



ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 25 de marzo de dos mil diez se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces Doctores Víctor Horacio Violini y Daniel Carral, con la presidencia del primero de los nombrados (artículo 451 del Código de Procedimiento Penal), a los efectos de dictar sentencia en la Causa N° 10.669 (Registro de Presidencia N° 37.039) caratulada “A., R. C. s/ Recurso de Casación”, conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – VIOLINI .

ANTECEDENTES

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial de San Isidro condenó a R. C. A. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas como autora de los delitos de homicidio calificado por haberse perpetrado con alevosía y lesiones graves en concurso real.

2º) La defensa técnica de la encartada interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria centrando sus argumentos en la ausencia de fundamentación suficiente de las conclusiones conducentes a sostener la vigencia del agravante de alevosía.

Sostiene que se verifica sin suficiente fundamentación por el desarrollo seguido en la sentencia, la veracidad del estado vigil de la víctima y por consiguiente, sin sustento la afirmación del aprovechamiento de la indefensión de la misma y ello, en orden al ulterior abastecimiento de las mandas contenidas en el art.375 del CPP, impidiendo adunar a la tipicidad básica, el agravante del art. 80 inc. 2º del CP e impone su adecuación a la tipicidad expresada en el art.79 del citado cuerpo legal, con su consiguiente adecuación del reproche a la pena divisible en él preceptuada, con la obvia merituación del atenuante emandado de su ausencia de antecedentes penales.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala, notificadas las partes se designa audiencia.

El Sr. Fiscal ante este Tribunal solicitó el rechazo del



recurso interpuesto, por encontrarse ajustada a derecho la sentencia atacada ya que el impugnante se limita a invocar el agravio aludido sin aportar la inteligencia del reclamo, expresando tan sólo su criterio discrepante con el del juzgador, en lo atinente a que no podía afirmarse que la víctima se encontraba durmiendo cuando es agredida por A.

Agrega que si bien de modo general denuncia la aludida violación, ello no es suficiente a los fines de la admisión del planteo en la instancia casatoria. Sin perjuicio de ello, considera ajustada a derecho la calificación legal asignada por los jueces al hecho en tratamiento.

La Defensa ante esta Sala, plantea la arbitrariedad de la sentencia por omisión de tratamiento de cuestiones esenciales, como lo es la consideración de la ebriedad como atenuante, y en el mismo sentido la particular personalidad de su defendida.

Suma, la petición de inconstitucionalidad de los artículos 14 y 80 del CP y subsidiariamente la interpretación constitucional del último artículo mencionado.

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Señor juez doctor Carral dijo:

I. Llega a esta instancia acreditado por el “a quo” que “ el día 9 de mayo de 2008, siendo las 14:00 horas aproximadamente, una persona de sexo femenino, utilizando un caño de metal de aproximadamente 70 cm, le propinó a Luis Alberto Ibañez golpes en la cabeza con claras intenciones de producirle la muerte, ocasionándole lesiones de tal entidad que produjeron su deceso en forma inmediata, aprovechando el estado de indefensión de éste consistente en el hecho de que se encontraba durmiendo,



siendo el damnificado quien cohabitaba con la f emina en la vivienda de la calle Jean Jaur es 3137 de la localidad de Don Torcuato, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires, lugar donde se desarrollaron los eventos narrados”.

II. Parte de la doctrina establece que para que concurra la agravante del artículo 80 inciso 2  deben configurarse requisitos objetivos y subjetivos, así Creus, en su obra “Derecho Penal Parte Especial”, (7  edición, Editorial Astrea) nos dice que en el homicidio alevoso juega un papel importante, junto con la particular comisión externa del hecho, un favor subjetivo personal, debido a que no basta para que una acción sea alevosa, que el autor sólo conozca la situación, sino que en modo especial debe querer aprovecharla, lo que constituye un elemento subjetivo de lo injusto en la calificante .

