

**EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**  
**\* SECRETARÍA DE RECURSOS**

**RECURSO EXTRAORDINARIO-SENTENCIA ARBITRARIA-CARÁCTER EXCEPCIONAL-DOCTRINA DE LA C.S.J.N. : ALCANCES**

Urge decir que el recurso extraordinario por arbitrariedad -que es en definitiva lo que busca el quejoso- no puede ir contra un error cualquiera. Solo concurre ante omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que la descalifiquen como pronunciamiento judicial (conf. CSJN Fallos 294:376; 294:425; 295:931; 296:82). Desprendiéndose de lo expuesto que el recurso por arbitrariedad de sentencia, como la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación lo tiene dicho, *reviste carácter excepcional y no tiene por objeto abrir una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas* (conf. CSJN Fallos 295:618; 302:1564; 306:94 entre muchos otros). No pudiéndose por esta vía sustituir el criterio de los jueces propios de la causa.

Causa: "Carabajal Zapiola, María Mercedes s/queja en autos "Carabajal Zapiola, María Mercedes c/Estado Provincial y/u otros s/amparo" -Fallo Nº 2923/08- de fecha 18/02/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**RECURSO DE CASACIÓN-DEBIDO PROCESO LEGAL-PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA : ALCANCES**

Que pese a lo resuelto por la Excmo. Cámara Primera en lo Criminal en lo referente a declarar admisible el recurso de casación, este Superior Tribunal tiene la autoridad para resolver en última instancia respecto de las admisiones de recursos como el presente.

Que el recurso de casación fue presentado en término fundándose el mismo en la causal prevista en el inciso 2 del artículo 422 del C.P.P., solicitando la nulidad del fallo de referencia por violación del debido proceso legal alegando fundamentación contradictoria e insuficiente y graves defectos de motivación. Es decir que el recurso tacha de arbitraria la valoración que de las pruebas realizara la Cámara de Juicio discrepando con la apreciación que de ellas se realizó en el fallo impugnado, apreciación que encuentra reñida con la lógica y el sentido común. En ese discurrir narrativo desarrolla argumentos tendientes a demostrar un grado de credibilidad no aceptado en su momento por los sentenciantes y pretendiendo que sean revisadas nuevamente por este Tribunal a través de un nuevo juicio de valor sobre la mismas para proceder a la posterior declaración de nulidad del fallo impugnado.

Si bien este Alto Cuerpo ya se expidió señalando que cuando lo que se pretende es una revalorización de las pruebas de cargo con el argumento de que ello llevará a un resultado lógico diferente se afecta el principio de *non bis in ídem* consagrado en el artículo 1 del Código Procesal Penal (Conf. STJ Formosa Fallos Nros. 2.531-Tomo 2.006 y 2.709-Tomo 2.007), urge señalar que en el caso la situación no es la misma que la descripta en los antecedentes citados.

Ello porque en los mismos quien impugnaba era el representante público, y aquí se trata del representante de la víctima en el proceso. Al respecto, consideramos que lo establecido por el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los

jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención") exige, claramente, una respuesta del órgano jurisdiccional al pedido de amparo efectuado por el ofendido de un delito. Esto es lo que se ha dado en llamar el "derecho a la tutela *judicial* efectiva" (conf. artículo 18 Constitución Nacional, artículo 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; asimismo MJJ18149). Voto del Dr. Tievas.

Causa: "Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado" -Fallo Nº 2925/08- de fecha 18/02/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

### **RECURSO DE CASACIÓN-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-PRINCIPIO NON BIS IN IDEM : IMPROCEDENCIA**

Si bien la cuestión está resuelta ya por mayoría de votos, dejo a salvo mi criterio de que no corresponde abrir la casación. En puridad cuando se habla del art. 25-1 de la Convención Interamericana el término "recurso" no alude a la necesidad de otra instancia, sino que se emplea genéricamente como acción.

Recuérdese que se hablaba antes de Recurso de Amparo y recurso de Habeas Corpus, que eran acciones en puridad y que no se dirigían a un tribunal superior.

En este caso específico en que se alude a la valoración probatoria creo que el asunto es exactamente el de la Acusación Fiscal y se impone el rechazo.

Dejo a salvo que mi criterio no impone a todo tipo de recurso la veda, como los del inc. 1º del 422 y algunos del art. 371 en cuanto no supone un reexamen de la prueba y que incluso podrían subsanarse por el propio Tribunal Casatorio conforme la jurisprudencia de este cuerpo.

Queda todavía en pie la cuestión de si el derecho del particular víctima de un delito es de rango constitucional. Autores como Cafferata Nores ("Temas de Derecho Procesal"; pp. 81 y sgtes. Depalma, Bs. As. 1987) han señalado que en la materia no se pone en juego, se admita o no al particular querellante, una cuestión constitucional.

Por otra parte si está en juego por un lado el principio "non bis in idem" y por otro el de doble instancia para las víctimas o sus parientes derecho habientes como constitucionalizados, debe realizarse una ponderación de principios para establecer cuál es el que primará. Va de suyo que a mi entender debe ser el de imputado. El privilegio de sus garantías es claro frente al de la persecución penal.

Me inclino entonces por la inadmisibilidad. Disidencia del Dr. Hang.

Causa: "Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado" -Fallo Nº 2925/08- de fecha 18/02/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

### **SENTENCIA ARBITRARIA-DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD: ALCANCES**

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.

Causa: “Centurión, Griselda Edith c/Multicanal S.A. s/Acción común” -Fallo Nº 2933/08- de fecha 18/02/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang.

#### **SENTENCIA ARBITRARIA-FACULTAD DE LOS JUECES-PRUEBA PERICIAL-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES**

Es de señalar que la recurrente en su afán de encontrar vicios de arbitrariedad, olvida que en materia de pericias es clara la manda que autoriza solo al juez a valorar los resultados periciales para, al analizarlos con el resto de las probanzas arrimadas a la causa, resolver lo que en justicia corresponda. Y aún ello es lo que se desprende del juego armónico de las disposiciones de la ley Nº 490. Nuevamente encontramos aquí divergencia de opiniones antes que una arbitrariedad manifiesta; pues hasta tanto no se *“demuestre que los jueces de la causa han incurrido en un inequívoco apartamiento del derecho aplicable, en omisiones sustanciales, o se basen en afirmaciones meramente dogmáticas, la discrepancia en la interpretación de los hechos y de las pruebas no sustenta la tacha de arbitrariedad”* (Conf. CSJN Fallos 306-1:766).

Causa: “Maglietti de Anquín Elsa y otras c/Provincia de Formosa y/o Instituto Pcial. Vivienda s/demanda expropiación irregular” -Fallo Nº 2955/08- de fecha 05/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Rolando Alberto Cejas-subrogante-, Ricardo Fabián Rojas-subrogante-.

#### **SENTENCIA ARBITRARIA-FACULTAD DE LOS JUECES-PRUEBA PERICIAL-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-CRITERIO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

Atento a que la decisión atacada cuenta con una razonable argumentación que la sustenta, la doctrina sobre la arbitrariedad no puede ser fundada en la mera discrepancia del recurrente en la valoración de los aspectos fácticos de la causa. Y es que ya se dijo que aunque el recurrente explicita en forma pormenorizada y extensa su disconformidad, la misma no resulta suficiente para descalificar un pronunciamiento judicial en donde no se advierte un desvío notorio y patente de las leyes del raciocinio que conduzcan a sentar premisas o soluciones abiertamente contradictorias en su construcción jurídica (STJ Formosa Fallos Nros. 1.324 – Tomo 2001 y 1901 – Tomo 2004).

Causa: “Maglietti de Anquín Elsa y otras c/Provincia de Formosa y/o Instituto Pcial. Vivienda s/demanda expropiación irregular” -Fallo Nº 2955/08- de fecha 05/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Rolando Alberto Cejas, Ricardo Fabián Rojas

#### **CADUCIDAD DE INSTANCIA-RECURSO EXTRAORDINARIO-PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN : REQUISITOS; PROCEDENCIA**

El recurso extraordinario en materia de caducidad de instancia reviste carácter excepcional, en tanto la decisión en sí mismo “no extingue la acción” la cual podrá ejercitarse en un nuevo juicio (“Caducidad de Instancia” Loutayf Ranea-Ovejero López, p. 462 y con cita de fallos de la CSJN en p. 442). La excepción admitida por el más Alto Tribunal de la

Nación, es justamente cuando por vía de la caducidad de instancia, la acción queda extinguida materialmente porque también ha sido alcanzada por la prescripción que regula la ley de fondo (CSJN, Fallos 225:111 y 200:367), cuyo precisamente es el caso de autos, tal como lo justifica la actora en el recurso bajo examen.

Causa: “Guidiño, Delfor Rodolfo s/queja en autos: “Guidiño, Delfor Rodolfo c/Cuellar Frutos, Daniel y/u otros s/daños y perjuicios” -Fallo Nº 2956/08- de fecha 10/03/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **CADUCIDAD DE INSTANCIA-RECURSO EXTRAORDINARIO-PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN-SENTENCIA DEFINITIVA : ALCANCES**

Puesto a resolver la queja planteada, se advierte en primer lugar, que el recurrente no desconoce que la cuestión es de índole procesal y en principio ajena al remedio extraordinario, pero al intentar sostener la excepcionalidad del recurso extraordinario en esta materia, omite indicar en qué medida la resolución impugnada le ha producido un agravio de imposible o insuficiente reparación posterior. Se limita a invocarlo pero no acierta a precisarlo.

Que esa omisión no es menor si se tiene en cuenta que precisamente el art. 316 del C.P.C.C., establece con suficiente claridad que “la caducidad operada en primera o única instancia **no extingue la acción**, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio, **ni perjudica las pruebas producidas**, las que podrán hacerse valer en aquel”. De allí que se sostenga que la caducidad de instancia “**solo extingue el proceso y no impide que –si la acción no ha prescripto- ésta se ejercite nuevamente**” (Caducidad de Instancia; Loutaif Ranea-Ovejero López, p. 462 Editorial Astrea, p. 1991).

Que es por ese motivo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene sosteniendo que “los pronunciamientos sobre perención de la primera instancia no revisten el carácter de sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la Ley 48, dado que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación” (Loutaif Ranea-Ovejero López, ob. cit, p. 442) salvo que de los efectos de la perención se derive razonablemente la prescripción de la acción (CSJN, Fallos 225:111 y 200:367) situación que el recurrente ni siquiera invoca en autos.

Causa: “Gonzalez, Raúl Antonio y otra s/queja en autos: “Galeano, Lucila en representación de su hijo menor... c/Ramirez, Marcos y/o Rodriguez, Mario Antonio y/o Dirección de Educación Media y/o M° de Educación de la Prov. de Fsa. y/o quienes sean responsables s/daños y perj.” -Fallo Nº 2959/08- de fecha 10/03/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **ACTIO LIBERAE IN CAUSA-INIMPUTABILIDAD : CONCEPTO; ALCANCES; TIPICIDAD**

Que la Teoría de la Actio Liberae in causa, tuvo consagración jurisprudencial en el plenario “Segura” en 1964 y que resumidamente expresaba: “**Excepto en los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que, la imputabilidad del agente puede estar excluida, se halla en alguna de las situaciones previstas, en la última parte del inciso 1º, párrafo 1º del art. 34 del Código Penal, el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma que se inspira en el**

***principio de las acciones liberae in causa***” (Plenario “Segura”, J.A., -8, Octubre de 1964). Se afirma entonces que como la acción que se realiza en estado de inculpabilidad no es libre, al momento de ejecutarse, si es libre en su causa, trasladándose la culpabilidad al momento previo, es decir, a la conducta que realiza el sujeto para “colocarse” en estado de inimputabilidad. Se habla de “*actio liberae in causa*” culposa, en el caso en que, la realización de la conducta previa de colocarse en estado de inimputabilidad (aquí sería el embriagarse), el sujeto haya previsto y rechazado, o haya podido prever, la posibilidad de realización de la conducta típica (Zaffaroni, Tratado, Tomo III, p. 438). Voto del Dr. Coll. Causa: “Morelli, Diego Leonel s/Homicidio” -Fallo N° 2962/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi-subrogante-.

### **ACTIO LIBERAE IN CAUSA-INIMPUTABILIDAD-EBRIEDAD: CONFIGURACIÓN**

Asimismo, una vez alcanzado el estado de ebriedad completa, si coincidimos en que, sea por diagnóstico clínico o diagnóstico biológico, el sujeto pierde la capacidad de comprender sus actos y se encuentra en estado de “inconciencia”, ¿Qué relación existe entre aquella previsión culposa, cuando comenzó a beber, con la conducta desplegada en estado de inconciencia?, porque aun previendo y rechazando la posibilidad de cometer un delito, la etapa posterior de inconciencia, borra todo vestigio de aquella previsión. Quien ingiere abundante bebida alcohólica en una cena, a sabiendas de que luego debe retirarse a su domicilio manejando su automóvil, puede por cierto prever que no estará en condiciones de conducir, pero sin embargo lo hace, y en el trayecto a su casa, decide robar a un transeúnte, a quien encuentra ocasionalmente. Puede argumentarse seriamente que existió algún nexo de previsión entre aquella ingesta alcohólica y el robo posterior?

Pero además de estos aspectos de lógica causal, existe una seria objeción de dogmática penal, tal como la revela Zaffaroni, cuando expresa que “la teoría de la *actio libera in causa*, no sólo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad” (Zaffaroni, Tratado, Tomo III, p. 440), en nuestro caso, la tipicidad se trasladaría al momento en que Morelli comienza voluntariamente a embriagarse. De no admitirse que la *actio libera in causa*, extiende la tipicidad a la conducta de procurarse la inculpabilidad (embriagarse), la teoría queda sin base, porque no hay dolo sin tipicidad objetiva dentro del planteo finalista y no hay dolo sin tipicidad -así, a secas- dentro del planteo causalista. La incoherencia básica de la teoría, finca en que quiere reprochar un injusto típico con la culpabilidad de una conducta de colocarse en estado de inculpabilidad y atribuir dolo o culpa a lo que no es más que un elemento del ánimo en el sujeto, violándose los principios de legalidad y de culpabilidad (Zaffaroni, ob. cit. p. 441/444). Voto del Dr. Coll.

Causa: “Morelli, Diego Leonel s/Homicidio” -Fallo N° 2962/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi-subrogante-.

### **PRINCIPIO DE INOCENCIA-INDUBIO PRO REO : CONCEPTO; ALCANCES**

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la vigencia constitucional del aforismo *indubio pro reo* y su núcleo de significación (Fallos 295:782), casi siempre con remisión al

argumento sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba, colocando en cabeza del imputado la necesidad de probar su inocencia, y desplazando la regla derivada que impone que el acusador o al Estado la exigencia de demostrar con certeza la imputación delictiva (Conf. VIVAS USSHER, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina, 1.999, pág.145. En el mismo sentido STJ Formosa Fallo Nº 2.623-Tomo 2.006).

El *in dubio pro reo* representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia, pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena (Conf. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2da. edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2.002, pág. 505). Certeza que debe recaer sobre los aspectos fácticos de la causa y que deben extraerse del material probatorio válidamente incorporado a autos (Conf. CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Comentado, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2003, pág. 32). Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Coronel, Héctor Luis s/abuso sexual con acceso carnal reiterado -cinco hechos” -Fallo Nº 2963/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-.

