



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

c. 59.481

RUD: 01-02-001292-12

En la ciudad de La Plata a los 15 días del mes de octubre de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en causa n° **59.481** en relación al imputado **H., E. V.**; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI – CELESIA.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal n° 2 del departamento judicial Azul, con fecha 21 de mayo de 2013, resolvió por unanimidad –entre otros- condenar a H. E. V., a la pena de cuatro (4) años de prisión, con las accesorias legales y costas procesales, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 42, 44 y 79 del CP), hecho ocurrido en O., el día 15 de abril de 2012, en el que resultara víctima D. E. B. (cfr. punto I de la sentencia obrante a fs. 22vta. y ss. del presente legajo).

Contra el fallo dictado, el señor Defensor oficial del nombrado, doctor Martín Alberto Marcelli, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 30/40vta. del legajo.

Que fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. El primer agravio que plantea el recurrente se titula: “*Violación y errónea aplicación de lo dispuesto en los artículos 89, 79 y 42 del C.P., absurdo en la apreciación de la prueba con relación a la materialidad del hecho*”; explicando que se agravia de la conclusión a la que arribara el *a quo* al sostener la existencia del delito de tentativa de homicidio.

Afirma que no es lógico ni razonable establecer que el ejercicio de una conducta agresiva con un arma blanca deba representar, necesariamente, un dolo dirigido a matar; muy por el contrario, aduce que únicamente se verificó una intención genérica de agredir o lesionar.

Sostiene que, del mismo modo, no puede más que caer en absurdo la interpretación de la existencia de dolo homicida sobre la arbitraria conclusión de que, quien clava un cuchillo en la zona toraco-abdominal, sólo puede tener la intención de matar y no de lesionar porque esa actividad sería más idónea para provocar la muerte que unas simples lesiones. Y agrega: “Si hiciésemos una especie de estadística imaginaria acerca de las muertes que provoca la agresión con un arma blanca, podríamos sostener, con mucha lógica, que la gran mayoría de las lesiones no provocan la muerte ni producen riesgo de vida”.

Luego, alega que es insostenible que el Tribunal desconozca la inexistencia de dolo homicida cuando el imputado podría haber concretado sus designios de haber tenido la finalidad de matar; añadiendo que “[e]n este punto, ha sido el propio tribunal quien ha reconocido que si el imputado hubiese querido continuar agrediendo con el arma [a] B. podría haberlo hecho, porque éste se encontraba a su merced en el momento de la agresión, evidenciando que de haber tenido una voluntad homicida podría



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

haberla consumado sin dificultad, lo que torna absurda la conclusión contraria del tribunal”. Cita jurisprudencia en donde –entre otras cosas- se hace referencia al dolo de ímpetu y que la tentativa de homicidio no acepta el dolo indirecto ni el eventual. En último sentido, alega que tampoco puede considerarse si existió dolo eventual pues éste no es admitido en caso de la tentativa de homicidio, la que por otra parte no fue propuesto por el tribunal.

Invoca el *in dubio pro reo*.

Dice que la finalidad de su asistido no era otra que simplemente lesionar o agredir, destacando el contexto en el cual se produjera y afirmando, por otro lado, que la frase “te voy a cagara a puntazos” no deja de enmarcarse dentro del contexto propuesto y enunciado.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia atacada por absurdo en la valoración de la prueba y se califique el hecho como constitutivo del delito de lesiones leves, reduciéndose la pena al mínimo de la escala y otorgándose la inmediata libertad del imputado.

El segundo agravio se titula: “*Variación indebida del objeto procesal*”. Así, alega que “...en la requisitoria fiscal se sostiene que la herida que recibió D. B. era neumotórax penetrante izquierdo, pero no decía en absoluto que ese neumotórax hubiese requerido avenamiento pleural (cuestión primera del veredicto), ni que la herida ‘...le interesó el pulmón, entidad suficiente como para poner en riesgo su vida...’ (cuestión segunda del veredicto), por lo que esa ampliación indebida del objeto procesal produce la nulidad parcial de la sentencia”.

