas procesales (ver incs. 2 a 6 del art. 293).

Esto último supone dar un “standar” objetivo que establece una medida para definir que es el “plazo razonable” del pacto. Lo único que queda por analizar entonces es si por encima de estas regulaciones legales el “plazo razonable” funciona como un correctivo que puede ampliar a otros supuestos fuera de la ley procesal la posibilidad excarcelatoria. Ello porque la situación procesal actual del imputado no se adecua a los supuestos citados del art. 293. Me inclino por tal solución porque advierto que pueden darse algunos casos en que la privación de libertad y la posibilidad de un monto probable de prisión (efectiva) pero de menor entidad tornarían irrazonable la detención, que siendo provisoria podría ser mayor que la definitiva. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación” -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-.

EXCARCELACIÓN-CAUSALES DE RESTRICCIÓN-PRINCIPIO DE INOCENCIA: RÉGIMEN JURÍDICO; REQUISITOS; PROCEDENCIA

En definitiva, la cuestión a resolver se centra en determinar si ante la cuantía de la pena que en abstracto se endilga al delito por el que se procesa al causante, debe privilegiarse la aplicación “a contrario sensu” del art. 293 inciso 1° del C.P.P., como lo ha hecho la Cámara Primera en el pronunciamiento impugnado, o deben atenderse objetivamente a la concurrencia efectiva de alguna de las causales de restricción que contiene al art. 295 del mismo cuerpo legal.

Que entiendo pertinente señalar que en la materia, siguiendo a Cevasco, las leyes deben ser interpretadas de modo que no resulten contradictorias ni sobreabundantes, al tiempo que toda reglamentación a las garantías constitucionales deben interpretarse de manera que no la torne ilusoria (Art. 28, Constitución Nacional) (Cevasco, Luis; “Distintos enfoques en materia de excarcelación”, La Ley, 1990 – D, p. 127).

Teniendo en cuenta el principio de razonabilidad antes aludido, debe afirmarse que “La Ley Fundamental, impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en la materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena” (Maier, Julio; “Derecho Procesal Penal”, Bs. As., Editores del Puerto, 1999, T. I, p. 490). De allí se concluye sin mayor esfuerzo que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, lo cual no implica por cierto desconocer que el mismo orden jurídico, pueda contener en su seno, la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento – antes de la sentencia de condena firme que impone una pena – pero claro está, a partir del principio rector que preside la razonabilidad de esa misma regulación. Ese principio fundamental consiste en la prohibición para el Estado de imponer penas anticipadas, a quien se encuentra en estado constitucional de inocencia, de manera que toda regulación sobre mecanismos de coerción hacia la libertad de imputado, debe atender a dos finalidades concretas: a) correcta averiguación de la verdad, y b) actuación de la Ley Penal (Maier, obra citada, p. 514).

La fórmula utilizada por el maestro Maier, remite a las pautas que en la audiencia de informes ante este Tribunal, ambas partes han explicitado, bien que con distinto destino. Esto es, que la restricción a la libertad de quien se encuentra sometido a proceso, sólo puede sostenerse válidamente ante la presunción objetiva de que intentará obstaculizar la investigación (es a lo que Maier llama “correcta averiguación de la verdad”) o que eludirá la acción de la Justicia, acción que se identifica con la imposibilidad de que la Ley Penal actúe sobre el imputado. Disidencia del Dr. Coll.

Causa: “Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación” -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-.

EXCARCELACIÓN-PRINCIPIO DE INOCENCIA-RECURSO DE CASACIÓN : PROCEDENCIA

Es cierto que puede suponerse que “cuanto mayor sea la pena contemplada en la Ley para el hecho imputado, la tentación de “escapar de la Justicia” será también elevada, justificándose un mayor celo en la coerción sobre la libertad del causante” (Kent, Jorge “Libertad caucionada (algunas pautas de mensuración)”, La Ley, 1995 – D, p. 1410), pero en realidad “si se insiste en tomar como único índice del encarcelamiento preventivo, a la pena amenazada por la Ley material, se conseguirá trasladar a la coerción procesal, los fines preventivos generales y preventivos especiales de la pena, con lo cual quedará operada la sustitución de una medida cautelar durante el proceso de conocimiento por una pena anticipada” (Maier, “La Ley Penal y la Privación de Libertad en el procedimiento penal”, J.A., T. 24, p. 239).

De lo que se trata es justamente de no cercenar el estado de inocencia del sometido a proceso, manteniendo su privación de libertad hasta el dictado de una hipotética sentencia condenatoria, cuando existen elementos en autos que permiten suponer, con razonable grado de probabilidad que no existe peligro de fuga, que carece de antecedentes desfavorables que graviten en sentido contrario, que posee residencia, bienes y familia en la Provincia, y cuando el delito mismo por el que fuera procesado, ha sido contradicho en beneficio del imputado, por parte del funcionario que en su momento, deberá expedirse en los términos de los arts. 314 y 315 del C.P.P..

“Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, según la cual todas las personas gozan del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal... por cuanto la idea de Justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito, sea conjugada con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo de no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente” (CSJN, Fallo 320:2105 – voto del Juez Bossert).

Voto en consecuencia por hacer lugar al recurso de casación planteado, en tanto el fallo recurrido ha hecho mérito solamente de la escala penal en abstracto que eventualmente puede aplicársele al causante, sin analizar la concurrencia o no de algunas de las

circunstancias impeditivas que emergen del art. 295 del C.P.P., frente a las circunstancias objetivas de la causa y en detrimento de la garantía constitucional prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional. En consecuencia, revócase la sentencia 7224/06 dictada por la Cámara Primera en lo Criminal, ordenando la libertad de Juan Carlos Genés, bajo la caución real que determine el Juez de la causa, la cual deberá establecerse de inmediato, una vez publicada esta sentencia, (arts. 297 y 298, CPP), a cuyo efecto por Secretaría deberá remitirse copia certificada de la misma al Juez de Instrucción y Correccional N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, por el medio más urgente. Disidencia del Dr. Coll. Causa: “Genes, Carlos Alberto s/Excarcelación” -Fallo N° 2746/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia-.

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-DECLARACIÓN DE OFICIO : PROCEDENCIA; EFECTOS

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sin retaceos a favor del control oficioso de constitucionalidad al sentenciar que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución Nacional para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella.

Si bien es exacto que los Tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución Nacional, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior (Conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala II, MJJ8913). No existiendo, por ende, en la declaración de inconstitucionalidad de oficio menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso.

Y es que los estándares que sobre la materia tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación son claros en tal sentido: *"El ejercicio de la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de oficio en orden a la misión de mantener el imperio de la Constitución, sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas, cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica..... Las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico"* (Conf. CSJN Fallo 324:3219).

Causa: “Benítez, Juan Leonardo c/Bernal Miguela s/Ejecutivo (inc. levantamiento de embargo)” -Fallo N° 2747/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen

Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang.

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-DECLARACIÓN DE OFICIO- DOCTRINA DE LA C.S.J.N. : REQUISITOS

Un relato de las exigencias para la procedibilidad de la declaración de una inconstitucionalidad de oficio por parte de los tribunales de justicia, en base a lo dicho por la Corte Suprema, son los siguientes: 1. Solo en situaciones muy precisas y donde la violación de la Constitución por parte de la norma tachada de inconstitucional sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19; asimismo Fallos: 247:121 y sus citas). Ya que la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del proceso por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3º y sus citas); 2. En segundo término, debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta (Conf. Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4º). Y, finalmente, deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico (Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315:276; 322:528 entre muchísimos otros).

Que es con respecto a este último argumento donde vemos y encontramos las falencias del fallo N° 11.071/06; ya que en el mismo no se hace cotejo alguno entre la norma que se declara inconstitucional y la situación concreta que en autos posee la actora. Dándole a su precedente -fallo N° 10.281/05- una fuerza derogatoria que no es propia de las sentencias judiciales. El fallo en cuestión se limitó a remitirse a los argumentos dados en otro lugar (el fallo anterior que, la misma recurrente entiende, tampoco es similar en su situación fáctica con lo que ocurre en estos autos) desentendiéndose de las personas concretas en estos obrados y de la situación conflictiva propia de estas actuaciones.

Que esta falta de motivación y de argumentación que dé sustento válido a lo decidido es lo que vicia de nulidad al fallo N° 11.071/06 y así es como debe declararse.

Que la Corte Suprema requiere para la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad que las omisiones y desaciertos que dicen las partes adolecen las resoluciones impugnadas sean de una *gravedad extrema* que la descalifiquen como pronunciamiento judicial válido (SCJN Fallos 294:376 y 425; 295:931; 296:82 entre otros). Y justamente eso, en base a los considerandos anteriores, es lo que encontramos en autos.

Causa: “Benitez, Juan Leonardo c/Bernal, Miguela s/Ejecutivo (inc. levantamiento de embargo)” -Fallo N° 2747/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE REVISIÓN-PROCESO PENAL-SENTENCIA FIRME : REQUISITOS; PROCEDENCIA

Si bien el recurso de revisión es una posibilidad que le compete presentar en cualquier tiempo al condenado a los fines de paliar injusticias notorias y que aparece justificado por los valores que están en juego en el proceso penal, es necesario ratificar que el mismo solo procede en contra de sentencias firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer cesar los efectos de esta; de ahí su excepcionalidad, supeditada a estrictos requisitos y a una restrictiva interpretación.

Causa: “Vera, Cleto De los Santos s/Recurso de Revisión” -Fallo N° 2749/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE REVISIÓN-PROCESO PENAL : OBJETO

La ley, al permitir la instancia de una revisión, esta admitiendo que la sentencia condenatoria puede ser errónea en perjuicio de un inocente. Ella se asienta en una suerte de *duda metódica* -en palabras de Chiara Díaz- para evitar los efectos negativos de una condena injusta. Entonces, aquel no es otra cosa que un instrumento garantizador de la posibilidad de abrogar secuelas irreparables para la libertad humana (Conf. CHIARA DIAZ, Carlos A., "*Principios y circunstancias que pueden determinar la revisión de la cosa juzgada, sobre todo en el proceso penal*", ED 101-965).

Causa: “Vera, Cleto De los Santos s/Recurso de Revisión” -Fallo N° 2749/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE REVISIÓN-VICIO IN PROCEDENDO-VICIO IN IUDICANDO DE IURE

Se ha dicho que entre los motivos de revisión - específicos e inextensibles - queda excluido todo posible vicio *in procedendo* y también en general los vicios *in iudicando de iure*. La causal por la que procede el recurso es fáctica y no jurídica y se debe tratar de circunstancias externas al proceso ya concluido por condena firme, que no pudieron ser consideradas en ella por surgir o advertirse después de haber pasado en autoridad de cosa juzgada. De manera que de los errores de hecho también deben ser excluidos aquellos que fluyan del material histórico que tuvo o debió tener en cuenta el juzgador para su crítica como elementos de autos (Conf. CNCas.Pen. Sala III, ED 176-409 y CLARIA OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, página 302).

Causa: “Vera, Cleto De los Santos s/Recurso de Revisión” -Fallo N° 2749/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE REVISIÓN-COSA JUZGADA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: IMPROCEDENCIA

No debe perderse de vista que el objeto del recurso de revisión, tal como lo prescribe el artículo 445 del C.P.P., deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena,

salvo que se funde en la última parte del inciso 4° o en el 5° del artículo 444, circunstancias que no se dan en la especie. Siendo preciso remarcar que la cosa juzgada es un principio que reconoce jerarquía constitucional que sólo cede ante los taxativos supuestos impresos en la norma del artículo 444 del rito, en que se permite reabrir la jurisdicción por razones superiores de justicia (Conf. LEVENE (hijo) y otros. *Código Procesal Penal de la Nación*, comentado y concordado, pág. 423), pero en ningún caso para intentar una revisión fundada en el modo o en la forma en que se valoró la prueba. No se trata el caso de grave error judicial, ni de elementos probatorios que se los demuestra falsos, ni mucho menos de nuevos hechos o elementos de prueba descubiertos con posterioridad a la sentencia, por lo que el pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada se muestra inconvencible ante el planteo intentado.