#### **SENTENCIA JUDICIAL-FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIA-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-FACULTAD DE LOS JUECES : ALCANCES**

Conviene en este punto, poner de relieve que decidir, no significa argumentar. Pero para tomar una decisión jurisdiccional, debe argumentarse en los hechos y en el derecho. El argumento es la nota distintiva y esencial de la decisión. La necesidad de justificación de las decisiones judiciales, debe verse como señala el colega *Andruet, como un triunfo que sobre el otrora poder despótico de los Jueces se ha impuesto, ya que imponer a la magistratura que brinde claras y convincentes razones de aquello que decide, es también recordarle en cada momento que en el ejercicio de su actividad no detenta poder soberano alguno, y el problema de la argumentación se condensa en la justificación o motivación de la sentencia* (Introducción a la argumentación forense, de Armando Andruet, en la obra *Teoría y Práctica del Razonamiento Forense*, pág. 41 y ss, Ed. Advocatus).

Sobre el tema se advierte que el pronunciamiento recurrido, se limita a realizar un compendio de las declaraciones recibidas, pero omite una tarea propia del juzgador, cual es la ponderación de esas declaraciones, es decir, analizarlas con sentido crítico, respetando fielmente el principio de no contradicción. “Las contradicciones que se adviertan dentro de una misma declaración o entre declaraciones sucesivas de un testigo, son puntos importantes para la apreciación...siendo necesario realizar siempre un examen crítico” (Jauchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, p. 369, Ed. Rubinzal Culzoni). Voto del Dr. Coll.

Causa: “Coronel, Héctor Luis s/abuso sexual con acceso carnal reiterado –cinco hechos” -Fallo Nº 2963/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman,

Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-.

#### **SENTENCIA JUDICIAL-FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIA**

Cuando de motivar una sentencia se trata, la delimitación de los hechos es una cuestión fundamental, **entendiendo al “hecho” en sentido jurídico, es decir, aquel que ha sido probado de acuerdo a los medios probatorios admitidos por el sistema procesal vigente.** La importancia de esta cuestión, de la correcta delimitación del hecho es trascendente, porque si el Juez desconoce los hechos relevantes para decidir, sea por ignorar aquellos que fueron probados en la causa **o tenga por cierto a aquellos que nunca fueron acreditados**, (como ocurre en el caso que nos ocupa) ingresa al terreno de la llamada **“arbitrariedad fáctica”**.

No está de más recordar en este punto, que la regla precedente no es más que una derivación de la antigua regla cartesiana de la “evidencia”. En el Discurso del Método de Descartes, ya se señalaba que **“NO SE DEBIA ACEPTAR COMO VERDADERO AQUELLO QUE NO ES EVIDENTE”**. En nuestro ámbito podemos afirmar que no se puede argumentar sino de aquello en que al menos existe suficiente verosimilitud acerca de su existencia. La existencia del hecho, su determinación, sus alcances y sus límites, se prueban del modo en que los indican las reglas que rigen el proceso. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Coronel, Héctor Luis s/abuso sexual con acceso carnal reiterado -cinco hechos” -Fallo Nº 2963/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-.

#### **TRIBUNAL DE CASACIÓN-TRIBUNAL DE JUICIO-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN : ALCANCES**

Quiero señalar que si bien la intermediación, propia del Tribunal de Juicio puede tener una significación probatoria que no puede dimensionar el Tribunal Casatorio, esa intermediación no puede tener un basamento puramente subjetivo, se debe apoyar en datos fácticos de envergadura que en caso de enfrentarse con prueba de descargo, solidifiquen su verosimilitud para precisamente despejar la duda. De allí, que como he sostenido en anterior ocasión, si bien el Tribunal de Casación no tiene la inmediatez puede ganar en objetividad, otorgando un equilibrio que permita una adecuada valoración crítica de la prueba.

En definitiva se trató de una investigación de dirección unilateral y tal vez prejuiciosa, que como ocurre siempre quedó huérfana de verosimilitud. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Coronel, Héctor Luis s/abuso sexual con acceso carnal reiterado -cinco hechos” -Fallo Nº 2963/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-.

#### **RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTIONES PROCESALES-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : IMPROCEDENCIA**

En materia de recursos extraordinarios, el remedio debe presentarse 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 y tal como se realizó en el presente caso, deben realizar un examen aproximativo de los agravios vertidos, tendientes 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 constituyen meras discrepancias, el tribunal de la causa debe declarar la inadmisibilidad formal del recurso planteado.

“El recurso de queja exige, como condición básica de procedencia, la existencia de un agravio que debe ser analizado desde la óptica del ordenamiento jurídico vigente y no desde el punto de vista subjetivo de quien impugna” (CNFed. San Martín 1990/05/02-L.L. 1990-E-532).

“La queja no puede ser recibida cuando es un intento de provocar un nuevo juicio en (otra instancia) sobre valoración de pruebas, materia reservada al conocimiento privativo de los jueces de la causa, sobre la cual no existe el control del tribunal” (Cám. Tercera Córdoba 1994/05/16-Recursos, Manual de Jurisprudencia L.L. pág. 412-pto 167).

El recurso extraordinario ha sido bien denegado, toda vez que las cuestiones en definitiva planteadas son de carácter eminentemente procesal, como así, de interpretación de normas de derecho común, constituyendo en definitiva meras discrepancias.

Que siendo así, el recurso extraordinario ha sido bien denegado, toda vez que los agravios se fundan en cuestiones de carácter opinable en cuanto a la selección, interpretación de pruebas y cuestiones de derecho común.

Causa: “Galarza, Lorenza s/queja en autos: “Galarza, Lorenza c/Autoservicio Pamela y/u otros s/acción común” -Fallo Nº 2965/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTIONES PROCESALES-REGULACIÓN DE HONORARIOS : IMPROCEDENCIA**

Que puesto al análisis de la queja, es necesario poner de resalto que el cuestionamiento tiene su origen en una dispar apreciación en torno al monto y forma en que le fueron regulados los honorarios y su posterior confirmación por la Cámara, tal divergencia interpretativa no ofrece sustento al remedio procesal intentado por tratarse incluso de agravio referente a cuestiones procesales de disímil interpretación.

Que con la apertura de esta vía se pretende que este Superior Tribunal se avoque al estudio de una cuestión referente a honorarios regulados en las instancias ordinarias, como así la determinación de base y montos a los efectos arancelarios, todo lo cual constituyen temas ajenos por su naturaleza al recurso interpuesto (J.A. 1976-II-88) y reiteradas resoluciones de este Superior Tribunal de Justicia al respecto (Fallos 1757/03; 2268/05 y 2230/07), siendo asimismo también improcedente porque la circunstancia de la cuestión de fondo se refiere a una cuestión de derecho común y ajena a la jurisdicción extraordinaria como resulta la regulación de honorarios.

Causa: “Neme, Ana Gabriela (Dra.) s/queja en autos: “Empresa Godoy SRL s/quiebra (inc. de revisión prom. por Figueroa, José F.)” -Fallo Nº 2966/08- de fecha 18/03/08; voto de los



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

**RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTIONES PROCESALES-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : IMPROCEDENCIA**

No procede el recurso extraordinario cuando el escrito de interposición no resulta sino una mera discrepancia del recurrente con la apreciación que de la prueba realiza el Tribunal recurrido, sin justificar que realmente haya existido quebrantamiento de las leyes que rigen la apreciación o falta de coherencia en la operación intelectual cumplida, que demuestren que haya mediado absurdo en la apreciación de la prueba.

El recurso extraordinario ha sido bien denegado, toda vez que las cuestiones planteadas son de carácter eminentemente procesal como así, de interpretación de normas de derecho común, hechos y pruebas.

Que siendo así, el escrito recursivo carece de seriedad en el planteo por lo que la queja debe desestimarse.

Causa: “Centurión, Sergio Daniel s/queja en autos: “Centurión, Sergio Daniel c/Trinca, Gladis Susana propietaria de farmacia y perfumería “Divino Niño” s/acción común” -Fallo N° 2967/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

**RECURSO EXTRAORDINARIO-RECURSO DE QUEJA-CUESTIONES PROCESALES-REGULACIÓN DE HONORARIOS-PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA : IMPROCEDENCIA**

Que con la apertura de esta vía se pretende que este Superior Tribunal se avoque al estudio de una cuestión referente a honorarios regulados en baja instancia, para determinar nuevas bases y montos a los efectos arancelarios, todo lo cual constituyen temas ajenos por su naturaleza al recurso interpuesto (J.A. 1976-II-88) y reiteradas resoluciones de este Superior Tribunal de Justicia al respecto (Fallos: 1757/03; 2268/05; 2230/07), siendo asimismo improcedente no solo por la norma del art. 61 in fine de la Ley Pcial. N° 512, sino porque la cuestión de fondo se corresponde al derecho común y por lo tanto ajena a la jurisdicción extraordinaria.

Que el agravio por violación al principio de la doble instancia, cabe recordar que como ya se dijera en el primer voto del Dr. Hang en el Fallo N° 2493/06, el hecho de que exista tal principio adoptado en materia penal, tras los fallos de la Corte Suprema en “Giroldi” y “Casal”, ello no implica que necesariamente deba aplicarse a otros fueros.

“La aplicación del art. 8°, inc. 2°, ap. h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona “inculpada de delito” o “declarada culpable de un delito” (Fallos: 323:1787). Es decir, dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (Fallos: 323:2357, voto del Juez Petracchi), por lo que el debido proceso legal en causas como el *sub lite* no se afecta por la falta de doble instancia, salvo cuando las leyes específicamente lo establecen, extremo este último que no se presenta en la especie (Fallos: 310:1162; 311:274; 312:195; 318:1711, entre otros) (Conf. CSJN H. 45 XXXVII en “Recurso de Hecho Hojman, Rubén Evar s/concurso preventivo s/incidente de

revisión promovido por Giannella, María Cristina”, voto de los Dres. Fayt, Lorenzetti y Argibay).

Causa: “Arce, Mario Horacio (Dr.) s/queja en autos: “Gómez García, María Esther c/Dei Castelli, Rubén Silvio Martín y otros s/acción común” -Fallo Nº 2969/08- de fecha 18/03/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **RECURSO DE QUEJA-PROCESO LABORAL-TERCERÍA DE DOMINIO : OBJETO; IMPROCEDENCIA**

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 Nº 20004569).

En ese orden de ideas y respondiendo al Tribunal del Trabajo, el quejoso entiende que habiéndose articulado una tercería de dominio en el marco de un proceso laboral ante un Tribunal de Instancia única y que tramitó por vía incidental no existe en puridad otra instancia ni recurso ordinario que se pueda plantear; de modo tal que nos encontraríamos ante un supuesto de sentencia equiparable a definitiva, toda vez que se causa así un agravio de imposible reparación posterior.

Cierto es que el recurrente se explaya en una serie de consideraciones sobre los vicios de la resolución adoptada por el Tribunal del Trabajo, pero no menos cierto es que, analizadas las piezas procesales que se acompañaron por mandato legal, no encontramos del análisis global y completo de dichos escritos, así como del mismo recurso de queja, que lo postulado por la Sala Primera del Tribunal del Trabajo para rechazar el recurso extraordinario en su momento, sea incorrecto. Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Pando, Gladis Lidia Margarita s/queja en autos: “Sanchez, Liliana Bernarda c/Sierra, Jorge Luis -propietario “Dan-Car” y/o quien resulte jurídicamente responsable s/reclamo laboral (incidente de tercería de dominio del incidente de ejecución de sentencia)” -Fallo Nº 2971/08- de fecha 26/03/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia-.

### **SENTENCIA-DELIBERACIÓN-PREOPINANTE-ADHESIÓN DE LOS JUECES DEL SEGUNDO Y TERCER VOTO : ALCANCES**

Finalmente la Defensa entiende que la sentencia Nº 4.696 - Tomo 2.007 es nula por la existencia de un solo voto formando la mayoría, mostrando a las claras con ello no sólo la inexistencia de deliberación entre los magistrados sino también la patente violación del artículo 107 del ritual. En otras palabras, señala que el Tribunal de Juicio actuó como si fuera un tribunal unipersonal atento a que los jueces del segundo y tercer voto se limitaron a adherirse a las conclusiones de la Dra. Zanín (Juez Excmo. Cám. 2da. en lo Criminal).

Respecto a este agravio tan sólo dos ideas muestran la sin razón de los argumentos defensores.

Que en primer lugar debemos estar a la reforma que impusiera la Ley Provincial N° 1.491/06 al articulado del Código Procesal Penal (concretamente a los artículos 363, 365 y 434) y donde se autoriza a los Magistrados del segundo y tercer voto a adherirse lisa y llanamente a lo manifestado por el preopinante; siendo un posible fundamento que justifique la reforma, la segunda idea que quiero señalar. Y es que justamente la existencia de un solo voto coincidente y unánimemente sostenido por los tres jueces evidencia la deliberación requerida por la ley y la uniformidad de criterio en el tribunal que opta decir todo lo que piensa sobre el caso juzgado en un solo voto antes que en tres. Por lo que este punto de agravio debe desestimarse sin más por su manifiesta insubstancialidad. Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Leguizamón, Victor Eugenio s/promoción de la corrupción de menores agravado por el vínculo” -Fallo N° 2992/08- de fecha 22/04/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **PRUEBA TESTIMONIAL-TESTIMONIO DE OÍDAS-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCES**

Con respecto al testimonio de oídas debo señalar que ellos no están prohibidos por nuestra ley.

Una cosa es la incorporación de prueba ilegal o prohibida y otra la valoración crítica que merece la prueba y que dependerá en cada situación de la sana crítica. Va de suyo que un testigo directo es mucho más que uno de oídas, pero no está impedida esta prueba dentro del proceso.

