

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

La Corte de Justicia de la provincia de Catamarca resolvió no hacer lugar a los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por los doctores Víctor Manuel Pinto y José Omar Vega Aciar, defensores de Guillermo Daniel Luque, en contra de la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de San Fernando, que lo declaró culpable como coautor penalmente responsable del delito de violación seguida de muerte agravado por el uso de estupefacientes y por el concurso de dos o más personas, condenándolo a 21 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena.

Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario cuya denegatoria dio origen a la presente queja.

En la consideración de los agravios de la recurrente, se sigue a continuación el orden propuesto por el tribunal de casación, esto es la Corte de Justicia de Catamarca.

I

El hecho diverso y la acusación alternativa:

1. La defensa sostiene que la sentencia es nula pues no se observó el procedimiento prescripto en la segunda parte del artículo 395 del Código Procesal Penal de Catamarca. Así, el fiscal postuló la existencia de un hecho diverso, el tribunal discrepó con su postura y, no obstante ello, aquél no formuló la acusación alternativa que prescribe la ley. Finalmente la Cámara tuvo por probado este hecho diverso, con lo cual se violó el principio de congruencia entre acusación, defensa y condena, quedando afectada la garantía constitucional del debido proceso.

2. La Corte de Justicia provincial contestó este planteo,

aduciendo que el artículo 395, en su actual redacción y a diferencia del código anterior que resolvía la cuestión disponiendo la remisión del proceso al agente fiscal, le atribuye al fiscal de cámara, como órgano requirente en esa instancia, la facultad de adecuar la acusación a las nuevas circunstancias que surjan en el transcurso del debate y que provocan que el hecho constatado sea diverso del enunciado en el requerimiento o auto de elevación a juicio. En tales casos, debe procederse en la forma prevista para la ampliación de la acusación, resolviéndose la cuestión en el mismo debate, sin afectar la jurisdicción, ni el derecho de defensa, ni la potestad acusatoria, evitando así que la causa retroceda a la etapa preparatoria con el evidente perjuicio que ello ocasiona a los interesados.

Ahora bien, prosigue la corte provincial, para que este hecho pueda ser considerado íntegramente en la sentencia sin que ello provoque menoscabo al derecho de defensa del imputado, la ley prescribe el mismo trámite previsto para la ampliación de la acusación. Es decir que, cuando nuevos accidentes de modo comprometan aspectos que hacen al delito, circunstancias éstas que no le fueron intimadas al acusado, deben ser incluidas en la acusación por parte del fiscal de cámara en una adecuación de su requerimiento, con conocimiento del imputado.

Esta exigencia legal se funda en la tutela de la defensa en juicio, la cual, para su satisfacción plena, requiere que el imputado tenga en el curso del proceso el conocimiento y la posibilidad igualmente plena de defenderse del cargo que se le formula.

El a quo, tras citar doctrina al respecto, sostiene que no corresponde una oposición al instituto de la acusación alternativa, bajo pretexto de una eventual vulneración del

Procuración General de la Nación

debido proceso y la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues ello importaba utilizar dos conceptos que hacen a la libertad y que, según lo expuesto, se encuentran suficientemente reconocidos y protegidos, para justificar o coonestar maniobras cuanto menos dilatorias, sin que ello otorgue mayor vigencia o amplitud a tales conceptos y sí, en cambio, se provoque un desgaste inútil.

Luego de otras consideraciones generales, el tribunal arguye que en el *sub judice*, el procedimiento seguido por el tribunal de juicio fue ajustado a derecho. En efecto, una vez planteado por el fiscal de cámara el hecho diverso que él entendía que debía ser la base del juicio a partir de ese momento, el presidente del tribunal, de conformidad a lo que establecen las normas que regulan el procedimiento para el caso, intimó a los imputados Luque y Tula en forma detallada acerca del nuevo hecho que se les atribuía y les hizo conocer las pruebas que sirvieron de base para reformular la acusación, informando también a los defensores y al fiscal de su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar la acusación o la defensa.

Ante las objeciones efectuadas por las defensas al planteo del fiscal, como así también al procedimiento seguido por el presidente, el tribunal resolvió no hacer lugar por ahora (el subrayado pertenece al a quo) a la calificación de hecho diverso formulada por el ministerio público, pero dejando subsistente la intimación del hecho nuevo que el presidente efectuara a los imputados. También el tribunal dispuso mantener la invitación efectuada a los defensores y al fiscal, para ejercer su derecho de pedir la suspensión del debate.

Así las cosas, concluye el máximo tribunal provincial, se puede afirmar que las garantías constitucionales del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio han sido

rigurosamente preservadas por el tribunal de mérito, ya que el imputado y sus defensores tuvieron cabal conocimiento del hecho nuevo atribuido y, por ende, de la posibilidad de defenderse, tal como lo requieren las garantías judiciales establecidas en los incisos b y e del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Y a tal punto esto es cierto, que el doctor Pinto, codefensor de Luque, aceptando sin objeciones el trámite, solicitaba, "oída la subsistencia de la intimación efectuada a su defendido" y en ejercicio de la facultad que la ley confiere, la suspensión del debate con la finalidad de ofrecer nuevas pruebas relacionadas con el hecho nuevo. Frente a ello, su actual oposición aparece manifiestamente contradictoria.

3. En su recurso de queja, la defensa insiste en que hubo una discrepancia entre el tribunal de juicio y el fiscal respecto del hecho diverso, en cuyo caso éste debió formular una acusación alternativa, cosa que omitió; sin embargo, se dijo erróneamente en la sentencia que "existe en esta causa un acusación alternativa o subsidiaria".

Dice la parte que, ante las oposiciones de ambas defensas, el tribunal decide no aceptar el hecho diverso y, excediendo sus facultades, decide mantener las intimaciones efectuadas a los imputados por el presidente, sin que el fiscal formulara la acusación alternativa. Quien tenía que deducirla era el fiscal y no el mismo tribunal que, de manera encubierta, suple su actividad al dejar subsistentes las intimaciones efectuadas a los imputados, en un actuar contrario a las leyes de la lógica, pues habiéndose negado a aceptar el hecho diverso termina aceptándolo.

Esta situación, en su opinión, configuró una doble imputación, careciendo de sustento la segunda debido a la ausencia de acusación por parte del fiscal, pues éste, ante la

Procuración General de la Nación

discrepancia, no formuló la acusación alternativa. Sin embargo, el tribunal recepta esta acusación, violentando todos los principios que fundamentan la defensa en juicio, a saber:

a) No se planteó el contradictorio (*audiatur et altera pars*) toda vez que el fiscal expresamente desistió en sus alegatos de acusar por la primigenia calificación de homicidio preterintencional y se desplazó hacia otra hipótesis, sin haber formulado previamente la acusación alternativa del artículo 395, segunda parte, del código citado.

b) El proceso no tuvo por base una imputación concreta y definida, que en el juicio plenario debe estar contenida en una acusación formal (*ne procedat iudex ex officio*), sino que fluctuó entre ambas imputaciones.

c) La necesidad de que la acusación sea intimada correctamente, incluso en el caso de que ésta sea ampliada, fue objeto de un subterfugio inconstitucional, al rechazar el tribunal el hecho diverso pero dejando subsistente la intimación por el mismo sin que el fiscal formulara la acusación alternativa.

d) Por ello no existe correlación entre la acusación intimada y la sentencia, entendiéndose como tal la intimación original de homicidio preterintencional, que no guarda correlación con la violación seguida de muerte agravada por el uso de drogas.

Por estos motivos, concluye el apelante, la sentencia es nula por haberse violado dispositivos legales expresamente conminados con sanción de nulidad y otros que afectan garantías constitucionales, como la del debido proceso legal o el derecho de defensa en juicio. Nulidad que se califica de absoluta y que puede ser declarada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte. Y habida cuenta que

este remedio dejaría subsistente la acusación originaria por homicidio preterintencional, toda vez que el fiscal desistió expresamente de acusar por este delito, lo que ha privado a esa defensa de contrarrestar eficientemente dicha imputación al privársela del contradictorio, corresponde que se declare la absolución de su defendido.

Por último, la defensa argumenta que la doble imputación, que dio como resultado el particular análisis de los artículos 395 y 375 del Código Procesal Penal de Catamarca que efectúa el tribunal de juicio, constituye un acto inconstitucional ya que vulnera el principio del *non bis in idem*.

4. Más allá del acierto o no de la interpretación efectuada por la Corte de Justicia catamarqueña del artículo 395 del Código Procesal Penal de esa provincia, cuestión ajena al recurso federal, lo cierto es que, en mi opinión, no existió una violación sustancial del principio constitucional de la defensa en juicio.

a) Según consta en el acta de debate (ver fojas 174 a 210), en la audiencia del día 3 de septiembre de 1997, el fiscal de cámara, doctor Taranto, expresó que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 395 del código procesal, iba a reformular la acusación, puesto que aparecieron elementos incompatibles con la original. Luego, relató los hechos en los que basaba su requerimiento, la calificación legal y los medios de prueba pertinentes.

El presidente, siempre según el acta, explicó a los imputados que el "fiscal de cámara ha ampliado el plexo fáctico de la acusación, por lo que se ha ampliado el espectro por el que están siendo juzgados, conforme los artículos 395 y 375 del código procesal penal". Seguidamente, "procede a intimar a Guillermo Daniel Luque del hecho diverso en el que se va a basar la acusación, cuyo contenido obra precedentemente, ha-

Procuración General de la Nación

ciéndole conocer, asimismo, la prueba que obra en su contra".

La defensa de Luque planteó la nulidad de la intimación y el tribunal en pleno resolvió rechazar la articulación defensiva y, por otro lado, no hizo lugar, por el momento, a la calificación de hecho diverso formulada por el ministerio público. Asimismo decidió dejar subsistente la intimación a los imputados y la información a los defensores y al fiscal de su derecho a pedir la suspensión del debate. El doctor Pinto, defensor de Luque, ante esta decisión, pidió una suspensión de la audiencia por noventa y seis horas a fin de ejercer el derecho de ofrecer y producir la prueba. Luego, ante una aclaratoria formulada, por la defensa de Tula, "expresa la Presidencia que el doctor Pinto acaba de ratificar una acusación alternativa". En la audiencia del día 10 de septiembre de 1997, se hace constar que "la defensa del imputado Luque ofreció prueba a fojas 7257/8". En la audiencia del día siguiente esa parte dedujo los recursos de nulidad y de reposición contra la resolución del tribunal, que fueron rechazados.

b) Al convalidar el tribunal tanto la intimación a los imputados como la información a la defensa y al fiscal del derecho a pedir la suspensión del debate -actos cumplidos por el presidente-, aun cuando no comparta la existencia del hecho diverso, está posibilitando que el proceso transite por el camino de la acusación alternativa, según la voluntad requirente del fiscal y sin que se advierta que, de algún modo, la sustituya o extralimite sus facultades de órgano juzgador.

Esta voluntad del acusador vuelve a ponerse de manifiesto cuando, al contestar la nulidad interpuesta por la defensa de Luque, se dice que "el fiscal de cámara no va a acusar más por homicidio preterintencional" y que "es obligación de la Fiscalía pedir la nueva acusación" (ver fojas 9194). Vocación

requirente que es expresamente aceptada por el actor civil (fojas 9206 v.).

En mi opinión, cuando la cámara decide "no hacer lugar, por ahora, a la calificación de... hecho diverso", a pesar de mantener los actos procesales que tornan operativa la nueva acusación, lo hace inspirada en su afán irreprochable de mantener la libertad caucionada de los procesados (fojas 9196), por considerar prematuro su encarcelamiento.

c) Si se analiza esta intensa actividad jurisdiccional y recursiva desplegada por los sujetos del proceso a partir del hecho diverso denunciado por el fiscal de cámara, no en relación al derecho local, cuestión ajena a la materia federal, como ya se dijo, sino a la luz de la garantía constitucional de la defensa en juicio, obtenemos que en el caso se ha respetado, de manera aceptable, los presupuestos esenciales de esa etapa, esto es, el principio de contradicción y el derecho a ser oído.

El hecho diverso, postulado por el fiscal de cámara en el debate mediante una nueva acusación relatada de manera clara, precisa, específica y con todas las circunstancias que hasta ese momento podían conocerse, fue expresamente intimado por la presidencia a Luque, quien tomó noticia de la imputación, optando por no declarar, hasta que sus defensores lo consideraran oportuno, no obstante lo cual alegó ser ajeno a éste o a otro hecho que se le atribuyera (fojas 9192).

Incluso en el momento en que la presidencia expresa que "el doctor Pinto acaba de ratificar una acusación alternativa", la parte, con su silencio, consiente tal aseveración.

Posteriormente la defensa solicitó una medida de prueba -la reconstrucción del hecho- teniendo en cuenta "la acusación alternativa efectuada por el fiscal de cámara" (fojas 7257 y 7258), con lo que reconoce expresamente su existencia,

Procuración General de la Nación

admitiéndola formalmente, por lo que la ulterior tacha resulta tardía. Ello es así, aun cuando criticó en aquella oportunidad la carencia de base fáctica de esa imputación, situación que causaba, a su criterio, un estado de indefensión (fojas 9579 y vuelta). Como puede advertirse, se anotició puntualmente al procesado y a sus defensores de la nueva imputación y se le otorgó a estos últimos suficientes posibilidades de preparar su defensa en tal sentido, de acuerdo a lo previsto por la ley procesal local.

En los alegatos, la defensa refutó el hecho diverso (fojas 9645) y, tras un análisis pormenorizado de sus circunstancias y accidentes a la luz de la prueba rendida, pidió la absolución de su defendido por ambas acusaciones (fojas 9648).

Luego, la condena versó sobre este hecho, por lo que el principio de correlación entre la acusación, la defensa y la sentencia, quedó finalmente salvaguardado, mediante una actividad requirente y jurisdiccional con los caracteres mencionados de claridad, precisión y de relación circunstanciada y específica, conocida por el acusado quien en todo momento pudo ejercitar su derecho a ser oído y a ofrecer prueba. En tal sentido se ha cumplido en el *sub judice* con el respeto a la garantía de la defensa en juicio conforme lo entiende V. E., es decir, observando las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 116:23; 119:284; 125:268; 127:36 y 352; 189:34; 272:188, considerando 8°, 302:328, 482 y 791, entre otros).

d) Por otro lado, discrepo con la alegación de que la figura de la acusación alternativa o subsidiaria resulta contraria a la constitución, de la manera como fue aplicada, pues atacaría el principio del *non bis in idem*. Cuestión que analizaré no obstante dejar sentado que su introducción (fojas

9205 vuelta) resulta a todas luces tardía.

