

## **EXCMA. CÁMARA SEGUNDA EN LO CRIMINAL**

### **HOMICIDIO CULPOSO-DOLO EVENTUAL-CULPA CONSCIENTE : ALCANCES; OBJETO**

Doctrinaria y jurisprudencialmente, mucho se ha discutido sobre el criterio diferenciador de la culpa consciente con el dolo eventual. Se trata, pues, de delinear en forma adecuada, con pautas objetivas que distinguen los tipos delictivos involucrados. En efecto, la característica esencial del tipo culposo es su peculiar forma de individualización de la acción prohibida, difiere del tipo doloso activo, en que se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo en cambio la conducta permanece prima facie indefinida. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales sino en razón de un resultado que se produce por una particular forma de realización de la acción, que presupone -por parte del autor del hecho- la provocación de un peligro prohibido, previsible y evitable. Esto ha dado lugar a que en doctrina se discuta hasta hoy inconclusamente, entre otras cosas, sobre la existencia o no del aspecto subjetivo en la estructura típica. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **HOMICIDIO CULPOSO-ART. 84 DEL CÓDIGO PENAL : CARACTERES; ALCANCES**

El tipo culposo contenido en el art. 84 -segundo apartado- del Código Penal reprime la conducta del que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte, incrementándose el mínimo a imponer, a dos años, si las víctimas fatales fueran más de una o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

En esa inteligencia en los tipos culposos, particularmente el que nos ocupa, el autor debe haber tenido la posibilidad de conocer la peligrosidad de su acción, respecto de la cual no hace falta un conocimiento efectivo. Como el resultado -a diferencia de los casos en que se actúa con dolo- no es querido, las acciones del autor deben tener una finalidad diferente a la de causarlo. Es decir que la muerte del “otro” debe pertenecer al ámbito de lo que el autor no ha querido o aceptado hacer. Esta última circunstancia es la que motivó al legislador a establecer como máximo una pena menos rigurosa (cinco años). Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón

Alberto Sala.

### **HOMICIDIO-FACULTADES DEL JUEZ-CALIFICACIÓN LEGAL : ALCANCES; CARACTERES**

La tarea del órgano jurisdiccional se circunscribe en verificar si la conducta juzgada enmarca en la figura típica del art. 84 o en la contemplada en el art. 79 del Código Penal, que también el legislador criminaliza al tipificar la acción de dar muerte a otro, estableciendo un margen punitivo de mayor rigurosidad (ocho a veinticinco años), en razón de que para su configuración se requiere que el resultado haya sido querido o buscado por el autor (dolo). Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **HOMICIDIO-DOLO EVENTUAL-CULPA : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

La sutil diferencia que existe entre la culpa consciente o con representación, en la que el agente se representa la posibilidad del resultado pero confía en que el mismo no se producirá, es la que dificulta su diferenciación con el dolo eventual, que de existir, desplaza la conducta a la figura del art. 79 del C.P. Respecto de esta particular concepción de dolo (eventual), el autor Enrique Bacigalupo nos dice: “no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia, solo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estaría en todos los casos ante supuestos de dolo eventual” (Bacigalupo Zapater, Enrique, Derecho Penal, 2004, pág. 307). Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **ACCIDENTE DE TRÁNSITO-RESPONSABILIDAD DEL AUTOMOVILISTA : ALCANCES; EFECTOS**

La conducción de automóviles configura una actividad que a pesar de tener la potencialidad de generar riesgos gravísimos, se encuentra socialmente aceptada e institucionalmente permitida debido a los beneficios que ésta acarrea, pero su ejercicio, además de hallarse altamente reglado para neutralizar lo máximo posible la concreción de aquellos, necesita de la estricta y armoniosa observancia de su normativa para funcionar. En este sentido, cuadra recordar que el automovilista debe estar atento a todas las contingencias del tránsito que se le presenten -aún del peatón distraído- y debe ser dueño en todo momento de la velocidad de la cosa peligrosa que maneja, debiendo

conducir con atención y prudencia, encontrándose siempre en disposición anímica de detener instantáneamente el vehículo que conduce. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **DOLO EVENTUAL-CULPA CONSCIENTE : CARACTERES**

La doctrina hace hincapié en que la clave para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, es “la confianza en la evitación” del resultado. Cuando el autor es consciente del riesgo y no obstante sigue adelante asumiendo y resignándose frente a ello, allí hay dolo eventual pues existe una decisión en contra del bien jurídico. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **TEST DE ALCOHOLEMIA-PRUEBA INDICIARIA : ALCANCES**

El principio de que las cifras surgidas de las escalas y tablas de alcoholemia y su signología clínica, exhiben un valor relativo, pero no obstante establecen parámetros objetivos que sirven de indicios científicos para estimar el grado de afectación psicofísica que el alcohol pudo causar en el acusado al momento del hecho. Voto del Dr. Sala.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **PENA-MONTO DE LA PENA-PODER LEGISLATIVO-PODER JUDICIAL-ATENUANTES-AGRAVANTES-FACULTAD DE LOS JUECES : ALCANCES**

Estimo conducente establecer la diferencia entre determinación legal de la pena y su individualización judicial, ya que la determinación legal viene dada por el legislador al establecer -en abstracto- topes mensurativos con montos máximos y mínimos de los delitos que tipifica.

La labor judicial se centra por ende en justificar la imposición del quantum aplicable, dado que también es el propio legislador el que establece parámetros que deben atenderse al momento de su fijación, mencionando y enumerando las circunstancias que deben ser tomadas como atenuantes o agravantes al momento de efectuar el menor o mayor reproche. Ello así, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico penal la sanción que

castiga el delito no pierde su finalidad resocializadora, por lo que no parece apropiado referir en el tratamiento del tema, a penas que aparezcan como ejemplificadoras, dado que tratándose de un sistema penal de acto, la obligación de los jueces está dada en sancionar a cada autor por el acto que cometió y no con la finalidad de hacer prevención general. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Colman, Ulberto s/Homicidio simple con dolo eventual en conc. real -dos hechos- en concurso ideal con lesiones graves y les. agravadas por la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor” -Fallo N° 9599/16- de fecha 10/05/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **DEFENSA EN JUICIO-CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN-ACUSACIÓN-DEFENSA-PRUEBA-SEGURIDAD JURÍDICA : ALCANCES**

La jurisprudencia ya sentada por la Excma C.S.J.N., en los casos “Tarifeño”, “García”, “Cáceres” y “Mostaccio”, entre otros; establece que el Tribunal no puede incursionar en la cuestión motivo de audiencia, si los requisitos esenciales del juicio para concluir en una sentencia “Acusación, Defensa y Prueba” no se cumplieron durante la misma, caso contrario, se afectarían las garantías de defensa en este proceso, y si bien los fallos de nuestro más alto Tribunal Federal no resultan obligatorios para casos análogos, es aconsejable que los Tribunales inferiores los colacionen como modo de contribuir a la seguridad jurídica.

Causa: “Gimenez, Alberto Cecilio s/Homicidio agrav. y vejaciones; Mereles, Rolando Julián -Insfrán, Carlos Daniel s/vejaciones, abuso de autoridad y encubrimiento; Paredes, César Vicente s/vejaciones, lesiones leves calific., abuso de autoridad y encubrimiento” -Fallo N° 9707/16- de fecha 05/07/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **PENA-ATENUANTES DE LA PENA-PRUEBA**

Las causas de atenuación de las penas como las causas de justificación del accionar ilícito al ser excepción a la regla de responder por el hecho propio, deben ser invocadas y debidamente acreditadas, para que alguien pueda beneficiarse con tal estado de excepción. Voto del Dr. Rojas.

Causa: “Alviera, Rosana del Milagro s/Homicidio en concurso real con homicidio criminis causa” -Fallo N° 9714/16- de fecha 07/07/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ramón Alberto Sala.

### **PRINCIPIO DE INOCENCIA-CARGA DE LA PRUEBA**

En el derecho penal, al existir la presunción de inocencia, resulta responsabilidad del titular de una pretensión punitiva pública (Fiscal) o privada (Querellante) destruir tal principio mediante la certeza de la comisión de un delito; de ello se sigue que una vez que está acreditada la responsabilidad de la persona acusada en el hecho ilícito, se invierte la carga de la prueba para que el responsable del ilícito pueda beneficiarse de uno

de los tipos atenuados (Emoción Violenta o Exceso en la Legítima Defensa) o permisivos (Causal de justificación). Voto del Dr. Rojas.

Causa: “Alviera, Rosana del Milagro s/Homicidio en concurso real con homicidio criminis causa” -Fallo N° 9714/16- de fecha 07/07/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ramón Alberto Sala.

#### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-PRUEBA**

En los hechos contra la reserva sexual -denominados delitos de alcoba- no suelen sobrar los medios exteriores de comprobación, puesto que por su naturaleza vulneradora de la intimidad física, los victimarios acechan eludiendo observadores y posibles auxiliadores que puedan asistir a sus sujetos pasivos elegidos, lo que determina la imposibilidad de contar con otros testigos directos.

Causa: “Canteros, Rolando Alfredo s/Abuso sexual sin acceso carnal reiterado y en concurso real” -Fallo N° 9745/16- de fecha 03/08/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

#### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-PRUEBA-PRUEBA PSICOLÓGICA-CARGA DE LA PRUEBA**

La falta de colecta de la prueba psicológica que permita contrarrestar esa inicial prueba cargosa, no es algo que debe pesar sobre el enjuiciado sino que es el Estado, por medio de los órganos predisuestos a tal fin, el que debe procurar la incorporación de esa probatura, para destruir -como antes ya lo señalara- su estado de inocencia. Y claro está, que en esta instancia de valoración definitiva del proceso, la duda debe jugar en su favor (art. 4 del C.P.P).

Causa: “Canteros, Rolando Alfredo s/Abuso sexual sin acceso carnal reiterado y en concurso real” -Fallo N° 9745/16- de fecha 03/08/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

#### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL-PRUEBA : ALCANCES; EFECTOS**

Se trata de los llamados delitos de alcoba donde el acto abusivo - como el investigado en la presente causa - transcurre por lo general en un marco de privacidad que hace muy difícil la colección directa de pruebas que acrediten el desarrollo de los acontecimientos, y bajo esa perspectiva las declaraciones de la propia víctima deben estar acompañadas de algún otro medio probatorio, al menos en forma indiciaria, para que sustente y justifique la categoría de “certeza” que se requiere para condenar. Voto del Dr. Rojas.

Causa: “Lopez, Milciades Victorino s/Abuso sexual con acceso carnal agravado” -Fallo N° 9835/16- de fecha 09/09/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala, María de los Ángeles Nicora Buryaile-en disidencia-.

#### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA: ALCANCES; CARACTERES**

Debe comprenderse además la enorme importancia que tiene para una víctima de abuso

sexual atreverse a hablar y ser escuchada adecuadamente, sin perder de vista la problemática que este tipo de criminalidad acarrea en relación a la precisión de las características del hecho, dado que son ellas mismas las que por pudor propio y el innegable sentimiento de sentirse a veces, cómplices o provocadoras, las que restan, cambian o agregan detalles que finalmente desdibujan el evento que las dañó. Disidencia de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Lopez, Milciades Victorino s/Abuso sexual con acceso carnal agravado” -Fallo N° 9835/16- de fecha 09/09/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala, María de los Ángeles Nicora Buryaile-en disidencia-.

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-ABUSO SEXUAL-FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA : ALCANCES**

Surge claro que el acusado sabía que no contaba con el consentimiento y sin embargo se extralimitó incluso a ello. Los discursos sociales que aún hasta hoy se mantienen en la sociedad en la que vivimos, extienden estas atribuciones a los hombres, por las creencias patriarcales que fueron conformando la identidad masculina. Pero la ley es clara, en reprimir tales actos. Disidencia de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Lopez, Milciades Victorino s/Abuso sexual con acceso carnal agravado” -Fallo N° 9835/16- de fecha 09/09/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala, María de los Ángeles Nicora Buryaile-en disidencia-.

