

JURISPRUDENCIA
EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE RECURSOS

SENTENCIA-EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN SEDE CIVIL-VIOLACIÓN DE SECRETOS-RESPONSABILIDAD DEL BANCO: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

El ámbito de aplicación del artículo 1.101 (del Código Civil) presupone la existencia de un hecho único que puede producir sentencias contradictorias entre el fuero civil y penal, en cuanto reconocen la existencia de una misma causa, es decir, que el mismo hecho que motiva la acusación penal sea el que origina la pretensión civil (Salas, Trigo Represas, López Mesa, Código Civil anotado, T. IV-A p. 539, Depalma 1998). La demandada, con sustento en el artículo 1.101 del Código Civil pretendía que, ante la existencia de una investigación preliminar en los términos del art. 393 del Código Procesal Penal, tendiente a individualizar al futuro querellado por el presunto delito reprimido por el art. 156 del Código Penal, el pronunciamiento civil debía haberse suspendido hasta la finalización del proceso penal.

Al respecto debe señalarse que, tal como lo sostiene la Cámara, una cosa es la responsabilidad penal del empleado infiel a los fines del art. 156 del Código Penal y otra muy distinta es la responsabilidad civil de la entidad demandada por el hecho de sus dependientes. Es que teniendo en cuenta los hechos dados por probados en la causa, la copia utilizada por el abogado fue extraída de la nota que se encontraba en poder del Banco y siendo así, la individualización del empleado o dependiente bancario que hizo entrega del documento al tercero infringiendo el artículo 156 del Código Penal, nada tiene que ver con la responsabilidad objetiva del Banco como garante de la confidencialidad de aquellos asuntos en los que entiende profesionalmente. Los únicos sujetos activos que contempla el art. 156 del Código Penal, son aquellos que por su estado, oficio, empleo, profesión o arte, estén en condiciones de divulgar un secreto causando perjuicios (Vázquez Iruzubieta-Castro, Código Penal Comentado, T. III, p. 158/159, Editorial Plus Ultra), norma de la cual se infiere que sólo comprende a personas físicas, perfectamente determinadas o determinables, como se pretendió precisamente con la investigación preliminar a la que se hizo referencia. Pero esa investigación penal que solo puede impulsarse por acción privada (art. 73 inc. 2º del C.P.) y tiene alcances limitados a la responsabilidad penal del sujeto imputado y eventualmente a medidas disciplinarias-administrativas por parte de su empleador, no obsta al pronunciamiento sobre la responsabilidad civil de la entidad demandada, cuando, como en el caso que nos ocupa, se concluye en que la documental que diera origen al reclamo se originó dentro de la esfera de la entidad bancaria, independientemente de quien haya sido el funcionario o empleado infiel.

(Causa: "Pressman, Ricardo David y otro c/Banco de Formosa S.A. s/Daños y perjuicios" -Sentencia N° 1690/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Coll, C. Gonzalez, A. Colman, H. Tievas, E. Hang)

VIOLACIÓN DE SECRETOS-EMPLEADO BANCARIO-RESPONSABILIDAD DEL BANCO: ALCANCES

Quien recurre a los servicios de una entidad bancaria, sea ésta pública, privada o mixta, lo hace con el convencimiento de que cualquiera fuere la naturaleza de sus requerimientos, éstos no van a trascender del acotado ámbito de la propia entidad bancaria. Esto no implica evitar la circulación interna de notas y/o documentaciones de usuarios del Banco, sean o no clientes de la entidad, pero presupone que el Banco adopte los recaudos mínimos para evitar que las mismas trasciendan de la entidad, salvo con el consentimiento del interesado, ni mucho menos se permita que alegremente llegue a manos de terceros que posteriormente utilizan esas documentales con fines ajenos a los que tuvo en mente el interesado cuando hizo entrega de las mismas al Banco. Justamente, “el ámbito de la autonomía individual tutelado por el derecho, está constituido por los sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, en suma, acciones, hechos y datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo, cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro potencial o real sobre su intimidad” (Salas, Trigo Represas, López Mesa, Código Civil anotado, T. IV, pág. 495) razonamiento que corresponde extender al agravio referido a la calificación que en función del art. 33 inc. 3° del Código de Comercio cuestiona el recurrente, en cuanto la naturaleza de las notas y/o documentos que los usuarios del servicio bancario entreguen al Banco en función de alguna relación comercial, pasada, presente o futura, no tiene relevancia cuando lo que está en discusión es la indebida difusión externa o entrega indebida a terceros que de esa documentación realiza el Banco violando el principio de buena fe.

(Causa: "Pressman, Ricardo David y otro c/Banco de Formosa S.A. s/Daños y perjuicios" -Sentencia N° 1690/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Coll, C. Gonzalez, A. Colman, H. Tievas, E. Hang)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL: ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO; PROCEDENCIA

El art. 2° de la ley 23.849, al hacer reserva de los incs. b, c, d y e del art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, expresamente dice que “...no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”.

Con respecto a la aludida reserva y su relación con el caso en estudio, cabe observar que el segundo párrafo del artículo 2° de la ley 23.849, constituye un texto normativo complejo, que contiene en su primera parte una norma prohibitiva al señalar los supuestos que no regirán en esta jurisdicción, develando seguidamente el propósito tuitivo que lleva a adoptar tal solución. Desde otra perspectiva, también se puede afirmar que el texto contiene una norma permisiva de carácter programático. Abordaré ambas situaciones.

El expreso propósito de la prohibición es evitar que se consume el tráfico y venta de niños a través del instituto de la adopción internacional. Ahora bien, ¿podemos afirmar que en este caso existe siquiera un potencial peligro de que ello suceda? La respuesta

negativa surge indudablemente. Resulta ostensible que ese potencial peligro se encuentra fuera de discusión. El matrimonio español ha dado suficientes garantías de su intención de ser “padres” de S.D. a fuerza de no reiterar lo ya expresado por la Jueza del Tribunal de Familia respecto al cuidado del niño por los pretensos adoptantes durante estos años, me interesa poner énfasis también en la circunstancia del matrimonio R.G.-M.G., de someterse desde hace más de seis años a la jurisdicción de nuestros tribunales, esperando y luchando por una resolución judicial favorable, lo que hace desaparecer cualquier duda en tal sentido; lo expresado me lleva a afirmar que en este caso, el objetivo de la reserva efectuada por nuestro país, no se encuentra en riesgo.

Ahora bien, el hecho antecedente que motiva la aplicación de la cláusula prohibitiva ha desaparecido, entra en juego la norma permisiva “programática” contenida en el mismo texto, por cuanto la prohibición no fue prevista para operar sine die, sino de manera transitoria hasta tanto se cuente con mecanismos normativos tendientes a evitar aquel flagelo.

El hecho que nuestro país no haya incorporado normas tendientes a tal fin, durante estos años (téngase en cuenta que la ley 23.849 fue publicada el 22 de Octubre de 1.990), no puede hacer de esta norma (prohibitiva) un obstáculo insalvable, en casos como el presente en que se cotizan o confrontan normas de igual rango constitucional, aunque con diferentes fundamentos tuitivos, una vez demostrada –como se dijo- la ausencia de transgresión a los principios por ella protegidos.

Recordemos también que a través del art. 4º de la Convención de los Derechos del Niño los Estados Partes se comprometieron a adoptar “...todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos...” en la Convención, por lo que la deuda legislativa del Estado, señalada en el párrafo anterior transgrede la propia Convención en su esencia, al no aportar mecanismos legales expresos para la solución de determinados conflictos, debiendo forzosamente recurrirse a la interpretación Constitucional. Voto de la Dra. Colman.

(Causa: “R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena” -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez -en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: ALCANCES

Sencilla y concretamente, la Convención de los Derechos del Niño, pende de esta “norma”. No es simplemente una pauta valorativa, o un “concepto” como parece entender el voto mayoritario del Tribunal de Familia. Es una norma, y forma parte del Orden Jurídico Positivo Constitucional vigente en nuestro país y categóricamente constituye la razón de ser de la Convención.

El interés superior del niño, como norma y estándar jurídico consagrado en la Convención, debe orientar toda interpretación de sus derechos, máxime que la situación se enmarca estrictamente en el plano de los “derechos humanos”. Entiendo que en todo análisis jurídico, no podemos dejar de hacer un enfoque trialista de los casos sometidos a nuestra decisión, toda vez que norma, realidad y valor forman parte de un todo inescindible cuando de examinar conductas humanas se trata. Voto de la Dra. Colman.