Por otra parte la prueba llamada “Hearsay” en el mundo jurídico anglosajón refiere al testigo de oídas que no concurre al debate y por tanto no puede ser controlado por la Defensa, no acaece esto en el “sub-judice” donde los cuestionados testigos de oídas fueron al debate. Esa característica de los testigos surge de la cita doctrinaria que se hace en el propio escrito recursivo. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Leguizamón, Victor Eugenio s/promoción de la corrupción de menores agravado por el vínculo” -Fallo n° 2992/08- de fecha 22/04/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **SENTENCIA-DELIBERACIÓN-PREOPINANTE-ADHESIÓN DE LOS JUECES DEL SEGUNDO Y TERCER VOTO : ALCANCES**

Con respecto al tema de los votos y la mera adhesión de los Jueces de segundo y tercer término es notorio que lo importante es la deliberación (que está acreditada en el proceso con el Acta). Es en este acto que los jueces discuten el valor convictorio de la prueba y muchas veces el fundamento liminar lo da el Juez del tercer voto, pero por necesidad de ordenación lo pone el primero al desarrollar el suyo. Por eso puede también dictarse una sentencia impersonal, sin diferenciación de votos. Estamos frente a un proceso oral de adquisición probatoria con inmediatez y no ante el pesado régimen escritural, en que los jueces se “pasan” el expediente. Lo que los Jueces fallan es lo vivido en la Audiencia y lo discutido en la Deliberación, la experiencia de años en el tema me llevan a estas consideraciones y me llevan también a sostener que es erróneo creer que porque cada Juez

repita lo dicho por otro con diferentes términos para simular una “motivación”, se llegara a una mejor sentencia. Y no se diga que los jueces a través de la deliberación no pueden modificar la opinión con que llegan a ella. Deliberar es considerar el pro y el contra de la decisión a tomar, implica entonces intercambio de opiniones y posibles modificaciones en los argumentos y sus consecuencias. Una repetición disimulada de argumentos no es entonces superior a una adhesión consciente. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Leguizamón, Victor Eugenio s/promoción de la corrupción de menores agravado por el vínculo” -Fallo Nº 2992/08- de fecha 22/04/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**DERECHO DE MENORES-JUSTICIA DE MENORES-ABANDONO MATERIAL, MORAL O PELIGRO MORAL DE MENORES- DIRECCIÓN DE MINORIDAD Y FAMILIA- COMPETENCIA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Este Superior Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de señalar, en su momento, que “pretender que la Justicia de Menores intervenga ‘ab initio’ en casos de abandono material, moral o peligro moral de menores, sin previa intervención de la Dirección de Minoridad implicaría una intromisión de funciones jurisdiccionales en atribuciones y obligaciones propias de la autoridad de aplicación, alterando el equilibrio que garantiza la Carta Magna Provincial” (Acta 2327 punto 3º). No está demás señalar que estos conceptos fueron vertidos en el año 2003, en función de lo que determinaba el art. 49 2º párrafo inciso “d” de la Ley Orgánica Judicial, es decir, dos años antes de que se sancionara la Ley 26.061, que vino a consagrar la prioridad de la actividad administrativa en materia proteccional a menores en riesgo. “La actividad institucional de los Estados, nacional y provincial, impone una protección a través de la creación de órganos administrativos en los Estados Nacional y Provincial...” a quienes le competen las facultades y obligaciones previstas en la Ley...el órgano judicial abandona su protagonismo, ya que dentro del esquema legal, pasa a desempeñar sólo un control de legalidad de los procedimientos y medidas de protección ya adoptadas por el órgano administrativo” (Palacio de Caeiro, La Ley, 2006-C, 1231).

Causa: “Ramos, Federico Pascual y otros s/guarda simple (incidente de competencia)” -Fallo Nº 2995/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

**DERECHO DE MENORES-JUSTICIA DE MENORES-ABANDONO MATERIAL, MORAL O PELIGRO MORAL DE MENORES- DIRECCIÓN DE MINORIDAD Y FAMILIA- COMPETENCIA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Ante situaciones de riesgo en el que pueden encontrarse menores de edad, la intervención de la autoridad administrativa local resulta prioritaria, autoridad que en nuestra Provincia ejerce la Dirección de Minoridad y Familia (arts. 1º y 4.8 de la Ley 1089), órgano de aplicación de la Ley 26.061, sujeta al control posterior del Poder Judicial, y que en el caso de la Provincia de Formosa, es competencia del Juzgado de Menores, al intervenir por derivación de la misma autoridad administrativa (art. 49 segunda parte de la Ley 521).

Que determinada la competencia de la autoridad administrativa sobre menores en situación de riesgo, asiste razón al Procurador General cuando expresa que, habiéndose iniciado un

trámite de guarda simple, la competencia en ese específico caso, corresponde al Tribunal de Familia, por directa aplicación del art. 49 primera parte de la Ley Orgánica Judicial, siendo irrelevante a esos fines que en el transcurso de la guarda se denuncie una situación de malos tratos, toda vez que siendo éste el caso, debe tramitarse la guarda solicitada y paralelamente darse intervención a la Dirección de Minoridad y Familia a los fines de que adopte las medidas de protección que están en el ámbito de su competencia, pero nunca otorgarse directa intervención a la Justicia de Menores, porque la competencia de ésta ha quedado desplazada ante la derogación de la Ley 10903 y la asunción de competencia por parte de los órganos administrativos.

Causa: “Ramos, Federico Pascual y otros s/guarda simple (incidente de competencia)” -Fallo N° 2995/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

### **DISCRIMINACIÓN-MUJER INDÍGENA-PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN : ALCANCES**

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico-cultural que no sólo puede verificarse empíricamente, sino que ya ha tenido recepción normativa a partir del **Decreto 1086/2005**, cuando aprueba el llamado “**Plan Nacional contra la Discriminación**”, refrendado por el entonces Presidente Kirchner, el Dr. Alberto Fernández y el Dr. Alberto Iribarne, en cuyo anexo se consigna “que es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones **cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se le reciben las denuncias o no se las investiga debidamente...las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres como por ser indígenas**” (véase el anexo al Decreto 1086/2005 en la página web del Boletín Oficial de la Nación).

Ese es el contexto que no debe perderse de vista en esta causa, y que sumado al que expone el voto de la mayoría en el fallo impugnado, asignan un marco teórico relevante para el análisis y decisión del caso. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.” -Fallo N° 2998/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

### **MUJER INDÍGENA-CHINEO-PRUEBA : ALCANCES**

Si bien se comparten los conceptos antropológicos y de vivencias de los aborígenes de nuestra provincia y las prácticas del “Chineo” por parte de criollos; pero resulta que ello no está probado que resulte aplicable al caso, dado que ello no implica la automática calificación en esta causa, ya que el estado de incertidumbre radica fundamentalmente en las contradicciones de las declaraciones tanto de las partes, como la de los testigos, sin dar suficiente razón del por qué la credibilidad de unas y no de otras a pesar de la existencia de indicios y presunciones tanto de uno como de otros. Disidencia del Dr. Tievas.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.” -Fallo N° 2998/08- de fecha 29/04/08;

voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

### **PRINCIPIO DE INOCENCIA-IN DUBIO PRO REO-RECURSO DE CASACIÓN : PROCEDENCIA**

El “in dubio pro reo” es una garantía constitucional que ampara el principio de inocencia (art. 4º del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional), en donde se exige que los juzgadores alcancen la certeza sobre todos los extremos de la imputación criminal a los efectos de condenar al reo a una pena.

“...El principio del in dubio pro reo opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal Liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia.... La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad” (Jorge E. Vázquez Rossi-Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 278).

Por todo lo expuesto, existiendo algunas falencias en los argumentos de la mayoría del Tribunal de Sentencia, debo señalar que no queda a quien suscribe, la certeza necesaria sobre los hechos imputados a los condenados y en consecuencia voto por hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa. Disidencia del Dr. Tievas.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3º párrafo C.P.” -Fallo Nº 2998/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

### **MUJER ABORIGEN-CHINEO-ART. 72 DEL CÓDIGO PENAL : CONCEPTO; ALCANCES**

Se sabe que el llamado “chineo” es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. La dificultad con que generalmente se tropieza en estos delitos es el problema de la denuncia necesario por tratarse de abusos sexuales y de la aplicación de la regla del art. 72 del Código Penal. Una de las dificultades con que también se tropieza en estos delitos, es la de género. En una cultura de raíz machista como la nuestra, muchas veces hay proclividad a creer en alguna provocación de la mujer (forma de vestir, andar sola a horas desusadas, etc.) o en el caso del “chineo” una *minoración* doble tanto por ser mujer como aborigen. Y aquí se produce la paradoja, en la cultura aborigen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca, cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada, se le pide a la menor que vengan los padres, pero éstos no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. Sin embargo ya hace muchos años la situación fue cambiando y la Cámara del Crimen Nº 1 condenó a dos jóvenes de “Ingeniero Juárez” por violación en un caso de “chineo” porque el padre, asesorado por un maestro hizo la denuncia, y mucho antes en la causa

“Galván” de la década del ochenta anterior, se condenó por “Estupro” en un caso de relación sexual de jóvenes criollos con adolescentes aborígenes.

Así la circularidad legal que se produce en este ámbito no es achacable al sistema judicial sino al legal, creado por una ley de origen nacional como que integra el Código Penal, siendo esta autoridad la que debe buscar cauces legales que destraben la cuestión, allanando el valladar que no han creado los Jueces. Disidencia del Dr. Hang.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.” -Fallo N° 2998/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

#### **MUJER ABORIGEN-CHINEO-PRUEBA-PRINCIPIO DE INOCENCIA : ALCANCES**

No se puede discutir que el “chineo” está arraigado en la costumbre social del oeste formoseño, la cuestión es si puede elevarse a la categoría de regla aplicable a todos los casos parecidos o similares. Me parece que no, y si bien puede contribuir indiciariamente, es necesario contar con otras pruebas decididamente más directas y conectadas con el hecho en su individualidad. Esto parece lo correcto viendo la cuestión desde el plano de las garantías constitucionales del imputado. Ello está como antes dije, más allá de la deficiente actuación policial y de los peritos médicos. Señalo en esta cuestión que el Tribunal de Juicio está habilitado para corregir tanto al perito como al Instructor Policial (ver arts. 243 y 171) cuestión que se ha omitido. Disidencia del Dr. Hang.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.” -Fallo N° 2998/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

#### **DEBIDO PROCESO LEGAL-DERECHO DE LAS MINORÍAS : ALCANCES**

Los principios que abonan el debido proceso legal (en su faz de certeza para condenar) se deben privilegiar, aún en este caso por sobre los derechos de las minorías. Mas allá de que éstos se conculquen en un proceso irregular, no puede ponerse en cabeza de los imputados la salvaguarda de tales derechos. Disidencia del Dr. Hang.

Causa: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.” -Fallo N° 2998/08- de fecha 29/04/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

#### **PROCESO LABORAL-RECURSO EXTRAORDINARIO-EXISTENCIA DEL AGRAVIO-FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO : IMPROCEDENCIA**

Oportunamente el recurso extraordinario y la posterior queja han sido bien denegadas, toda vez que los agravios se fundan en cuestiones de carácter opinable en cuanto a la interpretación y a la aplicación de normas de derecho común a situaciones de hechos y pruebas en situaciones que constituye la competencia natural de los jueces laborales, en especial en las conclusiones arribadas sobre todo en la etapa procesal del veredicto.

“Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que resuelve cuestiones de hecho, prueba y de derecho común, como es la que en el fuero laboral no hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la empleadora llegando a una solución que no carece de razonabilidad, ni evidencia un apartamiento inequívoco de la disposición legal examinada, sin que las objeciones de la actora pongan de manifiesto otra cosa que sus divergencias con el criterio del tribunal en la hermenéutica de preceptos comunes, aspectos que se encuentran al margen del recurso intentado” (CS, 1985/03/05 -De Gau, Zefiro c. Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa -“Recursos Extraordinarios”, Manuales de Jurisprudencia L.L., Ede. 2.000, pág. 450, pto. 2795).

Que de tal suerte se advierte que los agravios de quien intenta valerse la quejosa carece de suficiente andamiaje para hacer lugar a la vía pretendida, porque los mismos deben ser analizados desde la óptica del ordenamiento jurídico existente y no desde el particular punto de vista de quien recurre.

Causa: “Lopez, Delfor Roberto s/queja en autos: “Lopez, Delfor Roberto c/El Pajarito S.A. y/o quien resulte responsable s/acción común” -Fallo Nº 3007/08- de fecha 20/05/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

#### **REVOCATORIA “IN EXTREMIS”: REQUISITOS; IMPROCEDENCIA**

No puede precisamente alegarse error de hecho para sustentar la vía de la revocatoria “in extremis”, cuando se señala que “si el Tribunal hubiera advertido lo puntualizado respecto a la imposibilidad material de acompañar la copia ...la valoración hubiera variado”, porque el Tribunal no tiene por función suplir las deficiencias de las partes y cuando quien debía haber argumentado, al momento de plantear la Queja y no después, sobre aquella presunta imposibilidad material, era la propia parte interesada. No se trata por cierto de un error de hecho material, surgido de una deficiente valoración del material aportado, sino de una concreta omisión procesal, cuyo cumplimiento está establecido como requisito de admisibilidad en el régimen procesal vigente, y que resulta -por tanto- de ineludible cumplimiento, normatividad que aleja todo atisbo de rigorismos formal excesivo como se indica.

Que por lo expuesto y en el convencimiento de que no concurren las circunstancias excepcionales que permiten sustentar una revocatoria “in extremis”, tal como lo indica la doctrina de este Tribunal (Fallos 7450-Tomo 2005 y 8278-Tomo 2007).

Causa: “Velazquez Ibarra, Pedro A. s/queja en autos: Oficio Ley 22.172 del Juzgado de primera instancia en lo civil y comercial de la octava nominación de la ciudad de Resistencia -Pcia. del Chaco- en los autos caratulados: “Amarilla Automotores S.A. c/Transporte exportador, importador y constructora sociedad anónima y Flumián, Jorge Alberto s/ejecución prendaria, Expte. n° 12.601/01 s/inhibitoria” s/pedido de remisión del expediente caratulado: “Oficio Ley 22.172 en autos: “Amarilla Automotores S.A. c/Transporte exportador, importador y constructora S.A. y Flumián, Jorge Alberto s/ejecución prendaria s/incidente de ejecución de honorarios promovido por el Dr. Pedro A. Velazquez Ibarra” -Fallo Nº 3011/08 fecha 20/05/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, Claudio Ramón Aguirre.



**RECURSO DE QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO-SENTENCIA ARBITRARIA-EXISTENCIA DE AGRAVIOS: IMPROCEDENCIA**

Que la valoración y decisión de aceptar o no determinadas circunstancias como probadas, dando merituación y justificación de lo resuelto constituye una apreciación que es una materia propia de la jurisdicción ordinaria, ajena por ende a la vía recursiva extraordinaria que aquí se intentara, salvo que lo resuelto afecte una garantía constitucional, situación esta que no se da en autos, tal como en definitiva resulta del reiterado criterio de este Superior Tribunal de Justicia (Fallo 2030/04, etc.).

El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia se basa exclusivamente en analizar cuestiones de hecho y prueba de una forma diferente a la que hace el tribunal recurrido, cuestión que es en principio ajeno a la vía intentada.

En ese sentido se ha dicho que: “La arbitrariedad que se invoque no puede encontrar sustento en presuntos agravios que sólo traducen una mera disconformidad con la interpretación que el tribunal efectuó acerca de la cuestión dirimida” (CN Com. Sala C, junio 25-991, sumario nº 1853, de Digesto Jurídico 3º La Ley, Tomo XII, pág. 801).

Que siendo así, el escrito recursivo carece de seriedad en el planteo, razón por lo que la queja debe desestimarse.

Causa: “Cáceres, Domingo del Pilar s/queja en autos: Cáceres, Domingo del Pilar c/El Pajarito S.A. s/acción común” -Fallo Nº 3022/08- de fecha 09/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

**ESCRITURA PÚBLICA-ACTO JURÍDICO INEXISTENTE : REQUISITOS; RÉGIMEN JURÍDICO**

El artículo 1.001 del Código Civil expresamente señala que sin firma no hay instrumento, ni público ni privado, y sin escritura válida no puede hablarse de una consolidación de la transmisión del derecho real de dominio a favor del Club Sportivo San Martín atento a que el acto nunca pudo ser completado en la forma que la ley requiere; ello independientemente de su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Que la doctrina y la jurisprudencia tiene dicho que son características y efectos de los actos jurídicamente inexistentes: a) que la inexistencia jurídica del acto puede ser peticionada judicialmente por toda persona interesada y en cualquier estado del proceso, con tal que sea manifiesta o resulte de la prueba producida; b) que los jueces están facultados para verificarla y aplicar de oficio sus consecuencias; c) que no son aplicables las reglas de los actos nulos o anulables, por lo que los derechos transmitidos a terceros en virtud del acto inexistente quedan sin ningún valor una vez comprobada su inexistencia, de manera que las transmisiones de dominio o constituciones de derechos posteriores carecen de eficacia, aún cuando el tercer adquirente lo haya sido de buena fe y a título oneroso (no rige aquí el artículo 1.051 del Código Civil en este aspecto); d) que no es aplicable al acto jurídicamente inexistente la conversión del acto nulo (Conf. BELLUSCIO, Augusto (Dir.) y ZANNONI, Eduardo (Coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo 4, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.982, pág. 682 y jurisprudencia allí citada).