De adverso a lo sostenido por esa parte, y tal como lo postula Julio B. J. Maier, antecedente doctrinario del artículo 395 del Código Procesal Penal de Catamarca -a tenor de lo que expresa el autor del proyecto, Víctor Vélez- aquella institución es el mejor remedio para evitar la doble acusación penal susceptible de provocar la indefensión del imputado. "Ella supone -sostiene el autor citado- que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa...Forma recomendable en estos casos conflictivos e, incluso, en aquéllos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal y su fracaso no determina, necesariamente, la imposibilidad de una condena por el mismo acontecimiento histórico...Es recomendable siempre para el acusador cuidar de describir circunstanciadamente el hecho y, cuando duda, acudir al remedio de la acusación subsidiaria o alternativa...La razón por la cual deben preverse acusaciones alternativas, es que aceptan, de antemano, la posibilidad de que fracase alguna de las imputaciones o la imputación principal...La imputación alternativa es...la solución para respetar la defensa del imputado sin someterlo a más de una persecución penal". Maier pone como ejemplos, en estos casos, a las hipótesis de concurso aparente, infracciones progresivas, tipos alternativos, como el hurto y el encubrimiento, la imputación dolosa y culposa o el delito de ac-

Procuración General de la Nación

ción u omisión -en estos últimos dos casos, cuando el resultado fue el mismo, por ejemplo, la muerte de una persona- o de la relación típica de especialidad (agravado-básico) ("Derecho Procesal Penal Argentino", tomo 1, vol. b, Julio B. J. Maier, pág. 343, 383, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989).

Otras fuentes codificadas que inspiraron a los autores del dispositivo normativo en estudio, son:

1. El artículo 309 del llamado "Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica" (según las propuestas elaboradas en las Quintas Jornadas de Derecho Procesal (Bogotá-Cartagena, del 20 al 27/6/70) y que tomó como antecedente el código de Córdoba y las "Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal" redactados por Clariá Olmedo, que prescribe la posibilidad de que el ministerio público amplíe la acusación durante el debate, entre otras causales, por "inclusión de un nuevo hecho". En tal caso, el presidente procederá a recibir nueva declaración al imputado e informará a todos los intervinientes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación, y fijarán el marco de la eventual sentencia de condena, con la advertencia de oficio sobre la posible modificación de la calificación jurídica (artículos 310 y 322 del proyecto citado).

2. El artículo 309 del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, llamado Proyecto Maier, elevado por el Poder Ejecutivo en 1987, el que no dio lugar a debate parlamentario, aunque sí a un dictamen de Comisión (Ver "Trámite Parlamentario" N° 13 del 20/5/87 y la "Orden del día" N° 766/88), y que fue redactado en idénticos términos al código modelo

indicado en el punto anterior.

Conviene decir que cuando este último proyecto fue sometido a la consideración de los especialistas en la materia, el diputado Horacio S. Maldonado opinó que "habría que establecer, que previamente el tribunal debe resolver si es procedente la ampliación pedida por el ministerio público", crítica que fue receptada por los autores del código catamarqueño al redactar la norma correspondiente, esto es el citado artículo 395, donde se contempla la posibilidad de que el tribunal resuelva sobre la aceptación o rechazo del hecho diverso (ver la publicación de la imprenta del Congreso de la Nación del trabajo titulado "Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código Procesal Penal de la Nación", año 1987).

En ambos casos, se trata de proyectos de procedimientos penales inspirados en las principales declaraciones y pactos internacionales, precursores de las garantías de seguridad individual en el marco doctrinario del estado de derecho. Resulta ilustrativo en este aspecto, consultar la exposición de motivos de ambos proyectos y su texto normativo que prohíbe la persecución múltiple (artículo 4 en ambos cuerpos).

Por otro lado, debe considerarse que el fundamento de esta institución de la acusación alternativa o subsidiaria, basada en el hecho diverso, debe buscarse en la razón práctica consistente en evitar que el proceso vuelva a una etapa anterior para que se reformule la requisitoria fiscal y, tal vez, el auto de elevación a juicio, en violación, justamente, de los principios de preclusión y progresividad y de la garantía del non bis in idem, tal como los ha sabido interpretar el Tribunal (Fallos: 272:188, considerandos 14, 15 y 16; 298:50; 300:112).

Procuración General de la Nación

En resumen, en este caso no se advierte que se haya violado el principio de la defensa en juicio, pues no hubo una condena sorpresiva sobre hechos y circunstancias de las que el procesado no pudo defenderse debidamente (Fallos: 284:54; 298:104 y 304), ni una variación brusca del objeto del proceso. Tampoco se violó la garantía del *non bis in idem*, pues, justamente no hubo una persecución penal múltiple por un mismo hecho, en el sentido del doble riesgo o "*double jeopardy*" (posibilidad vedada en la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos), tal como lo considera la Corte Suprema de ese Estado (*ex parte* Quirin, 317 USD 1, 43, 44 - 1942) y lo ha propiciado este ministerio por medio de los procuradores generales, doctores Ramón Lascano y Elías P. Guastavino (ver dictámenes respectivos en Fallos: 248:232, 250:724 y 298:736). Por el contrario, se trató de un hecho diverso (del latín *alternus*, y éste de *divertere*, llevar por vanos lados), alternativo (del latín *alternus*, y éste de *alter*, otro), debidamente intimado e imputado. Esta posibilidad de distinguir entre ambas hipótesis, priva al caso de "la unidad esencial necesaria para la aplicación de la regla del *non bis in idem*" (Fallos: 250:724, considerando 30). El tribunal de juicio incluyó legítimamente ambas imputaciones, posibilitando que el objeto material del proceso fuera examinado desde todos los ángulos legales posibles (ver dictamen fiscal en Fallos: 248:232 y la monografía de Ricardo C. Núñez, "La garantía del *non bis in idem* en el CPP de Córdoba", publicada en Revista de Derecho Procesal, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1946, año IV, pte. 1ª, ps. 311 y ss).

En definitiva, la parte no demuestra concretamente en qué se afectó la garantía invocada, o la posibilidad de defenderse, probar y alegar sobre la acusación cuestionada. Por

consiguiente, según lo expuesto y porque opino que la voluntad requisitoria del fiscal de cámara claramente expuesta -y mantenida en el decurso del juicio- en cuanto al hecho diverso, fue suficiente para asegurar, en este aspecto, las garantías constitucionales invocadas, estimo que debe desecharse esta tacha.

II

Declaraciones testimoniales de los médicos forenses:

1. Se queja la parte por la introducción en el debate de los testimonios de Osvaldo Hugo Raffo, Osvaldo Héctor Curci, Daniel Adrián Crescenti y José Angel Patitó, integrantes del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que dichos profesionales habían producido un dictamen pericial el que fue declarado nulo en la etapa instructoria. A su juicio, se trata de una práctica procesal defectuosa, puesto que existe una incompatibilidad entre ser testigo y ser perito y, por otro lado, se trata de actos que no tuvieron el debido control de los peritos de parte. En consecuencia, se han violado las garantías de la cosa juzgada y el debido proceso, así como el principio de preclusión procesal.

2. La Corte local, como tribunal de casación, rechazó esos agravios (fojas 255 a 257 del legajo correspondiente). En primer lugar, sostuvo que no consta en el acta de debate que se hubiera formulado la reserva oportuna que establece el inciso b del artículo 456 del código procesal penal catamarqueño, como condición para recurrir en casación por inobservancia de las formas procesales, tal como lo reconoce expresamente la defensa de Luque a fojas 9156 vuelta. Por lo tanto el recurso se basó en una reflexión de manifiesta extempor-

Procuración General de la Nación

neidad impedimento insalvable para que la alegación resultara fundamento hábil del agravio.

En cuanto a la admisión como testigos de dichos profesionales, y teniendo en cuenta que la ley adjetiva establece una suerte de habilidad general para serlo (artículo 239 del código citado), en principio, no hay exclusión de ninguna persona física como testigo en el proceso penal, dependiendo su credibilidad de la oportuna valoración por el magistrado, conforme a los principios de la sana crítica, esto es, de acuerdo a la experiencia, la lógica, la psicología y el común acontecer.

En ese sentido, la doctrina en general es proclive a aceptar este tipo de declaraciones de aquellos a quienes denomina "testigo-perito" o "perito técnico". En consecuencia -dice el alto tribunal provincial- el hecho de haber actuado con anterioridad como peritos, no impide ni invalida que tales profesionales puedan rendir testimonio, incluso sobre hechos o circunstancias relacionados con esa actuación anterior y en la medida en que el magistrado, en su búsqueda de la verdad real, lo requiera y valore. Amén de ello, en este caso no se advierte violación alguna a las reglas del debido proceso, menos aún si se tiene en cuenta que los ahora recurrentes participaron activamente del interrogatorio efectuado a dichos testigos, haciéndolos propios y sin realizar ningún tipo de objeción.

3. En la queja, la defensa insiste en su planteo aduciendo, en primer lugar, que no le asiste razón a la Corte cuando afirma que no hubo oposición y que no se hizo reserva de casación. La admisión de la casación -dice- reconoce dos variantes: que se haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto; o bien, que se haya hecho protesta de recurrir en casación. Y que esa defensa, al oponerse a la inclusión de los

peritos como testigos, al comienzo del debate (fojas 9107 vuelta), cumplió con la primera.

Agrega la parte que, según la advertencia efectuada por el presidente del tribunal, estos testigos no podían hacer consideraciones de carácter científico, sino una mera referencia histórica. Asimismo considera que la ley procesal (cita los artículos 238 y 253 del código procesal de la provincia) diferencia enfáticamente cuándo corresponde la categoría de testigo y cuándo la de perito, por lo que no puede aceptarse que se haga comparecer a éste como si fuera aquél. Esta incorporación implica un quebrantamiento sustancial a las reglas del debido proceso legal, porque, por más que se haya pretendido justificar sus declaraciones, no cabe ninguna duda que desarrollaron una labor estrictamente científica, fruto de sus conocimientos especiales.

Por ello, se prosigue, la invocación de que en la apreciación de la prueba rige el sistema de la libre convicción y de la sana crítica racional como argumento para volver sobre un acto nulo, resulta arbitrario pues se está actuando en forma contraria a lo que las reglas de la sana crítica imponen. Este sistema no puede ser un pasaporte al libertinaje probatorio de los jueces.

En otras palabras, el acto pericial declarado nulo por una sentencia interlocutoria emanada del juez de la causa y que se encontraba firme y consentida por las partes, es revivido, resucitado por obra y gracia de la declaración "testimonial" de quienes practicaron ese acto inválido. Y poco importa si fue anulado por cuestiones meramente formales o materiales. Lo que importa es que respecto a él habían operado los efectos de la cosa juzgada, por lo que la conducta del tribunal es francamente violatoria de las normas del debido proceso legal.

Procuración General de la Nación

Estos testimonios cobraron real importancia, por lo que a partir de esta irregular -por no decir ilegal- incorporación de la prueba testimonial, es que el tribunal determina la causa del deceso, pues esos médicos de la Capital Federal hablan de muerte por cocaína y violación. Los peritos-testigos carecen de toda eficacia probatoria, pues en realidad intervinieron en el juicio como peritos sin que se cumplieran los recaudos procesales del caso: la designación de expertos tiene que ser notificada a las partes antes de que se inicien las operaciones técnicas, para posibilitar su asistencia a dichas operaciones, poder formular observaciones y, en su caso, proponer peritos de parte para que la presencién.

La transformación ontológica de la prueba testimonial en pericial, amén de un retroceso a etapas anteriores superadas, traduce un desenvolvimiento anormal del proceso que ha afectado la defensa en juicio; y la misma fue de tal entidad que el tribunal falló en base a las conclusiones de esos expertos. Debe, en consecuencia, revocarse la sentencia con invocación de la nulidad absoluta ante el anormal desenvolvimiento del proceso.

4. a) En primer lugar, debo anticipar que comparto la tesis de la Corte de Justicia de Catamarca, en cuanto sostiene que no consta en el acta de debate que la parte hubiera formulado oportunamente la reserva exigida por la ley local, como condición para recurrir en casación por inobservancia de las formas procesales. Pero veamos el desarrollo de la controversia:

La defensa de Luque planteó su oposición, el primer día de audiencia, a la recepción de declaraciones testimoniales a los médicos forenses autores de la pericia que fue declarada nula (fojas 9107 vuelta).

El tribunal de juicio rechazó esta oposición de incorpo-

rar los testimonios de los doctores Raffo, Patitó, Cursi y Crescenti, en la resolución leída en la audiencia del 8 de agosto de 1997 (fojas 9114).

Posteriormente se recibieron las declaraciones indicadas y, con fecha 26 de agosto, la defensa pidió la nulidad de esas deposiciones pues el acto se había transformado en un informe pericial (fojas 9155). Es importante destacar, que en esa oportunidad la parte aclara que no objeta la introducción de los testigos, sino la violación de lo que la Presidencia le había advertido al doctor Raffo, esto es, que "iban a ser interrogados por una experiencia de vida, una experiencia histórica que han tenido en ese examen, evitando hacer consideraciones de aquel acto que fuera declarado nulo" (ver fojas 9141 vuelta).

El tribunal resolvió rechazar la nulidad interpuesta por la defensa (fojas 9157 vuelta).

Como puede apreciarse de esta breve reseña de la actividad impugnativa respecto de este tema, resulta claro, a mi juicio, que cuando el tribunal resolvió rechazar la oposición a incorporar los testimonios, la parte consintió esa resolución, pues, como bien lo reconoció después, "no objeta la introducción de los testigos". Y tan es así, que surge del acta de debate que la defensa de Luque participó activamente de los interrogatorios.

Solamente intenta, una vez consumada la intervención de los profesionales, que se declare la nulidad de sus declaraciones, con base en que sus dichos se habrían apartado del cauce dispuesto por el Presidente. Es decir que ya no se opone a la recepción de la prueba, lo que a esa altura no admitía discusión, sino que se agravia por un defecto de procedimiento que ocasionó la desnaturalización de los testimonios. Ahora bien, las declaraciones se receptaron en la audiencia del 22

Procuración General de la Nación

de agosto de 1997 y la defensa no formuló su queja ese día sino en la del siguiente, el 26 de agosto. Es decir, aun cuando se tomara este agravio como independiente de la oposición inicial, se trata de un acto recursivo tardío teniendo en cuenta que la nulidad se debió oponer "inmediatamente después de cumplirse el acto" (artículo 169, inciso c del código procesal penal local).

En consecuencia, considero que la defensa no tuvo en lo relativo a este supuesto agravio un planteo recursivo claro, y fluctuó entre la queja inicial, la posterior aceptación de los testimonios y, finalmente, un pedido de nulidad. Así, se partió de la absoluta imposibilidad de rendir estos testimonios, a una ulterior crítica sobre los carriles técnicos y profesionales, propios de una pericia, en que transitaron. A lo que debe agregarse una falta de oposición cuando el tribunal decide rechazar el último pedido de nulidad. En vista de esta actuación puede concluirse que los reclamos fueron tardíos y que hubo un consentimiento básico a que se receptara esta prueba, más allá del mérito de la misma.