(Causa: “R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena” -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-TRÁFICO DE MENORES: ALCANCES

A mi entender se da una situación en la que confronta la regla legal específica con el principio. La tensión se produce entonces cuando se establece que el principio al ser interpretado de determinada manera se opone (o al menos dificulta) la aplicación de la regla específica. En este caso ..., el principio receptado legalmente a través de los convenios internacionales incorporados a la ley punitiva nacional. Se supone que este principio tiñe todo el derecho relativo al niño, si bien es cierto que la ambigüedad de su redacción (o su amplitud en tal caso) supone un arbitrio judicial (que no es arbitrariedad) de interpretación. Me parece entonces que lo que cabe considerar es, si enfrenta la regla, el caso concreto y el principio, la aplicación de la norma al caso individual tiene o recepta un criterio de racionalidad que justifique su aplicación precisamente en el interés superior del niño. El principio es un “Standard” que no establece un criterio específico como la norma (Duworkin), de allí el probable enfrentamiento o tensión entre ambos. Va de suyo que en estos casos lo más probable es que se enfrente el valor seguridad (al que responde la aplicación de la norma) con el valor equidad o justicia que puede resultar de aplicar el principio. La posibilidad en el caso concreto de aplicar el principio para soslayar la norma no aparece en principio descaminado, ya que la doctrina (Giraud Esquivó, Nicolás, “El sistema de nulidades en la adopción. Ineficiencia de la Adopción. Nulidad e interés superior del niño”, J.A. 2001-IV-871) señaló que el interés superior del niño valida la adopción, aún ante transgresiones a las reglas del Código Civil que establece al respecto nulidades absolutas y relativas. Hay que recordar la frase del Senador Menem durante la discusión de la ley, no se trata de conseguir un niño para una familia, sino por el contrario de una familia para un niño. Esta es la clave del argumento porque la regla de la residencia previa (art. 315), que en los hechos parece anular la adopción internacional, tiene por objeto evitar el llamado tráfico de menores (palabras del Diputado Cafiero en el Parlamento); pero la regla general, más allá de su buena intención, parece desnudar un argumento policíaco, como hay muchos accidentes automovilísticos lo mejor parece ser suprimir la circulación de automotores, de idéntica forma se cierran caminos de adopción por una regla genérica que evade los problemas particulares como solución. Este tipo de soluciones prohibitivas generales y absolutas puede llevar consecuentemente a soluciones no racionales en determinados casos puntuales. Ciertamente se supone que el legislador ha hecho una valoración de mérito y frente al problema de tráfico internacional ha encontrado tal solución como la más meritoria, sacrificando así algunas situaciones que podrían beneficiar realmente a algunos menores y su familia (adopciones internacionales no sustentadas en el tráfico de niños) en beneficio de impedir conductas tan delezneables y peligrosas como las que resultan del tráfico ilícito. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena" -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez -en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: PROCEDENCIA

No me cabe duda entonces que en el "sub-judice" cabe preferir el principio, porque es el que mejor contempla el interés superior del niño en el caso concreto. Dejar de lado la norma no implica por cierto violentar el valor seguridad, porque el fallo se reduce al caso particular y no abre, precedente mediante, una derogatoria virtual de la normativa. Cabe si esperar que la mayor intervención judicial y el mejor cuidado en ella, aventarán la posibilidad de que se llegue a situaciones como la que está en examen, donde una evidente negligencia de los estamentos judiciales ..., derivó en la situación conflictiva. Frente a esta defección de la praxis judicial se debe tratar de morigerar los efectos deletéreos que podría ocasionar en punto a la confianza del ciudadano en el Poder Judicial, y la mejor solución es no aplicar la norma que puede llevar a una situación de inequidad manifiesta, porque a esta altura de la situación la vuelta del menor no significaría otra cosa que la institucionalización del mismo, habida cuenta de la falta de interés de la progenitora y del probable tutor legítimo (abuelo); sería inútil entrar en la señalización del fracaso (y a veces del horror) de esa institucionalización del niño (suficiente testimonio ha dado la literatura y el cine nacional sobre el particular). Voto del Dr Hang.

(Causa: "R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena" -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez -en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: CONCEPTO; ALCANCES

Si bien esta magistratura no resulta insensible a la evidente situación afectiva que debe estar desarrollándose entre las partes, siendo que quienes quieren adoptar tienen al menor desde que contaba con pocos días de vida, también surge evidente un trámite anómalo desde su inicio, prorrogando una situación de hecho de residencia en el extranjero durante un largo tiempo sin resolverse la cuestión ni reintegrarse al niño, situación esta que debe incluso ser examinada bajo las normas de la adopción internacional y la Convención de los Derechos del Niño.

Respecto del órgano judicial, es resorte del Poder Público en orden a la interpretación y aplicación de la ley a casos concretos, por lo que es este aporte interpretativo y jurisdiccional el que debe ser considerado a los fines de analizar la recepción del concepto "interés superior del niño" en nuestro país. Conforme lo apunta Grossman (Grossman, Cecilia "Los derechos del niño en la Familia. Discurso y realidad". Universidad. 1.998), este concepto se encuadra dentro de las llamadas "definiciones marco" ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación, que necesariamente varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales (Convención sobre los Derechos del

Niño, Inés Weinberg, Directora, Rubinzal Culzoni, marzo 2002, pág. 101). Disidencia del Dr. Tievas.

(Causa: “R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena” -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-FACULTAD DE LOS JUECES- INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: ALCANCES; IMPROCEDENCIA

Respecto de cuestiones que suscitan cierto estudio sobre el rumbo interpretativo, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que “Los jueces cuando resuelven sus casos deben derivar razonadamente desde “todo el derecho vigente” la solución justa para el conflicto que disciernen imperativamente. De una manera explícita o implícita, en las respuestas jurídicas está presente todo el ordenamiento jurídico, al modo –como metafóricamente lo expresara Cosío- de una esfera que se apoya en un punto pero ese punto descansa sobre todo el derecho. Esta visión sistemática del derecho implica distinguir y jerarquizar sus distintos componentes, y en este punto se considera acertada la perspectiva que, además de normas, reconoce la existencia de principios y valores. Es que, precisamente, el núcleo de validez jurídica primaria desde donde se ordenan y justifican las normas son los principios, o sea, los derechos humanos, que a su vez pueden ser atribuidos o remitidos a valores” (Corte Suprema de Justicia, Santa Fe, Fallo en Expte. SJ N° 1105-96, Sentencia del 12 de agosto de 1.998. Sumario SAIJ: J0022270). Disidencia del Dr. Tievas.

(Causa: “R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena” -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-)

ADOPCIÓN INTERNACIONAL-DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD: IMPROCEDENCIA

Del análisis y estudio de la presente causa surge inevitable que la cuestión detenta su núcleo de conflicto en determinar la aplicación al caso de las declaraciones y reservas hechas por nuestro país a distintos incisos del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño conforme al art. 2° de la ley 23.849, donde se manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta, y que al no haberse hasta la fecha reglamentado dicho mecanismo debe necesariamente discernirse sobre la posibilidad de adopción internacional.

Así tenemos que Nelly Minyersky, en su tema “Acerca de la llamada adopción internacional” Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, expresa: “Debe entenderse que la llamada adopción internacional no está permitida en nuestro país hasta tanto se deje sin efecto la reserva al art. 21, incisos b),c) y d) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por los medios que prevé la Constitución Nacional...” En el mes de febrero de 1997 fue sancionada la nueva ley de Adopción con el número 24.779. En lo que respecta al tema que nos preocupa, el artículo que se incorpora al Código Civil con el número 315 establece que podrá ser

adoptante toda persona que acredite, en forma fehaciente e indudable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores al pedido de guarda, posición coherente con la asumida al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, ya que creemos, se trata de una prohibición velada de la adopción internacional”.

“La Argentina en oportunidad de ratificar la Convención hizo reserva a los incisos b), c), d) y e) de la norma referida manifestando que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlo, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional a fin de impedir su tráfico y venta”.

“La reserva efectuada por la Argentina al art. 21 de la Convención importa una vez más el rechazo a la adopción internacional por parte de nuestro país” (Inés M. Winberg, “Convención sobre los derechos del niño”, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 344/345).

Por todo lo expresado se advierte la improcedencia de la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento judicial atacado, ya que las críticas que la recurrente dirige contra las conclusiones de la mayoría de los juzgadores son insuficientes para demostrar que dicha decisión resulte irrazonable o que carezca de los necesarios y suficientes requisitos de fundamentación lógicos y razonables exigidos por la garantía del debido proceso.

El único derecho aplicable con carácter obligatorio es el derecho positivo vigente dado que aún los precedentes jurisprudenciales y menos aún las opiniones o doctrinas citadas no revisten para los jueces carácter imperativos por sí mismo.

Los argumentos vertidos en los agravios no demuestran la absurdidad de los fundamentos que motivaron la resolución contraria a sus pretensiones. La doctrina excepcional de la arbitrariedad no debe conducir a la sustitución del criterio de los jueces de las instancias ordinarias en la interpretación del derecho, por lo cual y en tanto la sentencia impugnada reconozca fundamentos jurídicos suficientes en relación a los hechos comprobados de la causa, no cabe invalidarla (C.S.J.N. 286:82; 291:545; 293:596 y Fallo 2443/87 del S.T.J. de Formosa). Disidencia del Dr. Tievas.

(Causa: “R. G., J. y M. G., T. s/Adopción plena” -Sentencia N° 1691/03- de fecha 04/02/03; voto de los Dres. A. Colman, A. Coll, E. Hang, H. Tievas -en disidencia-, C. Gonzalez -en disidencia-)

HONORARIOS DEL ABOGADO-REGULACIÓN DE HONORARIOS-BASE REGULATORIA: RÉGIMEN JURÍDICO

Este Tribunal ha establecido el criterio jurisprudencial –sin modificación alguna hasta la fecha- que cuando la demanda prospera parcialmente, la base regulatoria para los honorarios debe partir de considerar como monto del juicio la diferencia entre lo reclamado en la demanda y lo que la sentencia efectivamente condenó a pagar, criterio que atiende al artículo 20 de la Ley 512 y responde a la medida del éxito obtenido por las partes (Fallo 977-Tomo 1999 STJ Fsa.).

Si bien es cierto que uno de los motivos por los cuales prosperó el recurso extraordinario admitido en el precedente precitado, fue la arbitraria equiparación entre los honorarios del letrado de la parte vencida con los de la contraria, la segunda causal de arbitrariedad declarada fue precisamente el apartamiento del texto legal vigente, situación que se reitera en el caso puesto ahora a consideración y siendo así, por

aplicación de la doctrina invocada, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario planteado declarando la nulidad del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil.

