

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 18193/03 STJ

SENTENCIA Nº: 137

PROCESADO: TAPIA CARLOS ALBERTO

DELITO: HOMICIDIO SIMPLE

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 10-09-03

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - BALLADINI - LUTZ EN ABSTENCIÓN

///MA, de septiembre de 2003.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Luis Lutz, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "TAPIA, Carlos Alberto s/Homicidio simple s/ Casación" (Expte.Nº 18193/03 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., planteándose la siguiente: - - - - -

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido? - - - - -

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo: - - -

-----1.- Mediante sentencia Nº 106, de fecha 16 de septiembre de 2002, la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca resolvió condenar a Carlos Alberto Tapia, como autor del delito de homicidio simple, a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas. - - - - -

-----2.- Contra lo decidido la defensa interpone recurso de casación, que fue parcialmente admitido por el Tribunal de grado inferior, decisión confirmada por este Cuerpo. A su vez, deduce queja respecto de la porción rechazada, a la que se hace lugar conforme auto interlocutorio 27/03. Por expresa instrucción de Presidencia, el

expediente queda por el plazo de diez días para su examen por parte de los interesados. A fs. 452/456 el señor Procurador General emite su dictamen, en el que propicia se desestime el recurso.

///2.- Realizada la audiencia prevista por los artículos 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- El casacionista se agravia por la existencia de diferentes nulidades. En primer lugar, alega la nulidad del debate, por haberse dado tratamiento a dos causas con distintos hechos, calificaciones, pruebas, utilizando unas para inculpar en la otra y así fundarla, con un solo alegato fiscal. También propone tal sanción respecto de la incorporación y evaluación en contra del imputado de la exposición judicial sobre averiguación de paradero de persona que hizo su legítima esposa, en violación del art. 226 del rito. Señala también la descripción genérica en extremo e indeterminada de la requisitoria fiscal, que no establece la actividad de su defendido, y finaliza argumentando el incumplimiento de las reglas de la racionalidad para fundar la sentencia -violación del principio de razón suficiente para la demostración de la autoría-
. - - - - -

-----4.- El trámite procesal:- - - - -

----- El imputado venía siendo sospechado por la autoría de dos hechos violentos, de características similares en relación con el "modus operandi". Tales hechos fueron investigados en trámites separados y -una vez completos- elevados a un único tribunal para su juzgamiento. Atento a la similitud evidenciada, la Cámara en lo Criminal respectiva decidió que los juicios se realizaran separadamente, pero uno después del otro (art. 331 C.P.P.). El defensor era el mismo para ambas causas, la prueba de una

///3.- se fue incorporando alternativamente por lectura en la otra (art. 326 C.P.P.) y el alegato del señor Fiscal de Cámara fue conjunto para las dos causas, individualizando la prueba de una y de la otra, cada cual con su respectiva calificación jurídica.- - - - -
- - - - -

----- En lo esencial, uno de los hechos reprochados -la tentativa de homicidio- tenía prueba por sí suficiente para demostrar la autoría del imputado -según lo confirmó este Superior Tribunal al rechazar los planteos recursivos en la instancia extraordinaria, decisión firme y consentida-. Para esto resultaba determinante la declaración de dos de los sobrevivientes que reconocieron a su victimario.- - - - -

----- Por el contrario, en el caso que nos ocupa, el homicidio consumado no tenía prueba directa para su demostración y necesitaba de aquella merituada en el otro expediente

pues -en el razonamiento del juez- había una relación de identidad entre quien había cometido la tentativa de homicidio y quien produjo la muerte ahora analizada. Tanto es así que, incluso, el texto de la sentencia en donde se daba tratamiento a aquella tentativa forma parte de la decisión aquí criticada, para su autosuficiencia.- - - - -

----- Aclarado esto, opino que parte de los planteos nulificatorios ya ha tenido tratamiento por parte de este Cuerpo en oportunidad del rechazo del recurso de casación y del remedio de hecho oportunamente interpuestos por el señor defensor contra la sentencia que condenó a Carlos Alberto Tapia como autor material y responsable de los delitos de violación de domicilio, homicidio doblemente agravado en

///4.- grado de tentativa y portación de arma de fuego de uso civil sin autorización, en concurso real.- - - - -

----- Me refiero a aquéllos vinculados con el trámite procesal: realización de audiencias en debates separados y consecutivos, incorporación por lectura de prueba alternativamente en cada uno de los dos y alegato conjunto del señor Fiscal de Cámara. Los agravios son idénticos y sólo cabe reseñarlos para dar respuesta a dichas temáticas.

----- Así, in re "TAPIA" (Se. 79/03) este Cuerpo dijo que "respecto de la aludida nulidad de la sentencia por violación de garantías constitucionales, el fundamento de la denegatoria permanece incólume en tanto el trámite procesal de debates continuos, alternados y sucesivos de dos expedientes con un mismo imputado fue puesto en conocimiento de la parte, que tuvo posibilidad de controlar toda la prueba producida y debidamente incorporada por lectura.- Tal trámite encuentra reconocimiento legislativo en el artículo 331 segunda parte del Código Procesal Penal: '\Si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, al Cámara podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro\''.- En el caso, se trata de un supuesto de acumulación subjetiva, indispensable por razones prácticas, desde que los hechos reprochados tienen como hipotético autor al mismo sujeto activo. Además, se advierte una suerte de conexidad objetiva pues se presentan sucedidos de modo coetáneo, con similares características en su ejecución -vg. se habría utilizado en ambas agresiones idéntica escopeta-, con lo que comparten

///5.- parte de la prueba ofrecida.- Esto ya había sido solicitado por el señor Fiscal de Cámara en su ofrecimiento de pruebas -art. 326 C.P.P.-, cuando a fs. 570 entiende que '\sería oportuno por economía procesal practicar el debate juntamente con la causa

2109/01/CC2ª, «TAPIA CARLOS ALBERTO S/HOMICIDIO SIMPLE», que tiene como víctima fatal a MARILAO\'. La solicitud es acogida por la Cámara, la defensa no plantea objeciones y el trámite procesal es conteste con tal decisión. Tanto así es que en la primera continuación de la audiencia de debate se incorpora por lectura la prueba ofrecida por la Fiscalía -entre ellas las constancias de la causa N° 2109- y en la continuación siguiente (fs. 632) se agrega el acta de fs. 392 de la causa mencionada, que contiene conclusiones referentes al arma utilizada.- Es decir, hasta este punto el trámite es el previsto por el artículo 331 del Código Procesal Penal y la recepción de la prueba también se adecua a lo dispuesto por el artículo 363 íd. -lectura de documentos y actas-. En relación con esto último, Manuel Jaén Vallejo (\La Prueba en el Proceso Penal\, 25) dice que \el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes [...]. Si bien el principio de producción de pruebas en el juicio oral no es absoluto y este tribunal [Tribunal Constitucional de España] ha admitido la posibilidad de pruebas preconstituidas conforme a la ley procesal e incluso de

///6.- diligencias sumariales o preparatorias en casos especiales o singulares, pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto...\'. De tal modo, las audiencias de debate sucesivas y continuas de ambos expedientes, por su conexidad, y el mérito de prueba preconstituida que se incorpora por lectura, con el consentimiento del señor defensor, son conformes a derecho, atento a la normativa citada.- Resta ahora analizar si el alegato del señor Fiscal de Cámara, conjunto a ambos expedientes, provoca la irregularidad del trámite, según lo sostiene el recurrente.- En este punto, cabe señalar que las garantías constitucionales que se dicen vulneradas se encuentran resguardadas por el alegato fiscal que -pese a ser conjunto con la causa anterior- no puede haber llamado a confusión a tenor de la prueba merituada, pues las que sirven de fundamento a la acusación o son pruebas propias de la causa o, si fueron producidas en la otra, han sido correctamente incorporadas por lectura -tal como fue referido supra.- En este sentido, la invocación de tal normativa constitucional -debido proceso y defensa en juicio- es insuficiente para provocar la nulidad de la sentencia, pues se trataría de una invocación genérica que no basta para tener por cumplida la exigencia de fundamentación que el recurso extraordinario local comporta. \La sola

mención de preceptos constitucionales no basta para tener por cumplida la exigencia de fundamentación del derecho federal que sustenta los agravios del recurso extraordinario, ya que las

///7.- cláusulas constitucionales invocadas deben guardar relación con la cuestión objeto del pleito' (CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, 30-11-00, 'ABELLO', en LL. 2001-D, 654).- De igual modo, 'mutatis mutandis', '[e]l planteamiento de la cuestión federal requiere que se propongan específicamente al tribunal del caso los temas federales que se intentan someter a su decisión, invocando categóricamente el derecho federal del cual procura valerse y la conexión entre la cuestión federal y la materia del pleito, pues la mera cita de normas constitucionales, en forma genérica e indiscriminada, sin probar el ligamen que guarda cada una de ellas con lo resuelto en el pleito, no es planteamiento adecuado de la cuestión federal' (TS Córdoba, Ad hoc, 14-02-00, en LL. Córdoba -2000, 923).- Así, la acusación fiscal desarrolla su mérito de lo ocurrido en debate enumerando la prueba que sustenta su postura y explica las razones del pedido condenatorio. Tanto la posterior exposición del defensor -que conforma el contradictorio pleno- como su recurso de casación permiten advertir que tal acusación no ha llamado a confusión a su ministerio.- El alegato y los agravios del recurso principal -en donde aduce la arbitrariedad de sentencia- permiten observar que el recurrente individualiza perfectamente la prueba de cargo, sobre cuyo mérito discrepa. Son ellas

-entre otras- la declaración de ambas víctimas y la crítica a diversos indicios (corte de cabello, conocimiento del lugar, etc.), por lo que la actuación del Fiscal, cerrando el debate para la parte acusadora, no ha ocasionado perjuicio alguno para los intereses de la defensa.- Ésta -de

///8.- modo genérico- alega la violación de principios constitucionales, los que no encuentran vínculo alguno con el trámite analizado, atento a lo antes expuesto.- Así, permanece incólume la denegatoria del inferior, según la cual 'no entiende cuál es la garantía constitucional que se afectó' (fs. 28).- Es que -a todo evento- '... las formas procesales obligan al resguardo del trámite sancionando su incumplimiento con la tacha de nulidad, pues procuran adecuar las etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia, exigiendo al aparato judicial determinadas medidas para posibilitar a las partes el ejercicio de sus derechos. Cuando estos derechos han sido ejercidos aun en defecto de formas no tiene sentido la sanción de nulidad, pues aquellas etapas habrían sido cumplidas: la forma en sí no tiene que ser protegida, como en el sistema sacramental del

derecho romano. De ello se deduce la necesidad, para un planteo nulificadorio completo, de que quien deduzca un recurso en tal sentido demuestre de qué modo los defectos de actividad del juzgador resultaron en concretos perjuicios a los intereses de su pupilo, así como qué defensas se vio privado de oponer.- En este orden de ideas, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal («ENCINAS», 11-06-02, en revista LL. del 13-01-03, p. 1) dijo que «... la garantía de la defensa en juicio tiene carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación de concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio».- En la cita (1) de dicho sumario también se encuentra como jurisprudencia

///9.- vinculada un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación («ROMERO», 31-03-01, en LL. 1999-E, 669) que «ha dicho que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma»' (ver in re 'MARTINEZ', Se. 68/03)".- - - - -

----- En este orden de ideas, del recurso de casación examinado surge que la defensa también ejerce su ministerio respecto de las pruebas indiciarias -de mala justificación, conocimiento de la chacra donde se produce el disparo, la coincidencia de la zona de chacras, de la correspondencia de la munición hallada en el cuerpo del muerto con los tacos dejados al abandonar la moto luego de la agresión a Javier y Fabio Coria-, por lo que, al igual que en el supuesto anterior, tampoco el alegato conjunto del señor Fiscal de Cámara ha provocado un perjuicio a los intereses del imputado. No existe la confusión alegada.- - - - -

----- Hasta aquí mi acuerdo con la actividad procesal desarrollada por el tribunal a quo.-
- - - - -

----- Empero, no puedo dejar de advertir un dato del trámite que separa -y distingue- la suerte de ambos reproches. Había dicho que aquél referido al homicidio en grado de tentativa, rechazadas las irregularidades alegadas, era bastante por sí mismo para motivar el pronunciamiento condenatorio.- - -

----- Estimo que no sucede esto con la causa en tratamiento. Tanto es así -como fue advertido por el señor defensor (v. fs. 419)- que el sentenciante se ve obligado, en pos de la

///10.- autosuficiencia del desarrollo de su voto (v. fs. 412 vta./414), a transcribir los

considerandos relevantes que fundaron el otro decisorio.- - - - -

----- Tales considerandos no son -en su estricto sentido- idénticos a la prueba testimonial, indiciaria, pericial, etc., que se había recibido en debate y sobre la que no cabe hacer objeciones. Por el contrario, la sentencia N° 107, de fecha 17 de septiembre de 2002, que se transcribe de modo parcial, es un documento público (art. 979 C.C.), un acto procesal, con la función de incorporar y consolidar un indicio: la identidad del "modus operandi" -incluyendo armas utilizadas- permite afirmar que el autor del hecho en grado de tentativa (hecho conocido) es quien cometió el homicidio consumado (hecho desconocido).- - - - -

----- En este orden de ideas, opino que el sistema mixto -establecido en el rito- conjuga una instrucción preparatoria y un juicio plenario, contradictorio, público, continuo y oral.- - - - -

----- Este último principio implica aquél "... según el cual la decisión judicial mediante la que se resuelve afirmativa o negativamente acerca de la pretensión punitiva, debe estar basada fundamentalmente en el material probatorio proferido oralmente en el debate..." (Dr. Julio A. Quevedo Mendoza, "Juicio oral en materia penal", Enciclopedia Jurídica Omeba, XVII, 382).- - - - -

----- Sin embargo, dicho criterio general reconoce excepciones que permiten el ingreso al debate de determinadas medidas probatorias ajenas a él -no producidas en él- por su lectura, que las oraliza. Dichas excepciones

///11.- se encuentran reconocidas en los artículos 362

-lectura de declaraciones testimoniales- y 363 -lectura de documentos y actas-, ambos del Código Procesal Penal.- - -

----- Así, la lectura de actos procesales ajenos al debate altera la regla general de la oralidad y limita el contradictorio pleno "... pues interfiere en la posibilidad de un estricto control en punto a los dichos del órgano de prueba" (D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", 824) y, por constituir una excepción, debe ser interpretada de un modo estricto y riguroso. Es el único modo de introducir al juicio propiamente dicho testimonios, documentos y actas judiciales de otro proceso agregado a la causa (art. 363 C.P.P.). "La lectura de sentencias resulta posible integrarlas a este mismo precepto que comentamos a través de los 'otros documentos' comprendidos en el principio de la norma" (Busser/Iturralde, "El juicio con debate oral en el Código Procesal Penal de la Nación", 109).- - - - -

----- En este orden de ideas, ante la acusación dirigida contra el imputado por los hechos

mencionados, el órgano judicial optó por realizar dos procesos independientes para cada uno de ellos, con su deliberación y sentencia.- - -

----- Tal decisión práctica de transcribir parte de la sentencia del otro juicio para la autosuficiencia del sub examine, adoptada para ordenar mejor el debate y la producción de la prueba, conspira -por el contrario- con la actividad del juzgador, puesto que -atento a la concatenación de deliberación y sentencia- sólo podría haberse incorporado por su lectura ordenándose la reapertura

///12.- del debate, conforme lo dispone el art. 368 del código adjetivo en concordancia con el art. 345 íd. para cubrir las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.-

----- Así, toda vez que, para su aptitud, la motivación del decisorio necesitaba -pues así lo admite el juzgador- de la transcripción de parte de la otra en la que se verificó la autoría de Carlos Alberto Tapia, por tratarse esta última de un documento no incorporado por su lectura al debate, debe ser anulada pues no puede aprovechar prueba ilegal (arts. 110 y 369 C.P.P.).-----

-----5.- La prueba indiciaria.-----

----- Si bien es doctrina reiterada que los hechos merituados por los tribunales de grado inferior permanecen firmes para la casación, es de competencia de este Cuerpo un juicio sobre la infraestructura racional de lo decidido (ver Bacigalupo, "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios"), para verificar el respeto por el sistema de prueba del rito: aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, observancia de los principios de la lógica, la psicología y la experiencia.-----

----- En este sentido, "... la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios. Pero para que la prueba indiciaria críticamente examinada conduzca a una conclusión cierta de participación, debe permitir al juzgador -partiendo de la suma de indicios

///12.- introducidos al debate- superar las meras presunciones que en ellos puedan fundarse y arribar a un juicio de certeza legitimado por el método de examen crítico seguido..." (TSJ Córdoba, Sala Penal, "MANAVELLA", 21-06-76, JA III, 650).-----

----- Además, junto al análisis lógico, también compete al Superior Tribunal de Justicia el estudio de los extremos extralógicos de la fundamentación, esto es, de los principios

de la psicología y la experiencia adquiridos por el Juez, que también hacen al contenido global de la idea de "sana crítica racional".- - - - -

----- Así, la sentencia que se funda en máximas de experiencia inexistentes o que, necesitando ser demostradas, no lo son, contendrá un vicio en su fundamentación controlable en casación. El hecho notorio se equipara a tales máximas de experiencia.- -

- - - - -

----- Dice el juzgador -en una suerte de conclusión- que "... es evidente que las proximidades temporo-espaciales que vinculan a ambos hechos, ocurridos los dos en la zona rural, sumado a la aparente intención furtiva, al empleo de una escopeta y a la similitud de las municiones y tacos de concentración, configuran un cuadro indiciario que permite arribar a la conclusión de que realmente ambos hechos fueran perpetrados por el mismo autor" (fs. 411).- - - - -

----- Análisis de tal conclusión:- - - - -

----- Es sabido que resulta inadmisibile la crítica individual de los indicios y presunciones, para invalidarlos uno por uno, pues es su valoración en conjunto - conforme las reglas de la sana lógica- la que permite una prueba acabada

///14.- y exenta de duda. Los indicios -en general- sólo se apoyan en una relación ordinaria (no constante) de causalidad.- - - - -

----- Ahora bien, esto se vincula con la eficacia probatoria de los indicios, que es algo distinto del análisis de la existencia de indicios válidos del hecho desconocido que se investiga. Tal validez del hecho indiciario -aquél que indica- sí puede ser constatada en su individualidad.- - -

----- Me voy a detener en algunos de ellos:- - - - -

----- El primero sería el que vincula el hecho probado -que tiene como víctima a los Coria y como autor al aquí imputado- con la agresión sufrida por Marilao. Serían las especiales características de uno que, verificadas en el otro, permiten suponer la autoría de Tapia en ambos.- - -

----- Dice el juzgador: "Los robos con armas en los que las víctimas resultan muertas o gravemente heridas se han incrementado en los tiempos que corren, pero no es tan frecuente en esta región que se utilicen y disparen escopetas con tales resultados..." (fs. 410 vta. in fine).-

----- En este orden de ideas, para determinar la autoría, el principio esencial que atribuye la autoría del hecho de autor desconocido a Tapia es que se demostró que fue sujeto activo de otro de características similares y de acaecencia poco frecuente en la

región.- - - - -

----- El dato traído por el Juez y que actúa como hecho indiciario es la frecuencia -o escasa frecuencia- en que ocurren. A mayor número de ellos, el vínculo se desdibuja. Si fueran únicos, aquél se fortalece.- - - - -

----- Así, el hecho indiciario no tiene prueba en el

///15.- expediente, pertenece a la experiencia del Juez, y en realidad exigía una demostración particular que quitara vaguedad a la frase "no es tan frecuente". Me pregunto: ¿qué tan frecuente era?, ¿nada frecuente?, ¿poco frecuente? Ello pues el magistrado no niega tal frecuencia -si no deja de ser frecuente, algo frecuente es- con lo no termina de saberse la mayor o menor repetición del acto o suceso que se quiere comparar, cuando este hecho indiciario es ineludible para relacionarlo con el otro de homicidio. El hecho indiciario debe estar apodícticamente probado en sí mismo (ver Luis María Desimoni, "La evidencia en materia criminal", 97).- - - - -

- - - - -

----- Para tener un sentido jurídico, por su importancia, dicha frase debía responder a los principios de coherencia y cohesión, admitir una sola conclusión y propiciar un sentido inequívoco a la idea que pretendía comunicar. Por el contrario, padece de una imprecisión que conspira con su objetivo.- - - - -

----- "La comprobación del 'hecho indiciario' debe lograrse con absoluta certeza y mediante pruebas directas, si no existe plena seguridad de su existencia sería exageradamente peligroso pretender que mediante un 'hecho inferido' pueda a su vez 'inferirse' el hecho delictivo. Es decir, no es posible probar los indicios recurriendo a otros indicios" (Javier E. de la Fuente, "Sobre la prueba de indicios", citando a Framarino, "Lógica de las pruebas", en LL. 1999-F, 705).- - - - -

- - - - -

----- De lo anterior se colige que tal hecho presentado como evidente no era tal y que necesitaba una precisión mayor:

///16.- "Si es verdad que la evidencia no tiene necesidad de ulterior demostración, porque lo que es evidente no puede constituir objeto de investigación, porque no se prueba lo que está probado, es sin embargo necesario que se tenga la prueba de los hechos que tienen el requisito de la evidencia, porque, en su defecto, ninguna eficacia podrían ejercer en el juicio penal" (Brichetti, "La 'evidencia' en el derecho procesal penal", 88).- - - - -

----- El siguiente indicio está dado por el "motivo" del homicidio que, en tanto se alude

a su igualdad con el del hecho en grado de tentativa, permite al magistrado la inferencia en relación con la autoría desconocida. Éste es un punto central que responde a una pregunta conjetural, en la que los hechos están en el centro del debate: la causa del crimen y lo que pudo provocar que el criminal lo cometa.- -

----- Se trata -es cierto- de uno de los indicios de mayor significación probatoria, de tratamiento común en la mayoría de los trabajos de doctrina referidos al tema: "... cuando un individuo... se decide a quebrantar la ley y exponerse a una sanción penal, es porque persigue obtener una ventaja, una venganza, o cualquier otro objetivo que se le presenta con tal intensidad que lo lleva a estimar con desdén la eventual sanción... Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo, que por su naturaleza constituye una excepción en el comportamiento humano..." (Jauchen, "Tratado de la prueba en materia penal", 602).- - - - -

- - - - -

----- Ahora, ¿cuál es este motivo o causa del crimen que da

///17.- inicio a la inferencia? Según el juzgador, se trata de un hecho "aparentemente furtivo", en donde la palabra "apariencia" indica, por el contexto en que es utilizada, verosimilitud o probabilidad. Por ello advierto -de nuevo- la ausencia de seguridad en la conexión que se pretende. No es posible desde lo terminológico descartar que los motivos de ambos hechos puedan haber sido distintos: ello desde que la voz "apariencia" también refiere a aquello que parece y no es.- - - - -

- - - - -

----- Esto desdibuja el otro indicio acreditado, por haberse demostrado que Tapia en efecto disparó con una escopeta a los Coria, conforme lo sostiene a continuación el doctrinario mencionado supra: "... es muy relevante la comprobación del indicio anteriormente tratado; pues cuando se logra acreditar mediante el indicio psicológico la capacidad delictiva y a ella se suma la inferencia necesaria de un móvil comprobado, el material probatorio de cargo adquiere gran peso. Por el contrario, aun cuando se cuente con indicios de su capacidad delictiva, si el móvil se desconoce, el delito continúa sin explicación satisfactoria, siendo en extremo insuficiente aquella primera comprobación aislada..."- - - - -

----- Similares apreciaciones pueden desarrollarse respecto del peritaje de fs. 213/218, que en su punto 4 establece la existencia de correspondencia de diseño y funciones del taco de concentración encontrado en la escena del hecho en que resultó víctima fatal el

señor Marilao con aquél hallado en el domicilio de Coria (el hecho en grado de tentativa), como así con el de marca Fiocchi, correspondiente al cartucho

///18.- descubierto en proximidades de la moto, en calle Canale, todos de concentración y calibre 16.- - - - -

----- De nuevo la construcción lógica de la sentencia padece del defecto denunciado supra, pues el tapón de cartucho calibre 16 -que se utiliza para compararlos con los otros- en el discurso razonado del juzgador ni siquiera es relacionado con el hecho con la certeza requerida. Así, el sentenciante afirma que "... a unos cinco metros del sitio en donde se encontraba la escopeta, se encontró un cartucho calibre 16 que presumiblemente corresponde al disparo... realizado contra el sereno..." (fs. 409). Entonces se sospecha de la utilización de tal cartucho, y tal hecho, que se infiere de indicios, es a su vez fuente de otros, por lo que se incurre en aquel razonamiento "excesivamente peligroso", según palabras de Framarino citadas supra.- - - - -

----- Más aun, me pregunto acerca del alcance individualizador que es dable otorgar a los proyectiles de escopeta y a los tacos de concentración utilizados, cuando desde el conocimiento más rudimentario se sabe que, para lograr la similitud que establece el peritaje, basta que se utilicen dos cartuchos calibres 16 del mismo número de munición y marca, de venta general y extendida.- - - - -

----- A ello se suma que tal escopeta -no hallada- se diferencia de las armas de fuego con cañón estriado por no dejar marcas en el proyectil, lo que impide que produzca características de clase o individuales (ver Di Maio, "Heridas por armas de fuego", 72/73).- - - - -

----- Finalmente me voy a referir a otra serie de indicios vinculados con la actitud del imputado días después del

///19.- hecho (intempestivo viaje a Buenos Aires y corte de cabello que modifica su fisonomía). Respecto de ellos, y luego de la crítica anterior, sostengo que su evaluación es incapaz de contrarrestar un razonamiento hipotético contrario, según el cual tal actitud podría tener origen en el otro hecho reprochado al imputado, en el que existían víctimas sobrevivientes a la agresión -cuyo reconocimiento condujo a su condena.- - - - -

----- Esto impide "... determinar con absoluta precisión, el nexo existente entre el hecho con que se cuenta y el que se intenta probar. De la naturaleza de dicha relación dependerá la fuerza probatoria del indicio, debiendo cuidar, quien lleva a cabo la operación lógica antes referida, que exista una auténtica relación de causalidad y no una

simple casualidad" (ver Desimoni, "La prueba y su apreciación en el nuevo proceso penal", 206).- - - - -

----- En tal orden de ideas, conforme con el desarrollo del voto, advierto dos vicios "in procedendo":- - - - -

----- El primero es la ausencia de incorporación por lectura de constancias documentales -parte de una sentencia-, transcritas en el fallo cuestionado para los fines de su autosuficiencia.- - - - -

----- El segundo es la ausencia de motivación de la derivación entre los indicios y la necesidad de una mejor delimitación entre cuáles son los hechos indiciarios (su prueba) y cuáles los indicados. Destaco que la "... simple suma de indicios anfibológicos, por muchos que éstos sean, no podrá dar sustento a una conclusión cierta sobre los hechos que de aquéllos se pretende inferir..." (Cafferata

///20.- Nores, "La prueba en el proceso penal", 307).- - - -

----- En este sentido, no hago referencia alguna a la solución final -que puede ser correcta o incorrecta- sino al razonamiento utilizado para arribar a tal solución, en una condena de doce años de prisión: parafraseando a Carnelutti, Vigo afirma que "la sentencia que decide bien pero que razona mal, merece ser descalificada jurídicamente" (ver Gabriel E. Pérez Barberá, "La prueba de indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en al casación por agravio formal", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nº 4-5, p. 408, cit. 30).

----- Dicho doctrinario continúa (págs. 420 y 421) señalando que "... en sistemas procesales como el que hoy nos rige (no acusatorio, con jueces técnicos) si bien es cierto que, justamente por el sistema de la libre convicción, de ninguna manera puede negarse la posibilidad de que los jueces puedan basarse únicamente en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, habría que entender que el rigor empírico a que tal decisión se someta debe ser extremo, sobre todo cuando de esa decisión lo que deriva es una condena".- - - - -

----- Cuando la prueba se encuentra compuesta de un gran número de eslabones -por lo que estimo necesario que se explicita con rigor lógico cada uno de los indicios y la presunción que de ellos se extrae-, "será preciso no dejar de examinar cuidadosamente cada uno de los eslabones, analizando en cada uno de ellos las inferencias posibles que lo alejen del hecho principal, o de cualquier forma permitan inferir otra circunstancia diferente" (Jauchen, op cit.,

///21.- mencionando a Bentham, p. 610).- - - - -

----- Por último, se impone efectuar una consideración adicional en orden a la Teoría de la Argumentación, o la Nueva Retórica, que comprende aspectos que exceden los tradicionales de construcción del silogismo, pero no menos importantes en relación con las dos grandes fuentes del razonamiento para decidir -la inducción y la deducción-.-

----- Para ser concretos, "[e]n oposición con la dialéctica, que sería la técnica de la controversia con los demás, y con la retórica, técnica del discurso dirigido a la mayoría de los individuos, la lógica se identifica tanto para Schopenhauer como para J.S. Mill, como las reglas aplicadas para guiar su propio pensamiento" (conf. Perelman y Olbrechts-Tyteca, "La deliberación con uno mismo", en "Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica", págs. 85 y sgtes.). Desde un punto de vista individualista, ello lleva a ejercer la deliberación y a fallar según las convicciones del Juez. Estas expresiones del individualismo son sin embargo muy antiguas, y por eso la importancia de que existan en nuestros Códigos de Procedimientos y se respeten adecuadamente: "citando a Isócrates, podemos repetir... \los argumentos con que convenceremos a otros al hablar con ellos son los mismos que utilizamos al deliberar, llamamos oradores a los que saben hablar en público, y tenemos por discretos a quienes discurren los asuntos consigo mismos de la mejor manera posible\" (ob. cit., pág. 87).- - - - -

----- Entrando en tema, nada mas auténtico que referirnos a Aristóteles ("Obras Completas", Omeba, Tópicos, Tomo IV, Bs. As. L 967, pág. 269): "El arte de la dialéctica tiene por

///22.- objeto enseñar metódicamente sobre toda clase de objetos sirviéndose de proposiciones simplemente probables. Valiéndose de proposiciones de este género uno de los dos interlocutores, el que interroga, ataca la tesis que se discute y el que responde la defiende, procurando con el mayor cuidado no ponerse nunca en contradicción consigo mismo. Es sabido que el silogismo ordinario es indiferente en sus formas, que son siempre las mismas, a lo verdadero y lo falso. Es sabido que el silogismo demostrativo sólo parte de premisas necesarias. El silogismo dialéctico se contenta con premisas que son solo probables".- - - - -

----- Aunque lo aclaramos después, los entimemas son silogismos que parten de premisas no necesariamente verdaderas o bien silogismos incompletos (o de premisas implícitas), que no sirven para un razonamiento condenatorio.- - - - -

- - - - -

----- Es precisamente Aristóteles (ob.cit., pág. 270) quien define al razonamiento en general como un argumento en el que, establecidas desde el principio unas cosas

determinadas, se siguen de ellas necesariamente otras cosas diferentes de las primeras, lo que lleva a distinguir tres clases de razonamientos:- - - - -

-----a) apodícticos o analíticos, que están formados por premisas verdaderas y primarias;- - - - -

-----b) dialécticos, que se conforman con premisas simplemente probables, y de allí que dos soluciones sean también probables, y- - - - -

-----c) retóricos, que también parten de premisas probables y llegan a conclusiones no apodícticas.- - - - - ///23.-- Ya en el plano de la retórica, Aristóteles definirá como entimema al silogismo retórico, y como ejemplo a la inducción retórica. Tratando específicamente la inducción retórica, esto es, el exemplum, considera que dos cosas son equivalentes sin que, necesariamente, exista una prueba consistente para que sea así. Será suficiente con que se admita que la similitud comparativa sea creíble (para el público), pero no es científica ni sirve para fundar una condena.- - - - -

----- Veamos: "... no guarda la relación de la parte con respecto al todo, ni de todo con la parte, ni del todo con el todo, sino de la parte con la parte, lo semejante respecto de lo semejante, cuando ambos términos pertenecieren al mismo género, pero uno de ellos fuere más conocido que el otro. Por ejemplo, si porque Dionisio pide una guardia se afirma que intenta la tiranía, puesto que anteriormente Pisístrato maquinando lo mismo solicitó la guardia y luego que la obtuvo se convirtió en tirano y lo mismo hizo Teágenes en Megara y todos los demás casos que se conocen también resultan ejemplos acerca de Dionisio, respecto del cual no se sabe todavía si pide la guardia por este motivo. Pero todos estos caso se hallan comprendidos en la misma proposición universal, a saber que el que aspira a una tiranía solicita una custodia" (Aristóteles, "El Arte de la Retórica", Bs. As., L 966, págs. 43, 45, 50, 51, 54).- -

----- Por su parte, el entimema corresponde al razonamiento deductivo de la retórica y es correlativo al silogismo en el campo de la dialéctica. Es un razonamiento que se ubica dentro de lo probable o aparece decididamente en lo jurídico

///24.- como un silogismo incompleto porque faltan algunas de sus premisas o su conclusión; son de vital importancia los entimemas demostrativos (por oposición a los refutativos), porque aportarían razonamientos para llegar a convencer al público, pero no necesariamente para identificarse con la verdad.- - - - -

----- Estas premisas entimemáticas son de tres tipos:- - -

-----a) el tekmerion, que es el indicio necesario, demostrativo y terminante;- - - - -

-----b) el eikos, que es lo verosímil, la certeza humana, donde juegan la experiencia y las inducciones imperfectas; aquí se verá la importancia con el caso juzgado: "Verosímil es lo que suele ocurrir pero no simplemente por lo que definen algunos sino lo que pudiendo ser de otra manera, guarda, respecto de aquello por referencia a lo cual es verosímil, la misma relación que lo universal respecto de lo singular"; y- - - - -

-----c) el semei6n, que es el signo m6s ambiguo, es lo que se denominar6a indicio: el hecho de que S6crates fue sabio y justo es un indicio de que los sabios son justos; Es un indicio aparente porque no hay ligaz6n l6gica necesaria entre lo particular y lo general.-

----- A modo de s6ntesis, vemos que toda la carga argumentativa tiene reglas cient6ficas que cumplir para ser aceptada, ya vengan del campo deductivo (silogismo o entimema) o del campo inductivo (ejemplos, indicios o inferencias) y, cuando el Juez los emplea, tiene que conocer los l6mites de su validez, porque NO SE CONFUNDEN CON EL SILOGISMO. Sin estos l6mites, se resienten los principios de

///25.- la l6gica que el c6digo de rito manda respetar, ya que, salvo el indicio necesario, los dem6s entran en el campo de las inducciones imperfectas, aunque se alegue una m6xima de experiencia, y no est6n en relaci6n con el descubrimiento de la verdad, sino s6lo del convencimiento del auditorio.- - - - -

----- Ahora, aplicando los conceptos al caso concreto, vemos que la "quaestio" pasa por la hip6tesis, que supone una especificidad mayor referida a los hechos, las circunstancias y las condiciones que provocan la tesis; es la causa -sobre esta falacia en la causalidad ya hablamos en el punto anterior-. De all6 que no se pueda escindir la consideraci6n de la tesis, la hip6tesis y la causa, para atribuir la autor6a de un delito (homicidio), ya sea que se utilice la l6gica formal, la dial6ctica o la ret6rica, pero que se la utilice y que no se la confunda con una argumentaci6n ret6rica, por m6s que haya partido de un hecho cierto.- - - - -

----- Los hechos se someten a una regla de verosimilitud. El orden es natural si se cuentan los sucesos en la misma secuencia en que ocurrieron y es artificial si se elige un corte diferente en la exposici6n de los hechos.- - - - -

----- Este orden provoca una inteligibilidad particular y no puede ser ni inventado ni presumido. Debe ser cierto. No se concibe una argumentaci6n que no exponga las razones probatorias.- - - - -

----- Repito estos conceptos para diferenciarlos del discurso argumentativo, que puede recurrir a la inferencia, a los puntos de vista, y además contar con un acto de

///26.- argumentación y una orientación argumentativa.- - -

----- Lo más importante en este campo es marcar la diferencia entre inferencia y deducción, porque es el camino por donde se pierden las mejores intenciones, y también los Jueces.- - - - -

----- Se deduce una cosa de lo que ya está dado, mientras que se infiere para lo nuevo, para decir alguna otra cosa, pero no exactamente el hecho indubitado.- - - - -

----- Así, por ejemplo, la presencia de una persona en la Sala de Audiencias del Tribunal puede obedecer a un alegato, a la compañía de un condenado o su abogado defensor, a un examen "de visu", a una visita protocolar o a la espera del Juez, del Secretario o el imputado, para hacer justicia por sus propias manos, etc. (lo que dé la imaginación para imaginar hechos o situaciones).- - - - -

----- En el caso concreto, lo no tan frecuente puede generar dos o más posiciones o entendimientos; por eso el Juez en el acto de la argumentación se esfuerza por convencer desde su fuero íntimo, pero como no le alcanza ocurre entonces a la orientación argumentativa, utilizando el encadenamiento de premisas (que confunde con los indicios) utilizando para ello generalmente dos clases de morfemas: los conectores (conjunciones y frases conjuntivas), expresados a través de las palabras "entonces", "pero", y también los operadores, que se usan en la oración para potenciar los argumentos. Para ello se emplean generalmente las palabras "casi", "no más que...", "no tan...", etc.- - - - -

----- Pero ninguna de estas técnicas del discurso argumentativo (coadyuvantes en un auditorio), servirán para

///27.- fundar una condena. Será necesario volver a ver la calidad de los argumentos y los instrumentos probatorios que permiten fundar la tesis, la hipótesis y las conclusiones, donde solo valen el discurso teórico, aun dogmático jurídico, el normativo y el explicativo-motivacional, ausentes por doquier en el fallo analizado.- - - - -

----- Debemos destacar que en el caso concreto las presunciones deben estar vinculadas con lo normal y lo verosímil. "Si la presunción basada en lo normal no puede llevarse más que raramente a una evaluación de frecuencias y a la utilización de características determinadas de distribución estadística, no está de más aclarar la noción usual de lo normal mostrando que depende siempre del grupo de referencia, es decir de la categoría en virtud de la cual se establece" (conf. Perelman y Olbrechts-Tyteca, ob.cit., págs.

125/131).- - - - -

----- En toda argumentación judicial intervienen las variaciones del grupo de referencia. La antigua oposición entre la argumentación por los móviles del crimen y por la conducta del acusado corresponde a dos grupos de referencia diferentes: el primero más amplio, el segundo más específico; es decir, en el segundo caso se extraen las presunciones de lo que es normal para los hombres que, durante toda su vida, se han comportado como el acusado.-

----- En síntesis, y desde el plano cuasilógico, la sentencia es pasible de descalificación en tanto penetra en el terreno de la tautología, presentando una definición (la de autoría) desde una situación preexistente y desde un convenio puramente lingüístico, con lo que no nos enseña

///28.- nada en cuanto a los enlaces empíricos (cadena de indicios) que un fenómeno puede tener con otros, para cuyo estudio sería indispensable una investigación experiencial (lo no tan frecuente).- - - - -

----- Dicha acusación supone que las definiciones son arbitrarias, independientes de la experiencia y están desprovistas de interés científico (conf. Perelman y Olbrechts-Tyteca, ob.cit., págs. 303 y sgtes., 336).- - -

----- He hecho este análisis final para entender que, ni aun computando las figuras de la nueva retórica diseñada por Perelman, lograríamos argumentos científicos, lógicos o cuasilógicos valederos para fundar una condena, aun admitiendo las críticas a la concepción silogística del razonamiento judicial (Carlos I. Massini, "La prudencia judicial", Abeledo Perrot, 1983, págs. 73 y sgtes.) pero rescatando para nuestro patrimonio común de juzgar, la plenitud de la prudencia, cumpliendo con todos sus requisitos dentro de los que se destaca la razón o el buen razonamiento (Santo Tomás, "Summa Teologica", II-II, q. 48.a.1 y q. 49. a.3.y 49.a.5., ad. 2):- - - - -

----- En lo que hace a la razón o buen raciocinio, no pueden quedar dudas de que para alcanzar una conclusión correcta es necesario que el proceso racional por el que se pasa de las premisas a dicha conclusión se realice conforme a los cánones de la lógica. Ello es así sobre todo en razón de que "las acciones particulares cuya dirección compete a la prudencia, distan mucho de ser inmediatamente inteligibles y tanto más cuanto inciertas e indeterminadas son. Por lo mismo, aunque la razón sea en otras virtudes intelectuales
///29.- más cierta que en la prudencia, sin embargo ésta necesita más que ninguna del buen razonamiento del hombre para poder aplicar rectamente los principios universales a los casos particulares, que son variados e inciertos".- - -

----- Por ello, para finalizar, nada mejor que volver a Santo Tomás (ob.cit., II-II, q.60.al.,ad.l.) y transcribirlo: "Para que haya un juicio recto se requieren dos condiciones, de las cuales una es la virtud misma que profiere el juicio y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra es la disposición del que juzga y que le hace idóneo para juzgar rectamente, y así, en lo perteneciente a la justicia, el juicio procede de la justicia, como en lo concerniente a la fortaleza procede de esta. Así, pues, el juicio es acto de justicia, en tanto ésta se inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio".- - - - -

----- La prudencia pertenece sólo al campo de la razón practica, como lo demuestra Santo Tomás (ob.cit., Tomo XI, Club de Lectores, págs. 13 y sgtes.), quien concluye: "... si bien el entendimiento y la razón no son potencias diversas, sin embargo se denominan por los diversos actos, porque el entendimiento recibe su nombre de la íntima penetración de la verdad, y el nombre de la razón proviene de la investigación y del discurso" (pág. 49). Y por eso ambos son parte de la prudencia, según resulta de lo expuesto.- - - -

-----6.- Es por las razones que anteceden que propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación por inobservancia de normas procesales, anular lo actuado y remitir el proceso

///30.- al Tribunal de grado inferior, para que -con distinta integración- continúe la sustanciación del expediente (art. 440 C.P.P.). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Comparto en un todo el criterio sustentado y la solución propuesta por el señor Juez preopinante, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto en

----- autos y anular la sentencia N° 106/02 de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca y el debate precedente.- - - - - Segundo:

Reenviar la causa al Tribunal de origen para que,

----- con distinta integración, continúe la sustanciación del trámite (art. 440 C.P.P.).- -

- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 5

SENTENCIA Nº: 137

FOLIOS: 967/996

SECRETARÍA: 2