Es decir que el problema de la inexistencia de los actos jurídicos no requiere, en principio, el planteamiento específico orientado a obtener una declaración jurisdiccional expresa. Y ello porque la inexistencia por su propia naturaleza no está necesitada ni condicionada por declaración judicial ninguna, pudiendo los jueces, aún de oficio, tratar, considerar o tener por habida la inexistencia de ellos, aún cuando las partes no lo propusieren de modo manifiesto o, como el caso de autos, lo propusieren de manera deficiente (Conf. SALAS, TRIGO REPRESAS, LÓPEZ MESA, *Código Civil Anotado*, Tomo 4-A, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1.999, pág.452). En igual sentido se ha dicho que “... como los actos de nulidad absoluta, los inexistentes pueden ser declarados tales a pedido de cualquier interesado o de oficio por el juez, no son confirmables y la acción es imprescriptible; todo ello por la razón muy evidente de que lo que no existe no es susceptible de convalidación de ninguna especie y nadie puede pretender extraer consecuencias jurídicas de un acto de tales características (Conf. CNCiv. Sala D in re Descalzi, Emilia c/Cruz Reguira, Mario s/Reivindicación, de fecha 22/02/2.001, elDial AE19D2).

Causa: “Fernandez Baez, Bonifacio c/Club Sportivo Gral. San Martín Asoc. Civil y otra s/ordinario” -Fallo Nº 3023/08- de fecha 09/06/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

#### **PROCESO PENAL-INSPECCIÓN JUDICIAL-PRUEBA ANTICIPADA: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

Levene, Casanovas y Hortel, en su Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) dicen. “Nótese que inspección judicial es un concepto más amplio que el de inspección ocular, que se limita a uno sólo de los sentidos del juez.”

El art. 192 del CPP conforme al imperium de los jueces establece que los mismos a través de este medio de prueba de forma inmediata y originaria en forma personal, valiéndose de sus sentidos, en especial de la vista aún con el concurso de peritos comprobarán mediante inspección la situación de rastros, cosas y lugares, contando para ello incluso con las facultades coercitivas del art. 195 de ese Código.

“En cuanto a la naturaleza de la inspección judicial, estimamos que es definitivamente una diligencia de la instrucción, irrepetible en el juicio oral, por lo cual resulta una prueba preconstituida o anticipada que podrá doblegar el principio de presunción de inocencia siempre y cuando sea efectuada de acuerdo a las prescripciones de la instrucción y efectivamente sometida a contradicción en el juicio oral” (Carlos N. Hall, *La Prueba Penal*, pág. 399-Ed. Nova Tesis).

Por ser una prueba preconstituida y anticipada sólo puede resultar apta a los fines de fundamentar una sentencia de condena siempre que se hayan cumplidos con todas las exigencias procesales. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ovelar, Miguel Angel s/Homicidio; Ovelar, Marcelo Alejandro s/participación necesaria en el delito de homicidio -Ovelar, Melissa Angela s/lesiones” -Fallo Nº 3027/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi-subrogante, Ariel Gustavo Coll-disidencia parcial-.

**ACTOS PROCESALES-ACTA-FIRMA DEL FUNCIONARIO-NULIDAD DEL ACTA : REQUISITOS; PROCEDENCIA; RÉGIMEN JURÍDICO**

La firma es un requisito ineludible de la demostración de la existencia y validez de las Actas. Al respecto el art. 122 del CPP en el título V sobre los actos procesales, expresamente establece la misma, y de que el juez debe ser asistido en el acto por el secretario.

“...la firma del funcionario actuante es un requisito sine qua non para la validez de la misma de acuerdo al art. 138 del CPPN, por lo que podemos concluir que su ausencia trae aparejada la nulidad del acta, nulidad ésta que en el caso de corresponder a actos irreproducible y definitivos trae aparejada la calificación de absoluta no subsanable, y que pueden oponerse en cualquier estado y grado del proceso” (Carlos N. Hall-La Prueba Penal-pág.160).

Por otra parte cabe aclarar que la firma de dos testigos, habiendo estado presente la Juez, no subsana el acto, dado que ello es únicamente para los casos de la sola intervención policial en los casos expresamente determinados en la segunda parte de la redacción del art. 122 del CPCC. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ovelar, Miguel Angel s/Homicidio; Ovelar, Marcelo Alejandro s/participación necesaria en el delito de homicidio -Ovelar, Melissa Angela s/lesiones” -Fallo N° 3027/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi, Ariel Gustavo Coll-disidencia parcial-.

**DEBERES Y FACULTADES DEL JUEZ-INVESTIGACIÓN A CARGO DEL JUEZ-INVESTIGACIÓN A CARGO DE LA PREVENCIÓN POLICIAL: ALCANCES**

Si bien tanto los jueces de instrucción como la instrucción de la prevención policial deben poner todo su empeño en investigar los hechos delictuosos que se le impongan, deben hacerlo dentro del marco que a esos fines fijan la Constitución y las leyes procesales a fin de asegurar las garantías de la libertad, intimidad, defensa en juicio y debido proceso. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ovelar, Miguel Angel s/Homicidio; Ovelar, Marcelo Alejandro s/participación necesaria en el delito de homicidio -Ovelar, Melissa Angela s/lesiones” -Fallo N° 3027/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi, Ariel Gustavo Coll-disidencia parcial-.

**BENEFICIO DE LA DUDA-IN DUBIO PRO REO-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Que para la aplicación del beneficio de la duda (art. 4° del CPP) el estado de incertidumbre no puede reposar en la pura subjetividad sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, siendo que en el caso no existe falta de certeza ante el peso de los numerosos testimonios concordantes sobre el accionar de los procesados. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ovelar, Miguel Angel s/Homicidio; Ovelar, Marcelo Alejandro s/participación necesaria en el delito de homicidio -Ovelar, Melissa Angela s/lesiones” -Fallo N° 3027/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi, Ariel Gustavo Coll-disidencia parcial-.

### **NULIDADES PROCESALES-PREVENCIÓN POLICIAL-ACTA POLICIAL-FALTA DE FIRMA-NULIDAD RELATIVA : RÉGIMEN JURÍDICO**

La ausencia de firmas en un acta labrada en la Prevención Policial, sin entrar en la discusión de qué se entiende por la “firma de los intervinientes que **deban hacerlo**”, (cf. Art. 123, CPP) cuando estamos en presencia de una actuación policial (art. 124, C.P.P.), resulta ser una nulidad **relativa**, y por lo tanto sujeto su régimen de impugnación a las oportunidades que expresamente contempla el art. 154 del C.P.P., que en el caso de nulidades producidas **durante la instrucción**, solamente pueden promoverse, bajo pena de caducidad, durante la propia instrucción o durante el término de Citación a Juicio (cf. inciso 1º del artículo 154, C.P.P.). Disidencia Parcial del Dr. Coll.

Causa: “Ovelar, Miguel Angel s/Homicidio; Ovelar, Marcelo Alejandro s/participación necesaria en el delito de homicidio -Ovelar, Melissa Angela s/lesiones” -Fallo Nº 3027/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang, José Luis Pignocchi, Ariel Gustavo Coll-disidencia parcial-.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTIONES HECHO Y DERECHO-CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN : ALCANCES**

Es menester que la cuestión federal oportunamente propuesta al Tribunal de la Causa se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. Ello porque la mera invocación de principios y garantías constitucionales no importa acreditar relación directa e inmediata, siendo conteste la Corte Suprema en reiterar que “...no procede el recurso extraordinario que, fundando en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho y de derecho” (Fallos Nº 300:130). Voto de la Dra. Colman.

Causa: “Sosa, Miguel c/Provincia de Formosa s/acción común” -Fallo Nº 3028/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang-por sus dichos-.

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

En asuntos de competencia la Corte Suprema ha indicado que, es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que resuelve cuestiones de hecho y derecho procesal, como es la que declaró la incompetencia del fuero para entender en la causa (CS, abril 24-984 “Cereales, Francisco Zaccardi S.A. c. Productos Sudamericanos S.A., LL 1986-B-636, citado en Digesto Jurídico 3, La Ley T XII sumario 4873). Y ello es así porque la cuestión en análisis no importa -menos aún ha quedado demostrado- denegatoria del fuero federal, pues la resolución atacada refiere a conflictos de competencia entre jueces ordinarios de la Provincia.

A lo expuesto se suma que, las decisiones sobre competencia tampoco constituyen sentencias definitivas, ni pueden ser equiparadas a ellas, en los términos del art. 14 de la Ley 48, en tanto no medie denegación del fuero federal o una efectiva privación de justicia. La ausencia de sentencia definitiva que inspira dicho principio no puede suplirse aunque se invoque la existencia de arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales

(CS, diciembre 15-988 “Cabral Celestino c. Municipalidad de Buenos Aires, LL 1989-C-505, obra idem).

Por todo lo expuesto, se comparte el rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto. Voto del Dr. Hang-por sus dichos-.

Causa: “Sosa, Miguel c/Provincia de Formosa s/acción común” -Fallo Nº 3028/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang-por sus dichos-.

**ABANDONO MATERIAL O MORAL-JUZGADO DE MENORES-DIRECCIÓN DE MINORIDAD Y FAMILIA-LEY 26.061-COMPETENCIA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Resulta pertinente recordar que este Superior Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de señalar en su momento, que “*pretender que la Justicia de Menores intervenga “ab initio” en casos de abandono material, moral o peligro moral de menores, sin previa intervención de la Dirección de Minoridad implicaría una intromisión de funciones jurisdiccionales en atribuciones y obligaciones propias de la autoridad de aplicación, alterando el equilibrio que garantiza la Carta Magna Provincial*” (Acta Nº 2327 punto 3º). La Ley Nº 26.061 vino a consagrar la prioridad de la actividad administrativa en materia proteccional a menores en riesgo. “*La actividad institucional de los Estados, nacional y provincial, impone una protección a través de la creación de órganos administrativos en los Estados Nacional y Provincial...*” a quienes le competen las facultades y obligaciones previstas en la Ley. El órgano judicial abandona su protagonismo, ya que dentro del esquema legal, pasa a desempeñar sólo un control de legalidad de los procedimientos y medidas de protección ya adoptadas por el órgano administrativo” (Palacio de Caeiro, La Ley, 2006-C-1231).

Todas citas ampliadas en el fallo de este Alto Cuerpo cuya doctrina resulta aplicable en el caso bajo examen (Conf. STJ Formosa Fallo Nº 2995-Tomo 2008).

Que en virtud de las razones señaladas, resulta evidente que ante situaciones de riesgo en el que pueden encontrarse menores de edad, la intervención de la autoridad administrativa local resulta prioritaria, autoridad que en nuestra Provincia ejerce la Dirección de Minoridad y Familia (artículos 1º y 4.8 de la Ley Nº 1089), órgano de aplicación de la Ley 26.061, sujeta al control posterior del Poder Judicial, y que en el caso de la Provincia de Formosa, es competencia del Juzgado de Menores, al intervenir por derivación de la misma autoridad administrativa (artículo 49 segunda parte de la Ley 521).

Que en consecuencia corresponde confirmar la declaración de incompetencia que dictara el Juzgado de Menores de la Primera Circunscripción Judicial y, habiéndose remitido copia certificada a la autoridad administrativa competente a los fines de que adopte las medidas de protección que están en el ámbito de su competencia, corresponde entonces el archivo de las presentes actuaciones atento a que la directa intervención de la Justicia de Menores en cuestiones asistenciales ha quedado desplazada ante la derogación de la Ley 10.903 y la asunción de competencia por parte de los órganos administrativos.

Causa: “Román, Fernando Ariel y otro s/medidas tutelares” -Fallo Nº 3037/08- de fecha 19/06/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**DERECHO DE DEFENSA-ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL :  
RÉGIMEN JURÍDICO**

El artículo 280 del C.P.P. señala que *“el Juez deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiera referido el imputado”*. Es una norma que tiende a materializar la garantía de la Defensa en Juicio que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional. Es el dispositivo procesal que permite asegurar que el imputado fue efectivamente oído en la audiencia de indagatoria, tomando nota de sus dichos y evacuando sus citas. Lo contrario importa vaciar de contenido al más importante acto de defensa del acusado. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Chaparro, Pedro Fabián s/abuso sexual con acceso carnal” -Fallo Nº 3042/08- de fecha 02/07/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

**DEFENSA EN JUICIO-DERECHO CONSTITUCIONAL-ESTADO DE  
INDEFENSIÓN: ALCANCES**

Si bien es cierto que la garantía de la defensa en juicio no ampara la negligencia de los litigantes, y a pesar del tiempo transcurrido, la falta de notificación sobre el ingreso de los autos a la alzada y de la disposición para ejercer sus derechos, la comprometen seriamente, dado que al provocar la deserción del recurso priva al interesado en forma definitiva de la oportunidad de acceder a la única instancia de revisión (dado que la jurisprudencia y decisiones de las Cámaras que no obligan a este Superior Tribunal, pudieron razonablemente llevar a equívocos a esa parte), debiendo en este caso flexibilizarse las exigencias de recaudos para que le garanticen plenamente la oportunidad del ejercicio de defensa. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Escrito suelto en los autos caratulados: “Quiñonez, Norma s/querrela por calumnias e injurias c/Espínola, Inocencia” -Fallo Nº 3046/08- de fecha 02/07/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

**RECURSO DE APELACIÓN-DESERCIÓN DEL RECURSO: RÉGIMEN  
JURÍDICO**

De ninguna de las disposiciones legales citadas (arts. 417, 418, 419 y 429 del C.P.P.) se desprende la obligación para este Tribunal de notificar la mentada providencia mediante cédula de notificación.

Mucho menos puede aceptarse que el recurrente, en su afán de que se le admita un recurso perdido por su propia desidia, agrede la dignidad de este Tribunal poniendo un manto de sospechas sobre la “curiosa celeridad” en poner el expediente en Lista para notificación de las partes.

Lo cierto es que el recurrente no vino en tiempo y forma a cumplimentar sus obligaciones, que ante dicha falta el Tribunal siguió los pasos que normativamente están establecidos para este tipo de casos: la aplicación de la sanción prevista en el artículo 419 del Código Procesal Penal. Es más, también es dable resaltar que el ataque recursista contra la providencia que declara la deserción del recurso lo fue fuera de término para la reposición tal como ya lo evidenciara Presidencia.

Es decir que nada hay para rectificar en decisiones -las de este Tribunal- tomadas al amparo de la normativa procesal vigente, sobre presentaciones -las del recurrente- totalmente inadmisibles por su carencia argumental y legal. Disidencia de la Dra. Colman. Causa: “Escrito suelto en los autos caratulados: “Quiñonez, Norma s/querrela por calumnias e injurias c/Espínola, Inocencia” -Fallo N° 3046/08- de fecha 02/07/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman-en disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en disidencia-.