Causa: “Vera, Cleto De los Santos s/Recurso de Revisión” -Fallo N° 2749/07- de fecha 14/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

ACTA DE CONSTATAción-PROCESO PENAL-NULIDAD: REQUISITOS; IMPROCEDENCIA

Respecto a la primera (las Actas de Constatación), constituye causal de nulidad, la ausencia de algunos de los elementos constitutivos que menciona el art. 124 del Código Procesal Penal, omisión que por cierto no es de las señaladas por la Defensa. Ésta se agravia porque el Acta se confeccionó en una dependencia policial y no en el lugar del hecho.

No advierte, como lo sostuvo acertadamente la Cámara Segunda en lo Criminal (Fallo 4286 -del Incidente agregado por cuerda) que en realidad el acta describe dos lugares distintos (uno, referido al lugar donde se produce el robo, y el otro, donde colisionó Merlo con los imputados que iban en la bicicleta previamente sustraída) y que en modo alguno la legislación procesal prohíbe que el acta material se confeccione en un lugar distinto, siempre y cuando su contenido sea fiel reproducción de los datos que la Prevención observa en la realidad. La Defensa en ningún momento impugna contenido alguno del Acta, no especifica que frase o mención se encuentra desajustada a la realidad que describe, el agravio se reduce al lugar de confección del instrumento, y a la participación de Policías como testigos de actuación, más no a su contenido, y en esta omisión, no acierta en vincular la deficiencia instrumental que alega, con la violación a la garantía del debido proceso y de la defensa en Juicio, cuyo sustrato se encuentra en toda nulidad. No está demás recordar que no existe nulidad por la nulidad misma, porque “los actos procesales son actos típicos que producen los efectos que la Ley les atribuye en cuanto se realizan adecuándose al esquema por ella configurado y que, cuando se consuman de modo imperfecto, sin esa adecuación pueden devenir en nulos” (Creus, *Invalidez de los actos procesales penales*, pág. 16, Astrea, edición 2004). En el caso que nos ocupa, no advierte ni menciona la Defensa, qué efectos del acta de constatación han dejado de cumplirse por el hecho de que el acta se hubiera materialmente confeccionado en lugar distinto al de aquel donde ocurrieron los hechos que relata o por la intervención en calidad de testigos de Oficiales de la propia Policía, orfandad argumental que se torna patente cuando admite que estos pueden por cierto ser testigos de actuaciones. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Fernández, Julio Roberto s/Robo agravado por la producción de lesiones graves y amenazas con arma; Moisés Lagraña (paralizado) s/robo calificado por la producción de lesiones graves -hurto- daños y amenazas con arma” -Fallo N° 2751/07-de fecha 15/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ACUSACIÓN FISCAL-FALTA DE ACUSACIÓN-DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA : ALCANCES

De acuerdo a precedentes de este Alto Cuerpo (Fallo 1785 - Tomo 2003) la posición del titular de la acción pública, cuando desiste de sostener la condena, sólo puede acarrear la absolución del imputado, en el tramo que la comprende. Es claro que si quien tiene la potestad de acusar, considera que no existen elementos que permitan mantener el pronunciamiento condenatorio no firme, este Tribunal no tiene atribuciones para avanzar en sentido contrario, porque se alterarían las bases del art. 18 de la Constitución Nacional. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Fernández, Julio Roberto s/Robo agravado por la producción de lesiones graves y amenazas con arma; Moisés Lagraña (paralizado) s/robo calificado por la producción de lesiones graves -hurto- daños y amenazas con arma” -Fallo N° 2751/07-de fecha 15/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS-VALOR PROBATORIO: ALCANCES

Si la rueda estuvo mal formada (dos obesos con un imputado delgado) ello no es causal de nulidad, pero sí debilita la habilidad probatoria del reconocimiento, por haber en puridad una "indicación" escondida o disimulada. De manera igual una pericial realizada sin seguir las indicaciones exactas del art. 240 no es nula, aunque las definiciones u omisiones, pueden debilitar su valor probatorio. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Fernández, Julio Roberto s/Robo agravado por la producción de lesiones graves y amenazas con arma; Moisés Lagraña (paralizado) s/robo calificado por la producción de lesiones graves -hurto- daños y amenazas con arma” -Fallo N° 2751/07-de fecha 15/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELIBERACIÓN-DEBATE-SENTENCIA PENAL: ALCANCES

La reunión inmediata y posterior al debate, es donde se define la sentencia (concretamente la que señala el art. 363). Deliberar, verbo que emplea la norma, supone: "considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla y la razón o sinrazón de los votos antes emitidos" (acepción tomada del diccionario de la lengua). Es decir (y esto hace a mi experiencia en el tema) que en numerosas ocasiones el argumento mas importante que funda la decisión es proporcionado durante la deliberación por el juez de segundo y tercer voto. Por otra parte la regla impuesta por el nuevo artículo 434 soluciona en todo caso la cuestión. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Fernández, Julio Roberto s/Robo agravado por la producción de lesiones graves y amenazas con arma; Moisés Lagraña (paralizado) s/robo calificado por la producción de lesiones graves -hurto- daños y amenazas con arma” -Fallo N° 2751/07-de fecha 15/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-VÍCTIMA MENOR DE EDAD-ABUSO SEXUAL: RÉGIMEN JURÍDICO

El “interés superior del niño”, que requiere el art. 72 del Código Penal y que emana nítidamente de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, no es una muletilla como lo señalara la Defensa en Audiencia ante este Tribunal, es un principio, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna), que permite asignar un sentido determinado a la interpretación de las normas en juego. La menor, por ser tal, no tiene menos libertad sexual que la mujer adulta, en todo caso, requiere de una mayor protección en atención a que se encuentra precisamente en etapa de formación de su personalidad, pero el interés del resguardo de su esfera de reserva sexual está por encima de las particularidades que exige el instituto de la instancia privada en materia penal, y es precisamente a la luz de aquel principio constitucional, que deben interpretarse y aplicarse las normas pertinentes. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Noguera, Julio s/Abuso sexual con acceso carnal calificado” -Fallo N° 2755/07- de fecha 17/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-ABUSO SEXUAL-AUSENCIA DE INSTANCIA DE PARTE : ALCANCES; PROCEDENCIA

Respecto a la mención que la norma hace del “fiscal”, como quien puede actuar de oficio, pareceme evidente que la misma debe armonizarse con el régimen local, porque es materia no delegada al Gobierno Federal determinar de qué manera pueden iniciarse las acciones penales. Entiendo que la mención que el art. 72 in fine hace del “Fiscal”, refiere al funcionario que normalmente inicia la investigación de los delitos, pero no excluye – porque de ser así sería inconstitucional – a los demás órganos que en cada Provincia se le asignan las funciones de iniciar una investigación criminal. En nuestro caso, no pueden soslayarse que la investigación puede disponerse por parte del Fiscal, pero también se obliga a la Policía a investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente (art. 167, CPP), resultando relevante además, para el caso que nos ocupa, el art. 161 del ritual, cuando dispone la obligación de denunciar que tienen determinados funcionarios.

Entiendo entonces que el agravio referido a la ausencia de instancia por parte de los padres de la menor, debe ser desestimado, cuando aún respecto al padre nunca fue habido, pese a denunciarse que vivía en El Colorado. “Aún cuando la madre de la menor víctima de abuso deshonesto no haya instado la acción penal en los términos del art. 72, C.P., la actual redacción de la citada norma legal permite una amplitud interpretativa en el sentido de facilitar la investigación de hechos cometidos contra menores de edad, aún de oficio”

(CNCrim y Correcc., Sala IV, 4-5-2000, JPBA, 111-230, cit. por Donna, “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, Tomo I, pág. 592).

Causa: “Noguera, Julio s/Abuso sexual con acceso carnal calificado” -Fallo N° 2755/07- de fecha 17/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

ABUSO SEXUAL-DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-INTIMIDACIÓN-DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA : ALCANCES

Pese al encomiable esfuerzo argumental de la Sra. Defensora, lo cierto es que el art. 119 del Código Penal, no exige como elemento excluyente a la violencia física, también recepta como medios para cometer el delito, a la amenaza y el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. Es en esa figura, que la sentencia sustenta la condena. Refiere al temor reverencial de la menor hacia su padrastro, el miedo al castigo, en cuanto la forzada convivencia de la menor con su agresor y el escaso apoyo de su madre ante la situación, creaba un notorio estado de intimidación, que encuadra perfectamente en el tipo penal aplicado.

Ya este Tribunal, en el mismo caso antes citado (Fallo 2537 – Tomo 2006) consideró a la intimidación como elemento típico, reforzándose en este caso por cuanto el mismo deriva de la relación de convivencia cotidiana que tenían víctima y victimario y la escasa contención que brindaba la madre de la menor. No está demás recordar, como se señalara en aquella oportunidad que es cierto “que podría haber ofrecido mayor resistencia, que podría haber gritado, que podría haber corrido, pero esas son todas conjeturas que sólo pueden hacerse después del hecho, fuera del contexto de tiempo y lugar en que ocurrió, pero lo que resulta a todas luces evidente es que la libertad sexual de la menor fue violentada, siendo esa libertad el bien jurídico protegido por la norma (Donna, Código Penal Comentado, T. II, p. 556)”. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Noguera, Julio s/Abuso sexual con acceso carnal calificado” -Fallo N° 2755/07- de fecha 17/05/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

JURISPRUDENCIA-CAMBIO JURISPRUDENCIAL-CAMBIO DE CRITERIO : REQUISITOS

Si bien es cierto que la Sala Juzgadora tiene todas las facultades para variar de criterio, no encontrándose atada a sus antecedentes jurisprudenciales, no menos cierto es el hecho que tal modificación de doctrina debe hacerse en base a una adecuada y suficiente fundamentación para tornar válido tal viraje doctrinal.

Causa: “Rodríguez Lezcano, Albino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción Común” -Fallo N° 2765/07- de fecha 30/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang,

JURISPRUDENCIA-SEGURIDAD JURÍDICA : ALCANCES

La seguridad jurídica reposa, para los litigantes, más que en la estabilidad de las normas, en la posibilidad de contar con precedentes claros y coherentes que les permitan saber

cómo resolverán los tribunales los casos sometidos a su potestad. Y en ese camino, a los fines de que el mismo sea ancho y recto, no debe dejarse resquicio para la arbitrariedad. Resulta entonces, indispensable asegurar el mismo tratamiento a los casos iguales y el tratamiento pertinente a los que no lo son.

Causa: “Rodriguez Lezcano, Albino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción Común” -Fallo N° 2765/07- de fecha 30/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang,

SENTENCIA ARBITRARIA-DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD : OBJETO

La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir en una nueva instancia las sentencias que se consideren equivocadas o se estimen como tales, pues sólo se refiere a los casos excepcionales en que medie una solución del caso con absoluta carencia de fundamentación o un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso (Conf. STJ Formosa Fallo N° 1.428-Tomo 2.002).

Causa: “Rodriguez Lezcano, Albino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción Común” -Fallo N° 2765/07- de fecha 30/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang,

LIBERTAD CONDICIONAL : FINES; REQUISITOS

Si bien el art. 5° inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresa ordenando que toda pena privativa de libertad debe estar dirigida como finalidad esencial a la reforma y a la readaptación social de los condenados, ello implica no dejar de comprender para lograr ese fin, los posibles efectos nocivos del encarcelamiento sin posibilidades del beneficio de la libertad condicional, justamente porque las personas pueden cambiar.

El peticionado beneficio que implica un retorno anticipado al estado de libertad una decisión que esta magistratura debe valorar a los efectos de arribar a una solución que permita lograr un justo equilibrio entre conceder el beneficio y provocar el menor riesgo social.