El homicidio agravado por alevosía se corresponde a la figura del asesinato español. Esta comparación, analizando el derecho comparado produce una visión meridiana del concepto para poder así subsumir el tipo en el hecho materia del reclamo.

En el referido derecho español, el *art. 22.1 del Código Penal* dispone que la alevosía concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

Partiendo de esa definición legal, su jurisprudencia exige los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también



sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi* , conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; y 371/2009, de 18-3)". En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, distinguen tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía *proditoria o traicionera* , si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía *sorpresiva* , caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía *por desvalimiento* , en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva. Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; y 282/2009, de 10-2). La sorpresiva genérica, requiere un ataque repentino o súbito con el arma sin discusión previa alguna ; una alevosía sorpresiva sobrevenida, concurriendo una discusión previa sin ataque con arma alguna, que ésta se utilice de forma repentina o imprevista en un



momento determinado del enfrentamiento entre dos.

En el supuesto de trato se carece de todo elemento de prueba que acredite cuál era la situación fáctica previa a la agresión, factores relevantes para dirimir la base fáctica de la alevosía.

Nuestro artículo 80 inciso 2º castiga al que matare a otro con alevosía, modo que agrava por las menores posibilidades de defensa de la víctima, relacionado con la antigua fórmula que se recuerda como “obrar a traición y sobre seguro”, entendiéndose por traición el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y sobre seguro, la intención del agente de obrar sin riesgos para sí.

En el sub examine, nos encontraríamos en orden a lo dispuesto por el “a quo” en un caso de alevosía por desvalimiento, por la particular situación de la víctima, por tratarse de persona indefensa por su propia condición, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse, que la coloca en inferioridad de condiciones frente al victimario, ya que tiene por acreditada la circunstancia que Ibañez se hallaba dormido al momento de la agresión, indubitadamente endilgada a la persona de A., a quien coloca por ello, en una situación de superioridad.

Pero, esa superioridad del agente activo ha de ser de una entidad tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, llegando a eliminarlas totalmente, ya que si esto no ocurriera así, si esa frontera no se cruza, si hay una posibilidad de riesgo en el activo o de defensión de la víctima nos encontraríamos en presencia de la frontera inferior de la agravante, dándose lugar a la llamada “alevosía de segundo grado española”, situación que sería merituada como una agravante para la estimación de la pena en la figura básica del artículo 79 del digesto de fondo.

Si se disminuye la resistencia del ofendido nos encontramos frente a un agravante, si se suprime, frente al requisito del tipo del artículo 80 inciso 2º.

La esencia o ratio cualificadora la integran dos notas: el aseguramiento del resultado y la ausencia de reacción de la víctima con



eliminación de cualquier riesgo que pueda afectar a la persona del agresor.

Se dá por acreditada la circunstancia que Ibañez se encontraba durmiendo o por lo menos con somnolencia, a partir del croquis ilustrativo, de la inspección técnica, fotografías digitales, protocolo de autopsia, y pericial de rastros, de los que se colige la posición en la que se encontraba acostado en la cama.

No puede asegurarse sin margen de duda, partiendo del informe forense, que Ibañez estaba profundamente dormido, sí que presentaba lesiones que podrían ser de carácter defensivo.

Suma para inferirse la situación del damnificado que del informe químico se establece que éste poseía alcohol etílico en sangre en una cantidad entre 1,5 y 1,2 g/l, intoxicación lindante entre la de segundo y tercer grado.

Ahora bien, si en este punto analizamos la conclusión del voto en minoría donde se expone que *“cobra relevancia que si bien la acusada presentaba 0,6gr/l de alcohol etílico en sangre, no puede desconocerse que la extracción fue efectuada a las 02:02hs de la madrugada subsiguiente (ver acta de fs. 21), es decir, transcurridas aproximadamente doce horas de la estimada como de comisión del hecho (14 hs. del día anterior), lapso más que considerable como para inferir válidamente que, entonces, el considerable abuso de alcohol expuesto por la imputada en su descargo efectivamente acaeció, siendo que, a la vez, esas costumbres abusivas (protagonizadas por la acusada) son las que nos han arrimado a nuestro conocimiento los testigos de debate”*.

Por otro lado se lee en el primer voto que “la lucidez que la misma presentara...se condice con las referencias formuladas por ésta acerca de que solamente bebía alcohol en forma profusa los fines de semana...y el hecho en trato tuvo lugar un día hábil”, no habiéndose evaluado este reconocimiento en el marco del ámbito cultural que a entender del doctor Introzzi Truglia “ha sido demostrada para este juicio que la cohabitación en la vivienda sita en Juan Jaures 3137 de Don Torcuato, al momento del acaecimiento de la muerte violenta de Luis Alberto Ibañez, alcanzaba, además



del occiso y de la acusada, también a la pareja de ésta última, Andrés Domingo Segovia y a Angel Arrua, todo ello en un contexto de suma precariedad, marginalidad social y abuso de alcohol, que en el caso de la acusada también implicaba la inhalación de pegamento del tipo poxirán...cohabitando esas cuatro personas en...una vivienda precaria..en un marco de poca higiene y gran desorden, encontrándose el patio de la vivienda lleno de basura, cartón y botellas de vidrio. La acusada se dedicaba a cartonear o cirujear”, sumado a la experiencia, la razón y la sana crítica debemos colegir que ha querido favorecer su situación al consignar que su exceso en ingesta alcohólica era solamente durante los fines de semana.

Respecto a la diferencia de alcohol en sangre entre Ibañez y A., leemos en el Manuel de Medicina Legal de Alfredo Achával, (Abeledo Perrot, 1994, páginas 791/795), entre otras consideraciones que uno de los problemas que plantea la ingesta de alcohol es la determinación de los cambios psíquicos, pretendiéndose dar porcentajes de concentración de alcohol en sangre, correlacionándolos con conductas y grados de inconsciencia o de conciencia de los hechos, considerándose a ésta como una práctica pericial pésima al ir de lo general estadístico a lo individual del caso particular, contrariando la norma médico legal de que la excepción tiene el mismo valor de la regla.

Por ejemplo se acepta como una ingesta mortal para 70 kg/hombre de 420 ml. de alcohol etílico 100º, esto es de 6 g por kilo de peso, pero hay individuos que mueren con menos cantidad y otros que toleran ingestas mayores.

Dentro del análisis del alcoholismo a nivel médico legal, también se fracciona en múltiples problemas ya sea su diagnóstico actual, o en el momento del hecho o en exámenes sobre personas vivas o sobre cadáver.

Con 0,50 a 1g/1000 el 25% de los individuos está alcoholizado; con 1 a 2 g/1000 el 50%; de 2 a 3 g/1000 ya es la totalidad. Dice Achával que en las variaciones iniciales hay euforia, desinhibición, confianza en sí, inestabilidad emocional, 1/3 de los alcoholizados tiene retardo de reflejos y



dificultad en la adaptación visual y oscuridad, desadaptación en relación a la capacidad de previsión.

Además, el cálculo retrospectivo de la alcoholemia no siempre es decreciente. El factor promedio 0,10-0,20 debe multiplicarse por el número de horas entre hora de extracción-hora de pico y dará la concentración a sumar a la obtenida en la hora de extracción, resultando objetable que se extraiga sangre una sola vez.

Así, del resultado de la experticia química se inferiría que la acusada estaría en el mismo grado de alcoholemia que su víctima, ergo, ¿también estaba dormida o somnolienta?

En la figura en trato el dolo del autor se proyecta no sólo sobre la utilización del medio empleado, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

De tal forma, existiendo palmariamente un dilema de tinte teórico-práctico el cual de por sí evidencia cierto recelo a la hora de encontrar acreditado el injusto, sólo resta evaluar si dicho extremo puede suplirse a partir de otras circunstancias de relevancia probatoria como lo ha materializado el voto mayoritario, siendo menester adelantar que -tal como vengo exponiendo- el razonamiento final se presenta irracional ante la presencia de un margen de incertidumbre infranqueable que campea en el legajo, contribuyendo a formar un estado de duda insuperable (art. 1 del ritual).