Afirma que ello implica una modificación sustancial de los hechos materia de acusación, toda vez que no es lo mismo decir que la víctima tenía neumotórax penetrante que decir que tuvo avenamiento pleural o que corrió riesgo su vida; agregando que el objeto procesal fijado por la

requisitoria fiscal, no alertaba al imputado que debía defenderse de una lesión que puso en riesgo la vida del señor B. Alega violación al derecho de defensa y al debido proceso legal.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia modificándose la calificación a lesiones leves.

II. Que efectuadas las vistas correspondientes, tanto el Defensor adjunto como la Fiscal adjunta de este Tribunal, hicieron uso de la facultad reglada por el último párrafo del art. 458 del CPP, presentando los memoriales correspondientes (cfr. fs. 48/55vta. y 56/59, respectivamente).

El Defensor de esta Sede, mejoró los argumentos de su inferior introduciendo la noción de bien jurídico (cfr. fs. 48vta. y ss.) y, específicamente respecto del caso, ingresa -al análisis- la idea del desistimiento de la tentativa (cfr. fs. 49vta.) y critica la conclusión que sostiene la tentativa apoyándose en el razonamiento anterior (cfr. fs. 49vta. y ss.). Luego introduce otros motivos novedosos, los que agrupa bajo el acápite “Adecuación de la pena impuesta” (cfr. fs. 50vta. y ss.), donde plantea la tesis de los mínimos indicativos, la supuesta conculcación –en el caso- del principio de culpabilidad a tenor de la pena impuesta y la omisión de tratamiento de una atenuante oportunamente invocada por la defensa. Finalmente, plantea la inconstitucionalidad del art. 451 del CPP (cita los arts. 18, 28 y 31), en cuanto veda la posibilidad de invocar otros motivos distintos, luego de vencido el plazo de interposición del recurso (cfr. fs. 53vta. y ss., especialmente la foja 55).

La Fiscal adjunta, por su parte, propició el íntegro rechazo del recurso (cfr. punto VI de su dictamen).

III. Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida- efectuar el máximo esfuerzo por revisar todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cf. CSJN, C. 1757. XL, “RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-”, del 20/09/2005, especialmente considerandos 23º, 24º, 25º, 26º, 32º, 33º y 34º del voto de la mayoría).

Dicho ello, empecemos lógicamente por el principio.

a. El planteo preliminar: la variación del objeto procesal

Adelanto que este agravio no puede prosperar.

Al inicio del debate, el Ministerio Público Fiscal sintetizó los lineamientos de la acusación diciendo: “...que el aquí imputado H. E. V. resulta ser autor penalmente responsable del delito de [h]omicidio [s]imple en grado de tentativa, dos hechos en concurso real, por el hecho cometido el día 15 de abril de 2012, en el cual siendo aproximadamente las 05.45 hs, sobre la vereda del Club Fomento sito en [c]alle M. entre las arterias B. y S. M. de O., el aquí imputado, portando en su mano un cuchillo de cabo blanco y hoja terminada en punta, le propinó a una de sus víctimas D. D. B., diversas heridas de arma blanca –puntazos- a la altura de la región tronco-abdominal derecha, lesiones éstas de carácter grave, con la finalidad de provocar la muerte del mismo, y al ciudadano D. B., el mismo sujeto de sexo