Ello conlleva por parte del beneficiado una serie de deberes y obligaciones para poder disfrutarlo y mantenerlo en que deberá cumplir acabadamente con las condiciones y restricciones que se le impongan, ocasionándole su incumplimiento la revocación del beneficio. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Baez, Jorge Omar s/ejecución penal” -Fallo N° 2767/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

LIBERTAD CONDICIONAL-REINSERCIÓN SOCIAL-AUSENCIA DE ARREPENTIMIENTO DEL CONDENADO : REQUISITOS; ALCANCES

El instituto de la Libertad Condicional está regulado por el art. 13 del Código Penal, el cual se había mantenido inalterable desde la sanción del Código Penal y hasta el año 2004, en que sufrió las modificaciones introducidas por la Ley 25.892. Esta norma, entre otras, impuso como condición previa para resolver su procedencia un informe de peritos que

pronostique en forma individualizada y favorable acerca de la reinserción social del condenado (Código Penal Comentado, D'Alessio, parte general, p. 66, La Ley, 2005).

Ahora bien, la verificación del pronóstico sobre la posible reinserción social del condenado, debe realizarse a partir de un informe pericial donde se alegue sobre la posibilidad de esa reinserción, en base a un pronóstico individualizado. La norma por cierto no efectúa mayores precisiones sobre qué tipo de informe se requiere (médico – psiquiátrico, psicológico, criminológico, etc.), sin embargo cualquiera sea el perito interviniente no se discute que las correspondientes conclusiones deben tener una base objetiva y no importar una futurología incompatible con el Estado de Derecho. A ello debe sumarse que la Ley de Ejecución Penal adscribe a los llamados “programas mínimos de reinserción social”, es decir, no busca formar personalidades, sino que el condenado pueda vivir en sociedad respetando los bienes jurídicos ajenos, proscribiendo a su vez los llamados “programas máximos de readaptación” que tienen en miras la directa adopción por parte del condenado de una determinada concepción social (D'Alessio, obra citada, p. 75).

Siendo ese el marco en el que debe analizarse el instituto regulado en el art. 13 del Código Penal, notorio resulta que el Juez interviniente se ha excedido al considerar la ausencia de arrepentimiento como causal impeditiva de la reinserción social del condenado. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Baez, Jorge Omar s/ejecución penal” -Fallo N° 2767/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

LIBERTAD CONDICIONAL-REINSERCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO-AUSENCIA DE ARREPENTIMIENTO DEL CONDENADO-PROHIBICIÓN DE DECLARAR CONTRA SI MISMO-JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL-SENTENCIA ARBITRARIA

Sin pretender ingresar al amplio campo de la sicología, disciplina que excede mis conocimientos, pero partiendo de reconocer las situaciones que la experiencia judicial indica, advierto que pueden distinguirse las siguientes variantes: a) condenado que ha admitido el hecho desde un principio y se arrepiente; b) condenado que admite el hecho, pero no se arrepiente; c) condenado que no admitió el hecho en el proceso, pero lo reconoce luego de la sentencia condenatoria que declara su responsabilidad y se arrepiente; d) condenado que nunca reconoció el hecho y por tanto no siente que deba arrepentirse de algo y e) condenado que tampoco ha reconocido el hecho pero lo admite demostrando arrepentimiento luego de la sentencia al sólo efecto de procurarse un buen dictamen psicológico. Pueden existir otras variantes por cierto, pero creo que con las señaladas, podemos tener una idea más o menos acabada de las situaciones con las que puede enfrentarse el juzgador.

De todas ellas, el Juez del caso ha optado por considerar como grave para el pronóstico de reinserción social, que el condenado no se ha arrepentido del delito por el que fuera sancionado penalmente.

Lo que omite considerar el magistrado, es la conducta anteriormente asumida por el condenado. Y es que Baez nunca, ni en la instrucción, ni en el Juicio ante la Cámara

interviniente, admitió ser el autor del hecho que se le atribuía (véase Fallo 2137 del año 2000) y si bien es cierto que para el Estado ha quedado firme su responsabilidad penal por el delito mencionado en esa sentencia, decisión pasada en autoridad de cosa juzgada y por tanto exenta de discusión, resulta absurdo pretender que el condenado reconozca y se arrepienta por un hecho que siempre negó, como condición previa para que se le conceda la Libertad Condicional.

La arbitrariedad del pronunciamiento recurrido, es notoria cuando el Juez de Ejecución Penal supedita el derecho al ejercicio de la Libertad Condicional, luego de admitir que están cumplidos los requisitos atinentes al tiempo de privación de libertad, a la realización de actividades varias, a su capacitación y buena conducta, al reconocimiento y arrepentimiento por parte de Báez, respecto a un hecho que siempre ha negado, con flagrante violación del art. 18 de la Constitución Nacional. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Baez, Jorge Omar s/ejecución penal” -Fallo N° 2767/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

LIBERTAD CONDICIONAL-REINSERCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO-AUSENCIA DE ARREPENTIMIENTO DEL CONDENADO-PROHIBICIÓN DE DECLARAR CONTRA SI MISMO

El informe – que es el que cita el magistrado de ejecución – se señala expresamente que el condenado “es una persona con variados intereses que ha logrado revertir una situación negativa (el estar privado de su libertad) en positiva, ya que durante su estancia en la Alcaldía ha terminado sus estudios primarios, ha hecho cursos de electricidad, carpintería, etc.”.

Es cierto que el mismo informe remite también a la escasa voluntad de cambio del condenado, a partir de interpretar negativamente la falta de reconocimiento del hecho por el que fuera condenado, pero, vale más una vez preguntarse, es lícito requerir a alguien que siempre negó haber cometido el delito por el que fuera acusado y aún condenado, que lo admita al sólo efecto de obtener su Libertad Condicional?, entiendo que el artículo 18 de la Carta Magna es suficientemente claro cuando prohíbe que persona alguna pueda declarar contra si mismo, garantía que por cierto no se refiere al acotado ámbito del proceso penal, sino a todas las situaciones y/o relaciones en las que una persona pueda llegar a comparecer ante cualquier órgano del Estado. La garantía del art. 18, no es sólo un derecho del individuo, es fundamentalmente una limitación al poder del aparato estatal, en cuanto le prohíbe coaccionar al individuo para obtener afirmaciones que el mismo no está dispuesto a brindar voluntariamente.

De todo lo expuesto, concluyo en que el Juez de Ejecución Penal ha errado en la aplicación del art. 13 del Código Penal, con notorio apartamiento de sus disposiciones y en función de las constancias comprobadas de la causa, debiendo por tanto hacerse lugar al recurso de casación planteado. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Baez, Jorge Omar s/ejecución penal” -Fallo N° 2767/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE QUEJA : OBJETO; REQUISITOS; PROCEDENCIA

No resulta superfluo señalar que el objeto del recurso de queja no es la sentencia, sino la denegación del recurso contra la misma y que, en consecuencia, la queja debe fundarse no en la crítica de la sentencia atacada por el recurso denegado sino al fallo denegatorio de ese recurso. La reiteración de lo ya dicho y sostenido en el recurso extraordinario, nada tiene que ver con el objeto de la queja, que se circunscribe a la admisibilidad y no a la procedibilidad de la pretensión impugnativa (Doctrina Conf. STJ Formosa SAIJ -Sumario N° 20004569). Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Gomez García, María Esther s/queja en autos: "Gomez García, María Esther c/Dei Castelli, Rubén Silvio Martín y otros s/Acción Común” -Fallo N° 2768/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

RECURSO DE QUEJA-QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO: FUNDAMENTACIÓN; ALCANCES

No alcanza a ser un argumento sustancioso para la procedencia de la queja el señalar que la Sala asemeja sus resoluciones denegatorias de recursos extraordinarios, siendo en definitiva todas iguales, ignorando que cada recurso cuenta con particularidades, uniformándose no obstante su rechazo. Porque igualmente podríamos preguntarnos: ¿no será que todos los profesionales incurren en los mismos errores al momento de interponer el remedio extraordinario, que obligan a la Sala a reiterar sus fundamentos denegatorios? Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Gomez García, María Esther s/queja en autos: Gomez García, María Esther c/Dei Castelli, Rubén Silvio Martín y otros s/Acción Común” -Fallo N° 2768/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez –en disidencia.

RECURSO DE QUEJA-QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO : IMPROCEDENCIA

Se comparte entonces el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal del Trabajo al momento de rechazar el recurso extraordinario cuando señala que no existe tacha de arbitrariedad que se funde en la mera disconformidad con el criterio adoptado por el juzgador para resolver la causa sometida a su examen, toda vez que las cuestiones planteadas se circunscriben a la interpretación de normas de derecho común y prueba, interpretación respecto de la cual este Superior Tribunal de Justicia no está llamado a intervenir (Conf. STJ Formosa Fallo N° 1015-Tomo 1999). Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Gomez García, María Esther s/queja en autos: Gomez García, María Esther c/Dei Castelli, Rubén Silvio Martín y otros s/Acción Común” -Fallo N° 2768/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

RECURSO DE QUEJA-QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO : PROCEDENCIA

Se encuentran satisfechas las exigencias impuestas por las normas procedimentales para su apertura, ya que en principio se esbozan cuestiones sustanciales alejadas del re-análisis en materia de hechos, pruebas y derecho aplicable que hacen pertinente una intervención más amplia de esta Alzada, sin que esta admisibilidad sea interpretada como adelanto de pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión. Disidencia del Dr. Gonzalez.

Causa: “Gomez García, María Esther s/queja en autos: Gomez García, María Esther c/Dei Castelli, Rubén Silvio Martín y otros s/Acción Común” -Fallo N° 2768/07- de fecha 31/05/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia.

RECUSACIÓN CON EXPRESIÓN DE CAUSA-FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA : ALCANCES

La mera invocación de la causal prevista en el artículo 17 inciso 9 del C.P.C.C., es insuficiente para configurar la excusación solicitada, ya que la misma debe ser fundada en motivos de existencia real y precisa, máxime cuando no se expresan otras causas que impongan abstenerse, ya que la sola enunciación de razones de decoro y delicadeza (artículo 30) no alcanza a cubrir dicho estándar.

Cierto es que las causales de excusación deben ser consideradas y apreciadas con mayor amplitud y criterio circunstancial que lo que se tiene establecido para las recusaciones, pero no menos cierto es el hecho de que la presentación del señor Procurador General se encuentra huérfana de las circunstancias fácticas y del fundamento necesario para acoger favorablemente su petición, correspondiendo rechazar la excusación interpuesta.

Que tiene dicho la jurisprudencia que no basta a los jueces la mera invocación de encontrarse comprendidos en causales de excusación que impiden su conocimiento en el juicio; es menester una razonable fundamentación fáctica para evitar un apartamiento arbitrario. De otro modo, carecería de sentido la oposición regulada en el artículo 31 del Código Procesal, en beneficio del juez que sigue en el orden de turno (Cám. 2ª, Sala I, La Plata citado en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación*, Tomo II-A, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, página 530).

Causa: “Albariño, Timoteo Orlando s/Corrupción de menores agravada” -Fallo N° 2773/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi.

PROCESO PENAL-SENTENCIA-TRIBUNAL DE JUICIO-ART. 368 DEL C.P.P.- FACULTADES DEL TRIBUNAL : ALCANCES

Si bien es cierto que, por imperio de lo normado por el artículo 368 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Juicio puede asignarle al hecho motivo de juzgamiento una calificación jurídica diferente a la dada por el Fiscal y el Juez que intervinieron en la instrucción de la causa, e incluso a la calificación sostenida por el Fiscal de Cámara, ello exige como condición inexcusable que el imputado haya tenido la oportunidad de defenderse del delito por el cual se lo condenó. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll-en disidencia, Héctor Tievas-en disidencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA-DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

Como además claramente lo expuso el Dr. Hang en su voto en el fallo 2652/06, el estándar de inmadurez sexual es independiente de la figura prevista por el artículo 119, en cuanto esta última se limita a establecer un límite de edad (16 años).

Es por ello justamente que tal requisito, para ser ponderado legítimamente por el Tribunal de Juicio, evitándose la violación del derecho defensa, requiere que la Defensa haya tenido la posibilidad de alegar y probar la falta de materialización de dicho standard en el caso concreto, extremo éste que, según se vió más arriba al analizar la acusación y el debate de los hechos, no se materializó en el caso de autos.