(Causa: "Figueredo, Sirio c/Mendoza, Jorge y/u otros s/Daños y perjuicios" -Sentencia N° 1696/03- de fecha 12/03/03; voto de los Dres. H. Tievas –en disidencia-, A. Coll, C. Gonzalez, E. Hang, J. Aguirre)

HONORARIOS DEL ABOGADO-REGULACIÓN DE HONORARIOS-RECURSO EXTRAORDINARIO-SENTENCIA ARBITRARIA: IMPROCEDENCIA

Entrando al estudio de la cuestión, advierto que se invoca que la actividad de los juzgadores en el fallo recurrido revela una afirmación dogmática por la sola voluntad de los jueces carentes de apoyo normativo en la cuestión consistente en lo que considera una regulación insuficiente de sus honorarios por ser bajos y no respetar el mínimo legal, pero del análisis realizado en el dictamen del Procurador General permite inferir que los agravios invocados por el recurrente solamente configuran meras discrepancias con el análisis, interpretación y aplicación que de la ley arancelaria realiza la Excma. Cámara de Apelaciones.

“Lo atinente a los honorarios regulados en la instancia ordinaria constituye –en principio- materia ajena al recurso extraordinario, pues la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la interpretación y aplicación de las normas arancelarias no son, como regla, susceptibles de tratamiento en la instancia excepcional” (STJ de Formosa-Causa “Estudio A-1 S.C.I.E.I. c/Provincia de Fsa. s/Acción Contencioso Administrativa”, Fallo N° 3465/93, Sec. en lo Contencioso Administrativo y de Competencia Originaria).

“La admisión de la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida en materia de honorarios, ya que las normas arancelarias conceden amplio margen a la razonable discrecionalidad de los jueces y no basta, por ello, la mera disconformidad con el criterio que éstos han valorado la labor profesional, para que su invocación resulte eficaz” (CSJN “Víctor Alemis y otros c/Municipalidad de Resistencia y Provincia de Chaco”- Sum. A 0000504-Fallo 85000122).

De lo expuesto se infiere que el recurso extraordinario por sentencia arbitraria ha de ser de aplicación estrictamente excepcional y en extremo restrictivo, precisamente para no convertirlo en la llave de una tercera instancia u ordinaria, acentuándose tal restrictividad en los casos –entre otros- de regulación de honorarios (CF, Sagüés, Néstor Pedro-Recurso Extraordinario-Tomo II, pág. 579, punto 320, Astrea, Ed. Bs. As. 1989). Disidencia del Dr. Tievas.

(Causa: "Figueredo, Sirio c/Mendoza, Jorge y/u otros s/Daños y perjuicios" -Sentencia N° 1696/03- de fecha 12/03/03; voto de los Dres. H. Tievas –en disidencia-, A. Coll, C. Gonzalez, E. Hang, J. Aguirre)

HONORARIOS DEL ABOGADO-REGULACIÓN DE HONORARIOS-ESCRITO INOFICIOSO: RÉGIMEN JURÍDICO

El art. 2 de la ley 512, establece que “la actividad profesional de los abogados es de carácter oneroso, excepto en los casos en que, conforme a excepciones legales, pudieron actuar gratuitamente”. La redacción de la norma local es prácticamente similar al art. 3°

de la Ley 21.839, terminología que no le ha impedido señalar a la doctrina más autorizada que si bien no se ha considerado de manera particular el caso de los escritos inoficiosos, deben ser contemplados dentro de los principios de orden general convenidos en el art. 6° de la misma ley (similar al art. 8° de nuestra ley 512), ya que carece de sentido que aquella labor que ha sido considerada manifiestamente no idónea para cumplir con su finalidad propia pueda devengar honorarios (Amadeo, José Luis, “Honorarios de Abogados”, pág. 21 ed. 1987). En idéntico sentido, se ha señalado que cuando un profesional realiza una tarea completamente inconducente o inoficiosa, no puede pretender que se le regulen honorarios (CNCiv., Sala E, LL, 1981-C-551).

Ahora bien, la determinación de que una tarea profesional es inconducente o resulta inoficiosa, es una típica cuestión de hecho, no susceptible de ser impugnada por medio de un recurso extraordinario, salvo absurda valoración de la situación fáctica denunciada, cuyo caso no es el de autos, en cuanto, precisamente el embargo preventivo autorizado se decretó bajo caución juratoria del accionante, la cual nunca fue prestada como surge del incidente que nos ocupa, de manera que no resulta ocioso señalar que la tarea profesional desplegada por el ahora recurrente, resulta inoficiosa para la finalidad pretendida. Siendo así no deviene arbitraria la decisión impugnada en cuanto se ajusta a los hechos descriptos y la norma aplicable.

(Causa: "Fernández, Estanislao c/Martinco, Liliana Irene s/Acción común –Incidente de embargo preventivo" -Sentencia N° 1741/03- de fecha 29/05/03; voto de los Dres. A. Coll, C. Gonzalez, H. Tievas, E. Hang, A. Colman)

ACUSACIÓN FISCAL-FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL-JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO

Considero que este Tribunal debe ratificar la doctrina ya sentada en el caso “Echeverri, Gustavo Raúl” (Fallo 1382/98), ocasión que, siguiendo la línea del caso “Cattonar” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (La Ley T. 1996-A) se sostuvo que la acusación fiscal es un requisito ineludible de toda condena penal. En esa oportunidad se expresó, en coincidencia con la línea jurisprudencial del caso Cattonar (CSJN, La Ley, T. 1996-A) que debe dejarse sin efecto el pronunciamiento condenatorio dispuesto sin que mediara acusación fiscal, en cuanto constituye una transgresión a la defensa en juicio.

A dicho fundamento puede agregarse ahora que constituye por cierto una incongruencia que si el Estado, a través de su representante legal, luego de producidas las pruebas del juicio, concluye en que no existen elementos de convicción suficientes para solicitar una sentencia condenatoria, sea el mismo Estado a través de sus Jueces quienes impongan la condena que no fue pedida. No se puede condenar a toda costa o a cualquier precio, se debe condenar cuando el órgano con atribuciones para ello, solicitó que se condene. No se me escapa que el fallo dictado en “Marcilese” y que invoca el sentenciante, pueda constituir un inicio de cambio jurisprudencial, pero el propio dictamen del Señor Procurador de la Corte en el caso citado limita correctamente las situaciones en que puede operarse un cambio jurisprudencial. En lúcida intención el Dr. Nicolás Becerra sostiene “que si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad, de allí que cuando se han planteado en el curso del juicio cuestiones diferentes a las analizadas por el

Tribunal en otras causas precedentes, es pertinente corroborar el criterio seguido, en tanto no se aleguen fundamentos o median razones que hagan ineludible su modificación (Fallos 183:409; 209:431, entre otros)". En el mismo sentido ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación que "no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces tiene el deber de conformar sus decisiones a las del Alto Tribunal, ya que carecen de fundamento las sentencias que se apartan de sus precedentes sin aportar nuevos fundamentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos (Fallos 303:1761 y 311:1644), más ese acatamiento fundado en el carácter de intérprete final que la Constitución impone a la Corte Federal, sólo puede cumplirse en la medida que los precedentes constituyan casos similares, situación que no ocurre entre el caso Marcilese (Causa 15.888/98 de la CSJN) y el que ahora nos ocupa, desde que en el primero se puso en crisis la doctrina del caso Tarifeño, por haberse impugnado la posibilidad de ampliación del requerimiento fiscal y su no adecuación a lo analizado en el debate. Siendo distinta la base fáctica entre un caso y otro, no existe modo de aplicar el precedente del caso "Marcilese" que cita el sentenciante ni posibilidad de apartamiento del criterio ya sostenido por este Tribunal de Casación cuando indicó que sin acusación fiscal, no existe base seria para el dictado de una sentencia condenatoria. Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Coscia, Juan Carlos s/Falsificación de N° Chasis" -Sentencia N° 1785/03- de fecha 19/08/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Colman)

ACUSACIÓN FISCAL-FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL-CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: ALCANCES

Debe ser considerado el planteo formulado por la Defensa y que acoge el preopinante según el cual sería imposible dictar pronunciamiento condenatorio en función de la abstención del Fiscal a producir acusación en el debate.

No sería el caso historiar los pronunciamientos de la Corte en función del actuar del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción, solo quiero recordar que a partir de "Mario Sixto Gómez", surge la cuestión, entonces circunscripta a la "reformatio in pejus", pero que abre el camino hacia la necesidad de sostener la actividad impulsoria del Fiscal en todos los tramos procesales en que así corresponda y cuya culminación será la decisión del Alto Tribunal en "Tarifeño", "Cattaneo" y "García". En estas ocasiones se señaló concretamente que no habiendo acusación era absolutamente necesaria para definir el contradictorio propio del debido proceso legal. En nuestra provincia tanto el Superior Tribunal (casos "Gauna", "Echeverri") como las Cámaras de juicio adoptaron sin disidencias la tesitura de la Corte Nacional. Ciertamente es que después de ello, en "Marcilese", la Corte parece dar un paso atrás al señalar (no en unanimidad) a través fundamentalmente del voto del Dr. Fayt, que la carga legal de la acusación se satisficaría con el requerimiento de elevación a juicio, lo que abriría la posibilidad condenatoria al tribunal de juicio al existir según esta óptica una verdadera acusación que cumpliría el requisito del debido proceso penal. Claro está que el pronunciamiento que viene en principio a revocar la anterior decisión, admite que no en todos los casos ello ocurrirá, sino que (como lo señala el Procurador) tendría que tratarse de un pronunciamiento fiscal carente de fundamentación, lo que habilitaría el argumento del

fallo consistente en el control de legalidad que ejercitan los jueces y como bien dice el preopinante, lo resuelto en “Marcilese” no se parifica a esta situación y por tanto la doctrina de “Tarifeño” debe ser sostenida. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Coscia, Juan Carlos s/Falsificación de N° Chasis" -Sentencia N° 1785/03- de fecha 19/08/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Colman)

ACUSACIÓN FISCAL-MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: ALCANCES

El ordenamiento procesal penal pone la titularidad de la acción penal, esto es la defensa ante los tribunales del interés público y social de perseguir los delitos, en cabeza del Ministerio Público Fiscal. La actividad acusatoria es un presupuesto del proceso, y no pueden interpretarse de manera extensiva o analógica facultades persecutorias en los jueces que le hagan perder neutralidad en el proceso cuya garantía se debe justamente asegurar. Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Coscia, Juan Carlos s/Falsificación de N° Chasis" -Sentencia N° 1785/03- de fecha 19/08/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Colman)

CONTRATO DE TRABAJO-EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO-MUTUO ACUERDO: ALCANCES; REQUISITOS

El artículo 241 de la Ley de Contrato de Trabajo ..., permite la extinción del contrato laboral por voluntad concurrente de las partes. La norma refiere expresamente el “mutuo acuerdo” de empleado y de empleador, señalando los requisitos para formalizar el acto y equiparando la figura a la existencia de un “comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”. Sin embargo, si la actora, el día 04 de marzo, presentó una nota anunciando que iba a renunciar al cese de las licencias y el día 19 de Noviembre del mismo año, cuando debía justamente reintegrarse, presenta otra nota anunciando que se retractaba de la anterior, no se explica, como lo sostiene el titular de la Procuración General, por qué razón se da primacía a una nota sobre otra, si ambas se limitaban a expresar la voluntad de la actora. No es cierto que el goce de las licencias pueda constituir una concesión graciosa de la empleadora, y reputarse implícitamente como una conducta que resulte recíproca a la voluntad de renunciar a futuro, porque la licencia tal como ha sido concebida en la reglamentación, constituye un derecho de la empleada y no una gratificación de la empleadora. Por otro lado, la figura del artículo 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, exige un acto conjunto de ambas partes, pero en el caso que nos ocupa no puede equipararse tal acto conjunto la nota con renuncia a futuro presentada el 04 de Marzo de 1.999 y la aceptación de esa nota el 20 de Noviembre del mismo año, cuando en el interín se había expresado nuevamente la voluntad de la actora dejando sin efecto aquella.

(Causa: "Barrios, Gloria Susana c/Escuela Privada Católica “María Auxiliadora Paredes” y/u otros s/Acción común" -Sentencia N° 1799/03- de fecha 09/09/03; voto de los Dres. A. Coll, C. Gonzalez, E. Hang, H. Tievas, A. Colman)

CALUMNIA E INJURIAS: CONCEPTO; ALCANCES

La Calumnia, figura contemplada en el artículo 109 del Código Penal, requiere para su tipificación, que exista dolo en quien atribuye un hecho falso, se precisa la conciencia

de que existe absoluta falsedad cuando se imputa a otro la comisión de un delito. Por ese motivo, para la integración del delito de Calumnias se requiere el fin de dañar y si de la compulsión de los elementos de juicio reunidos en la causa no resulta la concurrencia de ese extremo, corresponde la absolución del procesado. A su vez, la circunstancia de que la imputación haya sido formulada en una denuncia tendiente a provocar la intervención de la autoridad competente, obliga a una máxima estrictez en cuanto a la determinación del dolo, porque lo contrario importaría el peligro de transformar en calumniosa cualquier denuncia de un delito de acción pública contra persona determinada en caso de comprobarse la inexactitud de la misma. (cf. Catucci, Calumnias e Injurias, págs. 45, 46, 47 y cc Ed. Ediar).

El segundo delito, el de Injurias, contemplado en el artículo 110 del Código Penal, refiere a la conducta intencional de deshonrar o desacreditar a otro, siendo su nota más característica la voluntad de ofender por parte del sujeto activo (Catucci, Obra citada, pág. 84) y en definitiva, debe tenerse en claro que ambas figuras son de índole dolosa, exigiendo el tipo penal que el autor actúe con el conocimiento del valor agravante de la expresión empleada y con la indubitable finalidad de ofender (Vázquez Rossi, La Protección Jurídica del Honor, pág. 43, ed. Rubinzal Culzoni).

Ello no implica que no puedan concurrir ambas figuras, pero respetando que se trate de hechos distintos, es decir, la falsa imputación de un delito por un lado y la conducta intencional de desacreditar por otro, pero cuando como en el caso que nos ocupa, los hechos en los cuales se pretende fundar la querrela se originan en la petición de intervención a la autoridad pública que hace el querrelado, notorio resulta que el razonamiento del juzgador para desestimar la intención desacreditante vale tanto para la calumnia como para la injuria. Recordando que es el Juez de la causa el único habilitado para juzgar los hechos y para comprobar la existencia de dolo en los delitos contra el honor (CSJN causa "Peralta Ramos", La Ley 25/09/65) viene al caso señalar que "si la acción presuntamente delictiva emerge en forma unitaria de un documento, aún admitiendo que alguna o algunas de las expresiones allí contenidas fueron susceptibles de ser aisladamente calificadas como calumnias y otra u otras como injurias, no corresponde un pronunciamiento múltiple puesto que el hecho es único" (Catucci, obra citada, pág. 155). Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Roda, Felipe Abel c/López, Carlos Norberto s/Querrela p/Calumnias e injurias" -Sentencia N° 1824/03- de fecha 17/10/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, H. Tievás, C. Gonzalez, A. Colman)

DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA-FUNCIONARIO PÚBLICO-QUERRELLA CRIMINAL-PROCESO GRATUITO: RÉGIMEN JURÍDICO

Si bien es cierto que el art. 25 de la Constitución Provincial impone la obligación de promover querrela criminal cuando se impute a un funcionario o empleado de la Provincia la comisión de un delito de acción pública en el ejercicio de su cargo, debiendo continuar la querrela contra el acusador hasta la sentencia, no es menos cierto que el artículo 154 de la Ley Orgánica Judicial, no contiene la limitación que invoca el querrelado. En efecto, la última norma citada expresamente indica que "todo Magistrado o Funcionario Judicial a quien se imputa la comisión de un delito de acción pública, de instancia privada o de acción privada o actos reñidos con la dignidad o decoro que

deben mantener permanentemente, está obligado ..., a promover querrela criminal contra el acusador”. La misma norma señala que para este fin, gozará del beneficio del proceso gratuito.

El querellante se desempeñaba a la fecha de ocurridos los hechos de la causa, como Secretario de un Juzgado de Paz de esta ciudad y por tanto estaba alcanzado por el artículo 154 de la Ley Orgánica Judicial, norma de inexcusable aplicación al caso y que constituye derecho sustantivo que debió tenerse en cuenta para decidir sobre las costas del proceso. Siendo así, opino que debe revocarse la condena en costas impuesta por el pronunciamiento recurrido, al existir inobservancia de la norma citada en los términos del art. 422 inciso 1° del C.P.P.. Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Roda, Felipe Abel c/López, Carlos Norberto s/Querrela p/Calumnias e injurias" - Sentencia N° 1824/03- de fecha 17/10/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Colman)

FALSA DENUNCIA -CALUMNIAS: CARACTERES; ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO

En lo que hace a la denuncia calumniosa por falsedad, debe tenerse en cuenta que en principio tal conducta queda atrapada por el art. 245 del Código Penal que impone pena al que denuncia falsamente un delito ante la autoridad. La colisión con el art. 109 se ha resuelto de diferentes maneras a saber (conf. Sandro, Jorge A., “Relación Jurídica entre calumnia y falsa denuncia” J.A. Sec. Doc. SC, Año 1975, pág. 282 y sgtes.): 1) el art. 109 excluye al 245 (plenario Bulog) porque el art. 245 supone denuncia contra persona indeterminada y si se la identifica se aplica el art. 109. 2) sitúa el art. 109 y el 245 como concurso ideal y se aplica aquel por tener mayor pena (en el citado plenario voto de Oderigo) porque la denuncia es requerimiento ineludible para el tipo del art. 245 y no para la calumnia.- 3) hay un concurso real (Soler) porque quien quiere difamar puede hacerlo sin denunciar y quien quiere denunciar un hecho de falso puede hacerlo sin imputar a alguien concretamente y 4) prevalece el 245 sobre el art. 109 por consunción de figuras, correspondiéndoles la aplicación al primero por ser de acción pública y posterior (opinión de Blasco de Moreda; Jiménez de Asúa y Núñez). Comparto esta opinión, porque el carácter de oficiosidad del art. 245 en cuanto a su promoción implica que la cuestión no puede quedar librada al ejercicio de la acción privada del art. 109 en función del 73 de la ley penal de fondo. Adviértase que iniciada una acción pública por el art. 245 debería ser interrumpida si se inicia luego un juicio por calumnias a través de un acción privada y que luego de ser desistida ésta, aquella quedaría ya anulada por una causa que sería extraña a las maneras de impedir el ejercicio de la acción pública.

Ricardo Núñez ha señalado (La Ley 67-477) que en este caso al dictar como norma penal posterior el art. 245 el legislador ha querido castigar a quien indebidamente pone en funcionamiento la maquinaria estatal y consecuentemente con esa aplicación del delito de acción pública se excluye el art. 109 porque de pretenderse su aplicación se violaría el “non bis in idem”, ya que el mismo hecho supondría un doble castigo. El hecho de denunciar calumniosamente a alguien está definido dentro del art. 109. En igual tesitura Blasco Fernández de Moreda (comentario al Tratado de Fontán Balestra en L.L. 70-919).

Se inclina Blasco siguiendo a Jiménez de Asúa por el concurso aparente de leyes y no por el concurso ideal, no hay encuadramiento múltiple sino subsunción, la falsa denuncia tiene en sí todos los elementos de la calumnia, el medio, la intención por ejemplo, pero hay un “plus” a favor del delito de acción pública que es la perturbación al funcionamiento estatal por la falsa denuncia, sin que el delito en cuestión anule o desfavorezca una probable indemnización del daño particular. Por otra parte en varios casos de concurso aparente o subsunción se aplica el delito específico aunque tenga pena menor, tal el caso de la negligencia del art. 262 que tienen pena menor que el art. 248 que también abarca su conducta.

Consecuentemente a mi juicio debe el Sr. Juez Correccional al recibir estas actuaciones remitirlas al Agente Fiscal para que evalúe la probable comisión del art. 245 del Código Penal. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Roda, Felipe Abel c/López, Carlos Norberto s/Querella p/Calumnias e injurias" -Sentencia N° 1824/03- de fecha 17/10/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Colman)

DELITOS CONTRA EL HONOR- CALUMNIA: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

Para que exista calumnia, es menester que el que profiere expresiones incriminadas como tales, sepa que no son ciertas, debe hacerlo maliciosamente, ya que éste es el elemento subjetivo específico del tipo penal del art. 109 del Código Penal, y aquí los hechos revistieron ciertas características que pudieron hacer que el querellado se sintiera víctima del hecho delictivo denunciado, máxime cuando de las pruebas consistentes en actuaciones contravencionales se advierte la gravedad de la convivencia entre vecinos. Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Roda, Felipe Abel c/López, Carlos Norberto s/Querella p/Calumnias e injurias"- Sentencia N° 1824/03- de fecha 17/10/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Colman)

DELITOS CONTRA EL HONOR- INJURIAS: RÉGIMEN JURÍDICO

La figura dolosa de la injuria tipificada en el art. 110 del Código Penal, requiere una conducta intencional, con voluntad de ofender y con conocimiento de su actividad a tal finalidad, pero en el caso particular planteado en autos, el hecho de la pretendida falsa denuncia no puede coexistir en concurso, además los expedientes contravencionales obrantes como prueba no ameritaban al convencimiento del juzgador la existencia de esta figura sino los problemas de convivencia vecinales entre el querellado, los testigos y el ahora recurrente. Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Roda, Felipe Abel c/López, Carlos Norberto s/Querella p/Calumnias e injurias" - Sentencia N° 1824/03- de fecha 17/10/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Colman)

RECURSO EXTRAORDINARIO-TRIBUNAL QUE DICTÓ LA SENTENCIA APELADA-PREJUZGAMIENTO: IMPROCEDENCIA

La promoción de recursos extraordinarios, implica mínimamente conocer y admitir sus reglas, entre las cuales se encuentra la determinación del órgano ante quien se presenta el recurso. Es una verdad sabida y conocida por cualquier letrado, que los recursos

extraordinarios deben presentarse ante el Tribunal que dictó la sentencia apelada, ergo, ante los mismos jueces que emitieron el fallo que se recurre, disponiéndolo así expresamente el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma aplicable de acuerdo a la doctrina del caso “Nardi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Sagüés, Recurso Extraordinario, Tomo II, págs. 763/764, véase asimismo, CSJN, Fallo 301:459).

Si esto es así, desde el aspecto legislativo, doctrinario y jurisprudencial, es un verdadero despropósito pretender que, para el examen de admisibilidad formal del recurso federal que se exige en esta instancia provincial, como paso previo a la elevación de los autos a la Corte Federal, deban apartarse los miembros titulares del Tribunal llamado a conocer en el mismo, bajo el pretexto de considerar como “prejuzgamiento” la intervención previa. Tal como se señala en los informes precedentes, resulta absurdo y configura por cierto una conceptualización maliciosa, equiparar un pronunciamiento judicial con un dictamen. El letrado que promovió la recusación no puede ignorar que al dictar el Fallo 1790-Tomo 2003, los Jueces a quienes ahora recusa, no emitieron dictamen alguno, sino que decidieron una cuestión procesal sometida a su jurisdicción y competencia por el interesado.

(Causa: "Meza, Carlos Nair c/Menem, Carlos Saúl s/Filiación –Inc. de recusación con causa" -Sentencia N° 1828/03- de fecha 24/10/03; voto de los Dres. A. Coll, A. Colman, L. Canavesio, J. Pignocchi, R. Cejas)

INCIDENTE DE RECUSACIÓN-RECUSACIÓN CON CAUSA-SANCIÓN PECUNIARIA: PROCEDENCIA

La promoción del incidente de recusación, se ha convertido en un malicioso procedimiento para dilatar innecesariamente la solución final del litigio entre las partes, que perjudica objetivamente a la actora en autos y que como tal, debe ser disciplinariamente corregido, en función de las atribuciones que confiere al artículo 29 del C.P.C.C. “La recusación, deducida con notoria temeridad y maliciosamente dirigida a dilatar el curso del proceso, debe sancionarse por el Tribunal que entiende en la causa” (Cámara Primera de Apelaciones de Mar del Plata, La Ley, v. 130 pág. 50). “Cuando se ha deducido una recusación con causa manifiestamente maliciosa, corresponde aplicar a la demandada recusante las costas y una sanción pecuniaria a beneficio de la contraria” (Cámara Nacional Civil, Sala F, 9/12/65, La Ley v. 122 pág. 938, 13.609-S, 03/09/68, La Ley, v. 135, pág. 1210).

(Causa: "Meza, Carlos Nair c/Menem, Carlos Saúl s/Filiación –Inc. de recusación con causa" -Sentencia N° 1828/03- de fecha 24/10/03; voto de los Dres. A. Coll, A. Colman, L. Canavesio, J. Pignocchi, R. Cejas)

RECURSO DE QUEJA-QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO-EXPRESIÓN DE AGRAVIOS INSUFICIENTES: ALCANCES

Atento a que el recurso de queja por denegación de recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, es un remedio procesal que se debe presentar ante el mismo tribunal que dictó el Fallo cuya nulidad se impetra, “...el análisis primario que éste debe realizar del recurso extraordinario no se circunscribe solamente a verificar el cumplimiento de los requisitos formales (presentación oportuna, carácter definitivo de

la sentencia, legitimación del recurrente, etc.), sino que también debe realizar un examen provisional o aproximativo de los agravios vertidos, tendiente a verificar la seriedad de los mismos en orden a las garantías constitucionales que se consideran vulneradas. Cuando los agravios son insuficientes, pocos serios o meramente reiterativos de planteos que ya fueron analizados en las instancias inferiores, el tribunal de la causa debe declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario planteado. Siendo así no existe autocontradicción en el auto recurrido, por el hecho de reconocer la concurrencia de los recaudos formales antes descriptos, declarando inadmisibile el remedio procesal en punto a la falta de seriedad en el planteo. Tampoco, por lo mismo, puede atribuirse al órgano apelado, haberse excedido en su competencia, ya que ese examen provisional respecto al contenido del recurso, se encuentra dentro de sus atribuciones jurisdiccionales” (Fallo 1519/02-S.T.J de Formosa). Voto del Dr. Tievas. (Causa: "Maciel, Florentino s/Queja en autos: Maciel, Florentino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción común" -Sentencia N° 1838/03- de fecha 05/11/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll –en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-, A. Colman)

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

El recurso extraordinario ha sido bien denegado, toda vez que las cuestiones planteadas son de carácter opinable en cuanto a la interpretación y a la aplicación de las normas de derecho común y valoración de pruebas, y si bien el fallo es escueto, resulta suficiente. Este Superior Tribunal tiene dicho “que no está llamado a sustituir a los jueces de la causa en aquellas cuestiones de hecho y derecho común que constituye su natural competencia (Fallo 1015/99 del Superior Tribunal de Justicia de Formosa, entre otros)”. Que siendo así, el planteo de la Queja debe desestimarse. Voto del Dr. Tievas. (Causa: "Maciel, Florentino s/Queja en autos: Maciel, Florentino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción común" -Sentencia N° 1838/03- de fecha 05/11/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll –en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-, A. Colman)

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

El argumento central del recurso extraordinario oportunamente planteado contra la Sentencia ..., de la Sala III del Tribunal del Trabajo, justifica la intervención de este Superior Tribunal de Justicia.

En efecto, la quejosa atribuye a la sala sentenciante haberse apartado inmotivadamente de los precedentes que cita la recurrente y que constituyeron causas similares que tuvieron sentencia favorable para los intereses que representa quien ahora recurre en queja. Así puede apreciarse del fallo 986 Tomo 1999 dictado por este Alto Cuerpo en autos “Figuroa, Mario Aroldo y otros c/EDEFOR S.A. y/u otros s/Cobro por compensación y reintegro”, donde ya se analizaron cuestiones planteadas en el fallo ahora recurrido.

Siendo así, y sin que la presente decisión implique anticipo de opinión sobre la procedencia sustantiva del recurso extraordinario promovido corresponde a mi criterio habilitar el tratamiento del Extraordinario planteado ante el aparente cambio

jurisprudencial operado y con sustento en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Disidencia del Dr. Coll.

Causa: "Maciel, Florentino s/Queja en autos: Maciel, Florentino y otros c/EDEFOR S.A. s/Acción común" -Sentencia N° 1838/03- de fecha 05/11/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll –en disidencia-, C. Gonzalez –en disidencia-, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR- ENCUBRIMIENTO: ALCANCES

Iniciado el camino dentro del Hurto cabe necesariamente analizar si la participación de los condenados ..., se comprende dentro del "iter criminis" de esa figura o es posterior a la consumación, lo que obligaría a merituar si ha mediado una conducta propia del Encubrimiento. Debe partirse entonces del momento en que se consuma el Hurto ya que con ello quedaría fuera del "iter criminis" toda ayuda o participación posterior que consecuentemente sería típicamente Encubrimiento. Cabe señalar que desde mi actividad como Magistrado del fuero penal me he afiliado a la tesis que ha defendido Frías Caballero (así en su conocido libro "El Proceso Ejecutivo del Delito" o en calificados votos en fallo plenarios como "Ruzzolini") tesis que conceptualmente define al Hurto como acción que tiene dos fases ejecutivas, la una que consiste en desapoderar (sacar de una esfera de custodia) y la otra que es apoderarse (término del texto legal), lo que dogmáticamente supone que el ladrón debe tener la posibilidad de tener un poder de disposición lo que es la consecuencia del apoderamiento. Es cierto que ambas fases pueden coincidir (el que come una fruta apoderada dentro de la esfera de custodia del dueño) pero hay otros casos en que no puede decirse lo mismo, la cosa debe ser llevada hasta una efectiva esfera de poder donde es posible actuar sobre la misma ejerciendo actos dispositivos. Esa esfera de poder es lo que Soler ("Tratado..." T. II, pág. 169) ha definido como ámbito que otorga la posibilidad de realizar sobre la cosa actos materiales de disposición. En el presente caso se trataba de la sustracción de 30 vacunos los que fueron llevados para su efectivo apoderamiento primero a un campo cercano mediante arreo y luego en el medio de movilidad automotor hasta el lugar donde se pudo realizar su enajenación. Es decir que por sus características (semovientes en cantidad) la cosa sustraída solo entra en el poder de disposición del autor a través de la actividad consistente en utilizar el automotor para realmente sacarlos de la esfera de recuperación vecinal. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-PARTICIPACIÓN CRIMINAL-CO-AUTORÍA: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

Como señala Creus (Dcho. Penal-Parte Especial, T. I, pág. 392, N° 1023) en el aspecto objetivo el desapoderamiento del tenedor no basta, es necesario el apoderamiento material de la cosa. El apoderamiento se caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición. Agrega el autor que el apoderamiento supone la posibilidad de realizar actos de disposición después de la acción, pero no pudo tenerlos antes, lo que excluye la posibilidad de otras figuras típicas. En este específico caso eso se advierte pues solo es posible ello luego de sacar

los animales de la esfera de custodia, ya que el propietario no ha delegado en el mero custodio la posibilidad de disponer los semovientes.

No me caben dudas de la co-autoría y no de la complicidad primaria, ya que no es necesario que el coautor realice toda la actividad del “iter”, puede ocurrir ..., que no desapodere el dueño pero si que contribuya necesariamente al apoderamiento del sujeto activo ..., al realizar la última parte del “iter críminis”. Como Creus (ob. Cit. Parte General, pág. 408, n° 360) dice es autor el que no siendo cómplice, toma parte en la ejecución del hecho realizando la acción típica. “Pero tomar ‘parte en la ejecución del hecho’ no es lo mismo que ‘ser autor del hecho típico’, cuando la acción pueden realizarla varios al mismo tiempo o es ‘divisible’ ..., entre varios, todos pueden realizar el evento aunque no ejecuten el tipo en su totalidad”. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-PARTICIPACIÓN CRIMINAL-CO-AUTORÍA-PARTICIPACIÓN NECESARIA: ALCANCES

El concurso de los imputados fue esencial, porque sus metas y objetivos no podían alcanzarse individualmente, por eso, sumaron esfuerzos y dividieron el trabajo (arreo, transporte automotor, pergeñar documentación de presuntos vendedores para engañar y justificar, depósito en campos vecinos y sacrificio de los animales para la consumación del delito). Existió una conjunción de aportes tendientes a asegurar su resultado procurando la impunidad del acto ejecutado en esa modalidad de comisión del hecho delictivo.

Resulta importante tener particularmente presente que “para apreciar la participación criminal en un delito en cuya ejecución han cooperado objetiva y subjetivamente varios sujetos, se debe considerar el hecho en su totalidad, pues la participación lo es en el delito y no en la acción del otro” (S.C. Tucumán, L.L. 42-481, del Código Penal, su interpretación jurisprudencial, Rubianes, Tomo II, 2da. Ed. Depalma, Bs. As. 1.991, pág. 80). En esta línea de doctrina jurisprudencial se sostiene invariablemente que “para apreciar el grado de participación en el delito, es necesario apreciar el hecho en su totalidad, atendiendo a la identidad del delito mismo, así como a la comunidad en la actividad desplegada” (S.T. La Pampa, 10/09/80 RLL, 1981/2190, nro. 5 del Código Penal, su interpretación jurisprudencial, Rubianes, Tomo II, 2da. Ed. Depalma, Bs. As. 1991 pág. 80).

Por ello debe advertirse que “la fórmula que utiliza el art. 45 del Código Penal para definir la complicidad necesaria ‘sin los cuales no habría podido cometerse’, comprende los actos de participación que, no constituyendo intervención en la ejecución del hecho, significan aportes directos, que, en el caso concreto y con arreglo a sus características, resultan posibilitadores de la consumación tal como se realizó. No interesa que el hecho criminoso hubiera sido cometido bajo otras circunstancias o modalidades, por cuanto la necesidad del aporte debe valorarse ex ante y en concreto y jamás ex post y en abstracto” (El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, Tomo I, Donna Eduardo, De la Fuente J., Rubinzal Culzoni, 2.003, pág. 459). Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-PARTICIPACIÓN CRIMINAL-PARTICIPACIÓN PRIMARIA: ALCANCES

La modalidad de la comisión del hecho delictivo consistente en hurto de ganado mayor agravado, conforme al art. 163, inc. 1° del Código Penal, tiene en la actualidad una actividad compleja y en el presente caso no hubiera sido posible cometerse sin la necesaria participación de los imputados.

Así es primaria la participación cuando la cooperación prestada al autor por el partícipe primario “es de tal importancia causal que sin ese aporte el delito no habría podido ser cometido en la forma que ocurrió” (C.S. Córdoba, L.L. 136/600; JA 3/689).

De tal manera “no es obstáculo para admitir la participación en el delito, la excusa de no haber intervenido en todas sus fases, si medió ..., una real convergencia intencional en la voluntad de los imputados con respecto al fin propuesto de comisión conjunta, previsto reflexivamente y querido exactamente como se desarrolló, a través de realizaciones de ayuda recíproca entre unos y otros” (El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, Tomo I, Donna Eduardo, De La Fuente J., Rubinzal Culzoni, 2.003; C.N. Casación Penal, Sala IV, 26/04/00, V.R.O. s/Recurso de Casación). Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

PARTICIPACIÓN CRIMINAL-PRINCIPIOS COMUNES: CARACTERES

Creo conveniente enumerar lo que en la doctrina y jurisprudencia, profusa por cierto, se denomina como “Principios comunes” a la participación. Son ellos: Identidad del delito, que significa la intervención en un hecho delictivo donde confluyen identidad de tipo y convergencia objetiva; Comunidad de acción, se corresponde con una participación integral con pleno conocimiento de que el partícipe sabe que su aporte integra la acción del autor; Principio de Exterioridad, la culpabilidad del partícipe accede, como lo dice Soler, recogiendo enseñanzas de Carrara, al hecho y no la culpabilidad del autor, al punto tal que sostiene el autor citado y la jurisprudencia, que aún la inculpabilidad del autor o la excusa absolutoria a su favor no excluye la culpabilidad del partícipe y el Principio de accesoriedad, que como enseña Jiménez de Asúa, está subordinada la participación a un acto principal.

Todos estos principios señalados convergen en el pensamiento de Maurach cuando afirma que “Participación es la libre y dolosa cooperación en el delito doloso de otro”, es decir una convergencia intencional en la participación o cooperación en hecho ajeno. Voto del Dr. Gonzalez.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

PARTICIPACIÓN CRIMINAL-PLURALIDAD DE SUJETOS: ALCANCES

La pluralidad de sujetos activos es esencial para configurar una hipótesis participativa, ese concurso de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues a veces existen metas u objetivos que no pueden ser alcanzados individualmente y por ello, se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo. Una de las características de la participación es la poca relevancia del factor temporal, en cuanto, puede ser que la norma jurídica sea violada al mismo tiempo por varias personas o en distintos momentos y a diferencia del concurso de delitos, donde existe singularidad en el sujeto infractor de las normas, en la participación nos encontramos con una relación entre varios sujetos dentro de una sola unidad delictual. En definitiva, “para que exista participación es condición sine qua non la existencia de una pluralidad de sujetos activos, y éstos, para ser tales, deben haber efectuado un aporte positivo para la producción del delito, deben haber agregado un eslabón a la cadena que lleva al delito” (Fierro, Guillermo, “Teoría de la participación criminal”, págs. 1 a 17, Astrea, edición 2.001). Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-TRANSPORTE DE LOS ANIMALES: CONFIGURACIÓN

Sabido es que “no es necesario que la carga de los animales coincida con el apoderamiento” por ello la agravante funciona también cuando el traslado de los animales se realiza días después de la sustracción en tanto no haya habido solución de continuidad entre la conducta punible y el transporte (es decir sin interrupción); dependiendo la aplicación de la calificante, de la prudente valoración de los hechos que realiza el juez teniendo en cuenta “el momento en que se consuma el apoderamiento, y el transporte motorizado de los animales” (conf. Jorge E. Buompadre en Delitos contra la Propiedad-Doctrina y Jurisprudencia-págs. 61 y sgtes.). Voto de la Dra. Colman.

(Causa: "Pérez, Jesús Pantaleón y otros s/Hurto de ganado mayor agravado" -Sentencia N° 1842/03- de fecha 12/11/03; voto de los Dres. E. Hang, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Coll, A. Colman)

ABUSO DE ARMAS-LESIONES LEVES: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES

En el caso de agresión con armas (art. 104 párrafo tercero del Código Penal) la acción deviene oficiosa, sería un contrasentido que causando esa actividad una lesión leve se requiera la denuncia. En la doctrina (Orgueira, José M. “Lesiones Leves dependientes de instancia privada”, ley 23.987 J.A. 1987-III-571) se ha señalado conforme el argumento antecedente, que desplazar la calificación de Agresión con arma a Lesión Leve, implicando con ello un aumento de pena, no puede beneficiar al victimario. La regla legal que fuera ya introducida por la llamada ley 17.567 apunta en materia de seguridad pública como excepcionante de la instancia privada a cubrir situaciones en que la actividad del autor sea temeraria y proclive a causar males mayores.

En el presente caso esa actividad es ciertamente peligrosa y el arma usada (machete) pone de relieve la posibilidad de resultados típicos de mayor entidad, incluso la muerte. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Decoud, Marcelo Rubén s/Homicidio en grado de tentativa calificado reiterado" -Sentencia N° 1845/03- de fecha 20/11/03; voto de los Dres. E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Coll, A. Colman)

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA- DENUNCIA: REQUISITOS

La parte final del art. 72 del Código Penal a contrario sensu dice que la causa se formará por acusación o denuncia del agraviado, al respecto la jurisprudencia ha dicho que no se reclaman formas sacramentales rígidas, máxime cuando los damnificados no son concedores de normas procedimentales, para lo cual basta una manifestación de voluntad que demuestre el propósito de remover el obstáculo que impida la investigación del delito, y en el presente caso tenemos que aún el día anterior del hecho los abuelos habían concurrido a la policía con el objeto de comunicar la conducta amenazante del nieto y ese mismo día de la agresión en horas anteriores habían concurrido ante el Juzgado Civil a fin de plantear su grave problema de familia, siempre buscando protección ante el peligro que los amenazaba, tal lo que surge de sus propias declaraciones. Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Decoud, Marcelo Rubén s/Homicidio en grado de tentativa calificado reiterado" -Sentencia N° 1845/03- de fecha 20/11/03; voto de los Dres. E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Coll, A. Colman)

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-LESIONES LEVES-SEGURIDAD PÚBLICA-ACCIÓN INICIADA DE OFICIO: PROCEDENCIA

Las razones de seguridad pública dadas en los fundamentos de la sentencia recurrida, autorizan a prescindir en forma excepcional de la instancia de parte en el delito reprimido, dado que por su naturaleza y circunstancias de hecho resultaba potencialmente peligroso para la vida y seguridad de las personas.

“En efecto, si bien es cierto que del delito de lesiones leves (art. 89 C.P.), nace la acción penal dependiente de instancia privada, no es menos cierto que nada obsta a que se proceda de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público (art. 72 inc. 2 C.P., Manual de Casación Penal, pág. 108 de María C. Barberá de Riso). Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Decoud, Marcelo Rubén s/Homicidio en grado de tentativa calificado reiterado" -Sentencia N° 1845/03- de fecha 20/11/03; voto de los Dres. E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Coll, A. Colman)

ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA-LESIONES LEVES: RÉGIMEN JURÍDICO

El fundamento del inciso 1° en el artículo 72 del Código Penal, no es idéntico al del inciso 2° de la misma disposición legal. En los delitos contra la integridad sexual, el requerimiento de la instancia privada tiende a proteger la intimidad personal y el decoro de la familia de la víctima, por cuanto el conocimiento público del hecho podría provocar una mayor lesión para ésta última. Por el contrario, cuando de Lesiones Leves

se trata, el fundamento del inciso 2° del artículo 72 se apoya en que el suceso puede constituir una trivial reyerta o un episodio individual, o sea, un problema personal entre las partes (Rubianes, Código Penal comentado, Tomo I, pág. 366, edición 1.991). De allí que la excepción que contiene la misma norma ("se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público"), se aplica precisamente cuando la trascendencia del hecho supera aquello que puede considerarse como una simple reyerta o un episodio individual, cuando existe temeridad en el uso de armas, o cuando trasciende al ámbito público por la índole de las acciones cometidas. Voto del Dr. Coll. (Causa: "Decoud, Marcelo Rubén s/Homicidio en grado de tentativa calificado reiterado" -Sentencia N° 1845/03- de fecha 20/11/03; voto de los Dres. E. Hang, C. Gonzalez, H. Tievas, A. Coll, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-DOMICILIO-CAMPO GANADERO-VIOLACIÓN DE DOMICILIO: CONCEPTO; ALCANCES

En el recurso en trámite, que fuera presentado en término, se mencionan los hechos por los cuales la defensa considera que el predio rural de donde se realizaron secuestros constituye un domicilio protegido por la garantía constitucional y por tanto el ingreso al mismo sin orden de allanamiento formal, constituye una violación al debido proceso que genera nulidad absoluta al afectarse una garantía constitucional (art. 152 del C.P.P.). Sin embargo, la discusión remite al estado de flagrancia y necesidad urgente de intervenir ..., y por lo tanto a situaciones de hecho que no corresponden ser revisadas en ésta instancia, sin perjuicio de señalar que además de dicho aspecto, la discusión semántica respecto a si un campo constituye o no domicilio en los términos de los arts. 201, 202 y 203 del C.P.P., ha sido suficientemente aclarada por los miembros de la Cámara Primera en lo Criminal, quienes han dado las razones de hecho y de derecho para concluir en el modo en que lo hicieron. Siendo así, la mera discrepancia de opinión sobre la interpretación de una norma procesal, no resulta sustento suficiente para admitir el recurso de casación planteado.

Que siendo así, debe recordarse que este Superior Tribunal de Justicia, ya tiene dicho que debe inexcusablemente merituar si concurren las condiciones para decretar la apertura de esta instancia, porque en el supuesto de considerar que la Casación ha sido mal concedida por el Tribunal de Mérito, debe rechazarla sin más trámite (Fallos 1237/92 y 1242/92). La deficiencia en la argumentación del recurso, implica su inadmisibilidad (Levenne-Hortel, Código Procesal Comentado, pág. 410, Ed. Depalma). Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Moreno, Ricardo Angel s/Hurto Ganado Mayor-Hurto de Ganado Mayor en grado de tentativa-Resistencia contra la autoridad a mano armada-Abuso de armas; Cancino, Pedro Cirilo s/Hurto Ganado Mayor-Resistencia contra la autoridad a mano armada y abuso de armas; Moreno, Luis Alberto-Salas, Francisco Javier s/Resistencia contra la autoridad a mano armada-Abuso de armas" -Sentencia N° 1849/03- de fecha 04/12/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang –por sus dichos-, H. Tievas, C. Gonzalez, A. Colman)

HURTO DE GANADO MAYOR-DOMICILIO-CAMPO GANADERO-VIOLACIÓN DE DOMICILIO: ALCANCES; RÉGIMEN JURÍDICO

El campo ganadero no es un ámbito propio del domicilio, hay allí una lógica clara, puesto que partiendo del artículo 150 del Código Penal (Violación de domicilio) y de haber diferentes construcciones dentro de un campo ganadero, todas habitables, sería del caso saber si penetrados extraños al campo se violentaría la privacidad de todos. Por otro lado quien ingresara al campo para cazar, por ejemplo, también caería en Violación de Domicilio de seguirse la teoría que el establecimiento ganadero es domicilio en todas sus partes.

También debe considerarse que los alambres perimetrales de 3 o 4 hilos son puestos para que los animales no se vayan del predio y no para que las personas dejen de ingresar a él. En esta materia se debe ser estricto cuando se trata de un lugar donde se habita; aún la choza más desvencijada o la cueva más minúscula deben ser objeto de la protección como la más fortificada de las viviendas, pero fuera de tales ámbitos cuando se persigue la comisión de un delito, no se pueden establecer valladares al punto de impedir su represión cuando no está en juego la intimidación de las personas o de su familia, que es la razón fundante de la ley para impedir al acceso de la autoridad policial sin orden judicial. En manera alguna puede suponerse que un campo dedicado a la explotación ganadera implique un ámbito de intimidación. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Moreno, Ricardo Angel s/Hurto Ganado Mayor-Hurto de Ganado Mayor en grado de tentativa-Resistencia contra la autoridad a mano armada-Abuso de armas; Cancino, Pedro Cirilo s/Hurto Ganado Mayor-Resistencia contra la autoridad a mano armada y abuso de armas; Moreno, Luis Alberto-Salas, Francisco Javier s/Resistencia contra la autoridad a mano armada-Abuso de armas" -Sentencia N° 1849/03- de fecha 04/12/03; voto de los Dres. A. Coll, E. Hang –por sus dichos-, H. Tievás, C. Gonzalez, A. Colman)

PRUEBA DE PRESUNCIONES E INDICIOS-AUSENCIA DE TESTIGOS-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCES

La ausencia de testigos directos del evento criminoso ..., no impediría basar la certeza, siempre que existan elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios; y la valoración crítica de tales elementos, siempre que superen las simples presunciones y esos indicios por su cantidad, seriedad y complementación conduzcan a un juicio de certeza que se apoye en la sana crítica racional, que no permita argumentaciones contrarias o dudosas.