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-ABUSO SEXUAL-DENUNCIA DE LA VÍCTIMA : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES; EFECTOS**

Reprochar a la víctima no haber hecho la denuncia inmediatamente, considero que ni legal ni humanamente es correcto, dado que precisamente el accionar que ahora juzgamos está comprendido en lo que hace a su persecución penal, a la apertura de la instancia investigativa por parte del ofendido (art. 72 C.P), precisamente porque el Estado deja que sea la víctima la que evalúe la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal. La ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y sociales que pueden estar en pugna dada la exposición pública que acarrea la apertura del proceso.

Con ello quiero significar que ni la misma ley, exige que la denuncia se haga de inmediato para dotar de validez y veracidad a lo anoticiado, y quienes llevamos a cabo la difícil tarea de juzgar, conocemos -por la experiencia de casos- que numerosas son las veces en que víctimas de este tipo de hechos, tratan por largos lapsos de tiempo tapar lo por vivenciado, poniéndolo de manifiesto recién cuando con el transcurrir de varios días o años, toman consciencia que ya no pueden acallararlo. Es por ello, que no considero que en el caso pueda reclamársele a la joven, no haber contado, ya desde un principio y sin que se me escape también considerar que de no haber acontecido la hemorragia que puso en riesgo su vida, la misma pudo nunca haber contado lo sucedido para preservarse de su entorno y de la exposición pública que el proceso acarrea y que la pone a ella como una de las protagonistas especiales del evento que la dañó. Disidencia de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Lopez, Milciades Victorino s/Abuso sexual con acceso carnal agravado” -Fallo N° 9835/16- de fecha 09/09/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala, María de los Ángeles Nicora Buryaile-en disidencia-.

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA : EFECTOS**

La afectación del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual sin coerción o fuerza es lo que castiga la ley, estimando oportuno referirme aquí a la necesidad de desnaturalizar los estereotipos de varón y de mujer presentes en nuestra cultura y que considero son los motivadores de conductas como la aquí juzgada. El avance en muchos ámbitos de la sociedad, no ha cambiado, sin embargo, aún en la actualidad, la mentalidad que todavía encarna un reparto de inequidad en las relaciones humanas. Disidencia de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Lopez, Milciades Victorino s/Abuso sexual con acceso carnal agravado” -Fallo N° 9835/16- de fecha 09/09/16; firmantes: Dres. Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala, María de los Ángeles Nicora Buryaile-en disidencia-.

### **HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

El homicidio que recepta el tipo escogido (art. 165 C.P) es sin lugar a dudas un homicidio doloso, que se diferencia de la figura contenida en el artículo 80 inc. 7° del Código Penal, en que la voluntad de matar no está preordenada al apoderamiento, sino que surge "con motivo u ocasión" y puede ser consecuencia de las violencias más disímiles. En otras palabras, el resultado muerte se presenta conectado con la acción de apropiación pero sólo por las coincidencias de tiempo y lugar, y no por la especial conexidad subjetiva (preordenación) que exige el homicidio criminis causa para su configuración, y en el caso, más allá del dato lo aportado al respecto por el testigo, no existen otros elementos concluyentes sobre tal conexión ideológica. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Cristaldo, Juan Pablo; Avalos, Francisco s/Homicidio en ocasión de robo agrav. p/Participación de un menor de dieciocho años... s/Homicidio en ocasión de robo” -Fallo N° 9830/16- de fecha 08/09/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.

### **SANCIÓN PENAL-MENOR DE EDAD : ALCANCES**

La reacción punitiva estatal respecto de un niño debe ser inferior a la que correspondería, en igualdad de circunstancias, para un adulto. Voto de la Dra. Nicora Buryaile.

Causa: “Cristaldo, Juan Pablo; Avalos, Francisco s/Homicidio en ocasión de robo agrav. p/Participación de un menor de dieciocho años... s/Homicidio en ocasión de robo” -Fallo N° 9830/16- de fecha 08/09/16; firmantes: Dres. María de los Ángeles Nicora Buryaile, Ricardo Fabián Rojas, Ramón Alberto Sala.