#### **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA : CONCEPTO; ALCANCES**

La congruencia consiste en no apartarse de los concretos límites del objeto procesal, constituyendo su límite el fundamento fáctico, ya que la sentencia no puede hacer mérito de hechos que no constituyan justamente esa relación procesal. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ayala, Juan Pablo s/abuso sexual con acceso carnal calificado reiterado” -Fallo N° 3047/08- de fecha 07/07/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

#### **BENEFICIO DE LA DUDA-IN DUBIO PRO REO : RÉGIMEN JURÍDICO**

Para la aplicación del beneficio de la duda (art. 4° del C.P.P.) el estado de incertidumbre no puede reposar en la pura subjetividad sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, siendo que en el caso no existe falta de certeza ante el peso de las testimoniales de las víctimas, los informes médicos y las opiniones de las psicólogas forenses, llevan a la convicción de cómo realmente sucedieron los hechos. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Ayala, Juan Pablo s/abuso sexual con acceso carnal calificado reiterado” -Fallo N° 3047/08- de fecha 07/07/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

#### **LESIONES CULPOSAS-LEY NACIONAL DE TRÁNSITO-TRANSPORTE PÚBLICO-DEBER DE CUIDADO-DEBER DEL JUEZ : ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO**

Creo que la incriminación parte de una violación al art. 50 de la Ley Nacional de Tránsito (N° 24.449), la norma en cuestión dispone que en todo momento el conductor debe mantener el dominio del vehículo, ello supone manejar a una velocidad cuidadosa que precisamente evite accidentes, teniendo en cuenta las condiciones del camino y las del clima. En estos casos las velocidades máximas fijadas por la ley o los Decretos reglamentarios pierden su valor indicativo y se ajustan a la situación ambiental. De manera que en esta ocasión se trata de una violación a los reglamentos según la descripción de los tipos culposos que se le endilgaran. Siendo los tipos culposos de característica abierta son los Jueces los que en función del deber de cuidado y en este caso de la posición de garante del conductor respecto de los pasajeros, deben completar el tipo. Ciertamente es que la violación reglamentaria no es por sí sola constitutiva de la infracción penal, sino que vale como indicio. Empero cuando esa violación tiene, como en este caso, relación de causalidad con el evento, el tipo culposo es plenamente aplicable. Dadas las condiciones del conductor, que en este caso lo era de un transporte público, él tenía “el deber de conocer el peligro y asumir frente a él una actitud objetivamente cuidadosa” (cf. Malumud Goti, Jaem E; “El

delito Imprudente”, p. 53, Edit. Astrea, Bs. As., 1972). Vivimos una era técnica y por tanto como dijera Octavio Paz, vivimos la era del accidente, se debe obrar consecuentemente con las exigencias de una vida social compleja y caracterizada por la existencia de la máquina o del artefacto (op. cit., p 18). El automotor es en sí una máquina riesgosa cuando se pone en movimiento y si bien las exigencias del entramado social hacen que su circulación se imponga como un riesgo permitido (al igual que otras máquinas en otras circunstancias, una caldera por ej.), pero exigiendo de quien la manipula el máximo de cuidado. En el presente caso una actividad cuidadosa evitaba el accidente o disminuía la posibilidad de ocurrencia, es una acción la del imputado que fue la condición directa y principal del accidente. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Gonzalez, Adrián Alberto s/homicidio culposo en concurso ideal c/lesiones graves culposas y lesiones leves culposas reiteradas” -Fallo Nº 3049/08- de fecha 07/07/08; voto de los Dres. Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **QUERELLANTE-SUJETOS DEL PROCESO PENAL-LEGITIMACIÓN PROCESAL : RÉGIMEN JURÍDICO**

Cabe recordar que no siempre el único afectado por el delito habrá de ser el titular del bien jurídico tutelado, sino que pueden aparecer como damnificado quienes no revisten dicha condición.

Tal circunstancia resulta determinante para distinguir a aquellos que la ley le reconoce la facultad de poder constituirse como querellante en un proceso penal, de aquellos a quienes solamente les reconoce el derecho a reclamar en sede civil el daño sufrido, ya sea éste material o moral. Pretender lo contrario importaría tanto como pretender que la ley ha querido darle significación jurídico penal a todo acto ilícito, soslayándose así el carácter de “ultima ratio” del derecho penal.

Para tal finalidad el Código Procesal Penal ha buscado restringir el derecho a la persecución penal por quien sin representar al estado coadyuva a la investigación, exigiéndole a tal fin que cumpla con dos requisitos esenciales: 1) que sea directamente ofendido por un delito de acción penal pública, y 2) que revista el carácter de titular del bien jurídico afectado.

En el caso que nos ocupa surge “prima facie” que el pretense querellante pudo haber sido damnificado por el delito, pero lo que se persigue con la figura penal descripta por el artículo 275 del C.P. no es la reparación de un daño material o moral sino la preservación de la correcta administración de justicia, función que pesa sobre el Estado, y que por lo tanto, de acuerdo con la opción hecha por el legislador, ha sido preferido como titular del bien jurídico merecedor de protección por el derecho penal.

Siendo así, corresponde no hacer lugar a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por resultar manifiestamente inadmisibile, con costas a cargo del recurrente por aplicación de la regla general prevista por el artículo 494 del Código Procesal Penal.

Causa: “Dr. Carlos A. Ontiveros s/planteo de nulidad en Expte. c/Marques, Blanca Rosa s/falso testimonio agravado” -Fallo Nº 3061/08- de fecha 10/07/08; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.



**ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-ART. 72 DEL CÓDIGO PENAL-DENUNCIA PENAL : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

Entrando al análisis de las cuestiones procesales articuladas, corresponde otorgar tratamiento previo al planteo referido a la deficiente promoción de la acción penal con la denuncia del hermano, que a esa época contaba con 16 años, y que formalizó el acto en crisis con el patrocinio letrado de la Sra. Asesora de Menores, siendo que correspondía denunciar a la progenitora conviviente con la víctima y entendiéndose con ello vulnerado el art. 7º del CPP y el inc. 2º del art. 72 del C. P..

Amén de lo dicho, y sin entrar a considerar la situación límite que vivenciaba la madre de la menor víctima, a raíz de las amenazas de muerte que le profería el imputado cuando lo sorprendía abusando de su hija y se lo reprochaba, cabe poner de resalto que **no es necesaria la instancia privada en el supuesto que el autor del delito es alguno de los ascendientes**, pues la redacción del **art. 72 del CP** presenta una amplitud interpretativa en el sentido de facilitar en casos como el de autos, la investigación de hechos cometidos contra menores aún de oficio. Es que, el límite a la acción pública que la norma consagra tiende a proteger la intimidad personal y el decoro de la familia, pero en defecto de dichos objetivos, la ley establece excepciones dirigidas a acentuar el **fin tuitivo de la norma, la que, en definitiva, fue establecida para proteger a las víctimas y no para amparar a los autores**. Consecuentemente, debe ser rechazado este agravio al haber sido promovida la acción penal en los términos de ley. Voto del Dr. Aguirre-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA-ART. 227 BIS DEL C.P.P. : IMPROCEDENCIA**

En lo atinente a la inconstitucionalidad del art. 227 bis del CPP, y al cuestionamiento de la manera en que fue recepcionada la declaración de la menor víctima, a través de la psicóloga sin la presencia de los jueces y las partes, sosteniendo la asistencia técnica que fueron vulneradas la garantía constitucional del “derecho de defensa” y el “principio de inmediación”, adelanto mi opinión contraria a la invalidez de la norma de marras y a la improcedencia del segundo planteo.

Ello así, toda vez que el análisis de esta crítica debe realizarse a la luz de la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “... **la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable**”(Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de “**incompatibilidad inconciliable**”(Fallos:322:842; y 322:919); y “**cuando no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional**” (cfr. CSJN: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros;

citados en la causa Nº 2.509, “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, Reg. Nº 3.456, rta. el 20/06/01).

Debiendo tenerse presente además, que el *debido proceso* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 2º f) de la Convención Americana de los Derechos humanos y art. 14 inc. 3º d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta comprensivo no sólo del “derecho de defensa” sino también de los “derechos de las víctimas”. También, el ejercicio de los derechos del tribunal, la fiscalía o la defensa, como en el *sub lite*, se correlacionan directamente con sus obligaciones y, entre ellas, el respeto humano y jurídico que signifiquen lograr la verdad real e histórica sin lesionar la dignidad de la víctima. Voto del Dr. Aguirre-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

#### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA-ART. 227 BIS DEL C.P.P.-PRINCIPIO DE INMEDIATEZ: IMPROCEDENCIA**

En los **fundamentos de la sanción de la ley 25.852**, que incorporó el art. 250 bis al código adjetivo nacional se consignó que “...El interrogatorio a niños víctimas de delitos sexuales y maltrato psíquico y físico en el ámbito tradicional de intervención judicial resulta violatorio de la normativa contenida en el artículo 72 inc. 22 de la Constitución Nacional...” (el subrayado me pertenece), resaltándose que debía adecuarse nuestra normativa positiva a las convenciones internacionales suscriptas por nuestro país, que la finalidad de la normativa de mención es evitar la revictimización del menor damnificado, considerando que el niño abusado no estaba en condiciones de ser interrogado por un tribunal judicial ni por las partes, y que se propiciaba una protección y asistencia privilegiada a los niños víctimas de delitos sexuales o maltrato psíquico o físico, de manera similar a la establecida para aquellas personas enumeradas en el art. 250 del código adjetivo las que en razón de sus funciones ya recibían un tratamiento especial.

Ninguna duda me cabe entonces, que conforme a las directivas emanadas de la normativa internacional vigente sobre derechos humanos que recepta nuestra Carta Magna, resultaba imprescindible el dictado de la pertinente reglamentación legal -en el orden provincial: el art. 227 bis del código ritual-, dando satisfacción a las concretas exigencias del inc. 23 del mentado art. 75, que manda a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humano, en particular **respecto de los niños...**”.

No obsta a lo expuesto, la circunstancia de que en el caso de estudio la instrumentación práctica no haya sido la ideal, en razón de la carencia de una infraestructura edilicia y de los elementos previstos en la norma cuestionada, porque dichas falencias, en el sub-examine fueron superadas por los magistrados echando mano al *interés superior del niño*, al brindarle a la menor la contención que representó el trato directo con la psicóloga en el interrogatorio y al contar la defensa con la posibilidad de repreguntar a dicha profesional

en los términos del art. 356 del ritual, derecho que llamativamente no fue utilizado por la impugnante.

En lo que atañe a la afectación del “principio de inmediatez”, y pese a que la norma procesal ut-supra analizada prohíbe que los niños sean interrogados por jueces, fiscales y partes, entiendo que todos los sujetos procesales se encuentran autorizados a requerir las precisiones que necesiten respecto de los hechos objeto del proceso y conforme a las precisiones del código ritual en la materia.

En tales condiciones, y no resultando afectadas las garantías constitucionales invocadas, propicio que se rechacen los agravios contestados ut-supra y la pretendida inconstitucionalidad del art. 227 bis del CPP. Voto del Dr. Aguirre-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

#### **DECLARACIÓN TESTIMONIAL-PROHIBICIÓN DE DECLARAR-HERMANAS DE LA VÍCTIMA-ART. 219 DEL C.P.P. : IMPROCEDENCIA**

Se pone también en crisis el decisorio de la Cámara por haber valorado como pruebas cargosas los testimonios de las hermanas de la víctima, considerando la recurrente que se hallaban inhabilitadas, de conformidad a lo establecido en el art. 219 del C.P.P. En este punto, debe tenerse presente que el objetivo protegido por el dispositivo de mención es la “cohesión familiar”, y es con ese enfoque que deben resolverse los posibles conflictos interpretativos que puedan plantearse en la aplicación de la norma y en la fijación de sus límites. Entonces, si resultó verificada la violación de los lazos de unión familiar -con lo cual ya no hay valor o bien que proteger- y ante el particular enfrentamiento de intereses (de la víctima e imputado) constitucionalmente protegidos en casos como el aquí analizado, debe prevalecer el mandato constitucional de afianzar la justicia, superior en rango (concordantemente: Navarro-Daray en “Código Procesal Penal de la Nación”, T. I, pág. 646). Voto del Dr. Aguirre-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

#### **RECURSO DE CASACIÓN-ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL-RESISTENCIA DE LA VÍCTIMA-EMPLEO DE FUERZA FÍSICA-AMENAZAS-VALORACIÓN : ALCANCES**

Dado que el tribunal de casación debe examinar la validez de la sentencia, y que el control de corrección del fallo tiene como finalidad remediar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas que determinan la parte resolutive de la sentencia, entiendo oportuno señalar que el planteo defensivo atinente a la errónea aplicación de la ley sustantiva, por no colegirse de los hechos fijados en el pronunciamiento la existencia de otros elementos integrantes del tipo objetivo del delito

enrostrado, como la resistencia, es infundado, por cuanto Carrara ya señalaba hace 150 años con relación a la resistencia de la víctima la necesidad de apreciar con suma prudencia y mesura las circunstancias de cada caso en particular, y en el caso no quedan dudas que la víctima se resistió, ya que debe tenerse en cuenta que sin dudas la víctima menor de edad cedió por impotencia real ante la fuerza del agresor y por la intimidación, ya que los conocimientos victimológicos y especialmente psicológicos demostraron que una víctima suele “dejar hacer” al victimario, sobre todo en aquellos casos en que teme por su integridad física y ante la violencia emocional ejercida sobre ella.