En consecuencia, por lo expuesto, debe acogerse el agravio de la recurrente en orden a la falta de congruencia, y consecuente violación del debido proceso por haberse afectado el derecho de defensa del imputado. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA-DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO-CAMBIO DE CALIFICACIÓN LEGAL : ALCANCES; EFECTOS

Resulta entonces que la correlación entre acusación y sentencia es esencial para impedir la condena por un hecho diverso al que fue objeto de imputación; sólo así se respeta la inviolabilidad de la defensa en juicio. Se alude a la concreta conducta humana y no a la especie legal; ya que el cambio de calificación no configura agravio constitucional si la condena versa sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en la causa. En vez, si se incorpora uno nuevo respecto del cual no existió la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en juicio, cabe descalificar el fallo como tal (Conf. CSJN, LL del 28/12/1993, f. 91.859).

Que lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida, y que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Y no es otra cosa lo que sucedió en autos, donde las actuaciones, pese a girar siempre sobre el cumplimiento o no de los elementos del tipo penal contenido en el artículo 119 del Código Penal, ya que tal era el contenido de las acusaciones fiscales, se concluye condenando por un tipo penal distinto, el contenido en el artículo 120 del Código Penal, que contiene un elemento normativo - "*inmadurez sexual de la víctima*" - que se hace historia en el relato que tiene por probado el tribunal de juicio, pero del que nunca se dió oportunidad a Pereyra de articular defensa alguna. Voto de la Dra. Colman.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA-DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO-ACUSACIÓN-DEFENSA DEL IMPUTADO : ALCANCES

Entiendo al concepto de "*inmadurez sexual*" como de necesaria valoración jurídica, pero valoración que debe resultar del confronte entre lo postulado por la acusación y lo postulado por la defensa, para que la sentencia pueda reflejar una solución que zanje dicha confrontación. Y ello en autos no ocurrió, ya que la acusación fiscal siguió un rumbo determinado - el fijado por el artículo 119 del Código Penal -, obligando a la defensa a articular su trabajo por esos carriles y que, a la postre, no son los mismos que adopta el tribunal al momento de sentenciar; afectándose entonces indudablemente el debido proceso legal. En tal sentido se ha señalado que "*...se viola el derecho de defensa en juicio, con afectación del principio de congruencia fáctica, cuando se altera la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación por parte de los imputados*" (Caso "Radice", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Fecha: 9/5/2007, MJJ 11459). Voto de la Dra. Colman.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

ERROR DE PROHIBICIÓN : CONCEPTO; ALCANCES; EFECTOS

Cabe señalar entonces, que se denomina ***error de prohibición***, al que impide la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto solamente, es decir, el que únicamente impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo. Debe tenerse presente que la diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición finca que en el primero, el sujeto "cree que hace otra cosa", en tanto que en el segundo, "sabe lo que hace" pero no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión. (Zaffaroni, Tratado, Tomo IV, p. 183 y ss). El error de prohibición afecta la comprensión de la antijuridicidad del acto y obedece a una elaboración de la doctrina penal alemana limitándose, según Fontan Balestra a la creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, sea porque el autor no conoce la norma jurídica o porque la conoce mal. (Cit, por "D'Alessio, en su Código Penal Comentado, Tomo I, p. 258, La Ley). Error de prohibición que a su vez puede ser directo, aquel que recae sobre la norma misma, cuando se desconoce que la misma existe o cual es su alcance, o indirecto, circunscripto a la

creencia de que existe una tipicidad permisiva en el caso concreto, o que opera una causa de justificación (Zaffaroni, obra citada, págs. 190 y 191). Disidencia del Dr. Coll.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA : CONFIGURACIÓN

En cuanto al agravio de que no quedó acreditada la falta de madurez sexual en la víctima cabe tener en cuenta que a los efectos de la prueba de dicha circunstancia, debe tenerse en cuenta que la inmadurez sexual no importa una valoración jurídica, sino que remite a criterios éticos, sociales o standard de comportamiento reconocidos socialmente, cuya configuración en el presente caso ha sido conscientemente ponderada con la prueba existente por los juzgadores, lo que da cuenta justamente las consideraciones de sus conclusiones. Disidencia del Dr. Tievas.

Causa: "Pereyra, Pedro Arsenio s/Abuso Sexual con acceso carnal calificado" -Fallo N° 2774/07- de fecha 12/06/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN SEGUNDA INSTANCIA-ART. 275 DEL C.P.C.C.-PODERES DEL TRIBUNAL : ALCANCES

En lo que sustento mi discrepancia con el modo en que se propone resolver la cuestión, es en considerar que la Cámara debe expedirse sobre la procedencia o no de la excepción de prescripción, cuando la cuestión no fue materia de agravio por el apelante (art. 275, CPCC) y cuando además, se privaría a la futura decisión de la garantía de la doble instancia, porque cualquiera fuese el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones, no cabría contra el mismo un recurso de apelación en los términos que lo contempla el Código vigente, quedando sólo la vía extraordinaria, cuyas características por cierto son distintas y sus requisitos mas estrictos. Voto del Dr. Coll.

Causa: "Deheza, Raúl Oscar s/sucesorio –Incidente de redargución de falsedad-" -Fallo N° 2781/07- de fecha 26/06/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Claudio Ramón Aguirre, Eduardo Manuel Hang-en disidencia parcial, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia parcial.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN SEGUNDA INSTANCIA-ART. 275 DEL C.P.C.C.-PODERES DEL TRIBUNAL

Si bien el art. 275 del C.P.C.C. limita las facultades de revisión del Tribunal a aquellos agravios objeto del recurso; ello en alusión al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, de que sólo puede ser revisado lo apelado, la presente cuestión reviste una situación particular pues, las defensas que fueron oportunamente introducidas por el vencedor y que fueron rechazadas por la sentencia de primera instancia sin ser consideradas por tal decisión -caso de la excepción de prescripción-, debe tenerse presente

que tales planteos al ser realizados por la parte que en definitiva resultó vencedora según la sentencia en grado (en este caso la incidentada) y al ser vencedora esta parte, no podía apelar de la sentencia que le había resultado favorable por carecer de interés para apelar, no obstante la omisión de pronunciamiento de tales cuestiones. Pero, si bien el vencedor no puede apelar de la sentencia, ello no significa que esas cuestiones no consideradas por la sentencia de grado hayan quedado definitivamente juzgadas o eliminadas del litigio, por el contrario, quedan implícitamente sometidas al tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto por la contraparte. Por su parte el tribunal no podrá modificar la sentencia de primera instancia sin haber considerado antes tales cuestiones, porque "el silencio del litigante victorioso no importa, de por sí, conformidad con los fundamentos del fallo" (SCBA, 10-9-57, JA 1959-II-6, n° 52). Siendo ello así, la Cámara debió también haber analizado la excepción sobre la que la jueza de la instancia inferior no se expidió y al no hacerlo es arbitrario el fallo en tal sentido. Disidencia parcial del Dr. Hang.

Causa: "Deheza, Raúl Oscar s/sucesorio –Incidente de redargución de falsedad-" -Fallo N° 2781/07- de fecha 26/06/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Claudio Ramón Aguirre, Eduardo Manuel Hang-en disidencia parcial, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia parcial.

RECURSOS-DERECHO PROCESAL : OBJETO

No puede desconocerse que el principio que rige en materia de recursos es que quien se encuentra con un pronunciamiento contrario a su pretensión debe recurrirlo para evitar que precluya la posibilidad de plantear que la misma sea revisada. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: "Salina, Gildo Antonio s/Lesiones Graves" -Fallo N° 2793/07- de fecha 27/07/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

RECURSOS-DERECHO PROCESAL-SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA-CONTROL DE RAZONABILIDAD : ALCANCES

Este Tribunal, cabe recordar, no tiene por función sustituir a los jueces de sentencia en la tarea de juzgar, sino que tiene a su cargo el ejercicio del control de razonabilidad de los fallos, para lo cual verifica que en el caso concreto se hayan valorado las pruebas mediante el empleo de las reglas de la sana crítica racional que se materializa a través de la aplicación de la lógica, la psicología y la experiencia común. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: "Salina, Gildo Antonio s/Lesiones Graves" -Fallo N° 2793/07- de fecha 27/07/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-ACCESO CARNAL-FELLATIO IN ORE : ALCANCES

Entrando al análisis de los agravios de la Defensa, cabe señalar en primer lugar en orden a la supuesta errónea interpretación de la ley al calificar el hecho endilgado al imputado como abuso sexual con acceso carnal, que el fallo impugnado ha realizado un prolijo, exhaustivo e inteligente análisis respecto de qué debe entenderse por acceso carnal a la luz de la reforma introducida al artículo 119 del Código Penal en el año 1.999, posición que

comparto plenamente en función del razonamiento empleado por los jueces de sentencia (el cual resulta ocioso reeditar), y particularmente lo atinente a que dicha reforma fue introducida para eliminar toda la discusión existente sobre si la “fellatio in ore” constituía o no acceso carnal, atrapándola definitivamente en tal concepto con la inclusión de la expresión “por cualquier vía”, comprendiendo así el acceso carnal las tres vías que la razón y el sentido común exigían como configurativos de tan grave hecho ultrajante de la libertad sexual.

Por otra parte, frente al argumento de que la expresión “por cualquier vía” podría llevarnos a considerar que el acceso por vía nasal, auditiva e incluso heridas constituirían acceso carnal, no debe soslayarse que la ley debe ser interpretada de manera razonable, atendiendo a la finalidad que la misma persigue, y lo que aquí el legislador ha tenido por finalidad introducir no es otra cosa que el concepto social de acceso carnal, lo que se desprende de manera indubitable de los proyectos de modificación que fueron presentados y que fundaron la modificación de la única cuestión que suscitaba controversias en la norma reformada. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual” -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tieves, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-EBRIEDAD-DOSIMETRÍA ALCOHÓLICA-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES; EFECTOS

En lo que respecta al argumento de que el imputado no fue sometido al test de alcoholemia y ello no puede pesar en su contra, cabe señalar que aún la gradación alcohólica tomada como parámetro para establecer la inconciencia no es necesariamente un dato irrefutable de dicho estado, en principio presupuesto al presentarse los valores de intoxicación alcohólica previstos por las tablas de proporción y efectos de la alcoholización, pues cada organismo es diferente y por ende las incidencias del alcohol difieren.

En tal sentido Bonnet en su tratado de Medicina Legal, al analizar el cuarto período de ebriedad, indica que la inconciencia se halla presente casi sin excepción porque en materia de ebriedad no es posible descartar de manera absoluta y terminante la excepción a la regla (T. II, págs. 1629 y sig.). Lo que nos lleva a la necesidad de valorar las demás pruebas para establecer en concreto si el imputado se encontraba o no en estado de inconciencia, y ello a su vez a la conclusión certeramente inferida por el Tribunal de Juicio de que sí estaba en estado de conciencia.

A ello se suma además que en el presente caso no está discutido la circunstancia de que el imputado al ser sorprendido se encontraba con el pene totalmente erecto, y no es una cuestión controvertida científicamente el hecho de que el alcohol en pequeñas cantidades desinhibe pero es un depresor del sistema nervioso central y en grandes cantidades interfiere en la excitación sexual provocando disfunción eréctil. Dicho de otra forma, la disminución de las respuestas fisiológicas disminuyen proporcionalmente al grado de ingesta alcohólica. De ahí la celebre frase de Shakespeare al referirse al consumo del alcohol “provoca el deseo pero frustra la ejecución”. Dato indicador éste tomado por los jueces de sentencia que, no puede soslayarse en función de lo expuesto, fue valorado sobre

la base de las reglas que informan la sana crítica racional como elemento de ponderación del estado de conciencia del imputado al momento de la comisión del delito por el cual fue juzgado.

Por todo lo expuesto, no surgiendo del planteo recursivo agravios serios y suficientes que permitan descalificar como acto jurisdiccional válido la sentencia puesta en crisis, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa del imputado. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual” -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-FELLATIO IN ORE-DEBERES DEL JUEZ-INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES : ALCANCES

Entiendo que los Jueces deben atender a la aplicación de la Ley, tal como la ha elaborado el legislador, salvo que se advierta manifiesta colisión con el texto constitucional, cuyo por cierto no es el caso de autos. “El Juez en el sistema de separación de poderes, tal como el establecido en la Constitución, debe aplicar la ley, o sea, juzgar según la ley, *más no juzgar a la Ley*, salvo el caso en que se la impugne como anticonstitucional” (Bielsa, Rafael; “Metodología Jurídica”, p. 446, Ed. Castellví).