Por último, he de mencionar que en el presente escrito de queja, y en lo que respecta a este enfoque de la cuestión (ver fojas 139 vuelta a 141 del presente incidente), la parte intenta rebatir el argumento del tribunal de casación, en cuanto al planteo tardío de los agravios, diciendo que en este caso no corresponde tal alegación, pues se está ante una nulidad absoluta. Ello es así, según su criterio, puesto que "los actos son nulos cuando engendran vicios que conmocionan la identidad procesal, y en este caso la transformación de peritos en testigos, trae como consecuencia la inobservancia de las garantías integradoras del debido proceso, promoviendo en consecuencia una nulidad de orden general, aunque éstas no estén taxativamente enumeradas en la ley". Desde ya que no

estoy de acuerdo con este planteo dogmático, pues considero que la recepción de estas declaraciones testimoniales en el debate no afecta las garantías judiciales del procesado -idea que desarrollaré más adelante para no caer en igual defecto de fundamentación- por lo que descarto de plano la posibilidad de nulidad absoluta.

b) Otro aspecto de la cuestión que creo necesario destacar, obviando por método los defectos de la actividad recursiva, es que la defensa formula su agravio de manera genérica. Sostiene que las declaraciones testimoniales de los peritos que en su oportunidad produjeron un informe anulado, y en las que efectúan apreciaciones de carácter técnico-científico, afectan sustancialmente el derecho de defensa o el debido proceso. Pero mantienen silencio sobre lo fundamental: en qué consistieron concretamente las lesiones a las garantías judiciales mencionadas; de qué manera fueron afectadas y por qué causa. Esto más allá de la obviedad de que las conclusiones de los médicos forenses pudieran resultar adversas a su estrategia defensiva, y teniendo en cuenta que la pericia, consentida por esa parte, fue anulada porque no se había notificado a su contraparte civil. Esta falencia implica, a mi juicio, un defecto de fundamentación que, al decir de V.E., "no se suple con la mera alegación de las garantías constitucionales que los apelantes entendieron conculcadas" (Fallos: 303:1852; 306:149; 307:965; 308:923; 311:904 y 2461; 312:1998; 314:85 y 1723; 316:1127 y 2548; 317:874).

La defensa también se refiere a los principios de la cosa juzgada y de la preclusión de las etapas procesales, puesto que existe una resolución firme que declara la nulidad de la pericia y, no obstante ello, se introduce esa prueba en el juicio bajo la forma de las declaraciones testimoniales de los peritos que en ella intervinieron.

Procuración General de la Nación

Tampoco encuentro elementos suficientes para que prospere esta tacha, más allá de la inoportunidad de su planteo. En primer lugar, conviene aclarar que (según la caracterización de Chiovenda, ampliamente aceptada) cuando la defensa alude a la cosa juzgada, se refiere a la llamada formal, pues la material, trata de la eficacia de la sentencia en los juicios futuros, presuponiendo un proceso terminado. Con lo cual, la cosa juzgada formal y la preclusión vienen a ser institutos semejantes y que funcionan durante la dinámica del proceso, por lo que corresponde su tratamiento conjunto.

De acuerdo a la plural definición dada por Eduardo Couture en su "Vocabulario Jurídico", y tomando la primera aceptación jurídica, es decir la preclusión en cuanto acción y efecto de extinguir el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquél, no se verifica en este caso.

Ello así porque la declaración de nulidad de la pericia médica, solamente impedía la adquisición probatoria de ese estudio concreto, teniendo en cuenta la forma incorrecta en que se produjo, es decir sin la notificación previa de una de las partes. Y esta resolución, obviamente, devino firme en tales condiciones. Pero de ninguna manera quedaba extinguida la facultad de renovar o reconstruir el acto, lo que lamentablemente no ocurrió en la etapa instructora, por lo que cabría sustituirlo por otro medio probatorio que cumpliera la misma finalidad procesal.

Lo contrario significaría convalidar esta postura: puesto que una medida de prueba me perjudica, aprovecho que su producción fue anulada por defectos formales, para suprimir la posibilidad de un determinado cauce investigativo. Estrategia que, como es evidente, choca con la búsqueda de la verdad en

el proceso penal.

Tampoco se trató de actividades contrarias a las ya cumplidas -por el contrario, más bien resulta ser sustitutivo, he ahí la queja de la parte- ni se cuestiona en autos la oportunidad procesal en que se recibieron los testimonios.

En cuanto al orden preclusivo del procedimiento (segunda acepción, según la distinción de Couture), la decisión del tribunal de recibir esta prueba, no significó un retroceso procesal a momentos ya agotados, pues los testimonios versaron sobre puntos que no fueron objeto con anterioridad de un dictamen válido (ver Derecho Procesal Penal de Jorge Clariá Olmedo, tomo 2, página 231, Marcos Lerner Editora, 1984). En otras palabras, no concurrió el presupuesto básico de identidad de objeto procesal, sino que se trató de actos probatorios distintos, sin perjuicio de que con ambas medidas se buscara la misma finalidad causídica, esto es, conocer las causas de la muerte de la víctima.

En cuanto a la imposibilidad de un control técnico adecuado por parte de la defensa sobre declaraciones que equivalían a informes periciales, considero que se trata de una mera alegación hipotética, abstracta, pues nada impidió a la parte que ofreciera esta clase de testigos de conocimientos especiales o los peritos admitidos por el artículo 352, tercer párrafo, del código procesal local. Aunque, dicho sea de paso, cuando se realizó la pericia, luego anulada, en el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, no consta que ofreciera peritos de parte (ver el informe de fojas 2274 a 2347, cuerpo 12). Pero si a lo que se refiere la defensa es a su propia capacidad técnica de valorar esa prueba, esto ya es una cuestión de hecho y prueba ajena a la cuestión federal, y en la que no se advierte una lesión a sus garantías judiciales, pues bien pudo haberse servido para ello del consejo

Procuración General de la Nación

médico legista que estimare menester. Tampoco se indica con precisión en el recurso en qué hubiera variado su apreciación del hecho técnico de haber contado con la ayuda de expertos.

c) Así las cosas, y aun cuando no corresponde, por lo ya expuesto, que en este agravio se habilite la vía extraordinaria, considero oportuno dar acabada respuesta a otras cuestiones que hacen al punto en discusión.

El proceso penal tiene por fin inmediato el descubrimiento de la verdad objetiva o histórica, para lo cual rige en forma amplia el conocido principio de libertad probatoria: todo se puede probar y por cualquier medio, excepto las limitaciones del sistema jurídico general. Cualquiera puede ser el medio para demostrar el objeto de prueba, ajustándose al procedimiento probatorio que más se adecue a su naturaleza y extensión.

En este sentido, dice Clariá Olmedo que "hay casos en que estos medios se combinan, a veces de manera inseparable, por la unidad del elemento que introducen...Así, un testigo puede expresarse como perito...No obstante, es conveniente analizarlos en función del elemento predominante que se tiende a introducir". Y Julio Maier postula que "un hecho es determinable por muchos medios u órganos de prueba. Excluir ciertos órganos de prueba que pueden proporcionar información en el procedimiento, es prescindir de una de las posibilidades de averiguar la verdad" (Confr. "Derecho Procesal Penal argentino", Julio B. J. Maier, tomo 1, volumen b, páginas 433 a 462 y 562 a 603, Editorial Hammurabi, año 1989; y "Derecho Procesal Penal", Jorge A. Clariá Olmedo, tomo primero, páginas 234 a 237 y 244 a 247, y tomo segundo, página 394, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1984).

En el caso en estudio, puesto que fracasó por motivos formales la pericia efectuada por los médicos forenses, no

significa que no se busque el objeto de prueba -esto es, las causas de la muerte de la víctima- intentando reconstruir, a falta de otros medios, el experimento o, al menos, la vivencia de tal examen, con base en el principio procesal de la investigación plena. Y en mi opinión, una de esas posibilidades era que los expertos declararan en el juicio.

Según Maier -a quien cito a menudo por su carácter de fuente del código procesal penal catamarqueño- órgano de prueba es la persona de existencia visible que proporciona un elemento de prueba: el testigo, el perito. En otras palabras, la testimonial y la pericial son medios surgidos del mismo órgano de prueba, lo que demuestra su semejanza en este sentido.

Y recuerda Levene (h.), que "según Camelutti, tradicionalmente la pericia fue considerada junto con el testimonio en el estudio de las pruebas; era una especie de testimonio técnico". Luego, dice (cita a Heusler, Ellero y Manzini) que no debe olvidarse que el perito no es sólo un medio de prueba, sino de conocimiento, una ayuda valorativa que se procura el mismo juez (Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXII, página 82, artículo: Peritos en el proceso penal).

Como puede apreciarse, cuando se trae a los médicos forenses como testigos, no se busca revivir el medio probatorio anulado, sino, simplemente, conocer las causas de la muerte de la víctima.

Por ello, se maltrata este medio de conocimiento, cuando se intenta dividir los dichos de los testigos, separando lo que percibieron, de la valoración técnica de lo percibido. Tarea imposible, pues ellos efectuaron la autopsia, es decir una operación técnica sobre las vísceras del cadáver, para determinar las causas inmediatas del deceso. De ahí que lo que pasó por sus sentidos -el cuerpo a estudiar y los experimentos

Procuración General de la Nación

que practicaron- es inseparable de la interpretación científica de esa experiencia. En este caso, forman una unidad indisoluble, la percepción, propia de un testigo, de la crítica, propia del perito.

Tanto para el testigo como para el perito, el acto de conocimiento es distinto de la cosa conocida (tesis de I. Kant), y la experiencia particular sólo pudo llegar al espíritu a través de las sensaciones (antigua tesis de Aristóteles). Sólo varía el grado de saber entre Uno y Otro, en cuanto a que éste tiene sobre el objeto percibido un conocimiento técnico.

En este proceso, se llamó a los cuatro forenses de la justicia nacional, no para que renovaran el experimento, o para que lo explicaran o aclararan, sino para que relataran lo que tuvieron legítimamente ante la vista. Y en esto, ellos no se apartaron, como ya se dijo, de lo que recomendara el Presidente con la anuencia de todas las partes.

Luego, y puesto que esas declaraciones no significaron un dictamen técnico verbal -ése no fue el sentido de su llamado a testificar-, no son susceptibles de constituir un juicio pericial, sino que deben ser tomados como una evidencia más para construir el juicio definitivo.

Pero es necesario retomar este punto c) desde el inicio para considerar lo que V.E. tiene dicho sobre todos estos aspectos.

En este sentido se ha sostenido que "la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la Justicia" (Fallos: 238:550; 284:115; 295:495; 305:700; 307:622; 308:1790; 319:1577 y que "no se debe olvidar que el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado 'el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio', ya que aquél no es sino el medio para

alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (Fallos: 313:1305; 321:2947; y la citada doctrina del caso "Stone v. Powell", de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 428 U.S., 465; 1976, m página 488 y la cita de D.H. Oakes en nota 30, página 491).

En otras palabras, existe la "necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva impidiendo su ocultamiento ritual" (Fallos: 247:156; 303:1535 y 1646; 304:1265; 307:1736 y 1984; 308:722 y 2685; 311:2193).

Y ha postulado el Tribunal que "corresponde dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal" (Fallos: 319:1577; 321:510). Ello es así porque "la idea de justicia impone que el derecho a la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro" (Fallos: 305:1753); y que "tan delicado equilibrio se malogra cuando se abusa de la facultad de anular actos procesales en casos en que resulta innecesaria tal anulación para preservar la garantía de defensa en juicio o debido proceso, lo que puede tornar, en la práctica, estéril la persecución penal del delito" (Causa T. 165, L. XXIII, in re "Tripodoro, Fabián Antonio Jesús y otros s/ robo con armas -Causa 6741-", sentencia del 7 de abril de 1992). A lo que puede agregarse que de esa manera "se transforma la actividad jurisdiccional en un conjunto de solemnidades desprovistas de su sentido rector que es la realización de la justicia" (Fallos: 318:665).

También es cierto que "los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una

Procuración General de la Nación

sucesión de ritos caprichosos (Fallos: 320:2343, considerando 8vo., *in fine*, y sus citas); pues de ser ello así, la sentencia sería la conclusión arbitraria de un rito errátil y confuso, con la consiguiente frustración ritual de la aplicación del derecho y el dispendio de actividad jurisdiccional que ello provoca" (Fallos: 238:550; 304:1265; 311:104; 312:1656).

De modo que "los magistrados judiciales deben custodiar las reglas a que han de ajustarse los litigios atendiendo en todo momento al fin último a que aquéllos se enderezan: contribuir a la más efectiva realización del derecho" (Fallos: 305:944; 306:1609 y 1846; 308:722; 311:104).

Estos principios, que pueden considerarse como el desarrollo de la doctrina: "una razón de justicia exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (caso "José Tibold", Fallos: 254:320, considerando 13), nos llevan a la conclusión de que se deben disponer las medidas necesarias tendientes al real esclarecimiento de los hechos debatidos, pues, como V.E. lo ha señalado "desconocer la eficacia de una constancia probatoria indubitable, haciendo mérito de una deficiente introducción de la cuestión, equivale tanto como a una renuncia de la verdad, lo que, por cierto, resulta incompatible con la debida administración de justicia" (Fallos: 304:1698 y 1915; 305:944).

Y esta necesidad de una actividad probatoria integral y eficiente fue dejada a salvo por el Tribunal, cuando en ocasión de receptar la doctrina de que no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas (Fallos: 46:36; 303:1938; 306:1752; 308:733; 310:1847 y 2384; 311:2045; 317:241 y 1985), dijo que debía tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por

ilegítimas.

Ello es así, porque "una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial" (opinión del juez Powell, en nombre de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en "Stone v. Powell", 428 U.S., 465, 492; 1976; citada en el caso "Gordon", Fallos: 311:2045).

"Si existen otras pruebas que logren igualmente aquel objetivo, ya no habrá lesión a la garantía del debido proceso. En tal hipótesis sería inaceptable renunciar a todas las pruebas o evidencias recogidas, puesto que se estaría renunciando a la búsqueda de la verdad, esencial para un adecuado servicio de justicia" (Fallos: 317:1985, voto en disidencia de los jueces Belluscio y Bossert, considerando séptimo, y los precedentes que allí se citan).

Y si se agotan las posibilidades de lograr el objetivo probatorio en causas en las que la prueba fue obtenida ilegalmente, con cuanta mayor razón se debe extremar la precaución en casos como el que aquí nos ocupa, en que la pericia médica fue anulada por un defecto formal que, en principio, no perjudicaba a la defensa.

Entonces nada puede objetarse al tribunal, por haber recibido esta prueba, de la manera en que lo hizo, pues trató, por un medio que estimo legítimo, de retomar un cauce investigativo esencial, evitando un aprovechamiento arbitrario de una nulidad procesal.

Esas testimoniales de los forenses, resultan inobjetables, pues ellos depusieron sobre lo que lícitamente tuvieron a la vista, sobre lo que percibieron y experimentaron (aunque se tratara de sensaciones teñidas de un saber técnico). De alguna manera puede aplicarse, *mutatis mutandi*, ciertos as-

Procuración General de la Nación

pectos teleológicos de la doctrina judicial de la "plain view" ("Coolidge v. Hampshire", 403 U.S. 443; 1971, y sus innumerables citas), en cuanto se tiende a otorgar valor autónomo a la percepción de quienes intervinieron en un acto procesal distinto y en ocasión de esa actuación. Dicho esto sin desconocer que en este caso dicho acto principal, aunque originalmente legítimo, fue luego anulado.

Y si luego esa experiencia concreta se plasmó en un relato oral ante los jueces y no en un informe científico, es una cuestión de expresión, de género si se quiere (tanto narra el escritor como el chamán), pero que no mella lo esencial.