Además no se requiere solamente el empleo de fuerza física para que medie resistencia de la víctima, ya que se ha considerado que las amenazas de sufrir un mal grave, inminente, futuro y posible sobre la persona o derechos del sujeto pasivo pueden funcionar o producir el efecto amedrentante para vencer su voluntad, por lo que a causa de esas amenazas la víctima puede sentir miedo y por efecto de ese miedo consentir el acto carnal. Jurisprudencialmente se ha resuelto, en cuanto al aspecto objetivo de la acción punible, que no es necesario que la resistencia de la víctima sea heroica o desesperada, ni mucho menos se requiere que sufra daño alguno, dado que es perfectamente lógico que con el fin de conservar su integridad física decline su libertad sexual y admita que un hombre la penetre de hecho. También se dijo que la ausencia de vestigios de violencia física es irrelevante, ya que la violación se configura también por violencia moral, vale decir, con el grado de intimidación suficiente, y en este sentido en materia de violación, la cuestión relativa a la fuerza y a la resistencia de la víctima es puramente circunstancial y de hecho, vale decir, depende de la valoración del juez a la luz de las circunstancias de la causa, pudiendo presentarse la amenaza mediante palabras, señales o actos verbales o por mímica (conf. Fallos citados por Horacio J. Romero Villanueva, “Código Penal de la Nación Anotado”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 463). Por ende la conducta atribuida al imputado no resulta atípica, ni mucho menos procede la aplicación del beneficio de la duda a su favor, en virtud de que las pruebas han sido correctamente valoradas y son suficientes para demostrar la comisión del delito atribuido. Voto de la Dra. Bentancur-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

### **ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-ART. 72 DEL C.P.- AGENTE FISCAL-RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE VÍCTIMA Y VICTIMARIO : ALCANCES**

Es correcta la puesta en funcionamiento del andamiaje judicial, ya que el hecho de que el imputado sea el padre de la víctima, y atento a la edad de la misma y al clima familiar que se vivía, permitía obviar el acto de instancia. Se puede actuar de oficio, según la ley (art. 72 del C. Penal) cuando el Fiscal entienda que existen intereses gravemente contrapuestos entre el menor y sus padres, tutor, guardador (de hecho o de derecho, transitorio o permanente), u otros representantes legales y dicha actividad oficiosa resultare más conveniente para el interés superior del menor. Con mayor razón cuando el texto expreso

de la ley, como en este caso, lo impone por el parentesco entre víctima y victimario. Voto de la Dra. Bentancur-subrogante legal-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

**DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA-ART. 227 BIS DEL C.P.P.-  
RECEPCIÓN DE LA DECLARACIÓN POR UN PSICÓLOGO : PROCEDENCIA;  
VALIDEZ**

Tampoco encuentro objeciones a la forma en que se recibió la declaración de la menor víctima, ya que puede entenderse que el imputado tenga sus derechos, pero no debe olvidarse que debe evitarse a toda costa que la menor víctima de abuso sexual sea nuevamente víctima de abuso emocional, por lo que es adecuado que se la haya interrogado a través de una psicóloga. El interrogatorio directo a la menor por parte del órgano judicial o las partes que propone la defensa es a todas luces atentatorio contra la revictimización institucional que produce el proceso, la que debe tratar de disminuirse a toda costa, por lo que es de fundamental importancia la recepción de las declaraciones de las víctimas en un lugar adecuado, con una escucha adecuada, con contención, evitando la reiteración innecesaria de relatos que deben realizarse en un marco de respeto y trato digno, lo que no implica que sea el tribunal el que finalmente valore la credibilidad del relato. Sentado ello, en el sub-lite no advierto, de la lectura del Acta de debate que se hayan conculcado derechos del imputado, ya que consta que la psicóloga que recibió el relato de la menor contestó preguntas formuladas por el tribunal y las partes. Voto de la Dra. Bentancur-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraud-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

**DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA-ART. 227 BIS DEL C.P.P.-  
RECEPCIÓN DE LA DECLARACIÓN POR UN PSICÓLOGO-DERECHO  
PROCESAL PENAL-DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO : ALCANCES**

La intermediación, así como la oralidad y la publicidad son principios del sistema procesal vigente que no son absolutos, pues admiten excepciones. Sabido es también que los principios constitucionales no deben llevarse a interpretaciones extremas a favor de una u otra parte, pues justamente se desnaturalizaría la finalidad misma de aquellos, que no es otra que resguardar el justo equilibrio de los intereses jurídicos en conflicto. De considerarse que no hay excepciones a la recepción de los testimonios con presencia del declarante, tampoco podrían cumplirse otros medios de prueba que no necesariamente se desarrollan en presencia directa del tribunal y las partes como pueden ser los exámenes periciales, las testimoniales por oficio, las traducciones de documentos, la intervención de intérpretes, las pruebas cumplidas por exhortos, etc. cuya característica de intermediación en

el debate se traduce por la lectura de las piezas documentadas. Lo fundamental en todos los casos es la posibilidad de contralor que tengan las partes. Bien lo aclaró la Corte Suprema al tratar la constitucionalidad de la introducción de los testimonios por lectura al debate en el caso “Benítez, Aníbal Leonel” al citar fundamentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado*”(caso Unterpentinger vs. Austria). Voto del Dr. Castillo Giraudo-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraudo-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

### **ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-DECLARACIÓN DE LOS PARIENTES-ART. 219 DEL C.P.P.-ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES**

Que los parientes incluidos en la enumeración del art. 219 del rito tengan la prohibición de declarar en contra del imputado, solamente excepcionada cuando el testigo o un pariente suyo de grado igual o mas próximo ha sido afectado, tiene el sentido de preservar la familia por sobre el interés estatal en la persecución penal, o sea que defiende la familia del imputado como bien jurídico prioritario, pero ello no puede invertirse afectando tal bien bajo un supuesto de protección de garantía individual de quien atentó contra aquella protección. En el caso juzgado invocarse que por proteger la familia, debe resultar beneficiado quien resultó imputado de haber abusado sexualmente de su mujer y de dos de sus hijas e intentado hacerlo con otra es un contrasentido absurdo a la pretensión normativa protectora del núcleo familiar. Pero lo fundamental es interpretar que las declaraciones de C. R. y B. C. se refieren a sucesos referidos a ellas mismas atribuyendo a su padre el haber intentado abusar de una de ellas y logrado acceder carnalmente a la otra, por lo que formalmente no están prohibidas por el art. 219 del C.P.P. como también sucede con los dichos de M. C. R. madre de la víctima y víctima a su vez, supuestos ambos no alcanzados por la prohibición normativa. Todos han sido meritados por el tribunal de sentencia como indicios de veracidad de los dichos de S. C. respecto de la grave afectación familiar. Pero en lo atinente a tal víctima en particular se contó además con prueba material, que al no obtenerse en referencia a los hechos referidos por aquellas hermanas y su madre, el imputado fue absuelto. Voto del Dr. Castillo Giraudo-subrogante-.

Causa: “Galeano, Tomás Dionisio s/promoción a la corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en concurso ideal” -Fallo Nº 3069/08- de fecha 28/07/08; voto de los Dres. Claudio Ramón Aguirre-subrogante-, Telma Carlota Bentancur-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Rubén Castillo Giraudo-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-.

### **COIMPUTADO-DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES**

Si bien le asiste razón en cuanto a que Jauchen sostiene que existe una incompatibilidad del coimputado para declarar sobre el hecho de su consorte de causa (Eduardo M. Jauchen,

“Tratado de la Prueba en Materia Penal”, pág. 316, ed. 2.006), no menos cierto es que el mismo jurista reconoce en los párrafos subsiguientes que tal conclusión a la que arriba se debe al interés mismo del propio imputado en favorecer su propia situación dentro del proceso aún a costa de recurrir a la falsedad, ya sea para excluir su responsabilidad, disminuirla o compartirla, conclusión que, entre otras más que menciona, sostiene que surge de la psicología y la experiencia, pero que de ningún modo pueden ser aplicadas con un criterio matemático sino que deben ser revisadas en función de las particularidades propias de las que dependen, con lo cual la mentada incompatibilidad carece de valor sentencial absoluto. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Perez, Victor César; Frias, Darío Luis s/tentativa de robo con arma de fuego; Biosoll, Diego Claudio; Osorio, Isaac Ramón; Enciso, Pedro Ramón s/partícipe secundario de tentativa de robo c/arma de fuego” -Fallo N° 3070/08- de fecha 30/07/08; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

### **EXPRESIÓN DE AGRAVIOS-ART. 263 DEL C.P.C.C. : REQUISITOS; RÉGIMEN JURÍDICO**

La expresión de agravios en el recurrente es el acto mediante el cual funda sus argumentos con los cuales refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a hechos, prueba o aplicación de normas jurídicas, debiendo el escrito contener conforme al art. 263 del C.P.C.C. la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas (Derecho Procesal Civil de Lino Enrique Palacio, Tomo V, fs. 266/267).

En ese orden, tenemos que exceden a la expresión de agravios las meras afirmaciones genéricas, trayendo cuestiones que dan por sabidas pero que no acreditan y que de ser realmente ciertas, tampoco tienen que ver con el objeto concreto del recurso lo cual a lo sumo consistiría en tratar de mejorar su situación en torno al fondo de la cuestión en la causa principal pero que resulta a toda vista ajena al presente recurso.

Causa: “Nicora Buryaile, María de los Angeles s/querellas p/calumnias e injurias c/Velazquez Ibarra, Pedro Atilio” -Fallo N° 3096/08- de fecha 26/08/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba, Rubén Castillo Giraud.

### **DEBERES Y FACULTADES DE LOS JUECES-POTESTAD DISCIPLINARIA : ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO**

El poder disciplinario de los magistrados que deriva del art. 35 del C.P.C.C., es una facultad exclusiva y excluyente del juzgador. Aquí no se trata de sancionar la conducta procesal del recurrente por temeridad, malicia o dolo, sino de ejercer la potestad del inciso 1° de mandar testar frases que expresan injurias, ofensas o utilicen términos indecorosos.

“La apreciación de la falta debe ser hecha dentro de un marco interpretativo adecuado, pues el juez en la valoración de las conductas debe ser cuidadoso de no lesionar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Es importante no perder de vista que muchas veces las pasiones y conflictos humanos que se debaten, crean un clima que impregna al litigio y a las partes” (Elena I. Highton y Beatriz A. Areán en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo Primero, pág. 553).

Las expresiones vertidas, en el recurso que se solicitan sean testadas, si bien resultan una demasía de expresiones innecesarias a la pretensión ya que nada aclaran ni aportan, sino que solamente tienen la evidente intención de molestar, no constituyen la tipificación normada en el inciso 1º del art. 35, porque no constituyen términos indecorosos u ofensivos en los alcances que exige la descripción de esa falta, razón por la cual corresponde desestimar, independientemente de recomendar al profesional que dedique sus esfuerzos en los temas verdaderamente relevantes.

Causa: “Nicora Buryaile, María de los Angeles s/querellas p/calumnias e injurias c/Velazquez Ibarra, Pedro Atilio” -Fallo Nº 3096/08- de fecha 26/08/08; voto de los Dres. Héctor Tieves, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba, Rubén Castillo Giraud.

### **RECUSACIÓN-EXCUSACIÓN-JUEZ NATURAL-DEBIDO PROCESO- DERECHO DE DEFENSA : ALCANCES**

Esta situación de excusaciones y recusaciones de todos los jueces en la Primer Instancia, además de las excusaciones en cantidad de siete realizadas en sede de este Superior Tribunal de Justicia necesita de una urgente decisión e impulso a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de las partes.

El respeto al tiempo en el proceso es una previsión específica de carácter constitucional, que hace a la razonabilidad y coherencia del sistema penal y si bien el motivo de las dilaciones se encuentran procesalmente normadas y fundadas, ocurre que en función de un excesivo rigorismo formal nos encontramos en la necesidad urgente de garantizar el derecho constitucional al plazo razonable del proceso penal revirtiendo la anomalía jurídica que implica la actual situación.

Que la proliferación de recusaciones o inhibiciones pasando a otro magistrado la responsabilidad de decidir termina por asimilarse al “non liket”, al vacío jurisdiccional, vacío expresamente vedado por la ley conforme a los arts. 15 y 16 del C.C..

“Que el principio del Juez natural indica que éste no sólo debe estar sustentado en la Constitución y en la ley de una manera puramente formal, sino que debe ser en lo posible el juez que la Ley ha designado específicamente para el caso, en especial cuando las competencias originarias, de fuero o de apelación, exigen una particular interpretación restrictiva de las causales de excusación y recusación de los Magistrados que originariamente deben decidir, puesto que sustituirlos es precisamente restringir o limitar el principio indicado del Juez Natural” (Fallo Nº 1055/99 del Superior Tribunal de Justicia de Fsa.).

“Que el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales, ya que está vedada la actuación mecánica de los principios jurídicos, que conducen a la frustración ritual de la aplicación del derecho... Que el ejercicio del derecho de defensa debe armonizarse con la práctica de los derechos de los demás intervinientes en el proceso y, primordialmente, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (CSJN 1973 19-575). Que es aquí entonces, donde el Superior Tribunal como intérprete final de la ley, como órgano cabeza de Poder debe encausar las pretensiones y determinar el adecuado ejercicio de los derechos tendientes a arribar al fin último del proceso” (Fallo Nº 4485/98 del Superior Tribunal de Justicia de Formosa).



Que el marco constitucional que sustenta la competencia del Tribunal Superior para establecer o reglamentar la sustitución de Magistrados, es en primer término, el interés prevalente en la protección de los derechos fundamentales, tal como ser juzgado en un plazo razonable y en segundo término, la atribución de superintendencia que ejerce el Tribunal Superior por expresa manda constitucional, todo lo cual implica un margen amplio de potestades con el fin de asegurar la normal y regular administración de justicia (Boletín Judicial de la Provincia de Córdoba, Tomo IV de Octubre/Diciembre de 1999, pág. 1349).

Como conclusión del análisis realizado y la necesidad de poner una bisagra procesal, que permita establecer de una vez el juez competente para entender en el proceso sin mayores dilaciones.

Causa: “Nicora Buryaile, María de los Angeles s/querellas p/calumnias e injurias c/Velazquez Ibarra, Pedro Atilio” -Fallo N° 3096/08- de fecha 26/08/08; voto de los Dres. Héctor Tievás, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba, Rubén Castillo Giraudó.

### **RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD-LEY 22.278-CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-IMPOSICIÓN DE LA PENA : RÉGIMEN JURÍDICO**

Si no se discute la constitucionalidad del art. 4° de la Ley 22.278, se está admitiendo que el dispositivo es plenamente compatible con la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994. Y en verdad, el art. 4° de la Ley 22.278, asigna *opciones* a los Jueces cuando deciden aplicar una sanción al menor que ha cometido un delito, de aquellos que menciona el primer párrafo del art. 2° de la misma Ley. Precisamente es este artículo 2° el que indica que los Jueces tienen luego las **“facultades conferidas por el art. 4°”** norma ésta que autoriza **“la imposición de pena”** supeditada a los requisitos que el mismo artículo establece y que el recurrente, en ningún momento señala que no fueron cumplidos. Acreditados los extremos que la norma señala, **“si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el Juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá...”**, agregando luego la norma, **“pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa”**. Es suficientemente claro el precepto cuando remite a la opción de reducirla “en la forma prevista para la tentativa”, lo cual implica afirmar que si de acuerdo a aquellas mismas pautas de valoración, considera necesario aplicarle una sanción, puede derechamente imponer la que corresponda con la escala penal del delito probado o reducirla en la forma prevista para la tentativa.

La cita que se hace del precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia, (sin perjuicio de que se cita mal el caso, al no indicarse número de fallo, porque en la Corte hay más de un caso “Maldonado – cf. por ejemplo Fallos 321:5210) tampoco es conducente a demostrar la hipótesis que plantea el recurrente, en tanto en el Fallo dictado por la Corte Federal en “Maldonado Daniel y otro” el 07 de diciembre de 2005, el Máximo Tribunal de la Nación se expidió sobre la improcedencia de agravar la pena ya aplicada por el Tribunal Oral que había condenado a catorce años de prisión, a quien a la fecha del hecho tenía 16 años, por el delito de Robo con Armas en concurso real con Homicidio *“criminis causa”*. La Corte revocó el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, que había elevado aquella sanción a Prisión Perpetua, con el argumento que el órgano de casación no

había explicado por qué la pena de 14 años ya aplicada, resultaba insuficiente. Adviértase entonces que el propio precedente que cita el recurrente no dice lo que él pretende hacerle decir. No sólo que la Corte avaló la pena de 14 años de prisión aplicada al menor, sino que el objeto de su pronunciamiento radicó en la falta de fundamentación de la Cámara Nacional de Casación Penal para elevar esa pena a la de Prisión Perpetua. El caso expuesto es notoriamente diferente al que nos ocupa. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Gonzalez, Julio César; Insfrán, Carlos Alberto; Meza, Cristian Javier s/homicidio simple; Gonzalez, Juan Adrián s/partícipe secundario en el delito de homicidio simple” -Fallo Nº 3104/08- de fecha 15/09/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang.