masculino, le propinó múltiples puntazos con la misma arma blanca en el tórax, provocando una de ellas neumot[ó]rax penetrante izquierdo, lesiones éstas de carácter grave con la finalidad en esa acción de provocarle la muerte a la víctima” (acta de debate, fs. 1/vta.; el subrayado me pertenece). Luego, durante el alegato final, el acusador precisó: “...ha quedado demostrado la autoría penalmente responsable del aquí imputado H. E. V., en el hecho por el cual el día 15 de abril de 2012, en el cual siendo aproximadamente las 05.45 hs, sobre la vereda del C. F. sito en [c]alle M. entre las arterias B. y S. M. de O., el aquí imputado, portando en su mano un cuchillo de cabo blanco y hoja terminada en punta, le propinó a una de sus víctimas D. D. B., diversas heridas de arma blanca –puntazos- a la altura de la región tronco-abdominal derecha, lesiones éstas de carácter grave y sobre zonas vitales del organismo, con la finalidad de provocar la muerte del mismo, y al ciudadano D. B., el mismo sujeto de sexo masculino, le propinó múltiples puntazos con la misma arma blanca en el tórax, provocando una de ellas neumot[ó]rax penetrante izquierdo, lesiones éstas de carácter grave con la finalidad en esa acción de provocarle la muerte a la víctima por ser ellas provocadas en zonas vitales de su organismo, lo cual ha originado en ambas víctimas la imposibilidad de continuar cumpliendo el trabajo que realizaban” (acta de debate, fs. 6vta. y 7; el subrayado me pertenece).

Por su parte, el *a quo* tuvo por acreditado únicamente el siguiente hecho: “Que el día 15 de abril de 2012 siendo aproximadamente las 05.45 hs., sobre la vereda del C. F. sito en [c]alle M. entre las arterias B. y S. M. de O., un sujeto de sexo masculino, quien se encontraba acompañado de otros sujetos del mismo sexo, portando en una de sus manos un cuchillo de cabo blanco y hoja terminada en punta y con la finalidad de ocasionarle la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

muerte, le propinó a D. E. B. una herida a la altura de la región toraco-abdominal izquierda, que le produjo neumotórax penetrante, que requirió avenamiento pleural del mismo lado, lesiones éstas de carácter graves” (cuestión primera del veredicto, fs. 9/vta.).

En líneas generales, la doctrina es conteste en determinar que la indefectible correlación (fáctica) entre la acusación y el fallo no exige necesariamente una identidad absoluta, perfecta o matemática hasta el extremo de referirse a las menores modalidades de la conducta humana; por el contrario, atañe solamente a aquellos elementos relevantes que la defensa pudo no tener en cuenta porque no estaban comprendidos en la acusación (cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3ra. ed., 2da. reimpresión, actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, ps. 238/239; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I: Nociones Fundamentales, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 518/519). En definitiva, la base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, de manera que todo aquello que en la sentencia signifique una *sorpresa* para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre la cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, lesiona la regla otrora mencionada (cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I. Fundamentos, 2ª ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, Bs. As., 2004, p. 568).

Resumiendo: para configurarse la lesión debe existir, por un lado, un agregado o una modificación novedosa y, por el otro, que esa nueva circunstancia sea trascendente para la decisión contenida en el fallo; todo lo cual, produciría la *sorpresa* violatoria de la congruencia y de la defensa en juicio. Luego, la cuestión se decide en cada caso concreto (cfr. CLARIÁ

OLMEDO, ob. cit., p. 519; MAIER, íd.), siempre partiendo de la consideraciones indicadas y en la medida en que aquella unidad esencial de objeto entre la acusación y la sentencia no se exige por amor a la simetría sino para asegurar la defensa del imputado (cfr. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 236).

Ahora bien, más allá de lo anterior, la doctrina nacional y extranjera se esforzó seriamente en la búsqueda de una regla general que posibilite liberarse de la pura casuística; sin embargo, como es sabido, ninguno de los criterios formulados se pudo imponer. De todos modos, estos criterios pueden ayudarnos a esclarecer y resolver nuestra controversia. Así, en este sentido, se afirmó: "...parece que la regla debe encontrarse en aquellos elementos necesarios para poner en evidencia la culpabilidad (*lato sensu*) del imputado, con respecto a la posibilidad de su defensa. Podría formularse en estos términos: *La sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos eficientes para poner de manifiesto la culpabilidad del imputado*, es decir, los que pueden influir jurídicamente para determinar el grado de responsabilidad criminal del acusado; *pero es admisible la diversidad entrambos actos, siempre que ello no implique privar a aquél de su defensa*" (VÉLEZ MARICONDE, íd., p. 240, destacados en el original).