Otro aspecto de la cuestión que merece ser considerado, es que los médicos testigos "depusieron en ciencia propia y acerca de hechos en cuya realización han intervenido personalmente" (Fallos: 220:821, cuarto párrafo del considerando), y teniendo en cuenta la "autonomía de la voluntad de los testigos" (Fallos: 317:1985, voto en disidencia de los jueces Belluscio y Bossert, considerando 13, y la cita del caso "United States v. Ralph Ceccolini", 435 U.S., 268), debemos concluir que sus testimonios son perfectamente válidos no obstante la nulidad del estudio primigenio que practicaron.

Por todos estos argumentos, me pronuncio, en consecuencia, por la validez formal de las testimoniales cuestionadas, sin perjuicio de su mérito probatorio para los jueces de la causa.

III

Nulidad de la sentencia por no haberse leído sus fundamentos dentro del plazo legal:

1. La defensa alegó, en su oportunidad, que la sentencia no se leyó completa dentro de los siete días hábiles de cerrado el debate, como lo prevé el artículo 393, tercer párrafo del Código Procesal Penal de Catamarca. Los hechos sucedieron

así: el 27 de febrero de 1998 se leyó el veredicto en audiencia pública y con la asistencia de las partes y del tribunal, quedando aquéllas notificadas que debían asistir a la lectura de los fundamentos el 10 de marzo siguiente a las doce horas (ver acta de veredicto). Este último día comenzó tal acto a la hora indicada, pero se extendió más allá de la medianoche concluyendo la lectura en la primera hora del día siguiente, esto es del 11 de marzo.

2. La Corte de Justicia de Catamarca, en ocasión de contestar el recurso de casación, sostuvo que surge del acta respectiva que el debate se cerró el 27 de febrero de 1998; y de acuerdo a lo prescripto por los artículos 161 y 163 del Código de Procedimientos Penales, el plazo máximo fijado por el artículo 393 -siete días hábiles- fenecía al concluir la segunda hora del octavo día hábil: el 11 de marzo de ese año. Y según las constancias causídicas (fojas 9901/9902 vuelta), la lectura de sentencia se cumplió el 10 de marzo, dando comienzo a las doce horas, para finalizar -previa habilitación por parte de presidente y después de haber sido interrumpido el acto por los recurrentes- dentro de las dos primeras horas del 11 de marzo, es decir, dentro del término legal establecido. Por lo tanto, de ninguna manera se han violado los principios de concentración y de continuidad ideológica entre el debate y la redacción de los fundamentos.

Agrega la corte provincial, siguiendo un trabajo de Fernando J. López de Zavalía, que debe distinguirse el tiempo material, concepción estrictamente física, del tiempo espiritual, concepción intelectualizada. Este último admite que algunos actos -aunque tengan cierta prolongación física en el tiempo material- sean considerados idealmente como efectuados en un solo momento intelectual (el de su concepción), como por ejemplo un discurso, que materialmente tienen un antes y un

Procuración General de la Nación

después, pero integran conceptualmente un todo, con un tiempo único de concepción.

Además de tan clara distinción -prosigue el tribunal- cabe considerar que las formas en el proceso no tienen finalidad en sí mismas, sino en cuanto constituyen el andamiaje previsto para la realización del derecho a través del proceso. No corresponde dar audiencia y cabida a supuestas nulidades con fundamento en alegaciones amañadas sin ningún sustento lógico jurídico. Afirmar como lo hacen los recurrentes, que la sentencia dictada en la causa es nula por haber excedido su lectura el tiempo señalado para ello, es pretender prevalecerse de un acontecimiento meramente circunstancial y, en definitiva, intrascendente en intento de obtener la descalificación de un fallo que resultara adverso a sus pretensiones. La perentoriedad del plazo otorgado por el artículo 393 para la lectura de los fundamentos encuentra su razón de existencia en la preservación de los principios propios del juicio oral de inmediatez, continuidad y concentración, o, dicho de otro modo, lo que la ley pretende es que entre veredicto y fundamento transcurra un lapso que va desde la inmediatez hasta los siete días.

Así es entonces que, si por razones de complejidad, como la propia ley lo prevé, se dio inicio de lectura a los fundamentos del fallo de la causa dentro del día y hora habilitado por la propia ley, no se advierte violación alguna de los principios enunciados cuando el acto, efectuado sin solución de continuidad, haya terminado dentro del llamado plazo de gracia. De esa manera, el veredicto y los fundamentos mantuvieron la continuidad temporal exigida, ya que estos últimos fueron conocidos dentro del plazo legal señalado. Por lo tanto, no se advierte que esa extensión de la lectura haya significado un perjuicio actual, inmediato o potencial para su

defendido o la violación del principio de defensa en juicio o del debido proceso.

3. Por su parte, la defensa de Luque explica en el escrito de queja, que el día de la lectura, siendo las veinticuatro horas, su parte interrumpió el acto y preguntó al presidente si habilitaría nuevo día y horas inhábiles, puesto que ya se entraba al día 11 de marzo de 1999. Esto produjo un malestar evidente en el magistrado que, sin que mediara todavía un planteo concreto de nulidad, corrió vista al fiscal y al actor civil para que se pronunciaran, quienes lo hicieron respecto al plazo vencido. Así las cosas, solicitaron al tribunal que se permitiera fundar el pedido, que no era otro que un planteo de nulidad, a lo que el presidente corrió vista a la defensa de Tula y acto seguido, sin consultar ni deliberar con los otros jueces, rechazó el planteo aduciendo que no era ése el momento para plantearlo, lo que debía hacerse ante el tribunal superior. Esta resolución motivó que su parte efectuara reserva de casación.

La norma aplicable, a juicio del recurrente, no permite dudas cuando expresa que la sentencia se leerá dentro de los siete días, tratándose de un plazo perentorio y que no admite plazos de gracia. Al tratarse de una nulidad relativa, la situación pudo y debió ser resuelta en el momento del planteo, pero al negarse el tribunal a resolverla ha violentado el derecho de defensa de los imputados.

4. Este agravio trata un tema de naturaleza procesal, cual es la interpretación del artículo 393 del código procesal local y la discusión en torno a si se cumplió en este caso con dicho dispositivo legal, puesto que la lectura de la sentencia comenzó dentro del plazo legal y, sin solución de continuidad, habría continuado y concluido una vez vencido, circunstancia que aparejaría la nulidad de la sentencia. Como puede

Procuración General de la Nación

apreciarse, es una cuestión de hecho y de derecho procesal ajena -como regla y según su naturaleza- a la cuestión federal (Fallos: 301:1188; 303:135; 305:1104; 308:986, 1564 y 2607; 312:1332; 322:1690 y 2914, entre muchos otros).

Por otro lado, no se aportan argumentos que demuestren con seriedad que en este caso se encuentren involucradas directamente las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso (Fallos: 319:183), existiendo la posibilidad de un agravio de cierta entidad.

Y tan es así, que en el escrito de queja (ver fojas 141 del presente incidente) no se han rebatido los fundamentos del tribunal de casación, a saber: que la lectura concluyó antes de la finalización de las dos horas del llamado plazo de gracia (cita los artículos 161 y 163 del código citado); que no hubo una violación de los principios propios del juicio oral: inmediatez, continuidad y concentración, pues se trató de un acto que se desarrolló sin interrupción alguna y dentro de la unidad e indivisibilidad característica del llamado tiempo espiritual; y que se trata de un pedido de nulidad inadmisibles pues se basa en formalidades insustanciales. Solamente agrega la recurrente que la Corte de Catamarca "da a la lectura de la sentencia y al plazo fijado en el artículo 393 el mismo tratamiento que para cualquier acto procesal que tenga un plazo de cumplimiento, lo cual es un yerro notorio", pero esto es una afirmación dogmática, pues es un argumento que no tiene base legal o fáctica alguna. Más bien parecería contrariar el principio de interpretación que enseña que no se debe distinguir donde la ley no distingue.

En consecuencia, entiendo que la contestación dada por el máximo tribunal provincial constituye una exégesis adecuada de la norma aplicable (Fallos: 322:696), persuadiendo de que no aparece tan siquiera esbozada una tacha de arbitrariedad

(Fallos: 302:836; 308:1624, 1758 y 1790; 322:122 y 702).

IV

Nulidad de la aclaratoria dictada por el tribunal de sentencia el 12 de marzo de 1988.

1. La Cámara Criminal de Segunda Nominación, dictó en la fecha indicada una resolución en la que aclara "que la parte resolutive de la sentencia, en los puntos I y II, dispone también la inmediata detención de ambos imputados conforme surge de los considerandos de la sentencia" (ver fojas 9906). La defensa de Luque interpone reposición contra esta resolución, haciendo expresa reserva de los recursos de casación y extraordinario por afectación del debido proceso legal (fojas 1 a 3 del incidente respectivo que corre por cuerda), por considerar que la aclaratoria fue dictada fuera de los términos expresamente establecidos por el artículo 125 del Código Procesal Penal de Catamarca, puesto que se tomó como *dies a quo* la fecha de la lectura de los fundamentos de la sentencia, y no la del veredicto. Este recurso es rechazado por la cámara de juicio (fojas 7 a 8 vuelta de dicho legajo).

2. La Corte de Justicia de Catamarca, al responder al planteo de casación de los recurrentes, sostiene que la tacha carece de todo sustento ya que dicha resolución aclaratoria ha sido consentida por éstos, quienes valiéndose de la suspensión del término para interponer recursos que la misma dispusiera, procedieron a ampliar los motivos de casación. Resulta así manifiestamente inadmisibile que la defensa pudiera tan siquiera insinuar la nulidad de tal resolución procesal, cuando se prevalieron de ésta para ampliar sus motivaciones recursivas siendo que el término para presentarlas se encontraría vencido.

Procuración General de la Nación

3. La defensa de Luque, en la presente queja, insiste en que la aclaratoria ha sido dictada fuera de los términos establecidos expresamente en el artículo 125 del Código Procesal Penal, produciéndose la caducidad de la instancia aclaratoria, por lo que devino extemporáneo, y en consecuencia nula, tal resolución. Cita jurisprudencia de V.E. donde se dice que este término tiene efecto preclusivo, pues una vez vencido ya no es posible la instancia de aclaración, quedando firme la resolución con sus errores, omisiones o puntos oscuros.

Agrega la parte que en el caso concreto el plazo para efectuar la aclaratoria corría a partir del 27 de febrero de 1998, fecha de la sentencia, y no desde el 10 de marzo, en la que se leyeron los fundamentos de la misma. En este sentido, sostiene que la lectura de la sentencia equivale a su notificación y, como tal, es el punto a partir del cual corren los términos procesales para solicitar la rectificación de un punto oscuro o alguna omisión en dicho fallo. Lo único que la ley permite es que se difiera la redacción de los fundamentos en un plazo no mayor de siete días. Y tan es así, que en la transcripción de la sentencia se lee como fecha de su dictado la consignada más arriba.

Finalmente, se expresa que como no existe la nulidad por la nulidad misma, es menester encasillar, el planteo en el artículo 398, inciso e del código citado, que sanciona con nulidad a la sentencia a la que le faltare o fuese incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutive. El solo hecho de que el tribunal haya efectuado una aclaratoria sobre la ausencia de la orden de detención de los imputados, habla a las claras que la parte resolutive carece de un elemento esencial y no meramente material.

4. El tribunal de casación contesta el agravio diciendo que no corresponde que articule esta tacha la parte que se aprovechó de tal resolución -y la suspensión de los términos para interponer recursos que implicaba su dictado- para ampliar los motivos de casación. De no haber existido la aclaratoria, ese plazo se encontraría vencido, y la utilización de dicho beneficio significó una aceptación de su validez.

Ahora bien, en el escrito de queja (ver fojas 141 a 142 de este legajo) la defensa reafirma su actitud, ante la tesis de la Corte de Justicia catamarqueña, en el sentido de que no obstante utilizar la prórroga del plazo que implicaba la aclaratoria, nunca se convalidó esta resolución; así vuelve a incurrir en la contradicción que le señalara dicho tribunal, de otorgar efectos procesales al acto nulo. Seguidamente, sólo se limita a reproducir argumentos ya expresados en la interposición del recurso de casación. Esta falencia, unida a las circunstancias de que la respuesta de ese tribunal se adecua a la doctrina de los actos propios (Fallos: 311:971; 314:1459; 315:1738), y de que la discusión sobre el término a quo de la aclaratoria no es materia federal, son motivos suficientes para rechazar el agravio, no obstante lo cual, es-timo conveniente agregar lo siguiente.

De adverso a lo sostenido por la defensa, considero que la hipotética nulidad de la resolución de aclaratoria no causaría la invalidez de la sentencia, puesto que el punto aclarado no implica la corrección de un error o de una omisión esencial de ésta. En otras palabras, si se suprime mentalmente la aclaratoria, la parte resolutive de la sentencia luce completa -en los términos del artículo 398, inciso e citado por la parte- pues no parece que haya sido indispensable para su validez la mención expresa ulterior agregando que "se dis-

Procuración General de la Nación

pone también la inmediata detención de ambos imputados" (ver fojas 9906).

En primer lugar, el fallo condenatorio trae aparejado por sí mismo el título ejecutivo, sin perjuicio de las actividades jurisdiccionales y administrativas posteriores.

Por otro lado, la aclaratoria era abstracta, pues en el punto XI de la resolución transcripta en el acta de veredicto (ver fojas 9657), ya se había dispuesto que se oficiara, entre otros, al Servicio Penitenciario Provincial. Y a fojas 9659, obra copia del oficio pertinente, firmado por el presidente del tribunal, donde se ordena al jefe de dicho organismo que "arbitre los medios necesarios para que sean alojados en la institución los condenados Luque y Tula". A fojas 9661 se informa el cumplimiento de la medida.

En síntesis, al no resultar imprescindible la aclaratoria para la validez de la sentencia o para algún aspecto esencial del proceso o de los derechos y garantías judiciales, el agravio se basa en consideraciones rituales insuficientes para demostrar un supuesto de gravedad extrema que justifique la sanción de nulidad (Fallos: 322:3241), careciendo de relevancia a la luz de la doctrina de las sentencias arbitrarias.

V

Nulidad de la sentencia por carecer de la determinación circunstanciada del hecho:

1. La defensa, citando el artículo 398 inciso b del Código Procesal Penal de Catamarca, que exige que la sentencia contenga la determinación circunstanciada del hecho, pide la nulidad de la dictada en autos, puesto que se omitió determinar el lugar donde ocurrieron aquellos que se estimaron acreditados.

Cabe recordar que tanto en el requerimiento de elevación

a juicio (fojas 5204 a 5212) como en la acusación alternativa -suficientemente tratada en el capítulo I de este dictamen- se especificó que el hecho ocurrió en un lapso que podría establecerse entre las tres horas cuarenta minutos del 8 de setiembre de mil novecientos noventa, y las tres horas y cuarenta minutos del día 10 de ese mismo mes y año, en la ciudad capital o en alguno de sus departamentos vecinos. La Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de Catamarca acogió finalmente la acusación alternativa, aceptando esa determinación del tiempo y lugar de los hechos (ver fojas 392).