A su vez, la Corte Suprema ha declarado que en principio, la opinión expuesta en las Cámaras legislativas por los miembros informantes, durante la consideración de los proyectos de Ley, son fuente de interpretación auténtica de éstas en su significación y alcances (Fallos, 114:28), afirmando también que la primera regla de interpretación de las Leyes, es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o de su espíritu” (Fallos 150:151), máxime cuando esa intención surge de la exposición de motivos (Fallos 111:330) o en el proceso de discusión de la Ley (Fallos, 114:298).

Entiendo entonces que en el estado actual de la legislación vigente, no pueden existir dudas que la “fellatio in ore”, o penetración del órgano sexual masculino en la cavidad bucal de otra persona, cometido contra un menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción, constituye acción que resulta típica a los fines del art. 119 tercer párrafo del Código Penal. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual” -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

INIMPUTABILIDAD-EBRIEDAD-PRUEBA

Es requisito para la aplicación de la eximente prevista en el artículo 34 inciso 1ro. del Código Penal que la ebriedad haya sido involuntaria y completa, no correspondiendo que dicha situación de exclusión de la culpabilidad sea presumida (tal como parece quererlo la defensa), y es que las mismas deben ser objeto de prueba y del correspondiente análisis en el marco del proceso. Voto de la Dra. Colman.

Causa: "Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual" -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-FELLATIO IN ORE-ACCESO CARNAL : ALCANCES; CONFIGURACIÓN

Carlos CREUS sostenía antes de la reforma que *"el hecho (violación) se consuma con el acceso, esto es con la penetración del miembro viril en el orificio vaginal o anal..."* (Conf. *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 194). Luego de la sanción de la Ley N° 25.087 señala que *"...no faltarán quienes sigan negándose a calificar como acceso carnal al coito bucal, pese a la expresión - por cualquier vía -, no obstante que la inclusión de esos casos fue uno de los motivos que al legislador le suscitó el deseo de reforma"* (*Delitos Sexuales Según la Ley 25.087*, JA 1999-III-807).

Que la misma situación se plantea con Alfredo ACHAVAL quien señalaba críticamente allá por 1.992 que *"Si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconceptos, llegaremos a absorber el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura del delito de violación..."*. Puntualmente criticaba la postura de algunos autores que ya incluían la *fellatio in ore* en la figura de la violación (caso de FONTAN BALESTRA por ejemplo) sosteniendo que adoptar dicha opinión importaba cuanto menos un sofisma jurídico basado en interpretaciones personales ajenas a la norma (Conf. Alfredo Achával, *Delito de Violación*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 195/198).

Pero la sanción de la Ley N° 25.087 también obliga a este último autor a mutar su pensamiento, para pasar a señalar ahora que la expresión "acceso carnal" significa llegar, tener paso o entrar en la "carne" de quien es la víctima, y que el agregado "por cualquier vía" hace referencia a la existencia de vías con capacidad inmisiva y receptiva. Por lo que ahora no hay dudas de que se ha agregado *"...la boca, que si bien tiene capacidad inmisiva, también tiene capacidad activa en forma indiferente por ambos sexos"* (Conf. ACHAVAL, Alfredo, *Las modificaciones al artículo 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087*, JA 1999-III-1021).

Que en consecuencia, luego de la reforma operada por la ley N° 25.087, no me quedan dudas de que la *fellatio in ore* ha quedado comprendida en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal, al haberse hecho referencia expresa al "acceso carnal por cualquier vía"; constituyendo ahora uno de los accesos carnales típicos del delito de violación, por lo que este motivo de agravio también debe ser rechazado. Voto de la Dra. Colman.

Causa: "Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual" -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-FELLATIO IN ORE-ACCESO CARNAL-OPINIÓN DOCTRINARIA : ALCANCES

Respecto de la primera cuestión señalo que mucha de la opinión doctrinaria que sustenta el recurso es derivada de la interpretación de la regla antecedente y original del Código Penal. La agregación de la expresión "cualquier vía", cambia evidentemente el panorama

interpretativo. Ello es paradigmático al traerse como fundante la opinión de Creus que era una antes y otra después de la reforma. Así nos dice (“Delitos Sexuales según la ley 25087”, J.A., T. III, año 1999, P. 807 y sgtes) que precisamente la incorporada expresión tiene por objeto (según la motivación del legislador) incorporar al tipo el coito bucal. Es cierto que en el debate en el Senado, algunos parlamentarios (serían cuatro) indicaron que el coito oral no sería violación sino abuso sin acceso carnal agravado por el carácter ultrajante de la maniobra, pero ello es sólo la opinión individual de algún legislador, no sabemos si es compartida por los demás que votaron el proyecto. En la dificultad que plantea desentrañar de la discusión parlamentaria la intención legislativa (en cuanto cuerpo legisferante). En especial si la Comisión funda el proyecto de una manera y se pretende restringir o ampliar esa interpretación.

Creo que intentar la interpretación gramatical no deja de ser adecuado. Parafraseando a un Juez anglosajón podemos decir que hay veces que las palabras de la ley significan lo que dicen. En las palabras de la ley no hay discusión sobre “acceso”, es entrada, ingreso, introducción, penetración. Es “vía” lo que provoca la discusión. “Vía” según el Diccionario de la Lengua, en su quinta acepción, es cualquier conducto por donde pasan en el cuerpo del animal, los humores, aire, alimento y residuos digestivos. Desde esta perspectiva, va de suyo, que la boca es una “vía” y resulta difícil encontrar un argumento que la aparte de la definición. Pero también la propia palabra “acceso” en una de sus acepciones equivale a “cópula” o “ayuntamiento carnal”. Se puede decir que la interpretación podría llevar a situaciones así ridículas, como el acceso por vía respiratoria, pero ello no modifica la razonabilidad en lo otro. Sin embargo debo aclarar que a mi juicio algunas de las argumentaciones que se efectúan aludiendo a que la boca, no es vía no dejan de ser perspectivas individuales, sospechosas de intuicionismo, que no parecen cercanas a la ciencia social o sus mejores desarrollos.-

No se puede negar la diversidad de las culturas, la interpretación de los diversos campos de la experiencia que puede referir a todos los aspectos de la existencia, incluidas las relaciones sexuales (Benedict, Ruth; “El hombre y la cultura”, P.41, Centro editor América Latina, Bs. As., año 1971). Una cultura es el sistema de vida de un grupo de personas, a la configuración de todas las normas más o menos estereotipadas de comportamiento aprendido que se transmite generacionalmente por medio de la lengua o la imitación (Barnouw, Víctor; “Cultura y Personalidad”, P.18, Edit. Troquel, Bs. As., 1967). La variación en la conducta social de las diferentes sociedades es evidente y se demuestra de inmediato. Los estudios etnológicos revelan la variedad de conductas con respecto a cualquier forma concebible del comportamiento social (Newcomb, Theodore M. “Manual de Psicología Social”, T I, P 65, Eudeba, Bs. As, 1981). En la humanidad lo que parece genético es la volatilidad, la plasticidad. Plasticidad que no se da de la misma manera dentro de las comunidades. Esas comunidades usan la cultura de forma semejante (Gelner, Ernest; “Antropología y Política”, P 67, Gedisa, Barcelona, 1979). Puntualizó a través de diferentes autores, tanto de la Antropología cultural como de la psicología Social, la diversidad de las culturas y con ello de las actividades humanas entre las que por supuesto están las relaciones sexuales. Porque en general la interpretación restrictiva o ampliada recurre a aspectos biológicos (en realidad no puros sino socializados), sociológicos o de psicología social, buscando algo así como las motivaciones y actividades del hombre

medio o de una mayoría (si se quiere “normal”) dentro de la comunidad. Pero como encontrar esos motivos y actividades en nuestra sociedad que permitan ampliar o restringir el criterio, en especial en este campo de la sexualidad ligada al Derecho Penal. En esto, como antes apunté, no parece haber fundamentos serios y la cuestión parece más cercana a preferencias ideológicas que a una definición científica. Hay confusiones como la que señalara Freud y pese a ello perduran, confundir lo genital con lo sexual, siendo esto de más amplitud. Lo genético es más instinto, lo sexual se guía por el principio del placer. Se acota entonces en lo genital a la violación como el acceso por vagina y mediante un argumento, el de que el coito anal es parecido al vaginal, se incluye al mismo, porque una interpretación estricta dejaría fuera del tipo al varón, que nunca podría ser violado por no tener vagina.

Se debe convenir entonces que lo sexual tiene una concepción más amplia que se sustenta en el principio del placer y excede al marco de lo meramente genital.

Para nuestra sociedad occidental de cuño europeo nada mejor que bucear precisamente en Freud, cuya psicología (más social que individual) puede ayudar a determinar a través de un estudio de corte científico qué es lo sexual o cómo se amplía en nuestra sociedad lo sexual a partir de lo genital. Así tanto la boca como el orificio anal pueden tener un significado sexual, el papel de la zona erógena se descubre sin dificultad porque la zona en cuestión se comporta como el aparato genital. Estas zonas erógenas son así aparatos subrogados de lo genital (Freud, Sigmund, “Los Textos Fundamentales del Psicoanálisis”; P.385, Altaza, Barcelona; 1997). De manera que no hay zonas erógenas por haber glándulas de este tenor como piensan o pensaban algunos, sino que las zonas se transforman en erógenas a través de la sexualidad socializada. Siguiendo con el autor (op. Cit, P. 366) el empleo de la boca como órgano sexual se prohíbe como perverso cuando los labios o la lengua entran en contacto con los genitales de otro y no cuando el encuentro es de mucosas labiales. Esas prácticas sin embargo han sido usadas quizás desde los albores de la humanidad. Así determinadas partes del cuerpo como las mucosas bucales y anales, que aparecen en la práctica sexual, reclaman el derecho a ser tratadas como genitales (op. Cit, P 368). Con lo que pueden equipararse a la vagina de la mujer.

A partir entonces de estas consideraciones no me queda duda que la introducción del miembro viril en la cavidad bucal pueda constituir violación si se dan las demás condiciones del tipo legal. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Medina, Juan Dionisio s/Abuso sexual” -Fallo N° 2806/07- de fecha 15/08/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

COMPETENCIA-CUESTIONES DE COMPETENCIA-RECURSO EXTRAORDINARIO-SENTENCIA DEFINITIVA : IMPROCEDENCIA

Las resoluciones dictadas en cuestiones de competencia, en las que no ha mediado denegatoria del fuero federal, no son susceptibles de la apelación extraordinaria y en consecuencia no revisten la calidad de sentencia definitiva en los términos exigidos por la Ley 48, circunstancia que no puede suplirse, aunque se invoque arbitrariedad o desconocimiento de garantías constitucionales (CSJN, Fallos 311:II, 430).

Y es que como pacíficamente lo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la excepción a la regla que indica la improcedencia de planteos de incompetencia como materia del recurso extraordinario, es únicamente cuando se halla implicado el fuero federal. "Las decisiones que resuelven la excepción de incompetencia tienen el carácter de definitivas cuando importan denegatoria del fuero federal e impiden por dicho medio el acceso a la instancia excepcional" (CSJN, Fallos 316:791; 316:2436; cf. Palacio de Caeiro, Silvia; El Recurso Extraordinario Federal, p. 260 y ss, La Ley, 2002).

En el caso que nos ocupa no existe implicancia alguna del fuero federal, y siendo así, la decisión cuestionada, en tanto no pone fin al pleito ni impide su continuación (antes bien, el Punto II del Fallo 412/06 manda "continuar la causa según su estado"), no reviste el carácter de definitiva a los fines del recurso extraordinario, cuya inadmisibilidad ha sido entonces, correctamente declarada.

Causa: "Leguizamón, Aida Estela y otro s/Queja en autos: "Arena, Néstor Fabián c/Leguizamón, Elba Rosa y/u otro y/o quien resulte responsable s/Acción común" -Fallo N° 2814/07- de fecha 31/08/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievias, Eduardo Manuel Hang.