Desde la perspectiva indicada, podemos concluir que no ha existido una variación esencial del objeto procesal que haya comprometido garantías constitucionales. El agregado que hace el Tribunal en la descripción fáctica, en lo referente a que se requirió avenamiento pleural, no incide en la cuestión, dado que éste es un procedimiento médico consistente en la colocación del tubo de avenamiento pleural ante la presencia de aire (neumotórax espontáneo o traumático) y/o líquido (pus,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

sangre y derrame pleural) en la cavidad pleural; de modo que, la enunciación de una determinada técnica empleada no altera -en los términos del presente caso- la imputación realizada por el acusador público. Lo esencial de la descripción, en relación al resultado producido, es la mención de que la lesión proferida le produjo a la víctima neumotórax penetrante, circunstancia que fue mencionada por el Fiscal en su acusación (cfr. acta de debate, fs. 1vta. y 7). De todos modos, cabe tener presente que desde un inicio se imputó una tentativa de homicidio y no el delito de lesiones, de ahí que lo decisivo es el dolo del autor y no el resultado efectivamente producido; lo contrario implicaría rechazar toda posibilidad de aquel ilícito en tanto y en cuanto no se produzca resultado material alguno – p. ej., el caso en el cual un sujeto dispara desde una corta distancia contra otro con el propósito de matarlo aunque yerra y la bala siquiera impacta sobre su objetivo-, esto claramente no puede ni debe ser así. Entonces, es claro que no se configura la alegada variación pues lo que define el presente es –como dije- el dolo y ello ha sido materia de imputación (cfr. acta debate, íd.); ergo, el acusado y su representante técnico tuvieron la posibilidad real de interponer todas las defensas y excusas que estimaban pertinentes y necesarias.

Respecto de la segunda circunstancia que remarca el recurrente –me refiero a la enunciación hecha en la cuestión segunda del veredicto, en relación a que la herida le interesó el pulmón poniendo en riesgo su vida- es parte del razonamiento que realiza el Tribunal, sobre la base de las pruebas habidas en la causa, para afirmar el dolo imputado.

En síntesis, no se advierte violación al derecho de defensa ni al debido proceso (ni al principio de congruencia) a tenor de que la imputación consistía en una tentativa de homicidio y de eso era de lo que tenía que

defenderse el acusado mas no de la entidad del resultado objetivo producido, pues esto último constituyó simplemente un tramo del razonar del *a quo* para dar por satisfecho el dolo de homicidio imputado.

b. El fondo del asunto

El segundo tramo de la queja, en donde se cuestiona el dolo de matar, tampoco puede prosperar; dejo sentado que, en manera alguna, se advierte violación al *in dubio pro reo* ni a ninguna otra garantía de raigambre constitucional.