2. La Corte de Justicia provincial, en su contestación a este agravio, sostuvo que la supuesta omisión de la sentencia de establecer el lugar de comisión del delito, no es tal, puesto que el tribunal de mérito al determinar el hecho objeto de la acusación, fue lo suficientemente explícito al establecer que tuvo lugar "en esta Capital o en alguno de sus departamentos vecinos". Así, la afirmación de los recurrentes de que a escasos treinta minutos de la capital se puede estar en territorio de La Rioja, Tucumán o Santiago del Estero y que el desenlace fatal pudo haberse producido en territorio de cualquiera de estas tres provincias, es sólo una argumentación gratuita que carece de todo sustento y seriedad, por lo que el reproche en este aspecto no puede prosperar.

3. La defensa, en su recurso de queja, recuerda que según lo preceptuado por el artículo 398, inciso b del código citado, es obligación que la sentencia contenga, bajo pena de nulidad, la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado. Reitera que en este caso el tribunal omitió determinar el lugar donde se produjeron los hechos que estima acreditados, y que ello no es una cuestión baladí o que pueda soslayarse, y que a escasos treinta minutos

Procuración General de la Nación

de la Capital se puede estar en territorio de otras provincias.

Agrega que esto no es un dato menor, pues la famosa "fiestita" a que hace referencia el fiscal pudo haber seguido -luego del paso por Clivus- en un lugar perteneciente a cualquiera de esas provincias y ocurrir allí el desenlace fatal. De haber sido así, jamás pudo el tribunal tener jurisdicción sobre el hecho criminal que se investigó. Existe en este aspecto una indeterminación que lleva indefectiblemente a la nulidad de la sentencia por violación del artículo citado.

4. El tribunal de juicio tuvo por probado que Guillermo Luque, junto a otras dos personas, retiró a la víctima del local bailable Clivus, aparentemente ebria o drogada, aproximadamente a las seis de la mañana del sábado 8 de setiembre de 1990, y ésta apareció muerta, violada y desfigurada cuarenta y ocho horas después (en la zona de Villa Chacabuco, casi a la entrada del Parque Daza, en los alrededores del departamento Capital), circunstancia que coincide con los informes médicos que ubican el horario de la muerte entre treinta y cinco y cuarenta y ocho horas antes de la autopsia. A esto se le agrega, siempre según la sentencia, que Luque llegó a su casa a las diecisiete horas del día ocho de setiembre de 1990, con la ropa ensangrentada -camisa, slip-, dejó la bañadera manchada con sangre, provocó el alarmado reproche de su padre y partió con éste, aparentemente para deshacerse del cuerpo, regresando ambos en el automóvil Ford Falcon que lavó el jardinero Moreno, y del que chorreaba agua con sangre (ver fojas 9864 y vuelta).

Como puede apreciarse, y sin que ello signifique profundizar en cuestiones de hecho o de derecho procesal ajenas a este recurso, se ha fijado, con los elementos probatorios con

que se pudo contar, el tiempo en el que habría ocurrido el delito: entre las seis de la mañana y las cinco de la tarde del día indicado, y el último lugar en donde es vista la víctima con sus victimarios, y el sitio donde apareció muerta. Y si bien no pudo establecerse el lugar exacto donde se concretaron los accesos carnales y el resultado fatal (aunque sí donde se la intentó reanimar), lo cierto es que de la coordenada temporal (el lapso de seis horas) y de la espacial (de Clivus hasta Parque Daza) puede deducirse, a falta de más datos y teniendo en cuenta elementos objetivos como el tipo de delito, la personalidad de la víctima y las demás circunstancias de modo y fin, que no habría sido muy lejos de esa zona. De todas maneras, tales datos son suficiente determinación del objeto procesal y garantizan la correcta aplicación del derecho penal sustancial y formal. Exigir mayor precisión es facilitar la impunidad, máxime en casos como éste donde hubo un enorme esfuerzo por eliminar, justamente, las huellas y vestigios, con el objetivo claro de frustrar la investigación, siempre a tenor de las conclusiones inmodificables de la sentencia.

Estos elementos son más que suficientes para concluir en que se cumplió con la obligación legal de que la sentencia se base en la determinación circunstanciada del objeto procesal. En definitiva, no se advierte, ni la defensa lo ha demostrado -a fojas 143 vuelta y 144 se limita a reiterar los argumentos del recurso de casación- de qué manera la descripción espacial aproximativa efectuada por el tribunal, afectó en concreto su derecho de defensa en juicio.

VI

Nulidad de los testimonios de Medina, Moreno y Botcher.

1. En el debate se recibieron declaraciones a Eugenio Carlos Ricardo Botcher (fojas 9212), Ramón Gabriel Medina

Procuración General de la Nación

(fojas 9342) y Manuel Ricardo Moreno (fojas 9344), a quienes no se les tomó juramento por haber sido condenados por falsedad en sus testimonios prestados en esta misma causa, no obstante lo cual el presidente les hizo saber que estaban obligados a decir la verdad.

2. Ante la alegación de la defensa de que estas declaraciones no son válidas, la Corte de Justicia provincial, en oportunidad de intervenir como instancia casatoria, sostuvo que el criterio sustentado por los recurrentes no encuentra apoyo en norma legal alguna, no existiendo previsión legal vigente que impida que un condenado por un delito conexo sea citado como testigo, con la única salvedad de que éstos sean relevados del juramento de ley (artículo 250 del Código Procesal Penal de Catamarca). Se cita jurisprudencia y doctrina que avala esta postura.

3. La defensa de Luque plantea en la presente queja que los mencionados fueron condenados por testimonios falsos derivados de esta causa. Se trata, a su juicio, de delitos conexos a la misma y por ende no pudieron receptarse sus declaraciones bajo la fe del juramento, y de nada vale la advertencia del presidente del tribunal en cuanto les hacía saber que pese a no jurar ello no los autorizaba a faltar a la verdad. Agrega que la doctrina en general como así también la jurisprudencia es proclive a rechazar a testigos de esta clase, siendo múltiples los motivos para no admitirlos y ni siquiera valorar sus dichos.

La parte, luego de efectuar las citas del caso, concluyó en que la sentencia deviene nula al haberse fundamentado en testimonios que no podían ser valorados por las razones ya expuestas, máxime para motivar una sentencia condenatoria.

4. En mi opinión, la respuesta del máximo tribunal provincial -la defensa carece de base legal para efectuar esta

tacha- resulta acertada, amén de que esta postura no ha sido objetada en lo esencial en el recurso (fojas 144 de este legajo), donde se confunde la cuestión de si está prohibido o no recibir esta clase de testimonios con el mérito de la prueba. A ello se suma la circunstancia de que no consta en el acta de debate que se hubiera planteado el agravio en dicha oportunidad, por lo que no puedo dejar de señalar su incorporación tardía en el recurso de casación. Ahora bien, sin perjuicio de estos elementos, haré una breve consideración al respecto.

No existió en este punto una violación a la garantía del debido proceso, por cuanto el artículo 250, primer párrafo *in fine*, del código provincial citado dice que los testigos prestarán juramento con excepción de los menores de dieciséis años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

En este caso, los nombrados fueron condenados, según surge del acta de debate, por el testimonio falso prestado en la misma causa. Y entre la investigación del delito principal y el falso testimonio prestado en esa investigación, existe la conexidad objetiva prevista en el artículo 30, inciso b) del código procesal penal catamarqueño, es decir el supuesto en que una infracción ha sido ejecutada para procurar al autor la impunidad.

En consecuencia, fue legítima la postura del presidente de no recibir juramento a estas personas. Y en cuanto a la recomendación de veracidad, esto no implica un desconocimiento o una acción contraria a este mandato legal. En efecto, el hecho de que no se jure, es decir de que no se prometa solemnemente decir la verdad poniendo como testigo las propias creencias o convicciones, no significa que no se le recuerde a quien declara que existe un compromiso ético que merece ser

Procuración General de la Nación

protegido por el derecho.

No se advierte, por lo tanto, que la recepción de estos testimonios afecte por sí misma y en forma directa el principio de la defensa en juicio, sin perjuicio del mérito que se haga de ellos en la sentencia, cuestión ajena a esta instancia, por lo que me pronuncio por su validez formal.

VII

Nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un tribunal incompetente.

1. La sentencia de la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de Catamarca, condenó a Guillermo Daniel Luque como coautor de violación seguida de muerte agravado por el uso de estupefacientes y por el concurso de dos o más personas. Y puesto que se aplicó la agravante prevista en el artículo 13 de la ley 23.737, la parte se agravió de que ésta había sido dictada por un tribunal incompetente, según lo preceptuado por el artículo 34 de dicha ley.

2. El tribunal de casación contesta este agravio argumentando que el artículo 34 de la ley 23.737 prescribe que los delitos previstos y penados por ella serán de competencia de la justicia federal en todo el país. De ello surge que sólo las conductas regladas por la mencionada ley, deberán necesariamente ser juzgadas en el ámbito de la justicia federal. Por otra parte, cabe detenerse en el artículo 13 que expresa que si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista en el mismo se incrementará.

De la propia lectura de esta norma -prosigue- se advierte que ésta no ha previsto conducta alguna, sino que funciona como agravante por el medio empleado, de toda la normativa que integra el código de fondo. Es decir que actúa como calificante de todos los delitos previstos por el ordenamiento

penal sustantivo.

A ello se suma, que para que el hecho imputado sea juzgado en el fuero federal, es indispensable que la conducta se dirija hacia un interés eminentemente nacional (ley 48, artículo 3, inciso 3°). En este caso, si el designio del autor fue violar y el medio empleado fue el uso de estupefacientes, la acción básica consistió en la violación y la circunstancia agravante, que no afecta el interés de la Nación y su seguridad, de ningún modo puede determinar la competencia federal.

3. Al acudir a esta instancia, la defensa de Luque sostiene que el tribunal de juicio, acogiendo una supuesta acusación alternativa, ha condenado por violación seguida de muerte agravada por el uso de estupefacientes. Ante este nuevo hecho -competencia de un tribunal especial, como es la justicia federal, conforme lo establecido por el artículo 34 de la ley 23.737- debió abstenerse de dictar sentencia y remitir las actuaciones a aquél, por aplicación del artículo 394 del código citado, a fin de no inmiscuirse en asuntos de jurisdicción ajena. Esto produjo un fallo viciado de nulidad por su incompetencia, y la ostensible violación del derecho de defensa en juicio del imputado, a quien se le mantuvieron dos intimaciones por sendos hechos totalmente distintos, en violación del principio procesal por el cual no puede perseguirse al imputado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*).

4. La tesis adoptada por la Corte de Justicia de Catamarca -que, por otro lado, la parte no refuta en lo sustancial (fojas 145 de este legajo)- sigue en este aspecto la doctrina de V.E., por lo que este agravio no debe prosperar. En efecto, ya en la competencia "Filippus de Lancioni" (Fallos: 315:1872), en que se juzgaba la sustracción del sello de una médica y la posterior falsificación de cuatro recetas, que

Procuración General de la Nación

fueron utilizadas para prescribir el medicamento conocido como Rohypnol se dijo que el delito previsto específicamente en el artículo 29 de la ley 23.737, según la regla del artículo 34, era de competencia federal. En cambio, y he aquí lo importante para esta cuestión, se dijo que la sustracción del sello, que constituía un hecho independiente, debía ser juzgado por los tribunales ordinarios.

En la contienda "Borgiani" (Fallos: 316:196), que se trataba de un robo para cuya ejecución se había usado el medicamento Trapax, se avanzó sobre la discusión y el Tribunal postuló que "la regla contenida en el artículo 34 de la ley 23.737 es clara, a los fines de dirimir esta controversia, en tanto establece que sólo los delitos previstos y penados por ella serán de competencia de la justicia federal en todo el país, extremo que no se da en este caso, ya que el artículo 13 de la citada ley no crea una figura especial, sino que contempla una circunstancia de agravación de la pena en aquellos supuestos en los que se usaren estupefacientes para facilitar u ocultar otro delito, concepto este último empleado en un sentido general y no circunscrito a una clase determinada".

Y en el caso "Julio Herr Luque" (Fallos: 321:2548), en que una mujer denunciaba haber sido violada por dos hombres después de que uno de ellos le suministró estupefacientes, mantuvo su postura en los mismos términos que el precedente anterior, agregando que "la actividad desarrollada por los encartados, sin perjuicio de la calificación legal en la cual los magistrados contendientes coinciden, guarda relación directa con lo estatuido por el legislador en el artículo 13 de la ley 23.737, por lo que es la justicia provincial la que debe continuar entendiendo".

Como puede apreciarse, resulta claro que el delito de

violación es de competencia local, aun cuando en la violencia típica se hayan utilizado estupefacientes, sin perjuicio de la competencia federal para investigar las conductas previstas específicamente en la ley citada.

VIII

Nulidad del acta de debate por la omisión de su lectura y la falta de firma de las partes.

1. A fojas 9653 y vuelta, puede apreciarse que el acta de debate fue firmada por el presidente y los vocales del tribunal y por los secretarios subrogantes, al finalizar la audiencia del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, pasadas las dieciocho horas. La defensa de Luque solicita la nulidad de tal pieza, pues no fue leída a las partes ni firmada por éstas, según lo prescribe el inciso h del artículo 387 del Código Procesal Penal de Catamarca.

2. La Corte de Justicia de esa provincia, rechaza la nulidad al entender que el artículo citado impone al secretario del tribunal, bajo pena de nulidad, la obligación de labrar un acta de debate, indicando en sus siete incisos las materias, circunstancias y demás constancias que deberán conformar su contenido, dejando en claro en su último apartado, que la falta o insuficiencia de algunos de los requisitos previstos, no causa su nulidad, salvo que ello esté expresamente establecido por la ley. A su vez, el artículo 134, *in fine*, determina que la nulidad como sanción de omisión solamente podría disponerse por la falta de "la firma del funcionario que cumple el acto y la del secretario o testigos de actuación", en su caso.

Del acta de debate -continúa el tribunal- se advierte que

Procuración General de la Nación

se encuentra firmada por el tribunal en pleno, conforme su integración, y por los secretarios de actuación, obrando además constancia inequívoca de su lectura sin que, según ya se dijera, la falta de firma de las partes implique la nulidad del acta, porque no ha sido prevista expresamente por la ley, y porque deben aplicarse los principios rectores en la materia, cuales son la relatividad, la restricción y el de favorecer la validez del acto. Y ello es así, sin que se confunda, asimile o identifique las formalidades que deben respetarse en la audiencia de debate con las constancias que el acta debe contener.

3. La defensa transcribe el comienzo del citado artículo 387 que expresa: "El secretario levantará un acta del debate, bajo pena de nulidad", agregando que tal acta debe contener las enunciaciones que en esa norma se hacen. Luego, recuerda que el acta de debate constituye el soporte técnico de la sentencia, y que allí radica la necesidad de labrarla por parte del secretario con las enunciaciones que la ley prevé, como única garantía de poder controlar si se han cumplido las pautas intrínsecas y extrínsecas del fallo para posibilitar su control casatorio.

La falta o insuficiencia de esa enunciación -prosigue- no causa la nulidad "salvo que ésta sea establecida en la ley". Y el artículo 134, *in fine*, del código citado, prescribe, bajo sanción de nulidad, la exigencia de las firmas.