#### **PRUEBA PERICIAL-DICTAMEN PERICIAL-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES; EFECTOS**

La opinión del perito no vincula al juez, por lo tanto la fuerza probatoria del dictamen pericial debe estimarse en concordancia con las leyes de la sana crítica (art. 240 C.P.P.) y los restantes elementos que existan en la causa, salvo que esté eficientemente fundada y no puedan oponérsele razonamientos científicos que la desvirtúen, pero en el caso conforme a argumentos lógicos, de la experiencia y en argumentos de otros autores determinan la duda suficiente para no determinar la certeza de la autoría que se pretende endilgar al procesado, porque de aceptarse la vinculación obligatoria se puede caer en el peligro de que el perito se convierta en árbitro del proceso. Voto del Dr. Tievas

Causa: “Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado” -Fallo Nº 3107/08- de fecha 23/09/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

#### **QUERELLANTE-FACULTADES DEL QUERELLANTE : ALCANCES**

Si bien se acepta la legitimidad del querellante, también resulta un justiciable el procesado en igualdad de condiciones para ejercer su defensa, en donde el principio de “igualdad de armas”, resulta un corolario lógico del principio de contradicción, de lo que se desprende la imperiosa necesidad de que las partes, especialmente la acusación y la defensa, tengan iguales posibilidades de alegación, pruebas e impugnación, sin que sean admisibles limitaciones a tales principios fuera de las excepciones y facultades que puedan establecerse durante la fase sumarial o de investigación para que en definitiva redunde en favor del valor constitucional de la justicia (conf. Carlos N. Hall, en “La Prueba Penal”, pág. 83, llamada Nº 81).

Por ello, la presencia del querellante no puede convertir a la víctima en un descontrolado acusador y a la pena en una respuesta irracional. Su intervención esta sujeta a los lógicos controles para evitar que el proceso se convierta en una cacería judicial, o en una teatralización de una anunciada venganza no legal (conf. Castex, Francisco en “El derecho a la venganza (legal) y sus límites”, La Ley 2006-F, 644). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado” -Fallo Nº 3107/08- de fecha 23/09/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang

**NULIDAD DE ACTOS PROCESALES-PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN :  
ALCANCES**

Conforme al principio de conservación de los actos procesales importa tener a éstos como válidos si han sido efectuados de un modo apto para el logro de la finalidad a que estaban destinados, por lo tanto la nulidad es la excepción y sólo producirán efectos luego de la existencia de un expreso pronunciamiento judicial al respecto, lo que indudablemente debe ocurrir cuando el acto impugnado vulnera gravemente la sustanciación regular del proceso o carece de algún requisito esencial para su finalidad. Porque la prueba válida es la única que dá el estado de certeza acerca de lo que pretende demostrar. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado” -Fallo N° 3107/08- de fecha 23/09/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES-PRUEBA TESTIMONIAL-  
INCOMUNICACIÓN : EFECTOS**

Respecto de los testigos y su no incomunicación, no hay razón para desechar testimonios si ellos fueran necesarios. No hay nulidad, porque la incomunicación no está penada así cuando falta. Que pueda ser de disvalor en cuanto a credibilidad y exigir una valoración estricta, es posible, pero nada existe para que se anule el testimonio y los dichos no puedan ser utilizados por los jueces. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Torres, Manuel Martín s/abuso sexual s/acceso carnal agravado” -Fallo N° 3107/08- de fecha 23/09/08; voto de los dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**DEBERES Y FACULTADES DE LOS JUECES-FUNDAMENTACIÓN DE LA  
SENTENCIA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-CERTEZA : ALCANCES**

Tenemos que la decisión de los jueces debe basarse en la certeza, llegando a tal convencimiento aplicando las leyes del pensamiento fundándose en la coherencia, derivación, identidad, no contradicción, y razón suficiente.

“La certeza en una sentencia, no existe porque 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 permita llegar a la convicción que un determinado hecho ha ocurrido de determinada manera y no de otra” (Fallo 2733/07-voto del Dr. Coll).

Que el cuestionamiento del vocablo utilizado por el Magistrado no hace más que expresar literariamente y en forma reiterativa con mayor énfasis su estado de convencimiento y no indicar que la certeza tenga distintos grados, ya que la misma existe o no existe, es autor o no lo es, y en todo caso la situación intermedia de dudas razonables opera como bien lo afirma la defensa en beneficio del reo. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Patricio s/homicidio” -Fallo N° 3116/08- de fecha 07/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **PRUEBA-PRUEBA DE REFERENCIA-TESTIMONIO DE OÍDAS-VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

El testimonio de oídas o prueba de referencia, ha sido aceptado por este tribunal incluso recientemente, pero condicionado a su verosimilitud que surge de elementos que corroboren esos dichos, pruebas que solamente resultan admisibles en supuestos de verdaderas y comprobadas situaciones de no poder comparecer el real testigo presencial a cuyos dichos le atribuyen.

“El testimonio indirecto puede ser fundamento para una condena penal porque constituye uno de los actos de prueba que los órganos judiciales pueden tomar en consideración como base de la sentencia. Sin embargo, la eficacia de la prueba testifical indirecta o de referencia tiene carácter excepcional porque sólo es admisible en los casos en que la misma sea a la vez necesaria e inevitable. No puede sin más erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia” (Carlos N. Hall, obra citada, pág. 381). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Patricio s/homicidio” -Fallo Nº 3116/08- de fecha 07/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **PRUEBA-INDICIOS-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES**

Para tener a los indicios como prueba, éstos deben ser ciertos y claramente demostrados, y no constituir simples sospechas o conjeturas con distintas interpretaciones o posibilidades. Las numerosas contradicciones existentes y la imposibilidad de contar con pruebas periciales determinantes crean un estado de incertidumbre que no puede razonablemente aclararse. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Patricio s/homicidio” -Fallo Nº 3116/08- de fecha 07/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **PRINCIPIO DE INOCENCIA-IN DUBIO PRO REO: CONCEPTO; ALCANCES**

El “in dubio pro reo” es una garantía constitucional que ampara el principio de inocencia (art. 4º del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional), en donde se exige que los juzgadores alcancen la certeza sobre todos los extremos de la imputación criminal a los efectos de condenar al reo a una pena.

“...el principio de in dubio pro reo opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal Liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia... La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad” (Jorge E. Vázquez Rossi - Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 278). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Torres, Patricio s/homicidio” -Fallo Nº 3116/08- de fecha 07/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: CONCEPTO; ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO**

El principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido por las partes. Se dice que el principio de congruencia *exige que el fallo no se expida en más de lo requerido por las partes, que no contenga menos de lo pretendido y especialmente, que no otorgue o niegue algo distinto de lo reclamado. Al vulnerar las disposiciones procesales que regulan la estructura de las sentencias, se ubica a la causal dentro de la arbitrariedad normativa.* Y es que el art. 163 inciso 6° del C.P.C.C., exige “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el Juicio, calificadas según corresponda por Ley...”, norma aplicable por reenvío, del art. 89 del Código Procesal Laboral, en tanto viene a complementar la exigencia de exponer “la cuestión litigiosa en términos claros” como lo prescribe el art. 67 del mismo cuerpo legal. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Fleitas, Miguel Angel c/Editorial La Mañana S.A. y/o quien resulte responsable s/acción común” -Fallo N° 3120/08- de fecha 07/10/08; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez-por sus fundamentos-, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.

**ACTIO LIBERAE IN CAUSA-INIMPUTABILIDAD-ALCOHÓLICO CRÓNICO : IMPROCEDENCIA**

Con respecto a la causal alternativa de alcoholismo crónico invocada, con argumentos de condición de enfermo con una subjetiva interpretación de las pericias y dictámenes para llegar a una imputabilidad disminuida para responder solamente como Homicidio Culposo por aplicación de la doctrina “actio liberae in causa” por no haber tenido conciencia del hecho, al encontrarse bajo los efectos del alcohol situación en las que realiza actividades que luego no recuerda.

Conforme a dicha doctrina que traslada la investigación sobre la imputabilidad y culpabilidad al instante en que se bebe, permite materializar la conducta a una responsabilidad penal disminuida en grado de culpa según la totalidad de las circunstancias.

El alcohólico crónico se trata de una persona adicta a la ingesta de alcohol no sólo en forma habitual sino con permanentes intoxicaciones, pero ello de por sí no provoca la automática inimputabilidad o responsabilidad disminuida, para su acreditación es necesario conductas anteriores y posteriores concordantes a esa ebriedad.

Dicho estado debe ser corroborado de manera fehaciente; no alcanzan, al efecto las meras conjeturas o construcciones hipotéticas, quien alega la ebriedad como eximente de pena o como atenuante, debe probarla, porque de lo contrario con sólo simular la falta de recuerdos intenta no comprometer su situación (ref. Marcos Antonio Terragni, Responsabilidad penal del ebrio, Abeledo Perrot, 1976, pág. 90 y el Dial Al E48). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Fernandez, Brígido s/homicidio con alevosía” -Fallo N° 3130/08- de fecha 15/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **ACTIO LIBERAE IN CAUSA-INIMPUTABILIDAD-ALCOHOLISMO CRÓNICO: ALCANCES**

Este Tribunal, siguiendo la autorizada doctrina médico legal señalada en los Fallos 2806/07 y 2898/07 de este S.T.J., se señaló 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.

“...pero la cuestión de todos modos debe girarse a la actividad desplegada por el sujeto, método más 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...no es la medida del alcohol en sangre la que define el grado de ebriedad exculpante, sino los síntomas síquicos, como la incoordinación motora, pérdida de estabilidad y del ejercicio crítico (voto del Dr. Hang en el Fallo 2898/07 del S.T.J.). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Fernandez, Brígido s/homicidio con alevosía” -Fallo Nº 3130/08- de fecha 15/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **ACTIO LIBERAE IN CAUSA-ESTADO DE EBRIEDAD : ALCANCES**

En orden al pedido de la defensa para que se aplique en el caso la doctrina de la “*actio liberae in causa*”, que tal como ya lo expresara en el Fallo dictado en “Morelli, Diego Leonel”, quien consume bebidas alcohólicas, no lo hace previendo lo que puede llegar a suceder en caso de embriagarse completamente, menos aún a prever que puede llegar a cometer un Homicidio (excluyo los casos donde *se pruebe* que la acción de beber *fue para darse ánimo*), de manera que asumir los riesgos de la ingesta voluntaria de alcohol, es una ficción, y no se puede aplicar condenas en base a ficciones (Cf. Fallo 2962-Tomo 2007).

Señalé en el mismo pronunciamiento que una vez alcanzado el estado de ebriedad completa, si coincidimos, sea por diagnóstico clínico o diagnóstico biológico, que el sujeto pierde la capacidad de comprender sus actos y se encuentra en estado de inconciencia, ¿qué relación existe entre aquella previsión culposa, cuando comenzó a beber, con la posterior conducta desplegada en estado de inconciencia?, porque aún previendo y rechazando la posibilidad de cometer un delito, la etapa posterior de inconciencia, borra todo vestigio de aquella previsión. Ya Zaffaroni, había expuesto que “la teoría de la *actio liberae in causa* no sólo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad” (Tratado, Tomo III, p. 440). De no admitirse que la *actio liberae in causa* extiende la tipicidad a la conducta de embriagarse, la teoría queda sin base, porque no hay dolo sin tipicidad objetiva dentro del planteo finalista y no hay dolo sin tipicidad -así a secas- dentro del planteo causalista. La incoherencia básica de la teoría finca en que quiere reprochar un injusto típico con la culpabilidad de una conducta de colocarse en estado de inculpabilidad y atribuir dolo o culpa a lo que no es más que un elemento del ánimo del sujeto, violándose los principios de legalidad y culpabilidad (Zaffaroni, p. 441/444). Voto del Dr. Coll.

Causa: “Fernandez, Brígido s/homicidio con alevosía” -Fallo Nº 3130/08- de fecha 15/10/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

**FUERZAS DE SEGURIDAD-POLICÍA-USO DE LA FUERZA PÚBLICA-EXCESO**

Cuando la sociedad civil se organiza y asigna a una determinada fuerza de seguridad, a través de sus instituciones, el monopolio de la fuerza, lo hace con el exclusivo propósito de preservar la integridad del cuerpo social. La entrega de armas de fuego y uniforme a una persona, con la consiguiente autorización para utilizarlos en determinados casos que así lo justifiquen, implica la restricción que impone la idea de que una fuerza de seguridad no puede constituirse para el dominio de los ciudadanos que la sostienen con sus impuestos. En el ánimo de cualquier persona, subyace la convicción de que un policía tiene determinadas atribuciones -entre las que se encuentra el uso de la fuerza- al sólo efecto de preservar la seguridad de la población. Cuando, como en el caso de autos, la víctima es abordado por un policía, es reducido y esposado, con la consiguiente afectación emocional que ello implica, no tiene por qué esperar un aluvión de golpes en distintas partes del cuerpo, porque supone -o al menos debiera ser así- que si es acusado de un delito, tendrá la oportunidad de ejercer su defensa en los términos que la Constitución le garantiza. En el caso que nos ocupa, para el Oficial, la culpabilidad era la regla y la inocencia la excepción. Sólo así se puede explicar la conducta abusiva, desproporcionada y marcadamente ilegal que llevó a cabo, y que terminó en la muerte de la víctima, aún cuando no haya sido esa su intención primigenia. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Mendez, Rubén Alberto s/tortura y homicidio culposo en concurso ideal” -Fallo Nº 3137/08- de fecha 29/10/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang

**SISTEMA PROCESAL PENAL-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCES**

La valoración de la prueba es una actividad exclusiva del tribunal oral dentro de nuestro sistema procesal penal, siendo en el proceso de suma importancia la valoración probatoria, la que significa la percepción por parte de los jueces del tribunal de la prueba que se desarrolla directamente en su presencia, por ello es de suma importancia, que las partes y sobre todo la defensa durante su producción, tienen la oportunidad de actuar a los efectos de lograr el esclarecimiento de sus dudas o aclarar hipótesis.

El objeto de prueba son los hechos en su más amplio sentido consistente en todo lo que puede ser percibido con los sentidos y en consecuencia constituirse en prueba procesal.

“...podemos afirmar que la prueba no se encuentra aislada del elemento subjetivo, y que el juicio es inseparable de ella, pudiéndose afirmar que dicho juicio define de alguna manera los hechos humanos y la propia calificación que se le formule.

No es posible diferenciar los hechos de los juicios, puesto que en la apreciación, captación y formulación de aquéllos siempre encontramos el elemento subjetivo contenido en los juicios, ...ya que mantener separados ambos elementos es imposible sin atentar contra las leyes jurídicas, lógicas y psicológicas” (Carlos N. Hall – “La Prueba Penal”, págs. 42/43).

Que en cuanto al agravio de falta de fundamentos e ilogicidad, “la labor de la casación no es la revalorización de las pruebas sino el control de las reglas supremas y universales del pensamiento humano, vale decir, ver si la motivación en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional” (CSJ de Tucumán Fallo del 23-4-97 en autos G.H.O. s/Retención indebida, traído por Gladis E. de Midón en “La casación”, pág. 283). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Castillo, Ever Lucas s/abuso sexual c/acceso carnal calificado y abuso sexual sin acc. carnal calif. reiter. en conc. real” -Fallo Nº 3143/08- de fecha 03/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang.

### **MENORES DE EDAD-DERECHO A SER OÍDO: RÉGIMEN JURÍDICO; PROCEDENCIA**

Del análisis de los agravios sostenidos como fundamentos de la arbitrariedad e inconstitucionalidad invocados como violación del derecho constitucionalmente reconocido de las personas menores de edad de ser oídas en los procesos judiciales, tenemos que el marco regulatorio de tal derecho surge de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849, que forma parte de nuestro ordenamiento legal, con jerarquía constitucional tal como lo reconoce el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y las consecuencias e implicancias de esta norma supraconstitucional en el derecho de familia, surge del art. 12 que expresamente reconoce el derecho de los menores de edad a expresar su opinión en forma libre en todos los asuntos que lo afecten y a tal fin, se darán al niño la oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por un representante u órgano apropiado conforme al procedimiento de la ley local.

Los arts. 24 y 27 de la ley nacional Nº 26.061 receptan dichos derechos a opinar y ser oídos, siendo primordial tal como dice la norma, que el juez tenga contacto con el menor que se verá afectado con la decisión que en definitiva se tome.

“Es por ello que, dada la amplitud del art. 12 de la Convención y el espíritu de la misma, entiendo que corresponde oír al menor en cualquier etapa del procedimiento sea en primera instancia, alzada o instancias extraordinarias, sugiriendo que fuera desde el primer momento” (Derecho Constitucional del Menor a ser oído- María Victoria Pellegrini, L.L. 1998-B, pág. 1338).

“Escuchar a los menores no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolo a la comprensión de la decisión y sus motivos” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -del 20/09/06, Partes O, N.L.- Publicado en la LLBA, 1324-DJ-I, 43).

Causa: “Ojeda, Andrea Paola s/restitución hija menor... s/apelación” -Fallo Nº 3160/08- de fecha 14/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **MENORES DE EDAD-DERECHO A SER OÍDO-DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-MINISTERIO DE MENORES: ALCANCES**

No se advierte de qué forma se ha violentado el derecho constitucional invocado, cuando previo a resolverse en primera instancia, se han asegurado los derechos de la menor



escuchándose en forma reiterada siempre en presencia de la representante promiscua de los menores (art. 59 del C.C.).

“La doctrina está conteste en que no son las declaraciones del menor, medios de prueba que deban valorarse según las reglas de la sana crítica, ni tampoco constituyen la defensa de parte legítima. Por ello se consideran un elemento de juicio que debe coadyuvar en la búsqueda de una solución justa”.

No existe necesidad de escuchar al menor en cada instancia o en cada incidente, sus derechos fueron resguardados al respecto, en autos existió durante todas las etapas, incluida en esta sede, la opinión coherente y concordante en forma unánime del ministerio de menores en forma acorde a lo resuelto en ambas instancias. No existe motivación alguna para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad.

Causa: “Ojeda, Andrea Paola s/restitución hija menor... s/apelación” -Fallo N° 3160/08- de fecha 14/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **SISTEMA PROCESAL PENAL-TRIBUNAL ORAL-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA : ALCANCES**

La valoración de la prueba es una actividad exclusiva del tribunal oral dentro de nuestro sistema procesal penal, siendo en el proceso de suma importancia la valoración probatoria, puesto que significa la percepción por partes de los jueces del tribunal de la prueba que se desarrolla directamente en su presencia.

El objeto de prueba son los hechos en su más amplio sentido, consistente en todo lo que puede ser percibido con los sentidos y en consecuencia constituirse en prueba procesal, siendo el real momento valorativo el momento de la decisión en la causa, que es cuando los jueces expresan la calificación de los mismos. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Acosta, Javier Ovidio; Moreira Mario Andrés s/homicidio simple” -Fallo N° 3163/08- de fecha 18/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

### **BENEFICIO DE LA DUDA-IN DUBIO PRO REO-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-SANA CRÍTICA RACIONAL : ALCANCES**

Que para la aplicación del beneficio de la duda (art. 4° del C.P.P.) el estado de incertidumbre no puede reposar en la pura subjetividad sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, siendo que en el caso no existe falta de certeza ante el peso de las testimoniales que dan los datos fehacientes que identifican al reo en el lugar del evento, los informes médicos y el fundado argumento de los juzgadores, llevan a la convicción de cómo realmente sucedieron los hechos.

“La formación del juicio de certeza a través de la fijación y evaluación de los hechos, es tarea que compete en forma exclusiva al tribunal de mérito, en tanto y en cuanto el ejercicio de estas facultades no se aparte de la ley y de las reglas de la sana crítica racional” (Jorge R. González Novillo y Federico G. Figueroa, en el Recurso de Casación en el Proceso Penal, pág. 113). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Acosta, Javier Ovidio; Moreira Mario Andrés s/homicidio simple” -Fallo N° 3163/08- de fecha 18/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang.

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-SANA CRÍTICA RACIONAL-PRUEBA INDICIARIA : ALCANCES**

Creo oportuno destacar de manera general que en materia de eficacia probatoria en la investigación de delitos contra la integridad sexual, el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que si bien la prueba resulta de difícil recolección ello no significa que este tipo de hechos resulten de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba, quitándole sustento a la que en conjunto lo tiene, por el contrario deben valorarse las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes para arribar a un fallo definitivo que sea comprensible y abarcador de los elementos de juicio recolectados (conf. CS, 1997/07/15, La Ley, 1997-F, 26. La Ley, 1998-A, 312). Distintos tribunales han dicho que en este tipo de delitos es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo el magistrado reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigio o indicio, de lo contrario, la ausencia de testigos determinaría la impunidad del encausado. En estos casos, el magistrado debe realizar una visión de conjunto de la prueba obtenida, y no arribar a una absolución sobre la base de una consideración aislada y fragmentaria de la prueba, según la regla de la sana crítica que debe admitir alguna flexibilidad, ya que aún cuando no exista prueba directa, pero sí puede haber indicios que permitan elaborar una prueba indirecta compuesta (conf. fallos citados por Horacio J. Romero Villanueva en “Código Penal de la Nación Anotado”, Lexis Nexis, Segunda edición ampliada y actualizada, pág. 457). Voto de la Dra. Bentancur-subrogante-Causa: “Diaz, Pedro Daniel s/abuso sexual con acceso carnal” -Fallo Nº 3171/08- de fecha 24/11/08; voto de los Dres. Telma Carlota Bentancur-subrogante-, José Luis Pignocchi-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-, Ricardo Fabián Rojas-subrogante-.

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-ART. 72 DEL CÓDIGO PENAL-DENUNCIA-PERSONAS HABILITADAS-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: ALCANCES**

En relación al defecto en el ejercicio de la acción penal (que acusa la defensa) por cuanto la misma no fue promovida por las personas habilitadas en el art. 72 del C.P., corresponde destacar que el escrutinio de las actuaciones deja apreciar una clara situación donde emergen intereses gravemente contrapuestos entre la menor víctima y quien detentaba la facultad de denunciar el delito, para nuestro caso su progenitor. Es útil aclarar, en este sentido que los hechos constitutivos del abuso sexual en perjuicio de la niña, se desarrollaron durante un lapso considerable de tiempo y adquirieron diversos rasgos de consumación en varias ocasiones; razón por la cual en modo alguno puede privilegiarse el fundamento axiológico-sociológico del art. 72 del C.P. en cuanto se pretende evitar el “Estrepitus Fori”, por sobre el interés de la menor; el cual reconoce su apoyatura normativa en la Convención de los Derechos del Niño, incorporado a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22). Pretender una especie de “señorío absoluto” de los representantes legales de menores sobre la facultad de denunciar, en virtud de una también “absoluta discreción” de valoración sobre cuándo conviene evitar el estrépito del foro, puede hallar cierta lógica en situaciones que implican hechos aislados, pero en casos como el de marras, caracterizados

por la reiteración de eventos durante un considerable período de tiempo, llevaría al absurdo de obligar a un niño a soportar un verdadero estado de sometimiento sexual, que para nada se compadece con los más elementales principios de los Derechos Humanos y mucho menos consagra una racional operatividad del “interés superior del niño” que se proclama desde la convención antes mencionada. Consecuentemente, y con los fundamentos esgrimidos, adhiero al voto de la magistrada preopinante respecto del rechazo de este argumento casatorio. Voto del Dr. Sala-subrogante-.

Causa: “Diaz, Pedro Daniel s/abuso sexual con acceso carnal” -Fallo N° 3171/08- de fecha 24/11/08; voto de los Dres. Telma Carlota Bentancur-subrogante-, José Luis Pignocchi-subrogante-, Lucrecia Marta Canavesio de Villalba-subrogante-, Ramón Alberto Sala-subrogante-, Ricardo Fabián Rojas-subrogante-.

### **LEGÍTIMA DEFENSA-RACIONALIDAD DEL MEDIO EMPLEADO-GOLPE DE PUÑOS-ARMAS : ALCANCES**

Teniendo en cuenta que la legítima defensa propia o de un tercero se caracteriza como un estado de hecho de necesidad, no buscado por quien se defiende, constituye en realidad una reacción instintiva y justamente no muy elaborada de característica instantánea en el momento de peligro, que no resulta controlada por el raciocinio que es el elemento corriente en circunstancias menos apremiantes o en situaciones buscadas.

Para mensurar la proporcionalidad y racionalidad del medio empleado para repeler la agresión o ayudar al tercero se ha de fijar con un criterio subjetivo y no objetivo dado que no existen referencias normativas para poder determinarlo.

“La proporcionalidad del medio empleado no debe extraerse con criterio meramente objetivo ni por un proceso comparativo de los medios utilizados para el ataque y la defensa, sino de las particularidades especiales del caso concreto y de las condiciones personales de los protagonistas. Por eso se ha admitido que una agresión a golpes de puño puede ser, en ciertos casos, razonablemente repelida con armas vulnerantes, incluso de fuego” (C.C.C. 26-VIII-47, La Ley 48, págs. 839, 57, 502). Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Candia, Rafael Ignacio s/homicidio simple -Cáceres, Herminio Samuel s/lesiones leves” -Fallo N° 3172/08- de fecha 24/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang-por sus fundamentos-.

### **LEGÍTIMA DEFENSA-EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA: RÉGIMEN JURÍDICO**

El exceso es la intensificación innecesaria de una acción inicialmente justificada, configurándose cuando se rebasa el límite de la necesidad, que magnificando el peligro, repele o impide sobrepasando culposamente los límites impuestos por la necesidad.

Siendo en el razonamiento de los juzgadores las características del elemento utilizado lo que discierne en definitiva sus consideraciones de que su utilización constituye la tipificación del accionar del reo en el art. 35 y no en el inciso 7° del art. 34 del C.P. y dado que la causal invocada en el recurso es la invocación de falta de debida motivación en la aplicación de la ley sustantiva y en la individualización de la pena, resulta justamente necesario evaluar dicha circunstancia. Voto del Dr. Tievas.

Causa: “Candia, Rafael Ignacio s/homicidio simple -Cáceres, Herminio Samuel s/lesiones leves” -Fallo Nº 3172/08- de fecha 24/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang-por sus fundamentos-.

#### **LEGÍTIMA DEFENSA-EXCESO EN LA DEFENSA : ALCANCES**

A mi juicio el exceso se define no necesariamente por la intensificación de la repulsa, porque también puede ocurrir que desde el vamos la actividad es desproporcionada, que puede ser precisamente este caso. El autor tomó la madera (supuestamente de gran tamaño) y asestó el golpe mortal en una única acción que no se estructuraba en una ofensividad progresiva. Desde este punto de vista único el exceso habría de descartarse y debería condenarse por Homicidio. Como me he afiliado a la interpretación de que en este último caso también puede existir exceso; ya que exceso, en la segunda acepción del Diccionario de la lengua, significa lo que sale de los límites de lo lícito, me pareció necesario aclarar este punto. Como es necesario aclarar (esto lo señalaba Rivacoba y Rivacoba) que no es exceso en la legítima defensa, porque el exceso suprime la legitimidad; de ello resulta que se debe hablar de Exceso en la Defensa. Voto del Dr. Hang.

Causa: “Candia, Rafael Ignacio s/homicidio simple -Cáceres, Herminio Samuel s/lesiones leves” -Fallo Nº 3172/08- de fecha 24/11/08; voto de los Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Carlos Gerardo Gonzalez, Eduardo Manuel Hang-por sus fundamentos-.

#### **ACCIÓN DE AMPARO : RÉGIMEN JURÍDICO; REQUISITOS**

La Ley 749 –reguladora de la acción de amparo-, si bien, en su art. 4º expresamente dispone que será competente para conocer de la acción de amparo el Juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiera tener efecto, también dispone que, se deben observar las normas sobre competencia por razón de la materia. Ello significa que, si existen otras vías idóneas o cuando hay recursos o remedios sean judiciales o administrativos que protejan al derecho o garantía constitucional vulnerada, el amparo no procede. Que la cuestión de fondo puesta a resolución de la justicia, si bien presupone una situación extrema y para lo cual se planteó temporáneamente una medida cautelar, no justifica la vía excepcional y especialísima del amparo; mas aún cuando del propio análisis que efectúa la Juez de Grado concluye que la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate o de prueba, circunstancia que tornaría inadmisibles el amparo (art. 2 inc. d- Ley 749).

Que las circunstancias antes dichas deben ser tenidas siempre en cuenta *prima facie* por los jueces a quienes se plantean la acción de amparo y que en el caso de autos el juez de primera instancia, parece así interpretarlo al exponer en sus considerandos que: “Y aún cuando en principio no es posible volver sobre los aspectos que hacen a la admisibilidad formal del amparo, resulta evidente en el caso, la necesidad de una mayor amplitud de debate y prueba para determinar la eventual invalidez del acto impugnado”.

Siendo ello así, se considera que la vía elegida -amparo- no se compadece con la naturaleza misma del conflicto planteado, ni con el objeto mismo que impone ésta, pues, la acción de amparo es un instituto excepcional, residual y como dice la Corte Suprema “para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la

salvaguardia de derechos fundamentales” (CSJN, Fallos 303:422; 306:1253); únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados para atender idóneamente el problema planteado. En otras palabras, el amparo presupone el desamparo. Voto del Dr. Coll.

Causa: “Comisión de Fomento de la Localidad de Tres Lagunas s/queja en autos: “Romero, Alicia Liz c/Comisión de Fomento de la Localidad de Tres Lagunas s/amparo” -Fallo N° 3176/08- de fecha 28/11/08; voto de los Dres. Ariel Gustavo Coll, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas, Eduardo Manuel Hang, Carlos Gerardo Gonzalez-en disidencia-.

#### **TRIBUNAL DE CASACIÓN : FUNCIÓN**

Cabe recordar que el Tribunal de Casación no tiene por función la de sustituir a jueces de sentencia, sino solamente la de controlar que la conclusión sentencial sea derivada de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional y encuentre apego al derecho sustantivo aplicable, extremos estos que no se advierten vulnerados, en tanto para ello no basta con que la Defensa valore de manera distinta las pruebas a como lo hizo el Tribunal de Sentencia, sino que exige que se acredite que dicha valoración se aparta de las reglas de la lógica, la razón y la experiencia, lo que el recurrente omite demostrar. Voto del Dr. Gonzalez.

Causa: “Cecotto, Rubén Ismael s/homicidio calificado por el vínculo en concurso real con homicidio simple en grado de tentativa” -Fallo N° 3181/08- de fecha 02/12/08; voto de los Dres. Carlos Gerardo Gonzalez, Ariel Gustavo Coll, Héctor Tievas, Arminda del Carmen Colman, Eduardo Manuel Hang.