Con carácter preliminar, debo dejar bien en claro dos cosas. Por un lado, que el tipo penal del art. 79 (homicidio simple) es una figura dolosa que admite cualquier clase de dolo (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 4ª ed. actualizada y reestructurada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 50; CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimp., Astrea, Bs. As., 2010, § 17; D'ALESSIO, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, t. II: Parte Especial, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, La Ley, Bs. As., 2011, p. 8; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, AbeledoPerrot, Bs. As., 2008, p. 30; TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal*, t. II: Parte Especial I, 1ª ed., La Ley, Bs. As., 2013, p. 145; entre muchísimos otros); al igual que la tentativa, siempre que el tipo penal respectivo lo permita (cfr. la doctrina dominante, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed. alemana, 4ª ed. en español, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 282; MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, supervisada por Edgardo A.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Donna, Astrea, Bs. As., 1995, § 40, I, E, nm 70; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. renovada y ampliada, trad. por Miguel Olmedo Cadenete, Comares, Granada, 2002, § 49, III, 1; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada trad. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 1ª ed. en español, 1ª reimp., Hammurabi, Bs. As., 2008, § 11, nm 23; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, 1ª reimp., Hammurabi, Bs. As., 2007, § 98, nm 944; en nuestro país, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2ª reimp., Ediar, Bs. As., 2011, § 56, I, 2 y 3; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, t. VI: Tentativa – Omisión, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 77 y ss.) como sucede en nuestro caso. Por el otro, que corresponde descartar la noción de dolo de ímpetu, abandonada por la doctrina moderna desde hace ya varios años, en la medida en que no existe un justificativo racional para crear un nuevo tipo de dolo (cfr. la extensa explicación de DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit., ps. 389 y ss.); por mi parte, entiendo que es una rémora del superado naturalismo y que resulta inconciliable con una perspectiva normativista de la imputación, además -como dice Donna- el concepto no tiene ningún sentido (cfr., especialmente, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit., p. 391).

El *a quo* concluyó que la conducta de H. E. V. había sido con intención de matar; agregando: "...tengo en consideración la conducta del encartado consistente en extraer durante la reyerta un elemento con suficiente capacidad para matar (un arma blanca) y asestarle un puntazo a la víctima en una zona vital, afectando el pulmón, lo que permite afirmar que

la intención de su conducta estaba dirigida a cortar la vida de su ocasional oponente” (cuestión segunda del veredicto, fs. 18vta.). Se valió también de determinadas circunstancias tales como: a) el encausado llevó un arma blanca al lugar o, al menos, se procuró de una, previo a pelear con los hermanos B.; b) dentro del boliche bailable el encausado le anunció a D. B. “afuera te voy a cagar a puntazos”; c) estando acordada la pelea dentro del boliche, V. mantuvo el arma blanca en su poder; no habiéndola usado para disuadir previo a la pelea, el hecho de conservarla es indicativo de que la tenía para usarla contra los B.(contando con tiempo para planear cómo emplearla); d) aplicó la herida en una zona vital del cuerpo con la suficiente violencia como para la hoja del cuchillo ingresara 3 ó 4 centímetros, que el Dr. Briscioli estimó necesarios para ingresar en la cavidad toraco-abdominal y comprometer órganos vitales; e) utilizó el arma blanca a pesar de que ninguno de los B. ni sus amigos se encontraban armados de ninguna forma; f) aplicó la herida en un momento en que D. B. había sido atacado, por lo que V. no recibía más agresiones, no corría ningún peligro y B. estaba a su merced; g) no utilizó el arma blanca con el filo lateral a modo de corte, que previsiblemente sólo lesiona, sino que la usó en forma punzante que al ingresar al cuerpo y lesionar órganos previsiblemente produce la muerte (por todo, cfr. fs. 11).

A partir de todo este relato, en donde se extraen particularidades que rodearon a la situación fáctica, debo decir que la conducta del acusado fue dolosa aunque creo que técnicamente se configura un dolo eventual (recuérdese lo dicho *supra* acerca de que es perfectamente posible una tentativa de homicidio simple con dolo eventual debido a que dicho tipo admite todas las clases de dolo). Y ello es así porque el sujeto clavó un cuchillo en una zona vital del cuerpo de la víctima, con una profundidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

considerable, de allí que si sabía lo que hacía conocía el peligro de su acción y porque, por otra parte, el sujeto controlaba el curso causal, de modo que el sentido del comportamiento –partiendo de la base real acreditada y descripta anteriormente- se atribuye en términos normativos, esto es, al decir de Puppe: “El autor no es competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro, del que es consciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho” (PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, 1ª ed., Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 82, con destacado en el original). Entonces, la objeción del recurrente, en el sentido de que podría haberlo rematado y no lo hizo, carece de eficacia para conmovir lo decidido, dado que, a mi modo de ver, ello sirve para descartar la intención mas no el dolo en su forma eventual: “Puesto que el dolo no consiste en un deseo de que se produzca el resultado, sino en la creación voluntaria de un peligro propio de dolo, carece de importancia que el autor, después de haber creado tal peligro, abandone su acogido deseo del resultado, antes de que éste se produzca (PUPPE, ob. cit., ps. 134/135, con destacados en el original). Por lo demás, es claro que el resultado no se produjo por obra del azar que, en el caso, le jugó a favor a la víctima; luego, no hay desistimiento voluntario como pretende el defensor de esta sede.

No se plantea con esta decisión un problema de congruencia toda vez que, por un lado, la calificación que imputó el acusador (art. 42 y 79) ya contenía ínsita la noción de dolo eventual y, por el otro, porque una imputación subjetiva a título de dolo directo comprende al dolo eventual, en tanto que si se le *atribuye* al sujeto que buscaba lograr determinado resultado (en el caso, la muerte de otro) está –obviamente- abarcándose la idea de que a ese sujeto se le *atribuye* –también- haber aprobado –en

términos normativos- el peligro de su acción.

Finalmente debo aclarar que el *a quo* impuso el mínimo de la pena posible y, más allá de la opinión que se tenga respecto de la tesis utilizada en esta materia, lo cierto es que en el presente le fue favorable al acusado; ergo, no cabe siquiera ingresar al análisis de una de las cuestiones más problemáticas con las que se enfrenta la dogmática de la medición judicial de la pena, es decir, si el dolo directo conlleva necesariamente un reproche incrementado respecto del eventual.

c. En referencia a los nuevos motivos esgrimidos por el Defensor de esta sede, esta Sala desde sus inicios ha postulado su rechazo con base en lo dispuesto por el art. 451 del ritual y con apoyo de una inveterada jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de la provincia y de la Corte Federal.

En este sentido, cabe recordar que el Máximo Tribunal de esta provincia tiene dicho que “[e]l último párrafo del apartado cuarto del art. 451 del ritual marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término ‘el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos’. Las posteriores ocasiones procesales (...) están contempladas para que la parte complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad (...). En ese entendimiento, la queja deviene inaudible por extemporánea (doctr. art. 451, tercer párrafo, C.P.P.; conf. P. 78.901, sent. del 7XI2001; P. 75.534, sent. del 21XI2001; P. 77.329, sent. del 10IX2003; P. 81.725, sent. del 16IX2003; P. 83.841, sent. del 9X2003; P. 89.368, sent. del 22XII2004; e.o.)” (SCBA, P. 96.980, de fecha 07 de febrero de 2007).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Doctrina ésta que fuera reiterada posteriormente (cf. SCBA, P. 106.497 del 09/11/2011; P. 112.265 del 29/02/2012, véase especialmente esta última donde están las explicaciones del Máximo Tribunal provincial en torno al alcance de los precedentes de la CJSN in re “C.”, “M. A.” y “M. C. y su relación con el art. 451 del ritual bonaerense).

A su vez, me veo en la necesidad de decir que dicha hermenéutica es la propiciada por la Corte Federal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las garantías allí contenidas. Justamente, en un caso similar, en donde la defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal introdujo un nuevo agravio (la condena ultra petita), en la oportunidad prevista por los arts. 465 y 466 del C.P.P.N., el Procurador Fiscal, calificó su introducción como tardía y extemporánea, explicando que “Si bien el derecho de toda persona a obtener una revisión de su sentencia por un tribunal superior es innegable, el deber de la cámara de casación de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, queda enmarcado dentro de exigencias formales que resultan insoslayables y cuya omisión impide el tratamiento de determinadas cuestiones, como ocurre con la introducción tardía de nuevos agravios.

”No está previsto que la casación deba revisar en forma ilimitada todo fallo recurrido, sino el dar tratamiento a los agravios que le son traídos, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, pero presentados en tiempo, forma y modo.

”Así, V.E. ha sostenido, en oportunidad de expedirse sobre la procedencia del recurso extraordinario frente a la alegación de una nulidad que no fue tratada por la Cámara de Casación, que ‘...no podría decirse que se encuentra afectado el derecho de revisión, pues éste queda indefectiblemente circunscripto al cumplimiento de las formalidades básicas,

a los requisitos de oportunidad, modo y tiempo, fundamentales en todo proceso...' (causa B. 2592, L. XLI, caratulada 'B., H. E. y P., J. C. s/causa 5828', resuelta el 7 de agosto del año 2007).

"Y pienso que esto es así porque, de otra forma, la garantía de la doble instancia no estaría preservando la necesidad de un recurso amplio, sino de un sistema de consulta obligatoria, instituto no previsto en esta materia por la ley nacional o el orden positivo internacional".

Agregando, para despejar cualquier duda al respecto, que "...el Código Procesal Penal establece en su artículo 466 la posibilidad de ampliar o desarrollar los fundamentos expuestos en el recurso de casación durante el término de oficina, pero no habilita la introducción de nuevos motivos de agravios (cfr. Fernando De La Rúa; La Casación Penal; Depalma; Bs.As; 1994; p. 245 y Ricardo C. Núñez; Código Procesal Penal, provincia de Córdoba, Segunda Edición actualizada; Marcos Lerner; Córdoba; 1986; p. 482)" (por todo, dictamen de causa G. 1363. XLIII., a cuyos fundamentos remitió la mayoría de la Corte Suprema).

Postula el doctor Sureda la inconstitucionalidad del art. 451 del CPP.; como fundamento esgrime alega la violación de varias garantías constitucionales. La cuestión, a mi modo de ver, es sumamente sencilla. Paso a explicar.

En primer lugar, tanto la Suprema Corte de esta provincia, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya se expidieron en varias ocasiones acerca del alcance que tiene el memorial que el ordenamiento procesal permite presentar como complemento del recurso; valgan los precedentes *supra* citados como prueba de ello.

Mientras que el ordenamiento procesal posibilite al encausado interponer un recurso contra la sentencia adversa a sus intereses y el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Tribunal *ad quem* revise lo planteado con el mayor de los esfuerzos posibles de acuerdo a lo postulado por el precedente del Alto Tribunal Federal *in re* “Casal”, el debido proceso, la defensa en juicio, la doble instancia, el derecho al recurso, el derecho a ser oído y toda cuanta garantía se vincule al objeto del planteo se encuentran plenamente satisfechas.

El punto pasa porque se confunden las cosas y se olvida que el recurso de casación es, valga la redundancia, un recurso mas no una acción de consulta; entonces, como todo recurso, la jurisdicción del *ad quem* se abre, a tenor del efecto devolutivo, en la medida de los agravios (art. 434, CPP, con la salvedad del última parte; cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. V: La actividad procesal, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 487), con la excepción que contempla el art. 435, primer párrafo, del CPP y que esta Sala supo ya interpretar y dar cuenta de su alcance (cfr. *in re* “Rojas Machuca”, entre muchos otros). Es claro que el proceso empieza y en algún punto debe terminar y es claro también que, debido a ello, las garantías –como el derecho al recurso– están reglamentadas para, de algún modo, regular su orden. Así, por ejemplo, el código procesal reglamenta el derecho al recurso y determina que, contra las sentencias criminales, el acusado-agraviado puede interponer, en el plazo de veinte días, un recurso de casación y que por fuera de dicho plazo no pueden invocarse nuevos motivos de agravio (art. 451, CPP); esta reglamentación, propia de un derecho procesal, reconoce la garantía pero a la vez le impone un orden que no la altera, todo lo contrario, puesto que si no existiese ese límite el agraviado podría en cualquier momento introducir un argumento novedoso y, al fin de cuentas, la sentencia nunca quedaría firme y el proceso jamás culminaría, lo que, claramente, afectaría al mismo tiempo otra garantía, esto es, el plazo de

duración razonable de los procesos.

En suma, cuando se habla de revisión amplia se alude a una revisión intensiva, es decir, en la medida del agravio (interpuesto en la oportunidad debida), no así a una extensiva y por fuera de los agravios. Siempre que se respete esta condición, como esta Sala lo hace en cada caso, no existe lesión al debido proceso, al derecho de defensa, a la revisión, a la segunda instancia, ni a ninguna otra garantía de ese estilo. El Defensor debe recordar que él puede mejorar los argumentos de su inferior, agregando consideraciones teóricas o fácticas y específicas del caso, pero le está vedado -salvo que exista indefensión (que lejos está de configurarse en el presente) como expuso la SCBA- introducir nuevos motivos de agravio.

Rechácese, entonces, la colisión de normas invocada y declárense extemporáneas las quejas novedosas (art. 451, CPP).

Por otro lado, las cuestiones que se introducen en el memorial no revisten *strictu sensu* carácter federal en sí mismas, si se miran bien todos sus planteamientos tienen naturaleza común, sea sustancial o procesal. El tema es que con frecuencia se pretende introducir en el análisis una garantía que poco tiene que ver con el planteo y se lo hace con el objeto de sortear el escollo del art. 451 del ritual.

Igualmente, más allá de todo lo antedicho, quisiera aclarar dos cuestiones.

Sobre la tesis de los mínimos indicativos, esta Sala, en el precedente de c. 57.398 y su acumulada 57.400, tuvo oportunidad de afirmar que ella es una opinión que solamente sustentan Zaffaroni, Alagia y Slokar y que cabe apartarse de la misma "...en tanto que los marcos punitivos contienen la valoración abstracta de la materia de ilícito sentada por el legislador (cfr. MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

general, t. 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7ma. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Bs. As., 1995, § 62, nm. 17; análogamente, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 5ta. ed. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, § 82, p. 942; en nuestro país, D’ALESSIO, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, t. I: Parte General, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, La Ley, Bs. As., 2011, p. 66”); por lo demás, los argumentos que postula para demostrar que –en el caso- se violentó el principio de culpabilidad son palmariamente improcedentes, es más, si se analiza detenidamente se advierte que el Tribunal aplicó la tesis –que el propio Defensor rechaza (cfr. fs. 51)- que disminuye el mínimo de la escala de la tentativa a la mitad prevista por el tipo de la parte especial, lo que obviamente le posibilitó una pena menor.

Finalmente, la omisión que remarca en relación a la atenuante invocada oportunamente y no valorada por el Tribunal, a tenor de lo expuesto *supra*, no le acarrea perjuicio alguno y por ello lo alegado no constituye un verdadero agravio.

Así, a la primera cuestión planteada, voto por la **negativa**.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del Dr. Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, corresponde

rechazar –en todos sus términos–el recurso de casación obrante a fs. 30/40vta. de este legajo; sin costas en la instancia, en orden a lo dispuesto por el art. 531 del CPP.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E

I. Rechazar el recurso de casación obrante a fs. 30/40vta. de este legajo; **sin costas en la instancia**, en orden a lo dispuesto por el art. 531 del CPP.

II. Téngase presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 53vta. y ss. del legajo (art. 14, ley 48).

Arts. 8, n° 2, *h*, de la Convención americana sobre derechos humanos; 14, n° 5, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 42, 44, 45 y 79 del Código Penal; 209, 210, 373, 448, 451, 530, 531, citados y cc. del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y devuélvase para el cumplimiento de las eventuales notificaciones pendientes.

RFL

FDO.: MARTIN MANUEL ORDOQUI – JORGE HUGO CELESIA

Ante mí: Virginia Fontanarrosa