Sigue alegando la parte que en este caso ha habido una negativa a dar a conocer las actas del debate, habiéndoselas entregado tardíamente -días después de la lectura de la sentencia, corriendo los términos del recurso de casación y previo recurso de reposición- lo que implica una seria anomalía que hace dudar que hayan existido antes. Se dio, entonces, la situación de que faltaba el acta antes de la deliberación que

prevé el artículo 389 del Código Procesal Penal, que es el momento en que se debió leerla para que las partes pudieran controlar las menciones que solicitaron durante el transcurso del debate, y luego, firmarla. Es decir que, a juicio de la parte, ésta no existía al finalizar el debate y pasar el tribunal a deliberar, ni antes del veredicto, ni cuando pidió copias la defensa, el 2 de marzo. Recién aparecen con las firmas de los jueces del tribunal, y sin las correspondientes a las partes, cuando se resuelve la reposición planteada. Todo lo cual ocasiona la nulidad de tal pieza y, por ende, la de la sentencia.

4. También en este punto considero inobjetable la respuesta dada a la recurrente por parte del tribunal de casación -que no ha sido refutada por esa parte en la queja (ver fojas 147 vuelta del presente)- en el sentido de que el artículo 387 del código catamarqueño, luego de enumerar los requisitos del acta de debate, dice expresamente que "la falta o insuficiencia de esta enunciación no causa nulidad, salvo que ésta sea expresamente establecida por la ley". El inciso h exige la firma de los miembros del tribunal, del fiscal, de los defensores y del secretario, el cual previamente la leerá a los interesados. Por otro lado, el artículo 134, luego de indicar los contenidos de las actas, dice, en el último párrafo, que "la firma del funcionario que cumple el acto y la del secretario o testigos de actuación, se prescriben bajo pena de nulidad".

De la lectura de estos dispositivos legales, surge que la falta o insuficiencia de los requisitos del artículo 387 no causan, en principio, la invalidez del acta de debate, y que la falta de firma de las partes en ella, encuentra acogida en esta regla general, pues no está expresamente sancionada con la nulidad.

Procuración General de la Nación

Por otro lado, la parte no ha demostrado que esta falta de firmas haya afectado concretamente sus garantías constitucionales impidiendo el ejercicio de su derecho de defensa, lesión que es la base de cualquier declaración de nulidad.

En cuanto a su lectura en voz alta, cabe decir que al final del acta se transcribió lo siguiente: "el señor presidente declara cerrado el debate y dispone que el tribunal pase a deliberar a efectos de dictar veredicto. Con lo que concluye el acto, previa lectura y ratificación de la presente, firman los señores miembros del tribunal...todo por ante los señores secretarios subrogantes...que dan fe". Es decir que, sin

que se haya argüido el documento de falsedad (artículo 993 del Código Civil), consta expresamente su lectura. De todas maneras, si ello no fue así, lo cierto es que al entregarse a las partes fotocopias del acta en cuestión (ver fojas 6 del incidente de reposición pertinente), habría quedado subsanada su falta de conocimiento cierto de tal documento.

En lo atinente a la supuesta inexistencia del acta hasta una fecha posterior a la lectura de la sentencia, tal cosa es una mera conjetura de la parte sin apoyo en las constancias de la causa. Y en cuanto a la demora del tribunal en entregarle las fotocopias del acta, no se advierte con ello un perjuicio grave al derecho de defensa en juicio, teniendo en cuenta que la defensa bien pudo consultarla en secretaría, según lo autorizaba el proveído del doce de marzo de 1988, obrante a fojas 9905. Incluso, si es que era cierto que hasta ese día no se había terminado de labrar el acta, bien pudo la parte concurrir a la secretaría, solicitar la causa y ante la omisión, dejar la nota correspondiente para la debida constancia. De todos modos el diez de marzo -fecha a partir de la cual corren los términos para recurrir en casación (artículos

393, segundo párrafo, y 461 del código procesal citado)- se hizo la lectura de los fundamentos de la sentencia, se entregaron las copias el veinte de marzo (fojas 6 del incidente de reposición) y se presentó el recurso de casación el veinticinco de marzo siguiente (fojas 100 vuelta del legajo pertinente), por lo que se tuvo el tiempo de consulta necesario (de forma indubitable desde el día doce, como ya se dijo); máxime que se trataba de la instrumentación de un debate al que se había asistido y participado de manera principal y necesaria.

En consecuencia, tampoco encuentro en este punto un agravio esencial para las garantías judiciales de Guillermo Luque.

IX

Cuestiones probatorias.

1. La defensa cuestiona el análisis y valoración efectuado por el tribunal de juicio de las declaraciones de los profesionales del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional y de los testigos de Buenos Aires, de los comprobantes de la tarjeta de crédito, y de la documentación aportada por Movicom. Así también se queja de la omisión de considerar favorablemente las pericias efectuadas por la Gendarmería Nacional en el automóvil Ford Falcon de la familia de Luque.

2. La Corte de Justicia catamarqueña responde que la propia materia objeto de esta tacha impone su rechazo pues se trata de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la casación, como reiteradamente lo ha sostenido. Los recurrentes -prosi- guen- sólo pretenden que se efectúe una nueva valoración de la prueba que fundamentó la decisión del a quo, no obstante que por medio de ese recurso ello no es posible. La casación no es una segunda instancia, no es un recurso ordinario y, como remedio extraordinario y excepcional, no integra su ámbito de

Procuración General de la Nación

discusión y eventual decisión volver sobre la prueba de que se hizo mérito en la instancia condenatoria. En consecuencia, y puesto que no se deben juzgar los motivos que conformaron la convicción del juzgador, no procede este recurso cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal de juicio y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia.

Ello es así -prosiguen- porque en el sistema procesal penal vigente, en consonancia con el sistema oral, se ha impuesto el de la sana crítica para la valoración de la prueba, las que encuentran valor, no en predeterminaciones, fijaciones o tabulaciones, sino en el marco que, por presunción legal, el juzgador les asigna. Pretender violar esta premisa significa desvirtuar la naturaleza misma del recurso de casación, en intento de una nueva valoración jurídica del material fáctico establecido en la sentencia, provocando una extralimitación en la competencia funcional que la ley atribuye al tribunal de casación, que no es otro que el contralor de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito.

Pueden los recurrentes -afirman- disentir con la selección y fuerza de convicción asignada a los distintos medios probatorios, pero yerran al criticar al tribunal porque éste habría dado preeminencia a las testimoniales frente a pruebas de mayor relevancia, y se equivocan porque tal análisis está reservado a los jueces de grado y no es revisable en esta instancia extraordinaria, cuya finalidad esencial no es otra que la de controlar la juridicidad de los pronunciamientos definitivos dictados por los jueces de sentencia, limitándose a verificar si el pronunciamiento ha seguido el camino lógico y las reglas de la sana crítica racional. Así resulta oportuno destacar la dificultad propia de este recurso en el procedimiento penal, dada la característica de oralidad del juicio

de mérito, donde la producción de la prueba importa una vivencia difícil de reproducir ante el tribunal de casación. La tarea valorativa de quienes sentencian se desarrolla en un marco de inmediación y concentración, con la percepción directa y personal de los jueces, y su control se ve restringido a lo que se registre en las actas incorporadas al expediente.

Alegan los recurrentes la existencia del vicio de arbitrariedad, sin que las críticas referidas a la valoración -expresa la corte provincial- que el tribunal efectuó de las declaraciones de los médicos así lo indiquen, mostrando tan sólo una discrepancia con el valor probatorio asignado a dichas declaraciones. Esto no alcanza para descalificar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, puesto que no se ha demostrado arbitrariedad en la estimación de tales medios de prueba. Por el contrario, los jueces de un modo razonable, prudente y lógico, analizaron cuidadosamente dichas declaraciones y luego de una prolija crítica, determinaron la causa eficiente de la muerte de la víctima.

Ante una prueba testimonial contradictoria, el tribunal de sentencia ha puesto de manifiesto su criterio con base en las percepciones recogidas gracias a la inmediatez de la audiencia. Así, ha fundado con largueza las distintas causas y diversas razones que tuvo para sospechar, desechar o dar credibilidad suficiente a unos o a otros. Y no puede exigirse que las distintas razones o consideraciones tengan la misma fuerza de convicción o que los razonamientos sean en todos los casos impecables, o que algún defecto no haya podido deslizarse en algún giro verbal; ello en la medida que se hayan observado las reglas del "correcto entendimiento humano". Para el juzgamiento de delitos de esta naturaleza, el juzgador debe casi inevitablemente recurrir a los indicios -autorizados como prueba legal válida- para la búsqueda y determinación de la

Procuración General de la Nación

verdad real de los hechos sometidos a su juzgamiento, sin que se encuentre constreñido en su valoración por la vieja máxima de apreciación que exigía que éstos fueran vanos, graves, directos, inequívocos y concordantes, bastando solamente que éstos, en función de las demás probanzas de autos, formen en el magistrado un criterio de convicción.

Estas consideraciones -a juicio del tribunal- se aplican de igual modo a las objeciones formuladas por los recurrentes respecto a los comprobantes de tarjetas de crédito y a la documentación de Movicom, como así también a la supuesta omisión de valorar la pericia efectuada sobre el Ford Falcon de la familia Luque por Gendarmería Nacional. Y luego de citar jurisprudencia de V.E. en el sentido de que "los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las probanzas agregadas, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones", se afirma que la casación no es una segunda instancia ordinaria que deba atender las denuncias de injusticia traídas por los litigantes, movidos tan sólo por un criterio distinto al de los sentenciantes. Máxime cuando se han expresado razones suficientes de hecho y de derecho que bastan para fundar la sentencia recurrida como acto judicial válido.

La ley no exige un molde o patrón determinado al que debe ajustarse la formulación de los fundamentos de la sentencia. Simplemente determina que éstos deben existir en la medida necesaria para que pueda controlarse la elaboración lógica de las conclusiones, y dentro de ese marco cada juez o tribunal desarrolla sus propias modalidades, con mayor o menor enjundia siendo siempre válidas en cuanto permitan aquella verificación.

Entonces -concluye la corte- mal puede descalificarse el decisorio impugnado ya que, si bien los recurrentes pudieran

creer que les asiste razón en alguno de los reparos que formulan, ello no es suficiente para tener cabida relevante dentro de las cuestiones de hecho y prueba, cuestiones que, en principio, resultan ajenas al recurso de casación y que con mayor razón deben ser excluidas en juicios de esta naturaleza, cuya solución depende de la valoración de complejas situaciones que es prudente dejar a los jueces de grado.

3. La defensa de Luque vuelve a reiterar en el presente recurso todas sus tachas relativas al mérito de la prueba que efectuó en el recurso de casación, y como respuesta a la sentencia de la Corte de Justicia de Catamarca, efectúa las consideraciones que se transcriben a continuación (fojas 147 y vuelta del presente).

Alega que dicho tribunal efectúa una afirmación sumamente grave, que no puede dejarse de señalar pues ataca el debido proceso legal, base o cimiento de un sistema procesal penal de garantías y que afecta la administración de justicia. Ello es así por cuanto la corte local sostiene que para el juzgamiento de delitos de esta naturaleza, "el juzgador debe casi inevitablemente recurrir a los indicios -autorizados como prueba legal válida- para la búsqueda y determinación de la verdad de los hechos sometidos a su juzgamiento, sin que se encuentre constreñido en su valoración por la vieja máxima de apreciación que exigía que éstos fueran varios, graves, directos, inequívocos y concordantes, bastando solamente que él o los mismos en función de las demás probanzas de autos informen al magistrado un criterio de convicción". Esta afirmación, a su entender, implica en la práctica la institucionalización de la arbitrariedad en el juzgamiento de los hechos traídos a debate.

En efecto -prosigue la parte- el indicio como tal es una prueba más; acredita un hecho. Y es a partir de ese hecho al

Procuración General de la Nación

que podemos llamar indicio base o, como bien lo denominaba Salvador Messina, "de la certeza de la circunstancia indicia-ria", que podremos extraer conclusiones, en tanto y en cuanto lo que pruebe ese indicio tenga o alcance el grado de certeza. Que el juzgador no se sienta constreñido por la vieja máxima acerca de la variedad, gravedad, etcétera, de los indicios no debe conducir a dejar de lado estos requisitos, por lo que se debe comparar un indicio de determinada naturaleza con otras pruebas de naturaleza distinta y que acreditan otras cosas. Y qué decir cuando un indicio se opone a otro, o sea cuando existen indicios contradictorios. El primero ya no puede servir.

Y es lo que pasa -prosigue- con el testimonio de Medina, o de Muro, que podrán tener el valor de indicios, pero en la confrontación con el resto de la prueba quedan destruidos como tales.

Pero, volviendo al tema central, la misma corte -a juicio de la parte- ha dejado de lado fallos en que ella, con su actual integración, decidió en otro sentido. Es decir, ese propio tribunal efectuó en esta misma causa (cuando revocó el sobreseimiento definitivo de Luque) una revisión de los hechos y de las pruebas, por lo tanto ahora no puede afirmar con tanta vehemencia que la vía casatoria no resulta idónea o adecuada para efectuarla. Sí lo son, sostiene la defensa, cuando existe una grosera y manifiesta arbitrariedad y absurdidad en la valoración de la prueba.

4. Considero que este agravio, fundado en la arbitrariedad de la valoración de la prueba, no puede prosperar, en base a las consideraciones generales efectuadas por la Corte de Justicia de Catamarca que, en mi opinión, no han sido refutadas por la defensa, y a los siguientes argumentos.

a) La sentencia de la cámara de juicio efectúa un medu-

loso estudio, tanto de las explicaciones brindadas por los expertos médicos, como de la prueba de descargo, a saber: las declaraciones de los testigos de Buenos Aires, a su juicio inexactos, la documental y los testimonios relativos a las compras efectuadas en esta ciudad por el imputado y a los llamados efectuados desde un teléfono celular, y las constancias falaces de la Universidad Kennedy. Efectúa el análisis interno de todos estos medios, y luego, externo, pues los compara con las otras pruebas rendidas y las demás circunstancias que surgen de la causa. Luego son sometidos a una intensa crítica, y se sacan las conclusiones que, a mi parecer, resultan razonables. No se observan ninguno de los vicios de mérito en base a los cuales V.E. aplica la doctrina excepcional de la arbitrariedad.

b) Así, la sentencia condenatoria se abrió camino en la enmarañada prueba y con rigor analítico fue determinando las circunstancias del hecho: la hora aproximada en que falleció la víctima, la violación reiterada que padeció, la muerte por sobredosis de cocaína y las maniobras de reanimación, la fiesta en un local bailable donde estuvo con Luque y Tula, su andar tambaleante, la salida de dicho lugar en compañía de aquél y con la aquiescencia proditoria de éste, las escenas ocurridas en la casa paterna de Luque, la aparición del cadáver desfigurado, el encubrimiento policial.