DEPÓSITO PREVIO : OBJETO; ALCANCES

La naturaleza del depósito previo que exige el art. 76 del C.P.T. para la concesión de los recursos contra la sentencia condenatoria importa asegurar el cumplimiento de la condena, resultando en definitiva una razonable medida precautoria impuesta en salvaguarda del interés de la parte obrera, pero esa garantía ha evolucionado jurisprudencialmente desde su primigenia rigidez hasta la aceptación de sustituciones por otras medidas cautelares.

Causa: "Supermercado CAMILETTI S.A. s/Queja en autos: 'Supermercado CAMILETTI S.A. c/Bueno, Adriana Andrea s/Acción común'" -Fallo N° 2816/07- de fecha 31/08/07; voto de los Dres. Héctor Tievias, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

ALIMENTOS-CESACIÓN DE CUOTA ALIMENTARIA-DERECHO DE DEFENSA-DEBIDO PROCESO LEGAL: EFECTOS

Ante el pedido de cesación de la cuota alimentaria solicitada por el peticionante y previo informe de Secretaría, el Tribunal de Familia -en la persona del Juez de Trámite- dicta la Resolución N° 597/06 haciendo lugar al pedido de suspensión del beneficio alimentario, pero obviando el traslado de ley a la contraparte (tal como lo prescribe el artículo 180 del C.P.C.C. aplicable por reenvío); sustentando el Tribunal de Familia dicha decisión en los términos de la sentencia de divorcio vincular -que rola en el Incidente de Conversión de Separación Personal en Divorcio Vincular-, pero omitiendo cualquier tipo de análisis sobre los acuerdos arribados en la sentencia de Separación Personal...

Que son principios básicos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el derecho de defensa en juicio consiste en dar a los litigantes la oportunidad de ser oídos y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que las leyes de procedimiento fijan. Es más, la misma Corte estableció que nadie puede ser condenado sin ser oído en el proceso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional ya que, de hacerlo, sería nula toda sentencia que se pretenda ejecutar contra el tercero que no

ha sido parte en el proceso (Conf. CSJN Fallos 131:400; 121:285; 119:251 citados por FASSI, S, YAÑEZ, C, *Código Procesal Civil y Comercial*, tomo 1, tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, pág. 539).

Que en consecuencia, habiéndose dispuesto la suspensión del pago de cuota alimentaria sin traslado previo a los beneficiarios, coartándoles así a éstos la posibilidad del adecuado ejercicio del derecho a ser oídos, lo que se traduce en una franca violación del debido proceso legal, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario por sentencia arbitraria presentado por la señora S.A.D. contra el Auto Interlocutorio N° 597/06 del Tribunal de Familia anulando el mismo y mandando dictar nuevo fallo conforme a derecho.

Causa: “D., S.A. y D.T., C.A. s/Separación personal por presentación conjunta” -Fallo N° 2817/07- de fecha 31/08/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

PROCESO LABORAL-TRIBUNAL DEL TRABAJO-FACULTAD DE LOS JUECES-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-VEREDICTO : ALCANCES; EFECTOS

Los jueces del fuero del trabajo no están obligados a referirse necesariamente a todos y cada uno de los elementos de juicio que propongan las partes a su consideración, sino únicamente los que a su criterio fueren decisivos para dictar el fallo, pues al prevalecer la apreciación a conciencia de la prueba rendida (art. 66 del Cód. Proc. del Trabajo) los magistrados están autorizados a seleccionar y jerarquizar las fuentes y medios probatorios, pudiendo preferir unos elementos de tal naturaleza a otros, sin que su opinión pueda revisarse en la instancia extraordinaria, dado por sobre todo que las conclusiones fácticas del veredicto solo pueden desvirtuarse mediante invocación idónea y eficaz acreditación de la existencia de absurdo en la apreciación de la prueba.

Causa: “Lopez, Manuel Abdon c/CAMILETTI S.A. y otro s/Acción común” -Fallo N° 2818/07- de fecha 31/08/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

PROCESO LABORAL-FACULTAD DE LOS JUECES-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-PRUEBA DE TESTIGOS : ALCANCES

La apreciación a conciencia de los jueces con respecto a la prueba de testigos se refiere también a tener presente los motivos y causas que hagan dudar o presumir de la veracidad de sus dichos, así como las circunstancias en que toman a dichos testigos como necesarios, dado que por su posición respecto de los hechos objeto de la prueba por su vinculación estrecha con alguna o ambas partes los toman en tener la presunción de ser los únicos o los que mejor la conocen.

“La ponderación de la prueba testimonial, como la de tachas relativas que pudieran afectar a los declarantes es privativa de los tribunales de grado” (traído por Alejandro Oscar Babio en “La prueba en el proceso laboral”, pág. 93. Edit. Nemesis S.R.L.).

Causa: “Lopez, Manuel Abdon c/CAMILETTI S.A. y otro s/Acción común” -Fallo N° 2818/07- de fecha 31/08/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

RECURSO DE CASACIÓN-RECURSO EXTRAORDINARIO-DOBLE INSTANCIA-DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN : ALCANCES

Bien dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Llamosas" (seis de octubre de 1987), que cabe agotar *las vías locales potencialmente aptas para la revisión del pronunciamiento presuntamente lesivo de garantías constitucionales*, antes de intentar el remedio extraordinario.

Que por lo dicho, lo primero en señalar es el equívoco de la presentación del actor civil que, desdeñando la vía casatoria recurre, a través del recurso extraordinario con reserva del caso federal.

Que este Alto Cuerpo se ha expedido sobre el particular (STJ Formosa fallo N° 1.779-Tomo 2.003 entre muchos otros) donde se señaló que más allá del prestigio que conlleva el concepto "constitucional", es el recurso de casación el que permite una más amplia consideración de los argumentos del recursista. Así surge de las indicaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló a nuestra Corte Suprema en referencia a la causa "Maqueda"; allí se dijo que el recurso extraordinario no cumplimentaba con el requisito de la doble instancia establecido en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. A partir de ello la Corte Nacional abre la vía casatoria para salvar dicha imposición (casos "Giroldi" y "Bramajo"); imposición que desde 1.994 goza de jerarquía constitucional (artículos 75 inciso 22 de la Constitución Nacional). La citada interpretación fue juzgada como correcta y acertada por el Organismo Interamericano al momento de argumentar en la causa "Gorriarán Merlo".

Que en consecuencia, tenemos que, tanto la Corte Suprema como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son contestes en que la vía casatoria es la que mejor califica a los efectos del respeto al derecho a recurrir a una instancia superior ante una sentencia desfavorable. Siendo dicha solución la que mejor se adecua al caso donde ya a una de las partes del proceso -justamente aquella contra quien se ejerce la acción civil- se le ha admitido un remedio amplio para la revisión de la sentencia dictada en su contra.

Que por ello, en miras a mantener la igualdad procesal de las partes así como criterios de economía procesal teniendo en cuenta que el resultado de un recurso influirá directamente en el resultado del otro, y mas allá de la forma en que el recurso fuera concedido por el Tribunal de Juicio, resulta pertinente que este Tribunal mute dicho recurso y lo encarrile en el establecido en los artículos 422 y 427 del Código Procesal Penal.

Causa: "Albariño, Timoteo Orlando s/Corrupción de menores agravada" -Fallo N° 2830/07- de fecha 20/09/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi

GUARDA DEL MENOR-PROCESO CAUTELAR : NATURALEZA JURÍDICA

No tenemos dudas que el otorgamiento de un menor en guarda, es una medida provisoria, dictada en función de la protección del menor (Zannoni, Derecho de Familia, T. 2, p. 649 y ss, Astrea, 2002), y si bien generalmente se dispone como paso previo a la adopción, también puede ser conferida a instituciones públicas o privadas de protección a la minoridad a través de diversos programas de tutela, si se trata de menores que no se hallan definitivamente desvinculados de su familia biológica o si su separación de ésta se impone,

pero sólo temporariamente por circunstancias excepcionales que así lo exigen. La naturaleza del proceso de guarda, en cuanto tiende entonces a la protección del menor, es la de ser un verdadero proceso cautelar (Palacio, Derecho Procesal Civil, T. VIII, p. 80).
Causa: “Solís, Esteban Nicolás s/Medidas tutelares s/apelación” -Fallo N° 2834/07- de fecha 24/09/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

GUARDA DEL MENOR-CARÁCTER PROVISORIO : ALCANCES

El carácter cautelar y provisional de la guarda asumida, no implica por cierto que la decisión judicial posterior tendiente a restituir el menor a su madre biológica, no constituya un pronunciamiento equiparable a sentencia definitiva, desde que al recomponerse el vínculo filial, atendiendo al motivo invocado por la madre, el proceso judicial de guarda ha llegado a su fin. Es cierto, como señala el Sr. Procurador General, que ante una nueva situación de desamparo del menor, la guarda ahora revocada, podría ser nuevamente solicitada, pero ya se trataría de un proceso distinto y fundado en causas eventuales a producirse en un futuro hipotético.

Causa: “Solís, Esteban Nicolás s/Medidas tutelares s/apelación” -Fallo N° 2834/07- de fecha 24/09/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

MENORES DE EDAD-DERECHO DEL MENOR A PERMANECER CON SU FAMILIA-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHOS DEL PADRE Y LA MADRE-SITUACIÓN ECONÓMICA DE LOS PADRES DEL MENOR : ALCANCES

No debe olvidarse que el derecho de la madre a criar a su hijo y de éste a convivir con su madre, constituyen derechos derivados del concepto de familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” (art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), reiterado en el art. 17.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y claramente expuesto en el art. 68 inc. 5° de la Constitución de la Provincia de Formosa, cuando declara que la Provincia protege a la familia como célula base de la sociedad establecida, organizada y proyectada a través del afecto, poniendo especial énfasis en preservar la estabilidad del vínculo afectivo familiar. Pueden decirse que son verdaderos derechos naturales, que están antes de la Constitución misma, porque derivan de la propia naturaleza humana, respecto a la cual, la posterior cristalización en normas supranacionales, constitucionales y legales, sólo viene a darle entidad jurídica a un vínculo preexistente.

Nuestra Corte nacional, ya en 1974, había señalado que “todo padre y toda madre tienen el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana, si no han sido inhabilitados a ese efecto. Desconocerlo podría introducir un verdadero factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social, y aún comportar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado, la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres” (CSJN, Fallos, 305:1825).

En autos, el recurrente se limita a sostener su pretensión descalificando la condición social de la madre (circunstancia expresamente prohibida por la Ley 26.061 cuando en su art. 31

indica que la falta de recursos materiales de los padres, no autoriza a la separación del menor de su familia nuclear) y argumentando sobre una mejor atención sanitaria del menor, extremo que se descalifica no sólo con la opinión del perito médico que intervino en la audiencia, sino con el posterior informe de la Directora de Minoridad a la que ya se hizo referencia.

Siendo así, no resultando suficientes los argumentos planteados, para descalificar al auto interlocutorio 1668/06 corresponde el rechazo del recurso planteado, con costas al recurrente, difiriendo la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuenta con base suficiente (art. 15, Ley 512).

Causa: "Solís, Esteban Nicolás s/Medidas tutelares s/apelación" -Fallo N° 2834/07- de fecha 24/09/07; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

JUECES-FACULTAD DE LOS JUECES-FACULTAD DISCIPLINARIA-SANCIONES : CONFIGURACIÓN; ALCANCES

Cabe aclarar que la norma del art. 97 del C.P.P. se trata de la regulación de una potestad disciplinaria, inherente al ejercicio de la jurisdicción, concedida a los jueces para mantener el orden y correcto trámite judicial en las etapas y tiempos oportunamente fijados como lo exigen los principios del proceso oral en el fuero penal, consistente en la facultad de reprimir las faltas producidas entorpeciendo el normal desarrollo del procedimiento. Su ejercicio traduce la lógica consecuencia de las atribuciones legales que poseen los magistrados para dirigir los casos sometidos a su decisión, dado que el otorgamiento de ese poder contiene también la facultad de utilizar los medios coactivos para lograr su efectividad. Voto del Dr. Tievas.

Causa: "Dr. Carlos A. Ojeda s/Recurso extraordinario por arbitrariedad contra Resolución de fecha 21.03.2007 s/sanción aplicada al Dr. Adolfo Hernán Gonzalez" -Fallo N° 2837/07- de fecha 26/09/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

JUECES-FACULTAD DE LOS JUECES-FACULTAD DISCIPLINARIA-SANCIONES-DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO-DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA : ALCANCES

Conforme lo tiene dispuesto este Superior Tribunal en los fallos 2.301/85; 2.374/86 y 2.507/06, no existe vulneración al derecho de defensa en juicio por el hecho de que el juez pueda aplicar derechamente una sanción disciplinaria sin previa audiencia del afectado, cuando el propio ordenamiento que las normatiza tiene previsto un recurso de apelación ante el Tribunal de alzada, asimismo el art. 520 del C.P.P. adoptada como normas subsidiarias en todo aquello que no esté previsto en ese Código y en cuanto fueran compatibles a las normas del C.P.C.C..

"La revocación de las sanciones aplicadas a los abogados sólo puede pretenderse por vía de los recursos establecidos por las leyes procesales" (CSJN-Fallos 317-II-843).

Por ello, "El poder disciplinario de los magistrados que deriva del art. 35 del Cód. Procesal (Civil), es una facultad exclusiva y excluyente del juzgador, sin que resulte necesaria ninguna sustanciación previa, pues no se trata de sanciones del derecho penal;

basta con que él considere reunidas las circunstancias necesarias para ejercer "per se tal facultad" (CNCiv., -Sala H, 9/11/94, V.A.S. y V.L.M. s/Divorcio Vincular por presentación conjunta, Isis, n° 0006097, traído en el "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" de Elena I. Higton y Beatriz A. Areán, Tomo I, pág. 552-Pto (1)). Voto del Dr. Tievas.

Causa: "Dr. Carlos A. Ojeda s/Recurso extraordinario por arbitrariedad contra Resolución de fecha 21.03.2007 s/sanción aplicada al Dr. Adolfo Hernán Gonzalez" -Fallo N° 2837/07- de fecha 26/09/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

JUECES-FACULTAD DE LOS JUECES-FACULTAD DISCIPLINARIA-SANCIONES-DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

La legalidad y legitimidad de las sanciones disciplinarias aplicadas por los Jueces y Tribunales a los profesionales, sin previa sustanciación, ya han sido reconocidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el reciente pronunciamiento dictado en Marzo del corriente año en autos "Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Conductil c/Music House Jujuy S.R.L.", al reiterarse que la posibilidad de plantear recursos de reconsideración contra las sanciones disciplinarias que imponen los Magistrados en ejercicio de sus funciones - en este caso por aplicación del art. 97 del C.P.P. - impiden considerar que se vulnere el derecho de defensa en juicio.

El recurrente reclama ser considerado con la misma dignidad que un Magistrado, y está bien que así sea y así se lo considere, sin embargo, sin el menor atisbo de autocrítica, omite consignar que el abandono de sus funciones, tuvo consecuencias no sólo para su defendido, que se encontró privado de defensa a pocas horas de iniciarse el Juicio donde se decidía su destino, sino para todo el sistema judicial que gira en torno a un debate. No debe olvidarse que para la realización de un Juicio, se movilizan no sólo los Jueces, los funcionarios del Ministerio Público y los abogados, sino también los imputados, las víctimas y/o sus representantes, los testigos, los peritos, los demás auxiliares de la Justicia, que organizan su tiempo útil en función de Debate al que deben concurrir. Es doloroso advertir, no sólo la desidia en el ejercicio profesional, sino el poco respeto que se tiene por los demás, personas de carne y hueso con la misma dignidad que el abogado ahora reclama para sí.

Por lo demás, la medida disciplinaria resulta ajustada a derecho y absolutamente razonable en función del perjuicio causado. Voto del Dr. Coll.

Causa: "Dr. Carlos A. Ojeda s/Recurso extraordinario por arbitrariedad contra Resolución de fecha 21.03.2007 s/sanción aplicada al Dr. Adolfo Hernán Gonzalez" -Fallo N° 2837/07- de fecha 26/09/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

TUTELA-TUTOR-RETRIBUCIÓN DEL TUTOR : NATURALEZA JURÍDICA; ALCANCES

En nuestro sistema legal la tutela no es una función esencialmente onerosa, sino de protección y asistencia al incapaz (Zannoni, "Derecho de Familia", t. II, p. 871, N° 1119; id. Borda, "Tratado de Derecho Civil, Familia", t. II, N° 1130). Por ello, ambos autores establecen que la regla es la gratuidad de estas funciones y excepcionalmente, si las

mismas han interesado la administración de un patrimonio que ha devengado frutos, rentas o productos, la ley reconoce en favor del tutor una retribución (véase Borda, "La regla de la gratuidad de la tutela y la curatela", LA LEY, 86-864).

Que esa retribución, se establece en la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor (art. 451, Cód. Civil).

Que sin embargo si el pupilo no posee bienes o los que posee no devengan frutos o rentas e incluso, en este último caso, si aquellas sólo fueran suficientes para su educación y alimentos, el tutor o curador carecen del derecho de exigir retribución alguna por ejercicio de sus funciones (art. 453, Cód. Civil). La regla es pues la gratuidad y por excepción la onerosidad tratándose de pupilos pudientes y en este último caso se trata de una compensación fundada en razones de equidad (Zannoni, p. 872; Borda N° 1128, op. cit.). Por eso precisamente la tutela es una función inexcusable de no mediar justificación suficiente (art. 379, Cód. Civil).

Que este último autor agrega un párrafo sumamente ilustrativo que creemos conveniente reproducir: "la idea dominante de que la tutela y la curatela son funciones esencialmente onerosas ha dado pie a una jurisprudencia desconcertante. En todas la situaciones de duda (y aun en las que no debieran ofrecerlas) los tribunales se han inclinado en forma manifiesta hacia las soluciones que favorecen al tutor bien sea admitiendo retribuciones extraordinarias que ningún texto autoriza, bien sea incluyendo en el cálculo de la décima parte bienes que notoriamente deben excluirse".

Que aplicados tales conceptos al sub judice, se observa sin hesitación alguna que, en el presente, no existe ningún derecho adquirido a la décima, como lo establece el Art. 451 del C.C., toda vez que el pupilo, al momento del cese de la representación del recurrente, no poseía bienes, o por lo menos no estuvo acreditada su existencia, en consecuencia mal puede -tal como lo establece la norma bajo análisis- tener frutos. "La retribución del tutor que es la décima, se limita a los casos en que el pupilo tiene bienes que den frutos y cuanto estos se hayan percibido, pero no si carece de ellos o si están pendientes como devengados y no percibidos (art. 2864 C.C.), o si son frutos insuficientes..." (Código Civil Comentado y Anotado, Santos Cifuentes, Tomo I, pág. 333), estableciendo el citado autor que una de las causas de pérdida del derecho es cuando existe insuficiencia de la renta, en consecuencia al no estar acreditado, siquiera mínimamente la existencia de bienes como pertenecientes al pupilo, el tutor ad litem ha perdido el derecho a la retribución.

Que sin perjuicio de ello, cabe destacar que la aplicación lisa y llana de la norma en análisis implicaría un menoscabo del derecho de la justa retribución consagrado por el art. 14 bis C.N., constituyendo una violación directa en la medida que éste impone a las leyes el requisito de proteger el trabajo en sus diversas formas y asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, por lo que estimo justo que una vez recibido el presente en la instancia de grado, y atendiendo las particulares características del sub examine, se proceda a la regulación de los honorarios profesionales del tutor ad litem teniendo como base para ello la ley 512, específicamente las establecidas en el Capítulo Tercero, art. 45 y concordantes, debiendo meritarse la labor profesional desarrollada, conforme los resultados obtenidos, la trascendencia jurídica y económica de los trabajos efectivamente realizados a favor de su pupilo, que no cabe duda fueron cabalmente cumplidos por el recurrente.

Causa: “Roig, Dolores c/Orozco, Yolanda Margarita s/Apelaciones (incluye queja)” -Fallo N° 2878/07- de fecha 05/11/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, Rolando Alberto Cejas.

EMPLEO PÚBLICO-LEY DE CONTRATO DE TRABAJO-DERECHO APLICABLE: RÉGIMEN JURÍDICO

Es equivocada la interpretación de la recurrente al afirmar que no corresponde dar prevalencia a un Decreto Provincial por sobre la ley de contrato de trabajo, olvidándose la recurrente que el tema de empleo público es materia que corresponde al poder no delegado que expresamente se han reservado las provincias y que integra el derecho público provincial (arts. 121, 122 sptes y cctes. de la Constitución Nacional). Siendo ello así, el Estado Provincial puede mediante decreto establecer la forma como funcionará la administración pública y sus agentes. Además tampoco cabe interpretar que se dio prevalencia al decreto por sobre la ley laboral, sino que es la propia ley laboral -de orden público- la que excluye expresamente la actividad de los dependientes de la Administración Pública sea nacional, provincial o municipal y solo por acto expreso puede incluirse en el convenio colectivo o en el régimen laboral. Esta última circunstancia, no ha logrado probar la recurrente.

Causa: “Espínola, Adrián del Pilar c/Provincia de Formosa s/Acción común” -Fallo N° 2885/07- de fecha 09/11/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

EMPLEO PÚBLICO-CONTRATO ADMINISTRATIVO-DERECHO PÚBLICO-COMPETENCIA

El vínculo jurídico que une al empleado con el Estado es el contrato administrativo, regulado en todas sus fases por normas de derecho público, por lo que toda cuestión que origine corresponde a la competencia contenciosa-administrativa y no a la ordinaria.

Causa: “Espínola, Adrián del Pilar c/Provincia de Formosa s/Acción común” -Fallo N° 2885/07- de fecha 09/11/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

EBRIEDAD-ESTADO DE INCONCIENCIA-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-DOCTRINA DEL SUPERIOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Este Tribunal, siguiendo autorizada doctrina médico legal, ya señaló en el Fallo N° 2806/07 (Sec. de Rec.), que los efectos del alcohol difieren según cada organismo humano, y que es por ello que resulta relevante tener en cuenta la conducta del imputado para determinar concretamente si el mismo al momento del hecho podía o no dirigir sus acciones y comprender la criminalidad de las mismas. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman-en disidencia, Eduardo Manuel Hang-en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA-AGRESIÓN ILEGÍTIMA : CONFIGURACIÓN

Está fuera de discusión que aún cuando toda violación de un derecho debe ser reparada o evitada a través de la intervención del Estado, pueden ocurrir circunstancias que por lo imprevisto y súbito del ataque a un derecho requiere una acción directa e inmediata por parte del titular del bien jurídico amenazado, la cual, para estar legitimada, requiere actualidad de la agresión, esto es que sea inminente o bien que haya comenzado y no terminado, y que exista necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la acción que violenta el derecho. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman –en disidencia, Eduardo Manuel Hang –en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA-EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA-AGRESIÓN ILEGÍTIMA-ARMA IMPROPIA

El reclamo verbal del imputado, aún cuando haya mediado palabras ofensivas, al haber sido proferidas en estado de ebriedad, y sin amenaza seria de agresión física, no pudo constituir provocación suficiente como para que Odolina Brítez haya reaccionado golpeándolo con una cadena, pues la provocación suficiente debe ser razonablemente valorada y en ese marco de razonabilidad no parece previsible, ni mucho menos aceptable, que los insultos de Bobadilla debieran ser repelidos con una agresión física mediante el empleo de un arma impropia, como ocurrió en el caso de autos. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman-en disidencia, Eduardo Manuel Hang-en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA-FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE-AGRESIÓN ILEGÍTIMA-EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Para la ponderación de la suficiencia de la **provocación**, no es posible enunciar reglas generales, pues se requiere una valoración que depende de toda la situación que el juzgador debe analizar en cada caso. La coexistencia impone la evitación de situaciones conflictivas extremas (Zaffaroni, Tratado, Tomo III, p. 607), cuyo no parece ser el caso de autos, donde un vecino reclama – aun airadamente – por cuestiones típicamente vecinales. La respuesta de la vecina, con quien ya existían conflictos anteriores, fue una agresión con cadena, conducta que sí resulta ilegítima desde que el reclamo era verbal y en función del estado de ebriedad incompleta en que se encontraba el acusado.

La **agresión** supone la existencia de una conducta direccionada hacia la producción de una lesión, y se convierte en ilegítima, cuando afecta bienes jurídicos del agredido sin derecho alguno a producir esa afectación (Zaffaroni, obra citada, p. 597 y ss.).

Ahora bien, sentado lo anterior, entiendo igualmente que el medio utilizado para repeler la agresión ilegítima fue desproporcionado, teniendo conciencia el acusado del cuchillo que traía consigo. Esa desproporción es la que permite calificar a su conducta como un exceso

en la legítima defensa, como acertadamente lo analiza el voto del Ministro González, a cuyas conclusiones me remito en este aspecto. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman –en disidencia, Eduardo Manuel Hang –en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA : REQUISITOS; CONFIGURACIÓN

Necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensas elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño (Conf. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2da. edición, editorial Civitas, Madrid, España, 1997, págs. 628/629). Por tanto, en primer lugar, la defensa debe ser idónea y en segundo lugar debe ser el medio más benigno posible. Ahora bien, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Disidencia de la Dra. Colman.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman –en disidencia, Eduardo Manuel Hang –en disidencia.

LEGÍTIMA DEFENSA-EBRIEDAD-ACTIO LIBERAE IN CAUSA : ALCANCES

Con respecto a la embriaguez que se pretende exculpante, cierto es que se excede el experto bioquímico en sus apreciaciones, ello es así porque debe ser alguien experto en fisiología del cerebro (siquiatra, neurólogo, médico legista) para determinar las consecuencias que produce en tal órgano la ingesta alcohólica. Pero la cuestión de todos modos debe girarse a la actividad desplegada por el sujeto, método mas seguro en la materia para llegar a la aplicación de la “actio liberae in causa” que se pretende. Como lo he venido sosteniendo siguiendo a Cabello (así recientemente mi voto en el fallo 2806/07) no es la medida de alcohol en sangre la que define el grado de ebriedad exculpante, sino los síntomas síquicos y físicos, como incoordinación motora, pérdida de estabilidad y del ejercicio crítico. La actividad realizada por el imputado, su recuerdo de donde estaba el cuchillo que sacó de encima de la heladera, revela (mas allá de cierta embriaguez) una actividad que no llega al trastorno mental transitorio y a la aplicación de la “actio liberae in causa”. La que de todos modos como lo demuestra Frías Caballero al dar su voto en el plenario “Segura” (Fallo rector como precedente en los casos de embriaguez alcohólica) supone tres alternativas para aplicar, el homicidio doloso, el culposo o la absolución, todo conforme la preordenación o el saber previo de la conducta ebriosa completa agresiva o la falta de ambas. Disidencia del Dr. Hang.

Causa: “Bobadilla, Salustiano Baldomero s/Lesiones leves y homicidio simple en concurso real” -Fallo N° 2898/07- de fecha 20/11/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman –en disidencia, Eduardo Manuel Hang –en disidencia.

JUECES-REGLAS PARA DICTAR SENTENCIA

Los jueces deben resolver todas las cuestiones que les hayan sido sometidas, pero sólo de aquellas que resulten esenciales, cuya consideración no pueda omitirse y no los meros argumentos de las partes que por si solos no constituyen cuestiones relevantes ni esenciales a la dilucidación del proceso.

La consideración de la cuestión debe completarse con la decisión expresa o implícita en el dispositivo del fallo, las cuestiones superfluas, obvias y abstractas no necesitan ser resueltas en la parte dispositiva, máxime cuando ni siquiera han sido consideradas expresamente como probadas. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “García, Alberto s/Promoción de la corrupción de menores agravadas por el vínculo y abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo reiterado -una vez dos hechos- en concurso ideal y abuso sexual sin acceso carnal calificado por el vínculo en concurso real” -Fallo N° 2914/07- de fecha 14/12/07; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

CALIFICACIÓN LEGAL-DERECHO PENAL-DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

Que la calificación legal del hecho es una proyección dentro del proceso del principio de legalidad, que ayuda a facilitar la defensa en juicio, pues proporciona las eventualidades que deparará la vista de la causa. Durante el juicio, la calificación legal podrá ser variada por el tribunal, aun de oficio, es decir que, a diferencia del hecho, no es inmutable por el juzgador (Conf. CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Comentado, Tomo 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2003, pág. 106). Surge entonces, que estando claros los hechos imputados y no variando los mismos durante todo el trámite del proceso, mal puede hablarse entonces de vulneración de garantías constitucionales, al haber contado la defensa con herramientas firmes y precisas para garantizarle los derechos a su defendido. Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Albariño, Timoteo Orlando s/Corrupción de menores agravada” -Fallo N° 2916/07- de fecha 20/12/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi

CALIFICACIÓN LEGAL-DERECHO PENAL-DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO-SENTENCIA: ALCANCES

El argumento de la Defensa, sobre la ausencia de congruencia, al mencionar presuntas discordancias entre los hechos que se exponen en las distintas etapas del proceso que invoca, resulta notablemente desmentido con la mera lectura de las constancias de autos a las que se remite el voto de la Dra. Colman. Pero además de ello, resulta conveniente recordar, siguiendo a Maier, que la reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, se expresa en la exigencia, hacia la sentencia, sobre la absoluta correlación entre el hecho que tiene por probado y las circunstancias que contiene la acusación, las que han sido intimadas al acusado y por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales el ha tenido oportunidad de ser oído; la regla se expresa en el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, categoría constitucional largamente reconocida por la Corte Federal (CSJN, *Fallos*, 242:227; 246:357; 302:328; 302:791, entre

otros). Ahora bien, la aplicación de la regla al caso concreto, se verifica en función de la máxima de la inviolabilidad de la Defensa. **Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende**, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente) **lesiona el principio mencionado**, siendo ésta la pauta hermenéutica que decide en los casos concretos (Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, pág. 568 y ss., Editores del Puerto, 2004). Voto del Dr. Coll. Causa: “Albariño, Timoteo Orlando s/Corrupción de menores agravada” -Fallo N° 2916/07- de fecha 20/12/07; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi

CONTRATO DE TRABAJO-PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DE LA REALIDAD-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES

Se habla en la sentencia del principio de la "primacía de la realidad", pero, ¿cómo se puede tener presente este principio cuando se ha valorado solo la prueba producida por la actora, como así se ha analizado parcialmente los hechos? Dice la jurisprudencia: "La sola nominación que las partes den al contrato no es suficiente para el encuadre de una situación, pero sí la descripción de cómo la relación se llevó a cabo y cuáles fueron las características, relatadas por sus partícipes, que autorizan a sacar conclusiones tales que sea el juzgador quien les dé la ubicación correcta, en función de la información que recibe - (CNTrab., sala V, abril 8-1981, TySS, 1981-364). Ello significa que, la naturaleza jurídica del nexo no surge de la calificación o como instrumentan las partes la relación que los une, sino de las modalidades mediante las cuales en los hechos, quedó materializada la prestación; pero he aquí que el Tribunal juzgador en la aplicación de este principio interpretó que sólo consideró y analizó los hechos presentados y probados por una de las partes -en este caso la actora-, no así los de la demandada quien también probó los hechos en que según ella se basó la relación, razón por la que tal principio de la primacía de la realidad pierde virtualidad porque la realidad se ve teñida de una total parcialidad en su aplicación. Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Soto, Martín c/Yege, Amado y/u otro s/reclamo laboral” -Fallo N° 2918/07- de fecha 21/12/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

CONTRATO DE TRABAJO-PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA REALIDAD : NATURALEZA JURÍDICA; PROCEDENCIA

El llamado **principio de supremacía de la realidad**, tal como lo conocemos, tiene una ubicación jerárquica *infraconstitucional*, por estar asentado en el art. 11 de la Ley de Contratos de Trabajo, como uno de los Principios Generales del Derecho del Trabajo, aunque tenga directa vinculación con el paradigma protectorio que respecto a los trabajadores señala el art. 14 de la Constitución Nacional. La misma norma legal antes citada, le asigna el sentido de integración, que precisamente se reclama cuando es el Juez quien se encuentra ante situaciones que no puede resolver aplicando lisa y llanamente las normas que rigen el Contrato de Trabajo, sea porque no hubo contrato, sea porque sus términos son genéricos o ambiguos, sea porque simulación, etc... Para estas situaciones, es

que la misma Ley le ofrece al Juzgador los criterios que han de servirle para resolver el caso concreto. Siguiendo a Bobbio, podemos señalar que, en aquello que nos interesa, cual es la concreta actividad de los Jueces, los Principios tienen una función *interpretativa*, cuando aportan al esclarecimiento del sentido de una norma, y otra *integradora*, cuando proporcionan los criterios para resolver un problema jurídico que no tiene una regulación normativa precisa (Bobbio, Norberto; en *Principii Generali di diritto*, cit. por Vigo en la obra ya mencionada, p. 17).

Siendo así, en el caso de autos, donde no existió contrato de trabajo, donde se probó que Soto no estaba registrado en la empresa demandada, pero que sí realizaba trabajos para esta última, no resulta extraño que la Sala juzgadora, haciendo expresa mención de esa circunstancia, haya tenido que recurrir al *principio de primacía de la realidad*, que como tal está contemplado en el art. 11 de la Ley de Contratos de Trabajo (Etala, Carlos; “Contrato de Trabajo – comentado, anotado y concordado”, p. 46, Astrea), para poder sostener que *el hecho de la prestación de servicios, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo*”, como lo describe textualmente el art. 23 de la misma Ley. Disidencia del Dr. Coll.

Causa: “Soto, Martín c/Yege, Amado y/u otro s/reclamo laboral” -Fallo N° 2918/07- de fecha 21/12/07; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll –en disidencia, Héctor Tievas –en disidencia.

TRIBUNAL DE FAMILIA-ALIMENTOS-PROCEDIMIENTO-RECURSO EXTRAORDINARIO: IMPROCEDENCIA; RÉGIMEN JURÍDICO

El agravio referido al modo en que se ha dictado el pronunciamiento recurrido, no puede prosperar, no sólo porque se omite considerar la vinculación concreta entre la causal de arbitrariedad que se menciona y la presunta afectación a la garantía de la defensa en Juicio, sino porque tratándose de una decisión dictada por el Juez de trámite, se imponía, previo a la articulación del Recurso Extraordinario, la promoción del pertinente recurso de reconsideración ante el Tribunal en pleno, como lo dispone expresamente el art. 8° in fine de la Ley Procesal para el Tribunal de Familia.

Esta omisión veda razonablemente el acceso a la revisión extraordinaria de la decisión impugnada, porque priva a los Jueces naturales de la causa (en el caso el Tribunal de Familia con la integración que la misma norma indica) examinar nuevamente la cuestión que fuera resuelta por uno solo de sus integrantes. Con mayor razón aún, cuando, como lo expone certeramente el Procurador General, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las decisiones dictadas en materia de Alimentos, se sustentan esencialmente en cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, son propias de los Jueces de la causa y ajenas, como regla a la instancia extraordinaria. En el caso que nos ocupa, al margen de los agravios vertidos, sobre la valoración que la Juez de trámite ha realizado de las pruebas rendidas en autos, insuficientes de por sí para habilitar la instancia extraordinaria, la causal del apartamiento de la ley procesal, en el modo en que se ha dictado el pronunciamiento recurrido, requería como paso inexcusable la revisión por parte del Tribunal de Familia, como lo dispone el ya mencionado artículo 8° de la Ley procesal. La omisión sella definitivamente la suerte del recurso y por tal motivo, voto en sentido coincidente al Señor Ministro Dr. Gonzalez.. Voto del Dr. Coll.

Causa: “D., E.N. c/M., H.I. s/Alimentos” –Fallo N° 2706/07- de fecha 19/03/07-; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang, Carlos Alberto Ontiveros-subrogante.