“Debemos convenir en que un hecho se convierte en indicio cuando una regla de experiencia lo pone, con respecto al hecho a probar, en una relación lógica que permita deducir la existencia o inexistencia de él. Se debe requerir, entonces, que la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado, o viceversa –es decir, la conexión indicio-hecho inferido-, aparezca clara y naturalmente” (Héctor E. Leguizamón, “Las presunciones Judiciales y los Indicios”, pág. 91).

El método de la llamada “supresión mental hipotética”, el cual, como se sabe, consiste en desechar la prueba discutida (tenerla por inexistente) y si a pesar de ello, con otros elementos de juicio (en el presente caso a través de los indicios), podría llegarse a idéntica conclusión, se arribaría a que aquel defecto no es esencial. Voto del Dr. Tievás.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

PRUEBA DE PRESUNCIONES E INDICIOS-PRUEBA DE PARAFINA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCES

Con referencia al indicio indicado como proveniente de la prueba de parafina, hay que observar que en la valoración de la misma aunque haya resultado positivo no constituye de por sí una prueba definitiva para acreditar que el acusado haya disparado un arma de fuego, y aunque el resultado de la misma haya dado negativo, científicamente no excluye la utilización de un arma de fuego (Ver al respecto Fallo del 22/11/1979, caso: "Gómez, Ermán y otros"- Cámara en lo Criminal N° 2 de Corrientes –Fuente Informática de Biblioteca del Poder Judicial). Voto del Dr. Tievas.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

PRUEBA CONFESIONAL-VALORACIÓN DE LA PRUEBA-SANA CRÍTICA RACIONAL: ALCANCES

Una cosa es que el imputado confiese en la indagatoria y otra que reconozca autoría ante un particular, de allí pueden deducirse diversos criterios valorativos en cuanto a la prueba cargosa, pero no puede decirse que esté prohibido por la Constitución Nacional que se introduzcan los dichos confesorios del imputado fuera de ese caso. Aquí hay que recordar que las reglas probatorias son las de la sana crítica racional y que ello implica valorar en un contexto pleno, confrontando con las demás pruebas que afirman o niegan su credibilidad. Una confesión ante el Juez puede ocultar una mentira para salvar a un tercero y ser inverosímil frente al resto de la prueba, inversamente una declaración hecha fuera del proceso puede ajustarse cumplidamente al resto de la prueba y adquirir especial valor probatorio. Estamos aquí en el campo de la sana crítica racional y no hay prescripción constitucional explícita o implícita que impide incorporar declaraciones autoincriminantes hecha fuera de la indagatoria, lo que se impide como dije es que sean extorcados u obtenidos bajo engaño y carezcan de espontaneidad, cito por ejemplo la que podría obtener un psicólogo o siquiatra al hacer una entrevista para determinar capacidad mental. Ya la Corte Nacional lo dijo en "Framoncano" una declaración fuera de los estrados judiciales no pierde validez, lo esencial es que no haya sido obtenida por tormento o engaño. Desbozado así el sendero por donde transitar se debe analizar la cuestión conforme la cita doctrinal del preopinante relativa a la ilogicidad del pronunciamiento, caso en el que no se trata de resolver la prueba sino controlar si efectivamente responde a los criterios de la sana crítica racional, para pasar de allí al principio de la duda en tanto y en cuanto como también se cita en el voto antecedente, la conclusión convictoria puede ser el producto de error en la apreciación probatoria, la que debilitada al ser confrontada con las reglas de la lógica, experiencia y psicología pierde su valor convictorio y entra en el campo de la duda. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

PRUEBA-“DERMO-TEST”-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCES

El “Dermo-test” admite varias posibilidades al tratarse de una prueba cuyo rigor científico no es elevado. Es decir que, un resultado positivo puede deberse a otras causas que un disparo de arma de fuego y no certifica que el arma homicida es la que disparó el sometido al “dermo-test”, de allí entonces la endeblez de la prueba pues la admisión de autoría puede no ser cierta (encubrir a un tercero) y no estuvo rodeada de detalles que le otorgan mayor certeza, por ej: como se disparó, con qué calibre, elementos que confrontados con las conclusiones de la pericia forense y balística podrían dar un grado de verosimilitud que aquí no existe. Voto del Dr. Hang.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

PRUEBA-PROCESO PENAL-“SENTENCIAS FRONTERIZAS”-IN DUBIO PRO REO: ALCANCES

En materia penal no puede hablarse de sentencias fronterizas, o se tiene certeza sobre la existencia del hecho y la autoría del acusado, o la falta de seguridad en el razonamiento conduce inexorablemente a la absolución. Un razonamiento fronterizo es aquel que está al borde de la duda y en esas condiciones no puede condenarse, no sólo por la mera aplicación del artículo 4° del C.P.P., sino porque el principio de inocencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional exige certeza y demostración respecto al hecho y a su autor. “Las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes, que den certeza absoluta de la existencia del delito y la identidad del delincuente” (CSJN Fallo 9-290) y esa premisa es la que determina que “La garantía del debido proceso y la que consagra el principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley, se verían naturalmente menoscabadas si se permite que se utilice en contra de un individuo, pruebas obtenidas en violación de sus derechos básicos” (Carrió, “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal” 3ª edición, pág. 154). “En la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, después del debate oral y público, se establece que sólo la ‘certeza’ sobre la culpabilidad del imputado, autorizará a una ‘condena’ en su contra, pues, gozando éste de un estado de inocencia constitucionalmente reconocido (art. 18 C.N.) únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del Tribunal al respecto y por cierto que al firme convencimiento de que el acusado es verdaderamente culpable se llegará no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación pero este resultado, no podrá obedecer a puras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los Jueces, sino que deberá ser la expresión (o el fruto) de una consideración racional de las pruebas del proceso, que “expliquen” de que modo pudieron ser disipadas las dudas que había y cómo se llegó, a pesar de ellas a la convicción de culpabilidad” (Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, p. 12, Editorial Depalma). Parafraseando a D’Albora, “el hecho fue así y no pudo ser de otro

modo”. (Francisco D’Albora, Curso de Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 146, Abeledo Perrot, 1982). Voto del Dr. Coll.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman C. Gonzalez –en disidencia-)

RECURSO DE CASACIÓN-REENVÍO A UN TRIBUNAL INFERIOR: RÉGIMEN JURÍDICO

Respecto a la ..., necesidad del proceso de reenvío a un tribunal inferior para que dicte nuevo fallo, si bien ello se sustenta en la regla genérica del art. 436 del C.P.P., debe tenerse en cuenta como resulta de votos anteriores, que el mencionado reenvío tiene por fin la corrección de errores procedimentales, lo que es diferente al caso del principio de prueba excluida, ya que la misma (nulidad de secuestro) resulta a todas luces irreproducible y tampoco puede ser susceptible de valoración alguna, de allí la posibilidad cierta de que el Tribunal de Casación valore la posibilidad convictoria de la prueba restante. Voto de la Dra. Colman.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

RECURSO DE CASACIÓN-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA: PROCEDENCIA

En el dictado de una sentencia final del Tribunal de Casación no es necesario “revivir” los hechos del juicio y cuando lo hace es porque resulta notoriamente necesario, como en el caso lo hacen mis pares, se impone la anulación y el reenvío como indica la rica jurisprudencia.

El Código Procesal Penal sostiene como principio básico que la valoración de las pruebas y la determinación de los hechos corresponde al Tribunal de juicio que juzga en instancia única, de allí que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a las violaciones de derechos, porque en materia de hecho debe fundarse la decisión a lo verificado por el Juez de mérito.

Así los hechos irreversibles e irrevisables en la casación, serían la determinación de la circunstancia, modo y lugar, la valoración y selección de pruebas y aún de los indicios considerados para poner en juego presunciones legales. Disidencia del Dr. Gonzalez.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)

RECURSO DE CASACIÓN-ADMISIBILIDAD: PROCEDENCIA

Si bien es cierto que este Superior Tribunal de Justicia en el Fallo N° 1813/03 sólo declara admisible el recurso de casación por el inc. 2° del art. 422 del C.P.P., soy de opinión que la descalificación de la sentencia conllevaría al suscripto a suplir no solo la actividad del Defensor sino transformar mi decisión, en cuanto Juez de Casación, en Juez de Juicio, creando un precedente inconveniente e inconducente “para poner a salvo los derechos y garantías constitucionales y coto a actitudes judiciales y/o policiales que

so pretexto de una seguridad jurídica mal entendida avanzan abierta o veladamente sobre los cimientos mismos de nuestro ordenamiento jurídico ...”, que por el contrario no se lograría absolviendo de culpa y cargo a un presunto homicida en una instancia procesal impropia. Disidencia del Dr. Gonzalez.

(Causa: "Montes, Herminio Angel s/Homicidio agravado por alevosía" -Sentencia N° 1866/03- de fecha 09/12/03; voto de los Dres. H. Tievas, E. Hang, A. Coll, A. Colman, C. Gonzalez –en disidencia-)