Y, según surge de la lectura de dicha resolución, el tribunal de juicio no omitió considerar ninguna de las pruebas producidas a instancias de la defensa, dando la explicación de por qué las desechara. En consecuencia, resulta inobjetable la posición de la Corte de Justicia catamarqueña, en el sentido de que la tacha de la parte consiste, en este punto, en una mera disconformidad con el criterio de evaluación de la prueba efectuado por la cámara, cuestión ajena al recurso de

Procuración General de la Nación

casación.

c) En cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, V.E. ha postulado que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, y exige que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa, y no un examen meramente ritual, defectuoso, parcial o contradictorio de la prueba producida (Fallos: 297:100; 304:1510, considerando 4° y sus citas; 308:1075; 312:184; 314:199; 316:3155; 317:579; 319:1867; 322:2755, entre otros). En el presente recurso, la parte no ha demostrado que la sentencia adolezca de estos defectos, sino que su postura consiste en un desacuerdo con el análisis efectuado por el tribunal de juicio, por lo que esta tacha no debe prosperar.

d) Por último, debo decir que tampoco resulta procedente la queja de la defensa en cuanto a que el tribunal de casación omitió tratar el tema de que existe una falta de motivación de la sentencia y de que no se observaron las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo, en el caso, las declaraciones de los testigos de Buenos Aires. La lectura del acápite 2 de este capítulo IX, nos persuade de que esta cuestión está suficientemente respondida por la corte provincial, a lo cual pueden agregarse los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

X

Nulidad de la sentencia de la Corte de Justicia de Catamarca por su redacción colectiva.

1. La defensa de Luque argumenta que tal pronunciamiento del a quo, que no hace lugar al recurso de casación interpuesto por su parte, ha violado las prescripciones del ar-

título 210 de la Constitución de Catamarca que dispone que "todas las sentencias que dictare la Corte de Justicia y los tribunales de apelación de la provincia se acordarán públicamente, fundando cada uno de sus miembros sus votos por escrito según el orden determinado por la suerte en la misma sentencia. Se establecerán primero las cuestiones de hecho y luego, las de derecho, sometidas a la decisión del tribunal, y cada uno de sus miembros votará separadamente en el orden sorteado".

2. La Corte de Justicia de Catamarca, en el auto interlocutorio en que deniega la concesión del recurso extraordinario (fojas 62 a 66 del presente), resolución que motivara esta queja, responde a este agravio recordando la antigua jurisprudencia de V.E. que sostiene, que todo lo referente a la constitución y composición de los tribunales de la causa, al igual que las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto en los tribunales colegiados, constituyen materia ajena al recurso extraordinario. Y solamente se aparta de esta doctrina ante supuestos de gravedad excepcional en los que la sentencia no es el resultado del conocimiento y la decisión de la causa por la totalidad de los jueces que integran el tribunal llamado a resolver el pleito. Esta situación no se observa en el *sub lite*, puesto que la Corte provincial reunida en acuerdo, y mediando unanimidad de criterio entre los jueces, decidió dictar una sentencia de redacción colectiva y única, tal como lo autoriza el artículo 391 del código procesal local, norma que no ha sido tachada de inconstitucional por los impugnantes.

Por último, el a quo transcribe el voto del juez Petracchi en los autos "Iglesias, Herminio y otro", donde dice que "en las causas previstas por la ley 23.298, las sentencias, de conformidad con la disposición expresa del artículo 68, deben

Procuración General de la Nación

dictarse en acuerdo, aun cuando pudiera admitirse la redacción impersonal; esta solución no sería contradictoria, y tal es la forma que revisten las decisiones de la Corte Suprema, según surge del artículo 70 del Reglamento para la Justicia Nacional y del artículo 281 del Código Procesal Civil de la Nación".

3. La parte comienza su desarrollo de la cuestión transcribiendo el acta de audiencia de fojas 221 a 240 del legajo correspondiente al recurso de casación, en la parte que dice: "...del sorteo para determinar el orden en que los miembros del tribunal emitirán sus votos, resulta desinsaculado...". Es decir que se establece un orden en la emisión de los votos.

No obstante ello -arguye- la sentencia que resuelve los recursos de casación interpuestos, reza: "...reunida en acuerdo la Corte de Justicia de Catamarca...El tribunal, conforme lo autoriza el artículo 391 y concordantes del Código Procesal Penal decide dictar sentencia única y de redacción colectiva...".

A juicio de la parte, la mera invocación del artículo 391 no basta, pues a lo que se refiere la norma es a la forma de deliberar y de emitir sus votos el tribunal de juicio, esto es, la cámara del crimen, y no la Corte de Justicia y los demás tribunales de apelación. Y si bien es cierto que el artículo 466 del código provincial citado, autoriza al máximo tribunal a deliberar conforme al artículo 389, la remisión al artículo 391 lo es en "cuanto sea aplicable". Ello quiere decir, que tal dispositivo legal, posterior a la reforma de la Constitución catamarqueña, que data de 1988, en ningún momento viola la cláusula del artículo 210 de la constitución local.

Vale decir, continúa la defensa, que ni siquiera por vía analógica podían los jueces apartarse del precepto constitucional y votar de la forma en que lo hicieron, ya que éste se constituye en una garantía de acierto que permite, además,

fiscalizar la actividad de los jueces a los efectos de poder comprobar que han estudiado los hechos y que su voto no es el resultado de una actividad arbitraria o complaciente.

Por otra parte, qué sentido tiene entonces -se pregunta la defensa- el sorteo efectuado en la audiencia de expresión de agravios, si después votarían colectivamente.

Por último, se cita opinión doctrinaria y como precedentes los casos "Herminio Iglesias y Osvaldo Corti" y "Movimientos de Suelos S. A. v. Momentos S.A.A.G. y otro", resueltos por V.E. el 18 de noviembre de 1986 y el 10 de junio de 1992, respectivamente.

4. En mi opinión este agravio no debe prosperar en base a las siguientes consideraciones.

a) Existe una base legal para que la sentencia haya sido redactada en forma impersonal. En efecto, el artículo 466 del Código Procesal Penal de Catamarca, dispone que la Corte deberá observar las prescripciones del artículo 391, en cuanto sea aplicable. Este último dispositivo legal se refiere a las formalidades de la sentencia del tribunal de juicio: la deliberación, el orden de las cuestiones, los votos, el sistema valorativo, el beneficio de la duda y, esto es lo que importa en esta cuestión, se refiere a que "si media unanimidad, la redacción de la sentencia podrá ser colectiva y única".

Ahora bien, este procedimiento, resulta aplicable a las sentencias del tribunal de casación, puesto que las únicas prescripciones que no incumben al recurso de casación son aquéllas ajenas a su naturaleza, por ejemplo, las concernientes a las circunstancias de hecho y valoración de la prueba. Por lo tanto, la remisión del artículo 466 incluye expresamente este tipo de regulaciones de procedimiento.

b) Por otro lado, la resolución cuestionada fue dictada el 29 de mayo de 1998 por la Corte de Justicia de Catamarca

Procuración General de la Nación

"reunida en acuerdo", tal como se hizo constar en el encabezamiento del documento pertinente que fue suscripto por los tres jueces y también por el Secretario que da plena fe de esta circunstancia y del modo en que se llevó a cabo este procedimiento, toda vez que sus atestaciones no fueron redargüidas de falsedad (fojas 241 del legajo pertinente). Se obtiene entonces que la sentencia reúne las características de haber sido acordada públicamente -como lo exige el artículo 210 de la Constitución de Catamarca- y de lucir una redacción impersonal, colectiva y unánime -según lo prescribe la ley procesal local, como se explicó en el punto a)-.

c) Resta, entonces, salvar la discordancia aparente entre la Constitución provincial que preceptúa que cada uno de los miembros del tribunal debe fundar su voto escrito y por separado, según el orden del sorteo, y la ley procesal que permite la redacción en conjunto si media unanimidad.

Ahora bien de acuerdo a las pautas exegéticas de V.E., en cuanto a que se debe aplicar un método favorable a la interpretación armónica de las leyes en salvaguarda de su validez, puede considerarse que el precepto de la constitución provincial prescribe la obligatoriedad del voto individual en caso de opiniones distintas o divergentes. En cambio, esta cláusula resulta de mero orden para el supuesto de que los jueces mantengan una postura unánime de coincidencia en los fundamentos y en la resolución del caso.

Así, en este último supuesto se adecua mejor a la realidad, y al principio de veracidad, la redacción de una pieza única suscripta por todos los jueces, que un proceder que consista en que el texto aparezca como redactado por uno solo de los jueces y, a continuación, se inserte como voto de cada uno de los restantes magistrados, una fórmula de adhesión. Esta práctica, propiciada de algún modo por la defensa, se

erigiría, en este caso, en un mero formalismo ritual apto para ocultar la realidad del acto, pero no para asegurar con mayor amplitud el debido proceso y la defensa en juicio.

d) En cuanto a los precedentes citados, en relación al caso "Herminio Iglesias", el supuesto era sustancialmente diferente al presente. Se trataba de una sentencia de la Cámara Nacional Electoral, sobre la cual V.E. ejerce la superintendencia directa; no existía una ley que autorizara a proceder de tal manera (más bien se incumplieron las vigentes); no hubo unanimidad sino la decisión mayoritaria de dos jueces con la agregación tardía de la disidencia del presidente; no hubo una deliberación en la que intervinieron los tres integrantes del tribunal; y recién cuatro días después de dictada se le entregó el fallo al secretario (ver sentencia publicada en Fallos: 308:2188).

En lo referente al precedente "Movimientos de Suelos S.A." es un caso diferente al que nos ocupa, pues la cuestión versó sobre una sentencia firmada sólo por dos jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, y en la que se hizo constar la ausencia circunstancial del tercer miembro del tribunal. V.E. consideró que el funcionamiento ordinario de los tribunales colegiados supone la actuación de todos sus miembros, por lo que tal proceder fue suficiente para invalidar aquel acto por omisión de las formalidades sustanciales (ver Fallos: 315:1260). En este fallo, al igual que en el pronunciado en un asunto similar (C.850.XXI. Recurso de Hecho *in re* "Cademartori S.A. s/ quiebra c/ Viviendas Suffern Moine y Cademartori S.A. y otro", resuelta el 9/2/89) no citado por la defensa, se tuvo especialmente en cuenta la obligación que le cabe al Tribunal de corregir la actuación de las cámaras nacionales de apelaciones cuando aparezca realizada en violación a los principios

Procuración General de la Nación

fundamentales inherentes a la mejor, y más correcta administración de justicia, máxime que dichos tribunales se hallan bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Como puede apreciarse, en esos antecedentes se tuvo especialmente en cuenta para resolver la cuestión, una circunstancia ajena al presente, esto es las facultades directas de superintendencia judicial de V.E. como cabeza del Poder Judicial de la Nación.

En conclusión, la Corte Suprema sólo ha anulado las sentencias en las cuales se había omitido deliberadamente de dar intervención a algún integrante del tribunal (Fallos: 223:486; 233:17); o no se asentaban de manera fehaciente los motivos de su ausencia en el acuerdo (los dos fallos citados en el párrafo anterior); o no se habían respetado las reglas que rigen la deliberación de los jueces en acuerdo (fallo citado en el anteúltimo párrafo). Todas éstas, situaciones de incumplimientos formales graves que exceden el presente caso.

En los últimos precedentes citados, se fue imponiendo la doctrina (tomada del voto del juez Petracchi en la citada causa "Iglesias", considerando 11) de que "la deliberación en acuerdo ante el secretario con expresión personal del voto no constituye una mera forma, ya que las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos". Yendo al caso concreto, tenemos que la sentencia del a quo fue dictada en un acuerdo -es decir, hubo discusión y debate- ante el actuario del tribunal y que si bien hubo una redacción impersonal, ello se debió a que los tres miembros del tribunal coincidían, por unanimidad, en sus opiniones.

Por consiguiente, y toda vez que no resulta aplicable esta doctrina, para el supuesto de que no se estuviera de

acuerdo con el argumento expuesto en el punto e de este capítulo, corresponde decir que sería aplicable al *sub judice* el principio general del Tribunal que postula como cuestión ajena al recurso extraordinario, las que se refieren a la constitución e integración de los tribunales, las vinculadas con las formalidades de la sentencia, y el modo de emitir el voto de los jueces cuando integran tribunales colegiados (Fallos: 265:300; 273:289; 274:227; 281:306; 304:154 y 1639).

Por todo lo expuesto y puesto que no se advierte en la especie que el hecho de que la sentencia sea el producto de una redacción colectiva, afecte concreta y directamente las garantías judiciales del imputado (la Corte Suprema misma redacta sus fallos de manera impersonal, como lo recuerda la Corte catamarqueña citando al juez Petracchi), debe desecharse esta tacha.

XI

Nulidad de la sentencia por inobservancia de una acordada.

1. La defensa señala que la Corte de Justicia de Catamarca dictó la acordada 3559 en el mes de setiembre de 1996, en la que dispuso que todos aquellos jueces que hayan integrado un tribunal de apelación y hayan resuelto sobre el fondo de la cuestión, no podían integrar en el futuro un tribunal de juicio, para no incurrir en la figura de prejuzgamiento del artículo 44 del código procesal penal local. Sin embargo, tal tribunal desobedeció su propio mandato al entender en el recurso de casación, puesto que ya había actuado al resolver otro anterior en esta misma causa; en tal ocasión revocó el sobreseimiento de Luque y calificó su conducta como homicidio preterintencional.

2. La corte provincial, al denegar el recurso extraordinario, responde este agravio sosteniendo que, amén de ser una

Procuración General de la Nación

materia extraña a este recurso, de su propia lectura se advierte, sin hesitación, que lo dispuesto por la acordada 3559, no es de aplicación a este caso. En efecto, el punto 2 dice que "no podrá entender en el juicio común el juez que como miembro de la Cámara en lo Criminal haya intervenido en los recursos de apelación en el proceso instructorio". Por lo tanto, el criterio de la defensa de Luque es sólo una argumentación gratuita que carece de todo sustento y seriedad (fojas 65 del presente).

3. La defensa arguye que cuando la corte de justicia provincial resolvió el recurso de casación primigenio, es decir el deducido por el fiscal contra el sobreseimiento de Luque, tuvo oportunidad de analizar los hechos y el derecho y de resolver sobre el fondo de la cuestión; por ende, jamás podría haber integrado después el tribunal llamado a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Aclara esa parte que hasta después de que la corte de justicia dictara la sentencia, no había tenido acceso a tal acordada, pues al no ser una ley o un decreto mal podría conocerla debido a que no se publica en el Boletín Oficial, puesto que sólo rige en el ámbito de la justicia local. De haberla conocido, ninguna duda cabe de que habrían hecho uso del derecho de recusar a los integrantes de la corte incursos en la causal de prejuzgamiento que tan claramente se describe en la acordada citada.

Ello configura otra violación a las normas del debido proceso legal y a la defensa en juicio del imputado, quien se ha visto privado de utilizar en su defensa las facultades que la ley le otorga.

4. En mi opinión esta tacha debe rechazarse en base a que la acordada 3559 de la Corte de Justicia de Catamarca contempla un supuesto distinto al de este caso, tal como ese

mismo tribunal lo sostuvo (ver acápite 2° de este capítulo) sin que fuera refutado por la defensa en el presente recurso de queja. La prohibición se refiere concretamente a que no podrán entender en el juicio común quienes, como miembros de la Cámara en lo Criminal, hayan intervenido en los recursos de apelación en el proceso de instrucción, emitiendo opinión sobre el fondo de la cuestión resuelta. De una simple lectura de este artículo 2° de la acordada dictada el 17 de setiembre de 1996, surge que se trata de la prohibición de que el camarista que intervino como juez de apelación en la etapa de instrucción, actúe como juez de sentencia. Nada se dice de los magistrados de la corte de justicia, a la sazón, tribunal de casación, que bien pueden intervenir en este tipo de recursos a lo largo de un mismo proceso como todo tribunal de alzada.