Finalmente, con sustento en las consideraciones expuestas en los acápites que anteceden, entiendo que no se verifica en la especie un estado de certeza propio de un arbitrio condenatorio respecto de la real existencia del injusto cuya consumación se le ha reprochado a R. C. A., y - en consecuencia- esta insuficiencia probatoria transige un estado de incertidumbre invencible que, reparando en la manda del art. 1 del C.P.P., debe resolverse en favor de la acusada (arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, 168 y 171 de



la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 209, 210, 211, 233, 371, 373, 451, 454, 459, 460, 463 del Código Procesal Penal).

En el sub examine, y a tenor de las consideraciones puestas de manifiesto en autos respecto a las condiciones personales, físicas, psíquicas y culturales de los protagonistas, orientan su resolución en orden al principio de favor rei respecto a la aplicación de la agravante del tipo, debiendo subsumirse la conducta de A. como constitutiva del delito de homicidio simple.

III. Respecto al agravio introducido en orden a la falta de tratamiento de la embriaguez como atenuante de la graduación de la pena, asiste razón a la defensa, ya que se ha consignado en la sentencia que no se habrían ingresado para su tratamiento y discusión.

Al respecto, la embriaguez en el orden de la establecida pericialmente en autos, no provocada ni inducida, siendo ella habitual, al surgir de las manifestaciones testimoniales de la pareja de la incusa, debe considerarse como atenuante al momento de graduación de la pena.

Es cierto que un actuar culpable a causa de una grave adicción al alcohol y a las drogas puede generar una circunstancia atenuante, como expresamente recoge el artículo 21 del Código Penal Español, pero para ello, se hace preciso que exista una inmersión profunda y dilatada en el hábito del consumo para crear una dependencia que merezca el calificativo de grave y, además, que entre la grave adicción al alcohol y los estupefacientes medie una relación causal, ya que el sujeto debe actuar a causa de la misma, con lo que, va de suyo, no basta con la condición de alcohólico o drogadicto, si la misma no influye en la comisión del delito.

Igualmente debe admitirse el agravio referido a las características de la personalidad, que la defensa alega como demostrativas de un menor ámbito de autodeterminación citando en referencia el informe psicológico efectuado, que da cuenta de la inexistencia de un trastorno en la personalidad, con antecedentes de fallas en el control de su impulsividad, que le dificultaría motivarse conforme a las normas.

IV. A resultas de mi opinión en esta primera cuestión,



quedaría en el ámbito de la discusión doctrinaria el resto de los agravios.

Por lo que a esta primera cuestión, con los alcances dados VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el Señor Juez Doctor Violini dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto del doctor Carral y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el Señor Juez Doctor Carral dijo:

Que en orden al resultado de la votación precedente corresponde casar parcialmente la sentencia recurrida, declarando a R. C. A. autora penalmente responsable del delito de homicidio simple (artículo 79 del Código Penal), no habiéndose puesto en crisis la parte del fallo referida al hecho N° 2, corresponde su reenvío a la instancia a fin de establecer nuevamente la pena que corresponda, con el agregado de las atenuantes deducidas y a fin de precerbar el doble conforme de la resolución final.

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Violini dijo:

Que adhiere, en igual sentido y por sus fundamentos, al voto del doctor Carral.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

I. CASAR, sin costas, la sentencia recurrida

II. REENVIAR a la instancia para que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho a fin de establecer la pena que corresponda, con el agregado de las atenuantes deducidas y a fin de precerbar el doble conforme de la resolución final.

Rigen los artículos 451, 456, 460, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, y remítase a la Mesa Única General de



Entradas para su notificación y posterior devolución a origen.

Fdo.: VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mi: Andrea Karina Echenique