Como puede apreciarse, no ocurrió en este caso una violación al debido proceso por incumplimiento de una acordada de la corte provincial, tal como lo alega la defensa. En cuanto a la posibilidad de un prejuzgamiento por parte de dicho tribunal, teniendo en cuenta que intervino en dos oportunidades: para revocar un sobreseimiento y para denegar un recurso de casación, corresponde decir que esta cuestión, susceptible de violar la defensa en juicio, no fue introducida en el momento oportuno -al ocurrir en casación- instando el procedimiento legal para demostrar las supuestas causales. Tampoco se ha cumplido con el requisito de fundamentación autónoma (artículo 15 de la ley 48) pues en sus intervenciones el recurrente no efectuó una relación concreta y ordenada de los hechos de prejuzgamiento que permita relacionarlos con la cuestión federal. De esto se deduce que en este aspecto tampoco existe un verdadero agravio a las garantías judiciales de Luque, por lo que la cuestión se torna intrascendente a la luz del recurso extraordinario.

Procuración General de la Nación

XII

Finalmente, he de admitir que en la calificación legal de los hechos por los que Luque fue condenado, existe una errónea aplicación de la ley sustantiva. Ilogicidad advertida por la defensa, cuando se refiere a la inexistencia de las circunstancias que llevan a condenar según la acusación alternativa; esto es: la de los hechos en que se funda la calificación jurídica que en definitiva aplicó el tribunal: violación por el uso de estupefacientes, seguida de muerte, con los agravantes del número de participantes y del uso de estupefacientes. Rechazo del encuadramiento legal que, de tal forma, demuestra su sostenida disconformidad con la solución jurídica del caso, toda vez que a partir de la introducción del hecho alternativo por parte del fiscal -y su consecuencia: la calificación jurídica más gravosa- manifestó su oposición en las distintas y propicias oportunidades procesales.

Y sin perjuicio de esta alegación extraída tácitamente de los argumentos de la defensa, estimo, de todas maneras, que V.E. se encuentra facultada para revisar lo atinente a la selección que, como fruto de un razonamiento excesivo y contradictorio, llevó al tribunal de juicio a propugnar el tipo penal complejo. Fundo mi postura en base a lo siguiente:

a) El principio de informalidad que V.E. suele aplicar en casos como éste y que lo enuncia expresando que "no es óbice para la procedencia formal del recurso, el modo en que se introducen y mantienen las cuestiones federales desde que el conocimiento de las mismas por este Tribunal no requiere de fórmulas sacramentales, bien se advierta que el adecuado servicio de la justicia, exigido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, sólo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva tanto sobre el tradicionalismo jurídico como por encima de los pruritos y ritualismos forma-

les que encubren la sustancia que define a la justicia en el estado social contemporáneo" (Fallos: 292:296, considerando 6°; y 294:9, voto de los jueces Masnatta y Levene (h), considerando 4°).

b) La doctrina que establece que "en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no está limitada por las posiciones de la cámara ni la de los apelantes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (artículo 16 de la ley 48) según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 307:1457; 319:1716; 322:2750, considerando 4°, entre muchos otros). Y si bien es cierto que la cuestión que analizo versa sobre un precepto de derecho penal general (la agravante genérica por el uso de drogas), lo cierto es que tal norma se encuentra ubicada en una ley que trata una materia de índole federal, como es la de los estupefacientes, por lo que el derecho federal y el común se encuentran estrechamente imbricados. Esta solución de alguna manera ha sido aplicada por el Tribunal en el caso "Morcillo de Hermelo", puesto que allí abrió el recurso extraordinario en una cuestión eminentemente de derecho común, como es el instituto de la ley penal más benigna (artículo 899 del Código Aduanero) por el fundamento de que se encontraba incluido en una ley de naturaleza federal y se trataba de una sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, contraria a las pretensiones de la recurrente (Fallos: 310:267). Pueden consultarse también en este punto los precedentes de Fallos: 189:170; 193:135; 229:705, 715 y 729; 256:169; 262:477 y 273:363.

Estos principios, en el presente caso, deben ser advertidos desde un punto de vista especial, toda vez que concurren otras peculiares circunstancias que llevan a considerarlo como incluido en las causales de gravedad institucional. Ello así,

Procuración General de la Nación

no tan sólo por la extraordinaria resonancia social que tiene en la Provincia de Catamarca y en todo nuestro país, sino también por las consecuencias institucionales y políticas del crimen.

Así lo entiendo a partir del presupuesto básico de que una condena sofística por la interpretación excesiva del tipo legal complejo que aplica "conmueve a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos" (Fallos: 257:132), por lo que resulta imprescindible -por el carácter definitivo de la cuestión- que V.E. tome intervención para evitar una efectiva privación de justicia, prescindiendo para ello de todo reparo formal (Fallos: 244:34; 306:2101; 308:694; 311:700; 312:1839; 315:1940; 321:3322, 3611 y, recientemente, Competencia N° 737.XXXV. del 7 de diciembre de 1999).

En este sentido, el Tribunal consideró que concurrían los supuestos excepcionales de gravedad e interés institucional, en los siguientes casos:

Para declarar la procedencia del recurso extraordinario deducido por el querellante con miras a la obtención de una condena criminal, apartándose de la jurisprudencia contraria a dicha admisión. Allí se dijo que la absolución técnica de los partícipes declarados de hechos notorios y graves, en los supuestos en que la solución alcanzada pueda adolecer de deficiencias susceptibles de afectar una irreprochable administración de justicia, es un supuesto de gravedad institucional. Y se agregó que "tal circunstancia compromete principios institucionales básicos, porque el consenso colectivo en la vigencia y eficacia de la ley penal es recaudo de la paz y el orden público, que en definitiva reposan en el imperio de la justicia" (Fallos: 260:119).

En la sentencia publicada en Fallos: 280:297, invocando

estos principios, dejó sin efecto la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital que, sin fundamento válido, había hecho lugar a la excarcelación del procesado.

En Fallos: 300:1102, dispuso que, aunque no surja claramente del escrito de apelación la cuestión traída a conocimiento de la Corte, es necesario que, teniendo en cuenta que el proceso penal ha alcanzado una duración excesiva, se declare la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva y se decrete la prescripción de la acción penal.

En Fallos: 300:1148, se dijo que "el hábeas corpus es la forma particular que asume la garantía de la defensa en juicio cuando se trata del resguardo de la libertad ambulatoria, también constitucionalmente asegurada, lo que torna necesario verificar el acierto de consideraciones rituales que obstaculizan su protección judicial".

También se ha dicho que la gravedad institucional existe cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad (Fallos: 247:601 y 268:126); o vulnera un principio institucional básico y la conciencia de la comunidad (Fallos: 300:1102); o puede resultar frustráneo de derechos de naturaleza federal con perturbación de la prestación de servicios públicos (Fallos: 259:43); o en el caso de excepcional difusión y notoriedad alcanzada por el proceso (Fallos: 257:132); o cuando se compromete el interés público o los de la comunidad entera en sus valores más sustanciales y profundos (Fallos: 257:132).

Por consiguiente, y si V.E. comparte la tesis de que en este caso resulta de estricta justicia despejar los óbices procesales, en aras de la seguridad jurídica y del debido proceso sustantivo, paso a desarrollar la cuestión.

Procuración General de la Nación

2. La Cámara en lo Criminal de 2da. Nominación de Catamarca, declaró culpable a Guillermo Daniel Luque como coautor penalmente responsable del delito de violación seguida de muerte agravado por el uso de estupefacientes y por el concurso de dos o más personas, con cita de los artículos 124 en función del 119 inciso 3°, 78, 122, 45, 40, 41 y 12 del Código Penal y 13 de la ley 23.737 (fojas 9899 del principal).

El análisis ha de versar en cómo incide el uso de estupefacientes en la calificación jurídica efectuada por el tribunal de juicio. Y en este sentido, me permito efectuar una observación preliminar, que si bien puede parecer obvia, resulta adecuada para ir aclarando la solución dada al caso: de la sentencia condenatoria surge que se tuvo por probado que la droga operó tan sólo en la víctima. En consecuencia, corresponde descartar que los victimarlos hubieran aplicado la droga sobre ellos mismos para facilitar o cometer la violación, que es una de las posibilidades incluidas en el artículo 13 de la ley 23.737.

De una lectura de la segunda cuestión que se plantea el tribunal de juicio en la sentencia, con el objeto de analizar los elementos objetivos del tipo, obtenemos que se le suministró cocaína a la víctima merced a lo cual fue accedida carnalmente por dos o más personas, tras lo cual murió por sobredosis. En otras palabras, hubo droga, acceso carnal grupal y muerte de la joven. Esto nos conduce a la siguiente calificación legal: violación (droga más acceso carnal) agravada por el concurso de dos o más personas y por el resultado muerte de la víctima. Si a esta figura compleja -que llamaré básica a los fines de este estudio- se le suma la agravante genérica del uso de estupefacientes, tenemos que un mismo elemento forma parte del tipo básico y del calificado.

Desde otro ángulo de la cuestión, y aun a riesgo de ser reiterativo, resulta que si comparamos el tipo penal violación -por el uso de estupefacientes en la víctima- calificada por el concurso de dos o más personas y por el resultado muerte, con el tipo penal violación -por el uso de estupefacientes en la víctima- calificada por el concurso de dos o más personas y por el resultado muerte, agravado por el uso de estupefacientes, tenemos que ambas figuras están compuestas exactamente de los mismos elementos objetivos. Esto nos lleva a concluir que, en este caso, esta última agravante carece de una base fáctica independiente de la que llamamos figura básica. Es decir, hay un mayor contenido de injusto formal sin una mayor actividad delictiva material.

Esto se pone también en evidencia si comparamos esta situación con otros dos ejemplos, cuya solución nadie discute, para que de este método surjan las diferencias del caso. Si consideramos el delito de robo con armas, tenemos que el empleo del arma constituye tanto la violencia típica, como la agravante (artículo 166, inciso 2° del Código Penal). Asimismo, en el homicidio por envenenamiento (artículo 80, inciso 2° del Código Penal), sucede que el uso del veneno es el medio para matar y, al mismo tiempo, la circunstancia agravante. Pero en estas hipótesis, no existe en la ley penal una equiparación del uso de arma o del veneno al concepto genérico de violencia o muerte, como sí ocurre con el artículo 78 del código citado en relación a los medios hipnóticos o narcóticos, por lo que se admite que se erija legalmente a aquéllos en medios agravados. Por el contrario, la situación cambia con respecto a la prescripción del artículo 78: si la ley efectúa esta equiparación: hipnotismo o narcosis, igual: violencia, resulta incongruente agravar luego ese mismo medio. Y ello es así porque no se puede utilizar en la conformación

Procuración General de la Nación

de un tipo penal, so pena de caer en arbitrariedad, una norma que equipara (violencia=estupefaciente), y otra, de igual contenido, que agrava. Por otro lado, no podemos olvidar un elemento comparativo esencial: el empleo de armas o de veneno, constituyen agravantes específicos de determinadas figuras simples; en cambio, el uso de estupefacientes es una calificante genérica, carácter que cuando se pretenda su aplicación a cada una de las distintas figuras penales, exige un análisis individual de compatibilidad con el tipo básico.

Esta premisa fue recogida ahora por la ley 25.297, que incorpora al Código Penal el artículo 41 bis, enunciando expresamente el principio lógico de no contradicción que se encuentra, conforme se ha demostrado en el desarrollo anterior, tácitamente contenido en el artículo 13 de la ley de estupefacientes. En efecto, al erigir como agravante genérica el uso de armas de fuego, la norma dispone que "no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

Pero retrocedamos un paso en esta línea argumental, recordando los ejemplos expuestos más arriba. El apoderamiento de una cosa mueble ajena con violencia en las personas, es una figura que se califica si ésta se ejerce mediante el uso de armas. En el caso del que matare a otro, es una conducta que se agrava si se emplea veneno. Pero, en el supuesto del acceso carnal a una persona, no puede agravarse el hecho por el suministro de drogas, porque, como ya decimos, ya existe una equiparación legal previa: estupefacientes: igual a violencia. Si a esta situación, para una mayor claridad expositiva, le aplicamos la categoría teórica, postulada, entre otros, por Ricardo C. Núñez, de circunstancias del delito y circunstancias agravantes o atenuantes de la pena, obtenemos

lo siguiente: dicha equiparación legal, convierte al uso de estupefacientes en una circunstancia del delito, o sea en un elemento objetivo esencial del tipo básico o fundamental. Luego, la misma circunstancia no puede ser constitutiva de un elemento del tipo calificado o secundario, porque, como ya se dijo, no habría accesoriad sino superposición, lo que es una solución irrazonable ("Tratado de Derecho Penal", tomo 1, página 223 y siguiente, Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1987).

3. Ahora bien, sin dejar de lado el análisis de la calificación legal, he de decir que también se advierte en la sentencia una lesión a la garantía de la igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional). En efecto, el co-procesado Luis Raúl Tula, fue condenado como partícipe secundario del delito de violación de María Soledad Morales, por el cual se declaró como coautor responsable a Guillermo Daniel Luque. Es decir que se tuvo por probado que hubo de parte de Tula una convergencia intencional -al menos en cuanto consintió el resultado esperado- y una cooperación no necesaria en el acceso carnal violento. Pero este acceso lo tuvo por violento el tribunal, precisamente, por el empleo de droga, merced a la equiparación del artículo 78. Medio que, a juicio del Tribunal, conlleva necesariamente la aplicación de la agravante contenida en el artículo 13 de la ley 23.737; por lo tanto, si Tula participó del hecho principal, resultaba imprescindible también, para mantener la congruencia en la tipificación legal, aplicar este precepto.

Al margen de que en mi opinión, la calificación de Tula es la correcta, ocurre que se viola el principio constitucional de la igualdad ante la ley, al aplicarse respecto al mismo hecho distinta normativa -el mentado artículo 13- en perjuicio de sólo uno de los condenados, lo que constituye una incoherente e indebida persecución, así como un trato legal no

Procuración General de la Nación

igualitario (Fallos: 270:374; 286:97; 300:1084; 315:839; 322:2701, considerando 13, entre otros). Situación manifiesta de inequidad que debe ser subsanada por V.E., teniendo en cuenta el principio de la interpretación más benigna y ante la imposibilidad, por falta de recurso acusatorio, de reformar la calificación legal en perjuicio de Tula (Fallos: 306:435; 308:521; 312:1156; 314:787; 318:1072, considerando 3° y sus citas; 320:2690, entre muchos otros).

En base a estos argumentos, considero que V.E. debe rechazar en todos sus aspectos este recurso, salvo en lo que se refiere a que no resulta aplicable al caso el artículo 13 de la ley 23.737, devolviendo, en consecuencia, las actuaciones a la Corte de Justicia de Catamarca para que revise en este único aspecto la calificación legal y, por consiguiente la pena impuesta a Guillermo Daniel Luque, según las pautas fijadas por el tribunal de juicio en la "tercera cuestión" de su sentencia.

Buenos Aires, 8 de mayo de 2001.

ES COPIA LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE